

« L'Europe ne se fera pas en un jour, ni sans heurts... »

Robert Schuman

Sommaire

Remerciements	5
Introduction	7
Chapitre 1	
La voie originale du droit transnational	19
Les vertus de la reconnaissance d'une personnalité juridique européenne	19
Une pluralité de rattachement aux normes	26
Chapitre 2	
Qu'est-ce que la SE ?	37
Des modes de création très encadrés	40
Les quatre modes de constitution d'une SE	42
Des modes de gouvernance classiques	52
Chapitre 3	
Modèle social et neutralité fiscale de la SE	65
Le modèle social de la SE	65
La neutralité fiscale des opérations transfrontalières de la SE	77
Chapitre 4	
Premières expériences vécues par les entreprises ayant choisi le statut de SE	91
Premier bilan des premières expériences	92
Les SE à l'épreuve des réalités nationales	104
Chapitre 5	
Propositions pour une nouvelle étape	119
La création de la SE	121
La coopération transfrontalière	121
La mobilité	123
Gouvernance et autonomie statutaire	125

Vers un registre européen des sociétés	126
La fiscalité de la SE	128
Pour un « Forum européen du droit international privé »	129
De quelques retouches pouvant être apportées à la réglementation française sur la SE	130
Conclusion	135

Annexes

Annexe I	
Personnalités consultées	137
Annexe II	
Textes de référence	147
Annexe III	
Annexes techniques	149
Annexe IV	
Les SE immatriculées	166
Annexe V	
Points de vue des organisations professionnelles	171
Annexe VI	
Libres propos des entreprises	215
Annexe VII	
Libres opinions sur le volet social de la SE	251
Annexe VIII	
Contributions des experts	269
Annexe IX	
Glossaire	311
Annexe X	
Sigles	317

Remerciements

Groupe de travail

- Ronan Guerlot, magistrat au bureau du droit commercial, direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice
- Mirko Hayat, professeur affilié à HEC (département droit et fiscalité)
- Erwan Le Meur, avocat, Debevoise & Plimpton LLP
- Marie-Laure Combet, élève avocate, Debevoise & Plimpton LLP

Ce rapport est le fruit d'un travail collectif réalisé au sein d'un groupe dont chaque membre s'est entièrement motivé pour ce sujet porteur et encore peu défriché. Je tiens à remercier tous les membres de ce groupe et particulièrement Ronan Guerlot qui, au sein de la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice, et sous l'autorité de Marc Guillaume, m'a beaucoup aidée dans la préparation de ce rapport. La partie du rapport relative à la fiscalité doit essentiellement à Mirko Hayat, professeur à HEC, que je remercie très sincèrement pour la pertinence de ses appréciations.

Reinhard Dammann, avocat, et Michel Menjucq, professeur, dont les contributions sont annexées au rapport, ont eu la gentillesse de se joindre à plusieurs réunions de travail et de jeter un regard critique sur les développements du rapport en donnant leur avis éclairé.

J'associe à ces remerciements le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en particulier Marie-Christine Lepetit, directrice de la législation fiscale, de même que les missions économiques de la Direction générale du Trésor et de la politique économique pour leur étude sur l'insertion de la société européenne dans les pays de l'Espace économique européen. Je remercie Bruno Sturlese, chef du Service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice, pour les précieuses informations fournies sur la réception du dispositif de la société européenne dans les différents États membres de l'Union.

Par ailleurs, j'ai pu grâce à nos postes en Allemagne, en Belgique et au Royaume-Uni, effectuer des visites qui m'ont permis de rencontrer sur le terrain les représentants des ministères, entreprises, syndicats et les praticiens confrontés à cette problématique, de même que notre représentation diplomatique auprès de l'Union m'a accompagnée dans mes contacts à la Commission européenne.

Mes remerciements vont aussi à Pierre Simon, président d'Eurochambres, ainsi qu'au Centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris eu égard à la qualité de notre coopération dans la réalisation de l'enquête sur les sociétés européennes immatriculées en Europe dont les résultats seront rendus publics ultérieurement.

Je souhaite remercier le groupe expert de la formation au service des entreprises qui a organisé un intéressant séminaire sur « Fusion transfrontalière et société européenne », les 30 et 31 janvier 2007, ainsi que Judith Beckhard Cardoso, avocate au sein du cabinet Debevoise et Plimpton LLP, pour son concours lors de la réunion du 12 février sous la présidence de Gérard Larcher, ministre du Travail, et enfin l'Association française des juristes d'entreprise dans le cadre de laquelle j'ai tenu une réunion de travail à la chancellerie le 16 février.

Ma gratitude s'adresse à toutes les personnalités et organismes consultés et notamment à ceux qui ont bien voulu verser au rapport des contributions qui sont autant d'éclairages concrets des réalités économiques et sociales à l'échelle européenne. Je remercie, enfin, le cabinet Debevoise & Plimpton LLP au sein duquel je travaille qui m'a apporté toute son aide et tout son appui, au long de la mission, sans lesquels je n'aurais pu mener à bien cette tâche passionnante.

Introduction

Pourquoi la création d'un statut de «*Societas Europaea*» (SE) était et reste une bonne idée ?

La SE, une idée qui remonte aux origines de la construction européenne

«Enfin, la société européenne !» : tel est le titre de l'article qu'a fait paraître, sitôt publiés le règlement et la directive du 8 octobre 2001 sur la SE, Françoise Blanquet, celle qui, dans les services de la Commission, avait suivi et porté pendant des années ce dossier¹. L'aboutissement de ces textes fut en effet un soulagement pour ceux qui avaient œuvré à la création d'une société commerciale transnationale à l'échelle du marché commun. Car peu d'années auparavant, rien ne permettait d'assurer que la SE verrait effectivement le jour. L'idée d'offrir aux entreprises la possibilité d'opter pour un statut transnational facilitant leur déploiement sur le marché commun est très ancienne. Elle date des années 1950. Or nombre de ceux qui avaient accueilli avec enthousiasme cette idée commençaient à douter qu'elle fût jamais concrétisée. D'autres s'interrogeaient même sur l'utilité de la SE dans un contexte de marché devenu plus global qu'european sous l'effet de la mondialisation.

Un bref retour sur l'histoire des débats sur la SE est indispensable pour appréhender les enjeux d'une formule qui présente de fortes potentialités pour les entreprises. La SE, pour imparfait que soit son statut, offre aux entreprises un outil précieux dans leur stratégie de développement en Europe.

L'affaire remonte à l'immédiate après-guerre, avant même la mise en place de la Communauté économique européenne (CEE) par le traité de Rome du 25 mars 1957. C'est le Conseil de l'Europe qui, le premier, dès sa création en 1949, propose un projet de «compagnies européennes». Il peut paraître insolite de voir cette organisation, identifiée à la défense des droits de l'homme, s'emparer ainsi d'un sujet de droit commercial. Mais le Conseil de l'Europe a pour mission générale de chercher à harmoniser par des conventions internationales

1. Françoise Blanquet, magistrat et chargée au sein de la Direction générale du marché intérieur du dossier de la SE, a été celle qui a le plus directement suivi sur le long terme les débats auxquels la SE a donné lieu. Son article «Enfin, la société européenne !», *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 1, 2001, illustre bien les différentes étapes des débats sur ce dossier jusqu'en 2001.

les pratiques juridiques de ses États membres, et de favoriser ainsi la prise de conscience de l'identité européenne. À l'évidence, le projet de «compagnies européennes» s'inscrivait dans cette optique. Il ne prospéra cependant pas. Un projet remanié fut présenté en 1952, mais fut rapidement abandonné.

Le flambeau fut repris en 1959. En France d'abord : le congrès des notaires de Tours inclut dans son programme une réflexion sur la création d'une société anonyme européenne¹. Peu de temps après, cette même année, un professeur néerlandais qui devait prendre une part décisive à l'élaboration de la première version du statut de la SE – Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam – en fait le thème de sa conférence inaugurale à l'institut supérieur des sciences économiques de la ville. La relance officielle du projet est due au gouvernement français. Dans un mémorandum du 15 mars 1965, la France incite la Commission à former un groupe d'experts chargés d'élaborer un avant-projet de statut de la SE. Le professeur Sanders est mandaté pour présider ce groupe composé de professeurs et de praticiens du droit. Publié en 1967², le rapport Sanders est spécialement convaincant et ambitieux. Il contient un projet de statut complet et détaillé de la SE, concernant aussi bien ses modes de création que sa constitution, la réduction ou l'augmentation de son capital, sa gouvernance, sa comptabilité, la modification de ses statuts jusqu'à sa dissolution éventuelle. Seuls les volets fiscal et pénal ne sont pas traités, les membres de la commission Sanders estimant qu'il appartient à des juristes spécialisés de formuler des propositions dans ces domaines. Inspiré du droit allemand de la société anonyme, considéré alors comme le modèle le plus achevé, le rapport Sanders propose un type uniforme de société dont la personnalité juridique européenne emporte l'application d'un droit uniforme dans tous les États. Le système est optionnel : toute société anonyme pouvant soit être régie par le droit national du pays de son siège statutaire, soit opter pour le statut de SE et être régie par la seule réglementation communautaire. Comme l'indique le rapport, «la SE est une forme supplémentaire de société anonyme mise [...] à la disposition de l'économie – parallèlement à la société anonyme de droit national – comme forme juridique possible...». La Commission, dans sa préface du rapport, y voit la meilleure façon d'atteindre les objectifs poursuivis par la réforme, à savoir :

- assurer la mobilité des entreprises en leur permettant de transférer leur siège d'un pays à l'autre ;
- faciliter les fusions et les constitutions de filiales par des entreprises d'États membres différents ; et
- encourager le regroupement des facteurs de production dispersés dans toutes les parties du marché commun, les initiatives communes et l'accès au marché de capitaux communautaire.

La Commission avalise le rapport Sanders et le reprend dans ses grandes lignes dans une proposition de règlement présentée au Conseil le 30 juin 1970. Le texte, publié au *Journal officiel des Communautés européennes* le 10 octobre, ne

1. Voir *Le Statut de l'étranger et le marché commun*, 57^e congrès des notaires de France, t. I et II, Tours, 1959, édité par S. ed., 1959 et «Compte rendu des travaux», *Revue du marché commun*, 3, 1960, suppl. n° 27, p. 80, J. Foyer.

2. *Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders*, collection «Études», série «Concurrence», n° 6, Bruxelles, 1967.

comporte pas moins de 284 articles¹. Il met en place un véritable code européen des sociétés et des groupes de sociétés, comprenant un dispositif fiscal et social, le tout devant s'appliquer de manière indépendante des règles nationales. D'entrée de jeu, les Pays-Bas marquent leur réticence face à un texte selon eux trop «continental» dans son inspiration et trop rigide dans ses prescriptions. Puis c'est au Royaume-Uni et à l'Irlande, entrés dans la CEE en 1972, d'émettre des réserves face aux dispositions fiscales et sociales du statut². Un nouveau texte est présenté par la Commission en 1975. Mais les négociations tardent à s'ouvrir.

Il faut attendre l'Acte unique européen de 1987 pour qu'un nouveau départ soit donné à la réforme. Dans un mémorandum du 15 juillet 1988 portant «Livre blanc sur le marché intérieur³», la Commission européenne reprend l'idée d'un statut de société commerciale transnational européen. Toujours purement facultatif, ce statut est destiné aux entreprises⁴ désireuses de se restructurer en procédant à des regroupements transfrontaliers à l'échelle européenne, sans se voir opposer des barrières juridiques et fiscales plus ou moins infranchissables. La SE s'inscrit clairement dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur, promu par Jacques Delors, président de la Commission, en dotant les entreprises de «structures spécifiques [...] fondées sur un droit indépendant des droits nationaux pour éviter le cloisonnement des marchés nationaux à l'intérieur de la Communauté⁵». Il s'agit de rendre plus souple et moins bureaucratique la gestion européenne des entreprises de manière à accroître leur compétitivité.

Pour autant, les discussions n'avancent toujours pas. De Conseil en Conseil, les États réaffirment leur approbation de principe du projet. Toutefois, ils butent sur leurs divergences en ce qui concerne ses modalités. Tandis que les Britanniques souhaitent voir disparaître du statut de la SE les dispositions sur la participation des travailleurs, les Allemands subordonnent au contraire leur accord au maintien de ces dispositions. Leur crainte est de voir certains groupes allemands opter pour le statut de la SE dans le but de se libérer des contraintes de la codétermination, la fameuse «*Mitbestimmung*⁶».

1. «Proposition de règlement CEE du Conseil portant statut de la société anonyme européenne», *JOCE*, 10 octobre 1970, n° C. 124. Voir notamment le commentaire de Yvon Loussouarn, «La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 1971, p. 383.

2. Ces dispositions, absentes du rapport Sanders, figuraient en revanche dans la proposition de la Commission.

3. Livre blanc sur le «marché intérieur et coopération industrielle – Statut de la société européenne», mémorandum au Parlement, au Conseil et aux partenaires sociaux, COM(88)320, juin 1988.

4. Le rapport Sanders envisageait l'intérêt pour les entreprises tant de grande que de moyenne taille, de se doter du statut de SE pour réaliser des fusions transfrontalières, voire pour créer des filiales communes avec des entreprises d'autres États membres.

5. Livre blanc de la Commission de 1988 sur le marché intérieur, précité en note 3.

6. Ce système conçu dans les années 1960 est le plus poussé en Europe du point de vue de la participation des salariés aux décisions de l'entreprise. Il se concrétise par la présence obligatoire des représentants des salariés à parité de sièges et avec voix délibérative dans les conseils de surveillance des grandes sociétés. Il est pour partie consacré dans le statut de la SE, tout en étant aujourd'hui débattu en Allemagne (voir plus loin).

La Commission tire les leçons des critiques formulées par les États. Deux nouvelles propositions sont mises sur la table en octobre 1989 :

• D'abord, une proposition de règlement¹ profondément remanié : pour répondre aux objections relatives à la lourdeur du texte, la Commission diminue de plus de moitié sa longueur. En écho au souci de voir davantage respecter les différences de conception de l'entreprise dans les différents États, la nouvelle proposition prévoit en outre de fréquents renvois aux droits nationaux. Le volet fiscal est à ce stade encore maintenu. Il donne à la SE la possibilité de déduire de sa base taxable les pertes subies dans ses établissements stables situés dans d'autres États².

• Ensuite, un texte à part – une directive – consacrant le dispositif social de la SE : il fera encore l'objet de longues discussions, «la place des travailleurs³» de la SE et leur implication dans la gestion étant les principales pommes de discorde entre les États.

La gestion courante de la SE est cependant clairement placée sous la responsabilité des dirigeants et la codétermination à l'allemande n'est plus qu'un des modèles, parmi d'autres, proposés pour la SE.

Le processus d'adoption du statut de la SE est loin d'être encore parvenu à sa fin. À l'occasion des propositions successives présentées par la Commission à partir de 1991, le statut de la SE est progressivement «allégé». Le volet fiscal notamment est retiré.

Quant à la proposition de directive sur l'implication des travailleurs, elle oppose toujours les États. Une solution de compromis est finalement dégagée en 1996 par un groupe d'experts constitué sous la présidence d'Étienne Davignon, président de la Société générale de Belgique et ancien vice-président de la Commission. Le rapport Davignon suggère de laisser aux partenaires sociaux de chaque SE la liberté totale de décider contractuellement de la formule d'implication des travailleurs qui leur convient le mieux. Les dernières réticences, en particulier du Royaume-Uni et surtout de l'Espagne, sont surmontées. Et quelques années plus tard – au Conseil européen de Nice de décembre 2000 sous présidence française –, les États parviennent à l'unanimité à un accord politique sur la SE.

C'est ainsi sur la base de cet accord au Conseil européen de Nice (d'où est issu le traité instituant la Communauté européenne⁴ actuellement en vigueur) qu'ont pu être finalisés les deux textes formant le statut de la SE :

1. JOCE, 16 octobre 1989, n° C. 263 et *Bulletin C.E.*, Suppl., 5/89.

2. Dans la mesure où l'un des objectifs principaux du statut de la SE est la simplification de ses structures et notamment la transformation de ses filiales en succursales, par voie de fusion-absorption, il s'agissait de tenir compte de la spécificité de la SE à cet égard.

3. Formule préférée par Jacques Delors à celle de « participation ».

4. Ce traité est en vigueur depuis février 2003. La version consolidée du texte a été publiée au *JOUE* le 24 décembre 2002, C. 325/33.

• Le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 «relatif au statut de la société européenne (SE)¹»; et

• La directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 «complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs²».

Quelles leçons tirer de la gestation de ce dossier, la plus longue de l'histoire de l'Europe ?

1. D'abord, il apparaît clairement que la gestion des entreprises, dans toutes ses composantes juridiques, financières, économiques, fiscales et sociales, est fortement ancrée dans les traditions culturelles des États et il n'est donc pas facile de s'accorder sur un régime commun. Car, paradoxalement, en effet, l'instauration de la monnaie unique a mis moins de temps (environ trente ans) à voir le jour que le projet de statut de la SE qui a demandé, si l'on tient compte des premières propositions du Conseil de l'Europe, près de cinquante ans avant d'aboutir !

2. Le deuxième enseignement a trait aux conditions politiques nécessaires pour mener à bien des réformes importantes. Pour reprendre l'exemple de la monnaie unique, celle-ci est avant tout le fruit d'une volonté politique, notamment de la France, mais aussi et surtout de l'Allemagne³. S'il n'est bien entendu pas question de comparer l'euro à la SE, de portée beaucoup plus modeste, on peut néanmoins en tirer un enseignement pour cette dernière : elle ne sera un véritable succès que si les États ont la volonté politique de l'encourager et se soucient de la façon dont son statut, qui renvoie aux législations nationales, est accueilli dans leur droit des sociétés⁴, voire fiscal.

3. Troisième constatation : le droit des sociétés est un droit vivant dont les potentialités se révèlent à l'usage. Du fait de son caractère innovant – et, il faut le dire, encore trop complexe –, la formule de la SE ne s'appréciera réellement qu'au vu de l'expérience vécue par les entreprises l'ayant choisie.

1. *JOUE* du 10 octobre 2001, L. 294/1.

2. *JOUE* du 10 octobre 2001, L. 294/22.

3. Au moment des négociations sur le traité de Maastricht qui a institué la monnaie unique, 65 % des Allemands désapprouvaient l'abandon du mark. Mais le chancelier Kohl a eu le courage de faire un choix proprement européen en acceptant de renoncer au mark, symbole du «miracle économique» du pays, pour la monnaie unique. Si l'on en juge par les performances de son commerce extérieur en 2007, l'Allemagne n'a nulle raison de regretter ce choix.

4. Pour l'adaptation française, voir la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, article L. 225-245-1, articles L. 229-1 et suivants, L. 238-3-1 et L. 244-5 du Code de commerce et articles L. 439-25 et suivants et L. 483-1-3 du Code du travail ; décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne, articles 203-3 à 203-29 et 251-2 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 et articles 15, 19-1, 40-1, 57-1 et suivants du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 ; décret n° 2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le Code du travail (deuxième partie : décrets en Conseil d'Etat) (Articles R. 439-4 et suivants du Code du travail) et codifiés respectivement dans le Code de commerce (article L. 229-1 et suivant(s), L. 238-3-1 et L. 244-5) et le Code du travail (article L. 439-25 et suivant(s), L. 483-1-3 et R. 439-4 et suivant(s)) et l'article 221 du Code général des Impôts. (Cités en annexe.)

L'apport de ce statut comme moteur de leur stratégie de croissance externe, mais aussi les difficultés qu'elles rencontrent ici ou là, dicteront les retouches nécessaires à apporter par les États qui souhaitent attirer sur leur territoire les sociétés immatriculées comme SE.

4. Enfin, dans le même esprit de pragmatisme, ce sont les textes sur la SE eux-mêmes qui ont vocation à être évalués et réactualisés. C'est ce que les auteurs du règlement 2001 ont sagement prévu à l'article 69 qui confie à la Commission «au plus tard cinq ans après [son] entrée en vigueur» le soin de présenter au Conseil et au Parlement européen un rapport sur l'application du règlement, et, «le cas échéant, des propositions de modifications¹».

C'est dans cet esprit, en perspective de la présidence française de l'Union européenne au second semestre 2008, que le présent rapport se propose, à la lumière de l'expérience des premières SE déjà immatriculées ou en voie de constitution, d'ouvrir le débat sur les améliorations possibles du règlement de 2001 et d'énumérer, sans attendre ces modifications, les retouches à apporter à la réglementation française de 2005 et 2006 sur la SE.

La SE, une idée dont la concrétisation vient à son heure

S'il s'est complexifié au fil du temps et des versions successives des propositions de la Commission – au point d'être parfois difficile d'application et d'interprétation –, le règlement 2001 sur la SE est un texte porteur d'avenir. Certes, il ne constitue pas un droit communautaire autonome comme cela était prévu dans la proposition initiale de 1970. Au contraire, la SE est largement

1. L'article 69 est rédigé comme suit :

« Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Conseil et au Parlement européen un rapport sur l'application du règlement et, le cas échéant, des propositions de modifications. Le rapport examine en particulier s'il convient :

»a) de permettre à une SE d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans des États membres différents ;

» b) d'élargir la définition de la fusion prévue à l'article 17, paragraphe 2, afin d'inclure également des types de fusion autres que ceux définis à l'article 3, paragraphe 1, et à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 78/855/CEE ;

»c) de réviser la règle de compétence figurant à l'article 8, paragraphe 16, à la lumière de toute disposition qui aura pu être insérée dans la convention de Bruxelles de 1968 ou de tout texte remplaçant cette convention qui serait adopté par les États membres ou par le Conseil ;

» d) de permettre qu'un État membre autorise, dans la législation qu'il adopte conformément aux pouvoirs conférés par le présent règlement ou pour assurer l'application effective du présent règlement à une SE, l'insertion, dans les statuts de la SE, de dispositions qui dérogent à ladite législation ou qui la complètent, alors même que des dispositions de ce type ne seraient pas autorisées dans les statuts d'une société anonyme ayant son siège dans l'État membre en question. »

régie par le droit national des sociétés anonymes («SA») du pays où elle a son siège statutaire, que ce soit lors de sa constitution ou davantage encore pour son fonctionnement. Le renvoi est important en ce qui concerne les pouvoirs de ses organes de direction et l'organisation de ses assemblées générales. Il est total pour ce qui concerne son régime fiscal et comptable et pour ce qui est de la responsabilité de ses dirigeants vis-à-vis des actionnaires et des tiers.

Pour autant, il ne faut pas minimiser la portée du règlement de 2001. Il va plus loin, dans la voie de l'intégration européenne, que les directives et règlements d'harmonisation des droits nationaux. Malgré ses multiples et trop complexes renvois aux droits de la SA des différents États membres, l'approche du règlement sur la SE reste fédérale. En dotant la SE d'une personnalité juridique de droit communautaire, il pose en principe le droit des entreprises concernées de se structurer et de se mouvoir dans l'espace européen comme elles le font sur leur territoire national. Qu'elles choisissent de transférer leur siège d'un État membre à l'autre ou qu'elles décident de fusionner avec une société d'un autre État, les SE gardent leur personnalité juridique. Franchir une frontière nationale ne les oblige pas à en changer, comme cela s'impose aux autres SA de droit strictement national, avec toutes les contraintes qui en découlent. Tout changement de nationalité d'une société commerciale est en effet assimilé, d'un point de vue juridique et fiscal, à une pure et simple cessation d'activité, de sorte, en particulier, que tous les impôts jusque-là différés deviennent exigibles.

Le droit de la SE est pour partie autonome. Il se superpose au droit de la SA de chacun des États, avec lequel par ailleurs il est imbriqué. L'avancée est loin d'être uniquement conceptuelle. C'est une méthode originale, parallèle à celle de l'harmonisation des législations nationales, pour faire tomber les barrières entravant la gestion transfrontalière des entreprises européennes. C'est un outil.

Les interlocuteurs de la mission – au niveau des entreprises et des organisations socioprofessionnelles d'employeurs – ont reconnu l'intérêt d'une telle approche. Certains ont toutefois voulu souligner que le règlement de 2001 venait trop tard. Les entreprises, ont-ils fait remarquer, ont emprunté d'autres voies tant pour se structurer en interne que pour mettre en œuvre leurs stratégies de croissance externe en Europe : les rapprochements réussis d'Air France/KLM ou encore de BNP Paribas et Banco Nationale Lavoro ont pu s'opérer indépendamment des modalités de la SE en matière de fusion transfrontalière par exemple.

De son tour d'horizon en Europe, le rapporteur a acquis la conviction que le concept de la SE était cependant loin d'être périmé. On peut lui reprocher sous certains aspects, comme il sera exposé plus loin, une insuffisance d'attractivité. On peut en particulier en regretter la complexité due à l'excessive fragmentation de son statut en autant de pays – à savoir trente – que compte l'Espace économique européen¹.

1. L'Espace économique européen (EEE) est un accord d'association signé en 1992 entre les pays de l'Union européenne et les trois pays suivants – la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein – qui ont tous incorporé le règlement de 2001 dans leur droit interne. En effet, le chapitre V de l'accord EEE qui procède à un renvoi à l'Annexe XXII prévoit que les états signataires de l'accord doivent transposer les législations communautaires sur les sociétés. Des SE sont déjà immatriculées dans deux des trois pays précités.

Il reste que le contexte actuel est bien plus favorable aux opérations transfrontalières, que le statut de la SE a pour vocation de faciliter, que celui de l'Europe des années 1970. Plusieurs raisons en renforcent en effet l'intérêt.

1. Tout d'abord, l'euro : la monnaie unique lève l'hypothèque de la fluctuation des taux de change. L'existence de l'euro conjuguée à des taux d'intérêt historiquement bas sur le marché européen incite fortement les investisseurs à multiplier leurs engagements. Ce n'est pas un hasard si l'Europe, d'après toutes les enquêtes récentes, est le terrain privilégié des fusions et acquisitions dans le monde. En 2006, ces opérations auraient représenté 1 700 milliards de dollars¹. Et leur rythme, selon les prévisions pour les années à venir, ne devrait pas ralentir². On peut légitimement critiquer les modalités des opérations menées par certains fonds d'investissements, dans une logique purement financière et de rentabilité à court terme. Mais on doit admettre que cette dynamique, qui touche tous les secteurs d'activités, est révélatrice des opportunités de développement économique et de croissance, et donc d'emploi, de l'Europe.

2. La seconde raison pour laquelle le statut de la SE vient à son heure est liée à l'existence d'un «acquis communautaire» non négligeable en droit des sociétés. La plupart des directives d'harmonisation programmées dans les années 1960 ont été adoptées et pour certaines d'entre elles déjà modifiées plusieurs fois. Grâce à ces textes, les modes de gestion des entreprises en Europe, d'un État membre à l'autre, se sont rapprochés. Leur lisibilité s'en est d'autant améliorée au plan européen. Cette harmonisation constitue le socle commun sur lequel s'appuie la SE dans chacun des États où elle a son siège et dont elle applique largement la législation nationale en matière de SA³. Sont concernés par cette harmonisation des domaines aussi importants que les diverses obligations de publicité pesant sur les sociétés par actions, leur comptabilité (comptes annuels et consolidés), la constitution, le maintien et les modifications (réductions/augmentations) de leur capital, les fusions (aujourd'hui nationales et très prochainement transfrontalières⁴) et les scissions.

1. Voir «Pas de répit pour les fusions-acquisitions en Europe», *L'Expansion. com*, 15 janvier 2007.

2. Voir «L'Europe de 2007-2008 demeurera en ébullition», *L'Agéfi*, 16 janvier 2007 : «L'activité de fusions-acquisitions en Europe devrait continuer à croître en 2007 et 2008, 33 % des entreprises et 37 % des fonds d'investissement tablant sur une hausse de leurs opérations par rapport à 2006 et 49 % sur la poursuite du rythme actuel, selon une étude publiée hier. Selon cette étude réalisée par l'institut TNS Sofres pour le cabinet d'avocats DLA Piper, seuls 10 % des entreprises et 11 % des fonds interrogés prévoient au contraire un ralentissement de leur rythme d'acquisitions.»

3. Comme on le verra ci-après, la SE est pour les matières non régies ou partiellement régies par le règlement, traitée comme une SA de l'État où elle a son siège.

4. Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. Cette directive vise à faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux de différents types relevant de législations d'États membres différents (Voir Annexe III-4).

3. Cet «acquis communautaire» est, en troisième lieu, social. Il concerne l'information et la consultation des travailleurs¹ ou encore la création de comités d'entreprise européens dans les groupes transnationaux². L'acquis de la législation sociale européenne est d'autant plus important, s'agissant du régime de la SE, que le statut de celle-ci inclut obligatoirement un dispositif d'implication des travailleurs directement inspiré sous divers aspects des acquis sociaux européens.

4. Parmi les autres textes de l'acquis communautaire ayant eu pour effet de rapprocher les modes de comportement des entreprises dans l'espace européen, il faut citer, en quatrième lieu, les directives en matière de droit boursier. En harmonisant et en renforçant les règles qui s'imposent aux sociétés cotées dans la mise en œuvre de leur stratégie financière, elles rendent de facto les actionnaires et les tiers mieux à même de faire valoir leurs droits à l'occasion d'opérations transfrontalières.

Adoptées dans le prolongement de la création de l'euro, mais aussi et surtout en réaction aux scandales du type Enron aux États-Unis et Parmalat en Europe, ces règles ont bouleversé le paysage boursier. Dans le souci de sauvegarder un climat de confiance entre les entreprises, les investisseurs, les épargnants et le public en général sur le marché financier européen, elles ont accru et rationalisé les exigences de transparence requises de la part des sociétés faisant appel public à l'épargne. Deux textes méritent ici d'être mentionnés. Tout d'abord, la directive «Prospectus», applicable en France depuis 2005³. Dans l'esprit du statut de la SE, elle vise à faciliter les opérations transfrontalières en permettant aux sociétés habilitées à faire appel public à l'épargne, de procéder à une offre ou une demande d'admission de leurs titres sur un marché réglementé sur la base d'un seul et même prospectus valable dans toute l'Europe. La directive «Transparence⁴», quant à elle, accroît la protection des actionnaires et des tiers. Elle harmonise les obligations d'informations périodiques imposées aux

1. Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne – Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs.

2. Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

3. Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE transposée en France par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et par les dispositions y relatives du règlement général de l'AMF en vigueur au 9 septembre 2005.

4. Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004, sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE transposée en France par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et les dispositions y relatives du règlement général de l'AMF en vigueur au 20 janvier 2007 (arrêté du 4 janvier 2007 portant homologation de modifications du règlement général de l'AMF).

sociétés cotées dans leurs rapports annuels, semestriels, voire trimestriels. Les « déclarations de franchissement de seuil », imposées aux actionnaires détenant certains pourcentages des titres de sociétés, étant elles aussi harmonisées, il est désormais plus aisé de suivre les modifications du contrôle exercé par ceux qui sont en mesure de peser sur la marche de l’entreprise.

Ces directives concernent les sociétés cotées. Si les SE ne seront pas toutes cotées, le statut de SE devrait séduire de nombreuses sociétés cotées. C’est déjà le cas du groupe allemand Allianz dans le secteur de l’assurance ou d’Elcoteq, une société d’origine finlandaise spécialisée dans la sous-traitance électronique¹. D’autres sociétés cotées importantes ont également largement entamé le processus d’adoption du statut de la SE. C’est le cas du groupe SCOR, société française de réassurance, de Fresenius, société allemande dans le secteur de la santé, du groupe financier nordique Nordea ou encore du groupe chimique allemand BASF.

5. Un cinquième élément vient renforcer la justification d’un statut transnational pour les sociétés en Europe : la mise en place de normes comptables harmonisées. Qui dit en effet liberté de mouvement sur le marché européen, dit aussi, pour les sociétés concernées, nécessité d’une transparence et d’un contrôle accrûs de leurs activités pour préserver les intérêts de leurs actionnaires et salariés et des tiers. C’est ce à quoi s’attache la nouvelle réglementation européenne sur les normes comptables. En facilitant – sur la base de l’« image fidèle » de l’entreprise et de son patrimoine – la comparaison de l’état de santé économique des sociétés qui opèrent au niveau européen et mondial, les règlements communautaires sur les normes « IFRS » contribuent à éclairer les investisseurs et les entreprises elles-mêmes dans leurs choix de développement transfrontalier.

6. Enfin et en dernier lieu, il ne faut pas négliger l’apport des technologies de l’information et de la communication à la gestion transfrontalière. De manière générale, sans ces technologies, les exigences de transparence imposées aux sociétés en Europe seraient de peu de portée. L’utilisation des médias électroniques et en particulier de l’Internet est par ailleurs un puissant outil pour faciliter la tâche de surveillance des régulateurs que sont les autorités de marché et les autorités de contrôle prudentiel dans les domaines de l’assurance et de la banque.

Ces outils informatiques sont aujourd’hui particulièrement utiles aux groupes souhaitant une gestion recentrée, conformément à l’une des idées forces du statut de la SE qui vise à encourager les restructurations d’entreprises dont les dirigeants proviennent de différents États européens. Il s’avère en outre que, après avoir privilégié la création de filiales dans les pays où ils sont implantés, divers groupes industriels ou financiers cherchent à rationaliser leur gestion dans un souci de cohérence et de réduction de leurs coûts administratifs. Or l’un des moyens d’y parvenir est de transformer certaines de leurs filiales en succursales en mettant à profit la procédure de fusion-absorption permise aux SE dans le cadre du règlement de 2001. Comme on le verra en dressant un bilan des premières expériences de SE, cette démarche n’est pas retenue par toutes les grandes

1. Allianz SE a été immatriculée le 13 octobre 2006 en Allemagne et Elcoteq SE le 14 octobre 2005 en Finlande (Voir *infra*, chapitre 4 : Premières expériences vécues par les entreprises ayant choisi le statut de SE).

entreprises. Certaines d'entre elles voient au contraire un intérêt à conserver des filiales dans les différents États, considérées comme des entreprises nationales par ces derniers et qui sont un moyen de mieux adapter leurs interventions aux spécificités de chaque pays. Il reste que le statut de la SE facilite l'option entre «succursalisation» et «filialisation». Dans l'hypothèse de la succursalisation, les actionnaires de la filiale absorbée, devenus actionnaires de la société mère absorbante, doivent pouvoir continuer à exercer tous leurs droits. Dans celle de la filialisation, la direction du groupe a les moyens d'appréhender plus facilement l'animation de ses filiales lorsque celles-ci sont constituées en SE avec une gouvernance ainsi partiellement harmonisée. Les moyens informatiques, dans tous les cas de figure, permettent d'affirmer le rôle des parties prenantes dans la gouvernance des entreprises.

La France, comme d'autres pays en Europe, a consacré depuis déjà plusieurs années la mise à disposition de ces moyens au service de l'actionnariat notamment non-résident, voire des dirigeants et administrateurs des entreprises¹. Le Code de commerce français, comme d'autres législations nationales, admet expressément la participation aux assemblées générales et aux conseils d'administration ou de surveillance des SA par visioconférence² ou – ce qui est encore plus simple et moins coûteux – par des moyens de télécommunication qui «transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations³». Le vote peut être par procuration ou électronique. Parallèlement, les dirigeants d'une société ont désormais la faculté de procéder par l'Internet aux convocations (assorties des documents nécessaires) aux assemblées générales. Les actionnaires peuvent, pour leur part, poser des questions écrites et déposer des projets de résolution sur l'Internet lors des assemblées générales. Ces dispositions sont applicables aux SE immatriculées en France qui sont rattachées au droit français de la SA. Les actionnaires d'une SE, en France comme ailleurs, ont une faculté supplémentaire prévue par le règlement de 2001. Si leurs actions représentent au moins 10% du capital souscrit⁴, ils ont le droit de demander directement la convocation de l'assemblée générale et la fixation de l'ordre du jour, demande dont les moyens électroniques peuvent faciliter la transmission.

Tout ce qui, sur le plan juridique, facilite ainsi à l'aide des moyens électroniques la gestion transfrontalière des entreprises ne peut que contribuer à l'attractivité de la SE. Si celle-ci n'est pas aussi forte qu'on pouvait l'attendre, ce n'est pas en raison du retard pris dans l'adoption du règlement de 2001, car la SE se justifie aujourd'hui encore plus qu'hier. C'est du fait du caractère parfois incertain ou inadapté de certaines des dispositions de ce règlement au regard des réalités économiques. Mais les potentialités sont fortes.

1. Dispositions de la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 relatives aux réunions des conseils d'administration et conseils de surveillance par moyen de télécommunication, codifiées aux articles L. 225-37 et L. 225-82 du Code de commerce.
2. Article L. 225-107 II du Code de commerce.
3. Décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006, article 15 (*JORF*, 12 décembre 2006).
4. Articles 55 et 56 du règlement.

C'est dans cette phase de transition que le rapport tend d'abord à évaluer l'intérêt de la formule de la SE, en tant qu'incarnation d'un droit transnational, fondamentalement différent de la procédure d'harmonisation des droits internes (I).

L'objectif est ensuite d'apprécier l'originalité du statut de la SE lui-même, notamment du point de vue des SE s'immatriculant en France (II).

Ce statut de droit commercial étant assorti d'un volet social, mais ne comportant aucun dispositif fiscal particulier, il convient, dans un but d'exhaustivité, d'examiner également les questions posées dans ces domaines (III).

Enfin, bien que nombre de pays aient incorporé tardivement le règlement de 2001, il est déjà possible d'établir un premier bilan de la façon dont les entreprises l'ont utilisé et des raisons pour lesquelles elles ont – ou non – eu intérêt à se doter d'un statut de SE (IV).

C'est en fonction de cette enquête, éclairée par de nombreuses auditions et visites, que le présent rapport préconise d'explorer des pistes d'amélioration souhaitable (V).

L'aboutissement du statut de la SE tient presque du miracle tant a été forte la méfiance des États à admettre le principe, pourtant inhérent au marché commun, d'une entreprise dont le statut transnational répond aux activités intracommunautaires. Et pourtant le commerce intracommunautaire, qui représente encore plus des 2/3 des exportations des biens et services des entreprises européennes, est à la source de la richesse de l'Europe.

Toutefois, au-delà de ces raisons économiques militant en faveur de la reconnaissance d'une identité véritablement européenne pour les entreprises, la création de la SE répond à un objectif politique que l'élargissement de l'Europe rend d'autant plus important : renforcer chez les acteurs économiques et sociaux européens le sentiment d'appartenance à une même communauté de valeurs et de destin.

Ce qui ne veut pas dire, comme essaie de le montrer le présent rapport, que le statut de la SE n'a qu'une portée symbolique. Ses effets sont pratiques. Comme le soulignait en effet Mario Monti, à l'époque commissaire au marché intérieur, lors d'une conférence organisée par la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) en 1997¹ : « Imagine-t-on que Bill Gates aurait eu un tel succès aux États-Unis avec Microsoft s'il avait dû créer une filiale dans chaque État au lieu d'opérer dans tous les États-Unis avec la même société ? »

* * *

1. Colloque du Centre de recherche sur le droit des affaires de la CCIP (le CREDA), le 4 décembre 1997 ; <http://www.ccip.fr/creda>.

Chapitre 1

La voie originale du droit transnational

Ceux qui avaient mis leurs espoirs dans l’institution, à travers la SE, d’un véritable droit autonome des sociétés de caractère fédéral ont quelques raisons d’être déçus. Il y a loin, en effet, de l’objectif initial du rapport Sanders et de la proposition de la Commission du 30 juin 1970 au statut actuel de la SE. Faute pour les États d’avoir pu s’accorder sur un statut réellement uniforme, la SE est un être hybride. Régie par un simple statut-cadre européen découlant des dispositions du règlement du 8 octobre 2001 qui lui sont directement applicables, elle est pour le reste considérée comme une SA de l’État où elle a son siège. «Sous réserve des dispositions du présent règlement, indique celui-ci, une SE est traitée dans chaque État membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l’État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.» La conséquence : il y a autant de statuts de SE qu’il y a d’États de l’EEE, à savoir 30 : les 27 membres de l’Union et les trois pays – Norvège, Islande et Liechtenstein – signataires de cet accord avec l’UE.

Pour autant, il serait injuste de ne pas voir dans la création de la SE un progrès décisif dans le sens de l’intégration européenne.

- L’intérêt majeur de la SE – pour l’entreprise elle-même comme pour ceux qui la financent et pour ses salariés – réside dans sa personnalité juridique de droit communautaire.
- Bien qu’atténué du fait des options offertes aux États pour déterminer les conditions d’application du statut de la SE, ce statut «à géométrie variable» est un bon moyen pour rapprocher les droits des États et pour conforter les entreprises désireuses de consolider leur position en Europe.

Les vertus de la reconnaissance d'une personnalité juridique européenne

La personnalité juridique européenne de la SE ne lui confère pas seulement une valeur symbolique. Elle élargit la gamme de ses moyens d’action dans l'espace européen. La SE dispose de plus de liberté de mouvement que les autres SA pour la gestion de ses activités transfrontalières. Ce qui devrait inciter

les États à une vigilance accrue pour s'assurer de l'attractivité de leur territoire. La SE contribue en cela à l'intégration du marché intérieur. Au-delà même du marché, la création de structures transnationales – telles que la SE aujourd’hui, le groupement d'intérêt économique européen (GEIE) hier, ou encore la société coopérative européenne (SCE) demain –, consacre en quelque sorte la citoyenneté européenne des entreprises. La SE, sous cet aspect, apporte sa pierre à l'édifice de la construction européenne.

La SE, facteur d'intégration du marché intérieur

Si la SE a pour but premier de permettre aux entreprises « dont l'activité n'est pas limitée à la satisfaction de besoins purement locaux [de] concevoir et entreprendre la réorganisation de leurs activités au niveau communautaire » (selon le premier considérant du règlement de 2001), elle peut aussi être conçue comme un moyen original de faire progresser l'intégration du marché intérieur.

La première méthode pour favoriser cette intégration nécessaire est celle, classique, de l'harmonisation des droits nationaux. Elle prévaut très largement en droit communautaire des affaires. Les onze directives du plan d'action pour le droit des sociétés, défini par la communication de la Commission du 21 mai 2003¹, s'inscrivent dans cette logique. D'un côté, les sociétés ont été contraintes, par ces directives, de rendre leur situation plus transparente et donc mieux contrôlable par les investisseurs et par les autorités publiques. D'un autre côté, les sociétés multinationales, grâce à ces directives, ont pu se référer à des règles plus cohérentes d'un État à l'autre. On peut regretter que les législations communautaires ne soient pas toujours claires. On peut déplorer que leur transposition dans les différents États membres soit souvent tardive et laisse parfois à désirer. Il n'en reste pas moins que l'harmonisation communautaire du droit des sociétés a joué et continue de jouer un rôle majeur pour sécuriser l'environnement juridique des entreprises et accroître leur compétitivité en Europe. Le droit européen des affaires constitue indéniablement pour les investisseurs un élément d'attractivité du site global Europe.

Ne nous illusionnons pas : l'adoption de directives ou de règlements d'harmonisation des droits nationaux sera de plus en plus difficile. L'élargissement de l'Europe à 27 (et dans l'avenir davantage) alourdit le processus de décision. Il risque d'être de plus en plus hasardeux de bâtir des compromis entre des États, naturellement soucieux de retenir ou d'attirer sur leur territoire des activités économiques génératrices de ressources fiscales et d'emplois, et dont les intérêts sont de ce point de vue souvent divergents.

Dans ce contexte, la formule de la SE est intéressante du fait de l'effet indirect qu'elle exerce sur le rapprochement des droits nationaux, et cela sans que les États le ressentent comme une contrainte. La SE n'a en effet qu'un carac-

1. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : *Moderisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer* (COM/2003/0284 final).

tère facultatif. Si les États sont tenus, en vertu du règlement et de la directive du 8 octobre 2001, d'organiser dans leur droit interne la mise en œuvre de ce statut, les entreprises sont, elles, totalement libres de créer une SE ou de se transformer en SE. Le règlement de 2001 sur la SE préserve en outre largement (trop peut-être) les particularismes nationaux en renvoyant pour les points qu'il ne traite pas au droit de la SA de l'État où l'entreprise a son siège. Cela permet d'éviter de trancher le débat récurrent – et pourtant vain – sur les mérites comparés du droit des sociétés dans la conception civiliste et dans la *Common Law*. Car si la SE est proche du modèle continental, elle est un vecteur privilégié pour accompagner la nécessaire interpénétration des cultures juridiques de l'Europe.

Mais surtout, en permettant à la SE de franchir les frontières sans devoir se dissoudre dans l'État d'origine pour renaître aussitôt comme nouvelle entité juridique de l'État d'accueil, le règlement de 2001 consacre la mobilité transfrontalière des entreprises. Cette mobilité est un puissant moyen de rapprochement des systèmes juridiques nationaux ; chaque État étant conduit à emprunter au voisin les mécanismes lui apparaissant les plus pertinents et attractifs pour l'implantation des activités économiques. La concurrence des droits déboucherait sur leur convergence. C'est en tous les cas le pari que l'on peut raisonnablement faire. Un pari qui ne signifie cependant pas à nos yeux déréglementation. Comme on le soulignera ultérieurement, l'harmonisation des législations nationales dans un contexte de «*Law Shopping*», et de concurrence des droits, est encore plus indispensable. Elle est seule à même de garantir dans l'intérêt général économique et social communautaire, les droits essentiels des différentes parties prenantes de l'entreprise : actionnaires, créanciers publics ou privés et salariés, dont la sécurisation est la juste contrepartie de la liberté qu'ont les entreprises de se mouvoir à l'intérieur de la Communauté.

La SE et la « citoyenneté européenne » des entreprises

L'institutionnalisation d'entités juridiques européennes, telle la SE, est récente. La France est l'un des pays les plus attachés à promouvoir ce modèle d'intégration européenne que ce soit dans le domaine civil ou commercial (avec le GEIE, la SE ou la SCE) ou dans le domaine social (avec le comité d'entreprise européen). Ces projets ont tous été initiés par le gouvernement français.

La première entité du genre à avoir été instituée en droit communautaire est le groupement d'intérêt économique européen (GEIE). Directement inspiré du droit français du groupement d'intérêt économique, il a été créé par le règlement n° 2135-85 du Conseil du 25 juillet 1985¹. Le GEIE, dont le caractère est civil ou commercial selon son objet, ne peut réaliser de bénéfices pour lui-même. C'est un pur instrument de coopération contractuelle entre entreprises d'États membres différents. Son immatriculation dans un de ces États lui confère des droits et obligations, tels que la capacité de contracter et d'ester en justice.

1. Publié au JOCE n° L. 199, du 31 juillet 1985, ce règlement a été transposé en droit français par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989.

Les États ont la liberté de reconnaître au GEIE la personnalité juridique, ce que la loi française a fait. Les GEIE ont en France la personnalité juridique dès leur immatriculation au registre du commerce. Ils peuvent transférer leur siège sans perdre cette personnalité juridique. Le bilan des GEIE n'a pas été clairement établi. Si étonnant que cela puisse paraître, on ne connaît pas leur nombre exact en 2007. On sait seulement qu'en 2001¹ il en existait 1 221 dont plus de la moitié immatriculés en France et en Belgique. La formule du GEIE aurait probablement pu donner lieu à plus large application si son statut était moins restrictif au regard des besoins des «joint-ventures» européennes. Par exemple, il est regrettable qu'en droit français un GEIE ne puisse pas se transformer en SA – et *a fortiori* en SE – sauf à être préalablement dissous, avec toutes les conséquences fiscales pénalisantes en découlant. Il reste que dans des domaines comme les transports transfrontaliers, l'éducation, la recherche, la culture ou l'audiovisuel – les services de manière générale –, le GEIE est un bon véhicule de coopération transnationale. L'exemple le plus illustratif est celui d'Arte. La chaîne franco-allemande fonctionne en effet depuis l'origine sous la forme d'un GEIE.

La troisième structure juridique propre au droit européen des sociétés est celle de la «*Societas Cooperativa Europaea*», la SCE. Entamées en 1992, les négociations sur la création d'un statut destiné aux entreprises coopératives opérant dans l'espace communautaire ont vite buté, comme pour la SE, sur la question de l'implication des travailleurs. L'accord politique conclu au Conseil européen de Nice sur la SE a néanmoins permis de relancer les négociations sur la SCE dont le statut a vu le jour moins de deux ans après celui de la SE. Comme pour cette dernière, il a fallu dissocier dans une directive à part le volet social de la réforme de manière à venir à bout de l'opposition des États les plus réticents. Le statut de la SCE se répartit ainsi entre un règlement du 22 juillet 2003 relatif au droit des sociétés, et une directive du même jour sur l'implication des travailleurs². La portée de la création d'un statut de la SCE n'est pas moindre, toutes proportions gardées, que pour la SE. De plus en plus de coopératives³, présentes dans le secteur des services et non pas seulement agricoles, souhaitent développer des coopérations transfrontalières, créer des comptoirs d'achat et des centrales de vente et pouvoir s'organiser en réseau sur le territoire européen. La possibilité de le faire sous la forme d'une structure juridique unique sera pour ces entreprises une facilité nouvelle⁴. Il est intéressant de constater à travers la SCE un phénomène de convergence des droits. Certes, à l'instar du règlement de

1. Données issues de la liste mensuelle des GEIE de la Commission européenne de juin 2001.

2. Règlement n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne, et directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003, complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (publiés au *JOUE* n° L. 207 du 18 août 2003). Le délai d'adaptation et de transposition de ces textes a expiré le 18 août 2006. Le processus d'adaptation et de transposition de ces textes est actuellement en cours en France.

3. En 2004, on décomptait en Europe 300 000 entreprises coopératives représentant environ 60 millions de personnes, sur les 20,5 millions d'entreprises que comptait alors l'UE (*Source* : site du ministère de l'Économie et des Finances, mise à jour de décembre 2004). Vraisemblablement, le nombre total d'entreprises dans l'Europe des 27 doit être de 28 millions à 30 millions.

4. Pour de plus amples développements sur la SCE, voir Annexe III-3.

2001 sur la SE, le règlement de 2003 sur la SCE renvoie pour les matières qu'il ne traite pas aux droits nationaux. Ce qui permet de sauvegarder des particularismes nationaux très marqués dans le monde coopératif. Dans le même temps, le parti pris du législateur communautaire a été de rapprocher, dans un souci d'efficacité, le statut de la SCE de celui des sociétés par actions. L'évolution avait été largement entamée par le législateur dès 1992¹. Elle est encore accentuée dans le statut de la SCE de 2003. Comme la SE, la SCE peut choisir entre deux systèmes de gestion – le monisme et le dualisme – et son fonctionnement est calqué sur celui de la SA. Cela témoigne de l'effet intégrateur de l'Espace économique européen. Le statut de société commerciale devient, du fait de l'imprégnation de la commercialité dans le statut de la SCE, une sorte de droit commun européen.

On a toutes bonnes raisons de penser que le processus de création de ce type de structure communautaire n'est pas près de s'arrêter, chaque réforme en appelant une autre. Parmi les évolutions qu'il a rendues possibles, le statut de la SE a ainsi permis de débloquer le dossier de la SCE, et tout récemment, à l'occasion de la présidence allemande de l'Union au premier semestre 2007, le projet de société privée européenne (SPE). La France et diverses organisations professionnelles françaises² en appellent de longue date la création de leurs vœux. La Commission européenne en avait repris l'idée dans son plan de modernisation du droit des sociétés³. Pour la première fois, la chancelière allemande, Angela Merkel, a inscrit la SPE dans les priorités du programme des présidences de l'Union de l'année 2007 et du premier semestre 2008⁴. Le statut de la SPE s'adresse plus particulièrement aux PME. De plus en plus de PME investissent ou offrent en effet leurs services au-delà de leurs frontières nationales. Elles sont de plus en plus nombreuses à se positionner notamment sur les marchés des pays de l'Europe centrale et orientale où les besoins de consommation et de modernisation sont importants. La SPE jouirait de davantage de liberté statutaire que la SE même non cotée. Si l'on en juge par l'ampleur du succès rencontré par la société par actions simplifiée (SAS), introduite en droit français en 1994⁵, et dont la SPE est fortement inspirée, on peut imaginer l'intérêt que suscitera la création de la SPE pour bon nombre des 18 millions de PME en Europe (sur 20 millions d'entreprises au total).

La mise en place de la SE a réveillé l'intérêt pour d'autres projets que l'on pouvait croire abandonnés. Il en est ainsi du projet d'un statut de « mutuelle européenne » promu par la France. Il n'est de même pas impossible (il est en

1. La loi n° 92 643 du 13 juillet 1992 sur la modernisation des entreprises coopératives a en effet largement modifié les principes de la loi fondatrice du 10 juillet 1947. La loi de 1992 a par exemple permis l'apport de capitaux extérieurs, la création de parts à intérêts prioritaires ou encore l'incorporation de réserves.

2. Il s'agit de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) et du Mouvement des entreprises de France (MEDEF).

3. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 21 mai 2003 : *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer* (COM/2003/0284/final).

4. Voir le « Programme des futures présidences allemande, portugaise et slovène » pour la période 2007-premier semestre 2008, Conseil de l'Union européenne, Bruxelles le 21 décembre 2006, POLGEN 25-17078/06, p. 30.

5. Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

tous les cas souhaitable) que les projets de statut d'association européenne ou de fondation européenne redeviennent d'actualité à plus ou moins brève échéance.

La création d'entités juridiques de droit communautaire ne concerne pas uniquement le domaine civil et commercial. Le domaine social connaît également pareilles entités au niveau des groupes d'entreprises européens. Les comités d'entreprise européens, les groupes spéciaux de négociation chargés de préparer un accord sur l'implication des travailleurs dans les GEIE, les SE ou les SCE, ou encore le comité de groupe de la SE en sont autant d'exemples.

Même si elle n'emporte pas application d'un droit communautaire autonome, la notion de personnalité juridique européenne est appelée à jouer un rôle moteur dans le rapprochement des cultures et des pratiques des différents pays de l'Europe. Doter des personnes morales – autres que les institutions publiques communautaires elles-mêmes telles que la Communauté européenne¹, la Banque européenne d'investissement et la Banque centrale européenne² – d'une personnalité juridique de droit communautaire est un changement fondamental. On peut même avancer l'idée que c'est conférer aux entreprises concernées, comme la SE, une forme de citoyenneté qui s'apparente à la citoyenneté européenne des femmes et des hommes ressortissants communautaires.

Cette comparaison trouve sa justification dans la conception même de la citoyenneté européenne. Chaque ressortissant d'un État membre de l'Union est, depuis le traité de Maastricht de 1992, à la fois citoyen de son pays, et citoyen de l'Europe. Reprenant les dispositions du traité de Maastricht, l'article 17 du traité CE précise que : « [...] Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. » La citoyenneté européenne, si elle a un caractère subsidiaire, comporte néanmoins des droits spécifiques puisés dans le droit communautaire. Tout citoyen européen a par exemple le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et au Parlement européen où qu'il réside en Europe³. Il bénéficie par ailleurs d'une protection diplomatique et consulaire de source communautaire : dans l'hypothèse où l'État dont l'intéressé a la nationalité n'a pas de représentation diplomatique ou consulaire dans un pays tiers, cette protection lui est en effet accordée par n'importe quel autre État membre ayant une telle représentation sur place.

1. Le traité constitutionnel européen prévoit en son article I-7 que « l'Union a la personnalité juridique ». Actuellement, en effet, seule la Communauté européenne a formellement cette personnalité. L'octroi exprès de la personnalité juridique à l'Union européenne aura un double avantage : il consacrera, d'une part, la compétence de l'Union pour conclure des accords internationaux ; il permettra, d'autre part, de faire absorber dans le « premier pilier » des compétences communautaires les compétences des deux autres piliers (politique étrangère, défense, justice et affaires intérieures) facilitant d'autant les processus de décision dans des domaines qui touchent à divers aspects des politiques européennes.

2. Quelques agences européennes ont la personnalité juridique, tel l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) chargé de délivrer aux entreprises pour les produits et services la « marque communautaire ».

3. Ari Vatanen, de nationalité finlandaise, a ainsi été élu député européen sur une liste UMP en France.

La notion de citoyenneté européenne devrait pouvoir, toutes proportions gardées, être transposée aux entités juridiques européennes (quelle qu'en soit la forme légale : GEIE, SE, SCE ou demain SPE). C'est la proposition du rapporteur, qui rejoint celle que fait le professeur Michel Menjucq en ce qui concerne la SE, dans une annexe au présent rapport¹. Le principe de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques figure à l'article 48 du traité CE², accentue la logique de cette proposition et renforce sa base juridique.

Il est possible en effet de faire un parallélisme entre la citoyenneté européenne des individus et celle de la SE. Dans les deux cas, elle est une notion subsidiaire. La citoyenneté européenne des individus est issue de leur citoyenneté nationale les rattachant à l'État membre qui leur confère leur état civil. De la même façon, la SE naît en tant que personne juridique de droit communautaire au jour de son immatriculation dans un registre des sociétés national. De même que le citoyen européen circule librement en Europe sans autre document que son titre national d'identité, de même la SE est reconnue dans tous les États membres du fait de son statut propre. Le statut de la SE rend superflu pour les sociétés concernées un quelconque traité spécifique sur la reconnaissance des personnes morales dans l'Union européenne. Et ce, indépendamment de la toute récente jurisprudence de la Cour de Luxembourg sur la liberté d'établissement qui contraint les États membres à reconnaître sur leur territoire sans aucune exclusive la capacité juridique des sociétés étrangères régulièrement constituées dans un autre État membre³. La question de la reconnaissance de la personnalité des sociétés et personnes morales, jamais résolue en l'absence d'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles du 29 février 1968⁴, se trouve donc maintenant explicitement réglée pour la SE par le règlement de 2001.

1. Contribution du professeur Michel Menjucq en Annexe VIII-6.

2. Selon l'alinéa premier de l'article 48 du traité CE (ex-article 58) : « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées [...] aux personnes physiques ressortissantes des États membres. »

3. Voir notamment CJCE « Centros » du 9 mars 1999, aff. C-212/97 (Rec. 1999, p. I-1459); CJCE « Überseering » du 5 novembre 2002, aff. C-208/00 (Rec. 2002, p. I-9919); CJCE « Inspire Art » du 30 septembre 2003, aff. C-167/01 (Rec. 2003, p. I-10155).

4. Le texte de cette convention, rédigé par le professeur Berthold Goldman, est reproduit avec son rapport à la RTD eur. 1968, p. 400. Voir la contribution de Laurence Idot : « À propos de la libre circulation des entreprises », *L'Actualité de la pensée de Berthold Goldman*, sous la direction de Philippe Fouchard et Louis Vogel, LGDJ, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2004.

Au-delà du bénéfice de la libre circulation reconnue au titre de la liberté d'établissement secondaire à toutes les sociétés en Europe¹, le statut de la SE pourrait présenter pour les entreprises d'autres avantages en lien avec leur personnalité juridique européenne : d'une part, il devrait être entendu que les SE bénéficient, au même titre que le citoyen européen, d'une protection diplomatique et consulaire européenne partout dans le monde. D'autre part, il serait utile comme le suggère le professeur Menjucq de réfléchir à l'opportunité de permettre à la SE, dans tous les États membres sur le territoire desquels elle possède des implantations, de se réclamer, si besoin est, des traités de commerce, d'établissement ou d'investissement conclus par ces États avec des pays tiers.

Une pluralité de rattachement aux normes

Il a toujours été entendu que le règlement sur la SE ne concernerait que les aspects propres au droit des sociétés régissant la vie des entreprises. Bien que fort ambitieux dans leur volonté de conférer un statut autonome à la SE, ses initiateurs n'ont jamais imaginé qu'elle pût se fonder sur un «droit économique bis», entièrement communautarisé et indépendant des droits nationaux dans tous les domaines. Le rapport Sanders lui-même en 1967 évoquait les domaines auxquels le statut ne s'étendait pas en citant : «le droit administratif, le droit des professions industrielles et commerciales, le droit de la concurrence, le droit général du travail, le droit fiscal et le droit pénal». Il renvoyait dans tous ces domaines au droit national, tout en posant en principe que «la SE ne peut être traitée plus défavorablement qu'une société anonyme nationale». Sans cette dernière précision, pourtant fort opportune, le statut de la SE prévoit de façon analogue qu'il ne couvre pas des domaines tels que «la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, ou l'insolvabilité», indiquant que «[...] les dispositions du droit des États membres et du droit communautaire sont applicables dans ces domaines, ainsi que dans d'autres domaines non couverts par le présent règlement».

1. La liberté d'établissement se divise en deux branches : la liberté d'établissement à titre principal, garantie par l'article 43, alinéa 1, première phrase du traité qui vise les sociétés immatriculées au sein de l'Union européenne : «Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites» et la liberté d'établissement à titre secondaire, garantie par l'article 43, alinéa 1, seconde phrase du traité qui étend le bénéfice du principe aux établissements dits «secondaires» de ces sociétés, indifféremment de leur forme juridique : «Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre [...]».

La dénaturation de la notion de règlement communautaire

Pour le reste, le règlement s'écarte de la conception initiale de la SE reflétée dans le rapport Sanders et les premières propositions de la Commission des années 1970. Trois conceptions étaient possibles :

- faire de la SE une entité juridique transnationale dont les modes de constitution et de fonctionnement se seraient appuyés sur un droit entièrement communautarisé indépendant des droits des États (proposition initiale) ;
- à l'inverse et tout en lui conférant une personnalité juridique de droit communautaire, traiter la SE comme une SA de l'État membre de son siège statutaire et lui appliquer majoritairement le droit national de cet État (règlement de 2001) ; ou
- à titre intermédiaire, prévoir l'application de règles communautaires uniformes, complétées par un renvoi aux droits nationaux éventuellement adaptés, mais sans offrir d'options aux États pour appliquer ou non certaines prescriptions. Cette dernière formule aurait rejoint l'optique de la 5^e directive sur la structure de la SA, tout en s'en séparant du fait du caractère facultatif du recours à la SE. La proposition d'un droit harmonisé de la SA n'a jamais vu le jour. Les États – ceux se réclamant de la *Common Law* et ceux appartenant à la sphère du droit romano-germanique – n'ont pas été à même de s'entendre sur un mode commun de gouvernance des entreprises¹. Mais c'est surtout la structure proposée pour la SA qui était trop rigide et inadaptée. Dès lors que le recours à la SE restait facultatif et n'obligeait pas les États à modifier leur droit de la SA (au-delà de ce qu'exige l'application des directives communautaires d'harmonisation), on pouvait penser qu'un accord se dégagerait sur une structure plus homogène de la SE, quel que soit le lieu de son siège statutaire. C'eût été logique et efficace à la fois. Pour les raisons expliquées plus haut et sur lesquelles nous reviendrons, c'est la formule la moins « intégrée » qui a été retenue. Le règlement de 2001 ne se contente pas seulement de multiplier les renvois aux droits nationaux de la SA, il laisse à de multiples reprises aux États des facultés d'options qui retirent de la lisibilité aux statuts de la SE et nuisent à sa sécurité juridique. C'est ce que critiquent à juste titre la plupart des commentateurs du règlement de 2001², et c'est la surprise qu'a eue un groupe américain ayant transformé en SE une de ses filiales européennes de constater qu'une SE n'a pas la même physionomie «en deçà et au-delà des Pyrénées³».

1. Présentée pour la première fois au Conseil des ministres en 1971, la proposition de 5^e directive était beaucoup trop rigide et prenait nettement parti pour des structures calquées sur le modèle allemand du dualisme et de la codétermination.

2. Voir notamment Gérard Blanc, «La société européenne : la pluralité des rattachements en question (à propos du règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001)» *Le Dalloz 2002*, n° 12 ; Jean-Pierre Bertral, «La société européenne entre son passé et son avenir», *Droit et Patrimoine*, n° 125, avril 2004 ; Jean-Pierre Brouillaud, «La SAE : la société approximativement européenne», *JCP/La Semaine Juridique*, édition entreprise et affaires, n° 3, 18 janvier 2007 ; Véronique Magnier, «La société européenne en question», *Revue critique DIP*, n° 3, juillet-septembre 2004.

3. Cette expression, tirée des *Pensées* de Pascal («Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà») souligne les différences d'approche juridique de la SE d'un pays européen à l'autre.

Qu'est-il resté de la proposition initiale de la Commission européenne voici près de quarante ans ? D'abord, la reconnaissance de la personnalité juridique de droit communautaire de la SE qui transcende les droits nationaux. Ensuite, une mobilité dont – pour l'instant au moins¹ – les autres SA sont dépourvues. Enfin et surtout, des potentialités générées par l'existence même du label SE qui est la porte d'entrée dans un espace européen plus facile d'accès.

C'est pourquoi, en dépit de la réduction des ambitions attachées à la création de la SE, celle-ci doit être considérée comme un premier pas vers la réalisation d'une unité juridique et économique de l'entreprise véritablement européenne. En cela, l'approche reflétée par la Commission, dans sa proposition de statut publiée en 1970², reste d'actualité. Rappelons-en les termes :

« Considérant que le développement harmonieux des activités économiques, dans l'ensemble de la Communauté, appelle le passage du stade de l'union douanière à celui de l'union économique, que la réalisation de celle-ci implique notamment, outre l'élimination des entraves aux échanges, une restructuration à la dimension de la Communauté des facteurs de production et de commercialisation afin d'aboutir à un fonctionnement du marché élargi comparable à celui d'un marché national ; qu'à cette fin, il est indispensable que les entreprises dont l'activité n'est pas limitée à la satisfaction de besoins purement locaux puissent concevoir et poursuivre la réorganisation de leurs activités au niveau communautaire, et que le renforcement de leurs moyens d'actions et de leur capacité compétitive se fasse directement à ce niveau [...] ;

« [...] que, même si les moyens d'action prévus par le traité relatifs à l'harmonisation des législations et à la conclusion des conventions en vue de rendre possible la mobilité juridique des sociétés par transfert de siège et fusion sont de nature à apporter des remèdes à certaines de ces difficultés, ils ne permettent pas d'éliminer l'obligation de choisir une législation nationale déterminée pour donner à une entreprise économiquement européenne la forme juridique indispensable de société commerciale [...] ;

« [...] que la seule solution de nature à réaliser à la fois l'unité économique et l'unité juridique de l'entreprise européenne est donc de permettre la constitution, à côté des sociétés de l'un ou l'autre droit national, de sociétés entièrement régies par un droit unique, directement applicable dans tous les États [...]. »

Ce qui a changé, c'est non pas le but mais la portée du statut communautaire de la SE qui, dans sa forme originelle préconisée par le rapport Sanders et les premières propositions de la Commission, aurait pu constituer une expérience unique d'application directe des règles matérielles du droit européen des sociétés.

1. Deux instruments de mobilité intracommunautaire des sociétés pourraient prochainement venir concurrencer la SE. Il s'agit d'une part de la directive 2005/56/CE dont la date limite de transposition dans les droits des États membres est fixée au 15 décembre 2007 et d'autre part, de la 14^e directive relative au transfert transfrontalier du siège, qui à ce jour n'a pas encore dépassé le stade de projet (voir la dernière consultation publique de la Commission réalisée en 2004 : http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm). Voir Annexe III-4.

2. « Proposition de règlement CEE du Conseil portant statut de la société anonyme européenne », *JOCE*, 10 octobre 1970, n° C. 124, précitée.

La façon de régler les difficultés d'application ou d'interprétation de ce droit *sui generis* était en effet radicale. Il revenait au juge – national ou communautaire – de combler les lacunes du statut de la SE, non pas par référence aux droits nationaux, mais «selon les principes généraux dont ce statut s'inspire» ou, «si ces principes généraux ne permettent pas de trancher la question, selon les règles ou principes généraux communs aux droits des États membres¹». Le statut de la SE, en faisant émerger les principes fondamentaux du droit communautaire, renforçait la nature constitutionnelle du traité européen. Il aurait par ailleurs évité d'avoir à se poser, de façon constante, la question du tribunal compétent et du droit national applicable aux diverses situations auxquelles une entreprise peut être confrontée dans ses relations avec ses actionnaires, ses salariés ou ses créanciers dans différents pays. En l'absence d'uniformisation des règles de droit international privé reconnues dans les différents États, on assiste de plus en plus fréquemment à des conflits de lois et de juridictions qui sont autant de sources d'insécurité juridique² et d'allongement de la durée des procédures.

Mais les États n'étaient pas prêts, même à propos de la SE, à aller aussi loin. Aussi était-il préférable, ainsi qu'il a été décidé au Conseil européen de Nice de décembre 2000, de parvenir à un accord politique moins ambitieux, mais réaliste, et de clore des discussions ouvertes depuis trop longtemps. Le changement de perspective est cependant patent. Ce n'est plus l'intérêt des entreprises ayant des activités transfrontalières à se structurer et à se consolider au plan européen qui prévaut sur l'intérêt des États à défendre, les uns vis-à-vis des autres, l'attractivité de leur territoire. Les priorités sont inversées : en préservant les particularismes étatiques à travers le renvoi aux droits nationaux et les options offertes à chaque État membre, le règlement de 2001 ouvre la voie à une concurrence accrue entre les États dont on ne peut que prendre acte.

Cette dénaturation de la notion même de règlement communautaire a été le prix à payer pour un accord. Sa seule lecture montre que ce règlement n'est plus un instrument juridique directement opérationnel. Cette remarque ne relève pas du pur juridisme. Le manque de clarté des législations européennes, fruit de compromis laborieux, est une préoccupation croissante des acteurs économiques et sociaux en Europe³. Il a de plus l'inconvénient de contribuer au sentiment d'éloignement des citoyens par rapport à la construction européenne.

1. Cette référence aux principes généraux communs aux droits des États membres évoque la formule introduite par le traité de Maastricht de 1992 suivant laquelle : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. »

2. Voir la contribution du professeur Michel Menjucq et de Reinhard Dammann en Annexe VIII-4.

3. À cet égard, voir notamment les critiques faites à la directive n° 2004/25 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, concernant les offres publiques d'acquisition : Alain Pietrancosta et Anne Maréchal, « Transposition de la directive OPA : des incertitudes entourant le recours à la « clause de réciprocité » », *Lexbase Hebdo*, n° 189, 10 novembre 2005.

En principe, comme le précise l'article 249 du traité CE, «le règlement [...] est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre», tandis que la directive fait place à l'adaptation de ses normes par les États. Elle «lie tout État membre [...] quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens». Or le règlement de 2001 ne répond pas à ces définitions. Plus que beaucoup de directives, il laisse aux États membres une marge d'adaptation tout à fait inhabituelle. Un minimum de ses dispositions est d'application réellement directe, contrairement à ce que laisse supposer *in fine* l'article 70. Cet article reprend la formule du traité suivant laquelle il «est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre». En fait, contrairement aux dispositions claires de l'article 249 du traité, le règlement de 2001 est pratiquement inapplicable sans réception dans les lois nationales des États concernés. En outre, les lois nationales peuvent varier considérablement tant sont nombreuses les possibilités d'adaptation offertes par le texte : harmonisation minimale, *opting in* ou *opting out*, etc. L'utilisation de l'expression «au moins», révélant une simple harmonisation minimale, figure dans pratiquement toutes les dispositions ayant trait à la gouvernance de la SE (formation et fonctionnement des organes de direction, majorité requise aux assemblées générales pour modifier les statuts, droits des actionnaires à ces assemblées, etc.). Quant aux options offertes aux États, il en existe 32¹. De sorte que pour chaque thème relatif au fonctionnement ou à la constitution de la SE, on dénombre une dizaine de variantes selon l'implantation du siège de l'entreprise. Or certaines de ces variantes portent sur des sujets aussi essentiels que celui de la protection des actionnaires minoritaires en cas de fusion transfrontalière et de transfert de siège.

Cette technique consistant pour le législateur communautaire à ouvrir aux États la possibilité de ne pas appliquer les règles qu'il énonce ne se limite pas aux textes sur la SE. Son usage a tendance à se généraliser plus particulièrement dans les domaines économique et financier. Ce qui est problématique. Sur le moment, cette façon de surmonter les divergences entre États peut apparaître comme une bonne voie de sortie. Mais la multiplication des options offertes permettant aux États d'appliquer «à la carte» le droit européen affaiblit l'esprit communautaire. Elle est en outre l'occasion de dresser de nouvelles barrières entre les États que le marché commun a précisément pour objectif de faire disparaître. Enfin se pose la question du respect du principe d'égalité. Pour reprendre l'exemple de la SE, dès lors que celle-ci est conçue comme une entité communautaire, comment justifier que les actionnaires d'une entreprise immatriculée dans un État soient mieux protégés que les actionnaires d'une autre ayant son siège dans l'État voisin? Un commentateur averti du statut de la SE relève que «l'arbre européen dépérirait très vite si les racines se révélaient inadaptées au sol national²». Cette formule imagée est réaliste. Mais elle rend insuffisamment compte du besoin qu'ont aujourd'hui les entreprises et leurs parties prenantes, y compris les salariés, d'avoir désormais à l'échelle de l'Europe une vision stratégique, économique et sociale cohérente.

1. Voir «The Societas Europaea : a new opportunity?», Paul Storm et Nauta Dutilh, *in* Dirk Van Gerven, *The European Company*, tome I, Cambridge University Press, 2006.

2. «La société européenne (SE) : la dernière ligne droite?», Philippe Woodland, *Revue du marché commun*, afI. 352, 1991, p. 808-817.

La complexité du système des renvois aux droits nationaux

Selon le sentiment que leur inspire la création de la SE, certains déplorent un statut se bornant à instaurer une «communauté réduite aux acquêts¹», tandis que d'autres se félicitent que ce statut, certes lacunaire, représente malgré tout la «colonne vertébrale» de la SE². Cette dernière formule rend bien compte de la nature juridique de la SE. Car si le règlement de 2001 est la structure assurant la cohérence de son statut, il ne reflète pas, loin s'en faut, son apparence et la réalité de son fonctionnement selon son lieu d'immatriculation. La SE est avant tout une sorte de porte-drapeau d'un modèle européen d'entreprise qui s'est forgé au cours du temps. Ce modèle revêt deux aspects liés à sa citoyenneté européenne. Sa mobilité lui assure en principe une entière liberté de circulation et d'établissement au sein de l'Union. Son dispositif relativement poussé d'implication des travailleurs rejoint la dimension spécifique de l'Europe sociale. En dehors de ces deux éléments majeurs que sont la mobilité (fusion transfrontalière et transfert de siège) et l'implication des travailleurs (dont le dispositif est défini par la négociation sociale), les traits communs aux SE sont principalement au nombre de cinq.

Le premier et le plus visible est le label européen. Dans tous les pays de l'Europe, les SE doivent adjoindre à leur dénomination le sigle «SE» renvoyant au latin «*Societas Europaea*». Le deuxième est l'exigence d'un capital minimal souscrit en principe en euros, et ce, alors même que certains pays ont renoncé à exiger un quelconque montant minimum de capital lors de la création de sociétés non cotées. La désignation du siège de la SE est la troisième caractéristique qui la singularise encore plus nettement que les deux premières. Le règlement prend clairement parti pour la théorie du «siège réel», obligeant toute SE à avoir son siège statutaire – dont dépend sa loi nationale de rattachement – dans l'État où elle a son administration centrale. On sait que ce système n'est pas appliqué par une bonne partie des États européens qui lui préfèrent le système du «siège statutaire» (aussi appelé système de la «loi d'incorporation») laissant aux entreprises la liberté de s'immatriculer dans le pays de leur choix, même si leur siège de direction ou leurs activités se trouvent dans un autre pays. Mentionnons également l'immatriculation, acte de portée décisive, et désormais uniforme pour toutes les SE, dont le rôle est d'attribuer à la société sa personnalité juridique. Or dans les pays de *Common Law* (Royaume-Uni), cette personnalité est inhérente à la constitution de la société, tandis que dans d'autres (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas), elle résulte, avant immatriculation, de la conclusion du contrat par-devant notaire. Enfin et en dernier, au niveau de sa gouvernance, la SE peut librement choisir le dualisme (avec directoire et conseil de surveillance) ou le monisme (avec conseil d'administration) même dans les États qui ne connaissent pour les SA que l'un des deux systèmes.

1. Selon la formule employée par Philippe Marini, sénateur, rapporteur général du budget et rapporteur de la loi sur la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 ayant intégré le statut de la SE dans le droit français. C'est sur son initiative qu'ont été insérées par amendements les dispositions législatives du Code de commerce et du Code du travail sur la SE.

2. Voir l'article «*Enfin, la société européenne !*» de Françoise Blanquet, précité.

Le degré d'harmonisation du statut communautaire de la SE n'est certes pas négligeable, mais la vie des entreprises constituées en SE aurait été simplifiée si le règlement avait été plus précis et s'il s'était borné à renvoyer aux dispositions des droits nationaux relatives à la SA sans multiplier les options qui altèrent sa cohérence. Mais les États ont peu à peu détricoté le travail accompli par la Commission. Au fil de discussions souvent acharnées, l'un ou l'autre d'entre eux a demandé – et obtenu – de pouvoir disposer d'une option pour adapter ou même écarter l'application de telle ou telle disposition sans que l'on appréhende exactement la nature des intérêts défendus, car les entreprises, dans un souci de clarté et de sécurité, souhaitaient, elles, avant tout (en dehors du volet social soulevant des questions à part) une harmonisation la plus complète possible.

Le résultat est un système de hiérarchie des normes d'une complexité sans équivalent dans le droit communautaire. Ce système de normes est précisé à l'article 9 du règlement que nous reproduisons *in extenso* tant il illustre à quels erremens peut être conduit le législateur communautaire. Selon cet article :

« 1. La SE est régie :

- » a) par les dispositions du présent règlement ;
- » b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions du statut de la SE, ou
- » c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par :
 - » i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE ;
 - » ii) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire ;
 - » iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

» 2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I.

» 3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. »

La lecture édifiante de ces dispositions montre les limites du processus de décision communautaire lorsque priment les intérêts nationaux, en l'occurrence plus culturels qu'économiques. Un compromis imparfait vaut-il mieux que l'absence de tout compromis ? Abandonner l'idée de la création d'un statut communautaire des entreprises eût été très dommageable. Mais compte tenu des enjeux – pour la croissance de l'Europe, ses entreprises, leurs actionnaires, leurs salariés et leurs créanciers –, on ne peut que regretter la façon dont les États ont altéré un projet regardé comme l'un des plus emblématiques de la construction d'un espace économique commun. À partir de 70 articles, le règlement de 2001

n'opère pas moins de 65 renvois au droit national et n'offre pas moins de 32 options laissées à la discrétion des États¹. L'attractivité du statut de la SE sera réelle lorsque son statut pourra être rendu plus homogène. Le Conseil constitutionnel, dans sa jurisprudence récente, a fait émerger un principe répondant à « l'objectif constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi ». Fondé sur « la garantie des droits » énoncée à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce principe oblige le législateur à « adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » de manière à permettre aux destinataires de la loi de la comprendre et d'en mesurer la portée². En dépit des lourdeurs du processus de décision de l'Europe des 27, cette préoccupation devrait inspirer en permanence le législateur communautaire qu'est le Conseil des ministres. D'autant que les conditions de réception du droit communautaire dans 27 systèmes juridiques nationaux, aux particularités plus ou moins marquées, risquent d'être de plus en plus hétérogènes³.

L'évolution récente ne constitue pas à cet égard un encouragement, comme en témoignent les négociations, puis les modalités de transposition de la directive concernant les offres publiques d'acquisition (OPA)⁴. La Commission européenne a pu relever que l'autorisation donnée aux États ne pas appliquer certaines dispositions essentielles et d'exempter leurs entreprises du respect de ces dispositions, si l'auteur de l'offre d'achat n'est pas soumis dans son pays aux mêmes obligations, avait donné libre cours à de nouvelles attitudes protectionnistes. Cela à l'encontre de l'idée même de la directive qui était d'ouvrir les frontières pour les investisseurs. Pour autant, tout n'est pas noir. Le règlement de 2001 a montré sa capacité d' entraînement pour accélérer le rythme des réformes en matière de droit européen des sociétés ; il renferme par ailleurs en lui-même une dynamique qui pourrait faire de la SE le modèle des années à venir.

1. Voir « The Societas Europaea : a new opportunity ? », Paul Storm et NautaDuthil précité.

2. Voir par exemple la décision du Conseil DC n° 2005-530 du 29 décembre 2005, considérants 77 à 89 publiée au *JORF* du 31 décembre 2005.

3. CJCE « Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister e. a. contre Republik Österreich » du 15 juin 1999, aff. C-140/97 (Rec. 1999 p. I-03499) : « 50. Il découle de la jurisprudence de la Cour qu'une violation est suffisamment caractérisée lorsqu'une institution ou un Etat membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs. À cet égard, parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération, figure notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée (arrêt du 26 mars 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, point 42). »

4. Communiqué de presse, IP/07/215 sur le rapport de la Commission européenne publié en février 2007 sur la transposition de la directive « OPA ».

Quelles conclusions tirer de l'approche spécifique du statut de la société par rapport aux exigences de la compétitivité ?

1. Le règlement n'est nullement à contre-courant du mouvement vers une contractualisation croissante des modalités d'organisation et de fonctionnement des sociétés. La liberté statutaire de la SE est mentionnée comme deuxième source du droit qui lui est applicable. Et, même si la place qui lui est accordée est moins réelle qu'il n'y paraît¹ du fait de la faculté qu'ont les États de l'encadrer strictement, des éléments de souplesse existent permettant aux SE d'adapter leurs statuts à leurs objectifs particuliers, et il convient de les valoriser.

2. Le règlement valide explicitement l'acquis communautaire en droit des sociétés, le droit des États étant appelé à combler les lacunes du règlement sans pouvoir déroger au corpus des directives communautaires patiemment constitué depuis quarante ans. Si certaines directives seulement sont citées (celles du 9 mars 1968 sur la publicité obligatoire sur les sociétés, du 9 octobre 1978 sur les fusions des SA ou encore du 21 décembre 1989 sur la SARL à un seul associé, s'agissant des SE unipersonnelles), c'est l'ensemble des chapitres du droit communautaire de la SA qui, avec le règlement, constitue le socle de la SE et en fait une forme finalement familiale dans toute l'Europe.

3. Des entités comme la SE pourraient jouer un rôle clé pour contourner les difficultés croissantes de l'harmonisation des législations nationales, en concrétisant une formule du type du « 28^e régime² ». Rappelons que, dans sa philosophie, le 28^e régime est à la fois uniforme et facultatif pour les ressortissants européens, et s'applique indifféremment dans tous les États membres. Il se superpose aux systèmes nationaux sans contraindre les États à changer profondément leur législation. Tel est l'esprit du règlement de 2001. La SE est bien un instrument juridique spécifiquement communautaire, comme l'a souligné la Cour de justice des Communautés européennes à propos

1. La 5^e directive sur la structure de la SA dont le projet a été abandonné (voir plus haut) comportait des dispositions encore bien plus rigides, laissant peu de marge de manœuvre dans les statuts de l'entreprise.

2. On devrait parler du 31^e régime, l'UE comptant 27 États membres auxquels s'ajoutent les trois pays signataires de l'EEE : Norvège, Islande et Liechtenstein.

de la SCE. Dans un arrêt du 2 mai 2006¹ parfaitement transposable à la SE, la Cour de Luxembourg qualifie en effet la SCE de « forme juridique européenne, de nature spécifique et communautaire [...] », en insistant sur le fait que « le règlement attaqué, qui laisse inchangés les différents droits nationaux existants, ne saurait être regardé comme ayant pour objet de rapprocher les droits des États membres [...], mais a pour objet de créer une forme nouvelle de société coopérative, qui se superpose aux formes nationales ».

1. CJCE, « Parlement européen contre Conseil de l’Union européenne » du 2 mai 2006, aff. C-436/03 (Rec. 2006, p. I-3733) : dans cette affaire, le Parlement européen demandait l’annulation du règlement relatif au statut de la société coopérative européenne en invoquant un moyen unique, tiré du choix erroné de l’article 308 CE comme base juridique du règlement attaqué, à la place de l’article 95 CE. La Cour a débouté le Parlement en jugeant que la base juridique retenue par le Conseil était appropriée puisque le règlement n’avait pas eu pour objet de rapprocher les droits des États membres applicables aux sociétés coopératives mais de créer une forme nouvelle de société coopérative qui se superposait aux formes nationales.

Chapitre 2

Qu'est-ce que la SE ?

En apparence, la SE est «approximativement européenne¹», car elle emprunte beaucoup au droit des SA du pays où elle a son siège. Elle ne se distingue pas moins fondamentalement de ces sociétés, car elle représente une «forme juridique européenne, de nature spécifique et communautaire²», dont la personnalité juridique échappe à la seule problématique nationale. Pour reprendre la métaphore du règlement de 2001 «colonne vertébrale» de la SE, on pourrait comparer les normes nationales qu'elle doit respecter à la chair entourant son squelette et ses statuts propres aux vêtements portés par chaque individu et qui en expriment la personnalité singulière. Le règlement de 2001 ne permet donc pas, à lui seul, d'appréhender la véritable identité de la SE. Il faut se référer au droit national, soit spécifique aux SE, soit applicable de manière générale aux SA, pour avoir une idée précise de ses modes de constitution et de fonctionnement. C'est naturellement à la description de la SE «à la française» qu'est consacré ce chapitre, étant observé que la France, à quelques exceptions près, a choisi d'insérer autant que faire se peut la SE dans le cadre du droit commun des SA. L'incorporation définitive du statut de la SE dans le droit interne français date de fin 2006 (le décret relatif au volet social est intervenu en novembre 2006). Les textes applicables insérés dans le Code de commerce et le Code du travail sont les suivants :

- La loi du 26 juillet 2005 sur la confiance et la modernisation de l'économie³ : articles L. 225-245-1, L. 229-1 et suivants, L. 238-3-1 et L. 244-5 du Code de commerce et articles L. 439-25 et suivants et L. 483-1-3 du Code du travail.
- Le décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne : articles 203-3 à 203-29 et 251-2 du décret n°67-236 du 23 mars 1967 et articles 15, 19-1, 40-1, 57-1 et suivants du décret n°84-406 du 30 mai 1984.
- Le décret n° 2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le Code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) : articles R. 439-4 et suivants du Code du travail.

1. Voir J.P. Brouillaud, *in La Semaine juridique*, 18 janvier 2007.

2. Suivant l'expression de la Cour de justice de Luxembourg. Voir CJCE, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne du 2 mai 2006, Affaire C-436/03.

3. Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005.

La réception du statut de la SE dans le Code de commerce s'est faite presque à la sauvette grâce au dépôt d'amendements parlementaires. Les auteurs de ces amendements connaissaient parfaitement le sujet, étant d'ailleurs les auteurs de plusieurs propositions de loi¹. Mais il n'y a pas eu de vrai débat. Il est tout à l'honneur du garde des Sceaux d'ouvrir aujourd'hui à travers cette mission d'étude ce débat. Le sujet de la SE, apparemment technique et austère, pose des questions politiques et de principe qui touchent à la conception même de la construction européenne. Le rapporteur espère pouvoir sensibiliser, au-delà des seuls milieux juridiques, économiques et financiers, à cette dimension. Il y va non seulement des problèmes de notre compétitivité, mais aussi de notre indépendance et au sens large, du modèle européen lui-même.

L'examen du régime de la SE «à la française» appelle quelques remarques préliminaires :

- D'abord, la SE immatriculée en France est soumise à un régime qui, sous réserve d'une mobilité accrue, n'est pas éloigné de celui des SA. Les juristes français n'ont pas lieu de se sentir dépaysés par cette forme de société. La France, plutôt que de singulariser la SE en tant que forme sociale nouvelle, a voulu éviter des distorsions trop importantes entre le régime de la SE et celui de la SA. Elle n'avait d'ailleurs pas grand effort à consentir pour ce faire. La plupart des notions utilisées dans le règlement de 2001 existaient dans le droit français. Par exemple, celui-ci connaît le système moniste (conseil d'administration) et le système dualiste (directoire et conseil de surveillance), alors que d'autres pays n'appliquent que l'un des deux modes de gouvernance (monisme en Belgique et dualisme en Allemagne, par exemple). De même, le droit français reconnaît la notion de «transmission universelle du patrimoine» – qui rend possibles les fusions au sens plein du terme – ce qui n'est pas le cas de tous les pays européens, notamment le Royaume-Uni. Enfin, le règlement, en retenant l'obligation pour la SE d'avoir son siège statutaire au lieu de son administration centrale, ne déroge pas au droit français fondé sur la théorie du «siège réel» (contrairement aux pays comme le Royaume-Uni, l'Irlande et les Pays-Bas qui permettent la dissociation entre siège statutaire et siège de direction).

- La proximité entre le règlement de 2001 et le droit commercial français constitue *a priori* un élément appréciable de commodité pour les entreprises en France. Pour autant, comme l'ont révélé la plupart des entretiens avec des responsables de ces entreprises, les acteurs économiques auraient préféré un statut plus novateur, moins rigide et permettant de faire bénéficier la SE de modes de gestion véritablement adaptés à ses activités transnationales. Or le règlement de 2001 fixe à la SE un cadre reposant sur des standards traditionnels. Ses structures de gouvernance restent classiques. La France n'a pas saisi le prétexte qui lui était donné pour se servir de la SE comme laboratoire expérimental

1. Proposition de loi relative à la société européenne de M. Philippe Marini, déposée au Sénat le 9 octobre 2003 (texte n° 11) et proposition de loi de MM. Jean-Guy Branger et Jean-Jacques Hyest portant sur la mise en œuvre des dispositions de renvoi en droit interne contenues dans le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) et sur la transposition concomitante de la directive n° 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, déposée au Sénat le 19 janvier 2004 (texte n° 152).

de la modernisation de ce droit. Il est vrai que la plupart des États membres, face à la nouveauté du concept de société européenne, n'ont utilisé cette opportunité que de façon prudente.

- L'avancée la plus notable en droit français dans la voie de cette modernisation concerne les sociétés non cotées, et s'adresse aux PME. Sous l'impulsion du rapporteur du texte au Sénat, Philippe Marini, la loi du 26 juillet 2005 a accordé aux SE non cotées une liberté statutaire proche de celle des sociétés par actions simplifiées (SAS)¹. Toutefois le règlement, obligatoire en toutes ses prescriptions, permettait difficilement au législateur français d'aller plus loin.

- Dernière remarque : le règlement de 2001 est bien plus précis s'agissant des conditions de création de la SE qu'en ce qui concerne son fonctionnement. Dans le premier cas, il fallait répondre à la préoccupation du gouvernement allemand d'éviter de faire de la SE une échappatoire permettant aux groupes allemands de se libérer des contraintes du social allemand². Pour ce qui est de la gouvernance, la préoccupation était différente. La demande des États était de préserver leurs particularismes et de se réapproprier en quelque sorte le statut de la SE en l'ancrant dans leurs traditions juridiques nationales. La SE, fruit de délicats compromis, est ainsi née sous surveillance, comme si les États refusaient que cette société commerciale sans pareil puisse se soustraire à leur contrôle.

Ces sentiments mêlés face à l'innovation que constitue la première société commerciale de nature communautaire jamais créée expliquent la lourdeur de certains dispositifs du statut de la SE :

- Ses modes de création sont très encadrés, et notamment, le règlement de 2001 exclut toute création d'une SE *ex nihilo*.
- Ses modes de gouvernance sont relativement classiques et ne rendent pas toujours compte de l'évolution vers une conception plus contractuelle de l'entreprise.
- La mobilité de la SE, principal apport de son statut, est atténuée par la complexité de ses procédures et l'incertitude de certaines de ses règles.

1. Voir le glossaire en Annexe IX.

2. Depuis sa création, dans les années 1960 et surtout à partir d'une réforme datant de 1976, le système de la «codétermination» qui fait place aux représentants salariés dans les conseils de surveillance est discuté. (Voir le rapport Biedenkopf du 21 décembre 2006, *Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung vom Dezember 2006*). Voir le glossaire en Annexe IX.

Des modes de création très encadrés

Des conditions d'extranéité et d'antériorité

Une SE ne peut en aucun cas être créée *ex nihilo*. Seules les entreprises déjà existantes et respectant un critère d'extranéité, c'est-à-dire ayant des implantations ou implantées elles-mêmes dans différents États membres, peuvent envisager de se transformer en SE ou de créer une SE. Cette extranéité est conçue comme la justification du statut communautaire de la SE. Pour créer une SE par la voie d'une fusion, il faut que la fusion soit réalisée entre des SA relevant au moins de deux États membres différents. En cas de constitution d'une SE holding ou d'une SE filiale, deux au moins des sociétés participantes doivent relever d'États membres différents ou avoir depuis deux ans au moins une filiale ou une succursale dans un autre État membre. Ces prescriptions soulèvent des interrogations. Deux SE venant de se créer peuvent-elles envisager avant deux années de créer entre elles une SE holding ? Comment sont calculés les deux ans d'antériorité nécessaires, et comment est appréciée l'exigence d'un contrôle sur des filiales et des succursales à l'étranger ? Les SE désireuses de joindre leurs forces pour créer une nouvelle SE peuvent-elles se référer à la situation qui était la leur avant de devenir SE ? Le règlement n'est pas suffisamment clair. Cette imprécision dénote son principal défaut lié à ce que le législateur communautaire s'est avant tout préoccupé des modes de constitution des SE sans régler de manière précise la façon dont, une fois ce statut adopté, les entreprises peuvent gérer leur développement. De même est mal comprise l'interdiction pour une société mère qui possède des filiales dans plusieurs pays européens de choisir purement et simplement de transformer l'une d'elles en SE. Cette transformation se heurte en effet à la disposition du règlement suivant laquelle une SA, pour pouvoir se transformer en SE, doit avoir depuis deux ans au moins (ce qui par hypothèse ne serait pas le cas de la filiale en question) une société filiale relevant d'un autre État membre.

L'exigence d'une condition d'extranéité n'est pas propre à la SE. Les autres entités européennes tels le groupement européen d'intérêt économique (GEIE) créé en 1985 ou la société coopérative européenne (SCE) issue du règlement communautaire du 22 juillet 2003 (en cours d'incorporation en droit interne) doivent aussi avoir une dimension transfrontalière. Mais, contrairement à la SE, elles peuvent être créées *ex nihilo* sans autre préalable que le respect des formalités requises. Pour reprendre l'exemple de la chaîne Arte, celle-ci a été mise en place dès l'origine sous la forme d'un GEIE entre la France et l'Allemagne¹. De même, trois des cinq modes de constitution de la SCE – les deux autres étant la fusion et la transformation – sont des créations directes. Le règlement de 2003 se borne à définir les cri-

1. «Le traité interétatique du 2 octobre 1990, signé entre la République française et les onze “anciens” Länder allemands, a établi les fondements de la chaîne culturelle européenne ARTE (Association relative à la télévision européenne) qui a été créée par contrat le 30 avril 1991, sous la forme d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).»

(Source : <http://www.france-allemagne.fr/ARTE-Association-Relative-a-la.html>.)

tères à remplir par les fondateurs d'une SCE. Ils peuvent être en totalité des personnes physiques (résidant dans au moins deux États membres). Ils peuvent être à la fois des personnes physiques, des sociétés ainsi que d'autres entités juridiques de droit public ou privé (résidant dans au moins deux États ou régies par la législation d'au moins deux États). Ils peuvent être uniquement des sociétés et d'autres entités de droit public ou privé (résidant dans au moins deux États ou régies par la législation d'au moins deux États).

Rien de comparable à ce qui est prévu pour la SCE n'est explicitement envisagé pour la SE. Ainsi, si rien n'interdit que des personnes physiques participent à la création d'une SE, il eût été utile d'en avoir la confirmation dans un texte. Le flou qui a entouré la création de la SE reflète les hésitations des États face à cette entité transnationale plus que nationale, peu familière à leurs administrations. On peut comprendre qu'une SE ne puisse être créée *ex nihilo*, mais pourquoi tant de restrictions ? L'attitude du législateur communautaire, qui donne l'impression de reprendre d'une main ce qu'il a accordé de l'autre, est paradoxale. Car dès le départ, la SE a eu pour vocation de disposer dans l'espace européen d'une liberté de circulation et de moyens de restructuration que n'ont pas en principe les autres sociétés commerciales. Comme en témoigne l'importance des investissements étrangers¹, le site France bénéficie d'une bonne attractivité. Les entreprises adoptant la forme de la SE ne vont pas plus se délocaliser en Europe et dans le reste du monde que ne le font déjà certaines d'entre elles, avec les moyens juridiques existants, par le biais de holdings de tête ou de holdings filiales.

Participation des sociétés des pays tiers à la création d'une SE

La France n'a pas exercé la faculté offerte par le règlement de 2001 d'autoriser les sociétés des pays tiers à participer à la création d'une SE. Ce faisant, elle a renforcé le caractère de « préférence communautaire » attaché au statut de la SE, dont les modes de création (par les sociétés européennes) et les moyens d'action (fusions et transfert de siège à l'intérieur de la Communauté) sont strictement communautaires. La crainte paraît être que la SE ne serve à des pays tiers de moyen commode et discret pour racheter des industries en Europe. Derrière cette crainte d'une SE « cheval de Troie » se profile la question de la préservation de l'indépendance économique de l'Europe et de la protection de ses intérêts vitaux, notamment dans l'énergie et l'industrie. Cette indépendance n'a en effet jamais autant été fragilisée que depuis les débuts de la construction européenne, plus particulièrement en matière d'énergie vis-à-vis de la Russie.

1. Lors de son discours à Matignon le 29 janvier 2007, le Premier ministre, Dominique de Villepin a annoncé une hausse de 40% des investissements étrangers en France en 2006. Ceux-ci auraient représenté 88 milliards de dollars en 2006 et permis la création de 35 000 emplois. La France serait ainsi actuellement la troisième terre d'accueil des investissements directs étrangers dans le monde et la première dans la zone euro.

(Source : http://www.premier-ministre.gouv.fr/information/actualites_20/investissements_etrangers_plus_35_57616.html).

Si la question mérite d'être débattue publiquement, elle dépasse néanmoins le cadre du présent rapport. Au demeurant, en l'état, rien n'empêche une société extracommunautaire de lancer une OPA sur une entreprise européenne, fût-elle SE.

Les quatre modes de constitution d'une SE

La SE issue d'une fusion transfrontalière

La fusion transfrontalière est sans aucun doute, parmi les quatre modes de constitution de la SE, le plus attractif et innovant. La possibilité de réaliser ce type d'opérations dépendait jusqu'ici exclusivement de la conception par les États du droit international privé. Il fallait que le droit applicable à la société voulant fusionner avec une société étrangère admette d'abord la validité des fusions transfrontalières, ce qui est loin d'être le cas partout en Europe. Les pays des sociétés participant à la fusion devaient ensuite reconnaître la personnalité juridique des sociétés étrangères. Enfin, les droits nationaux de chaque société (la société absorbante et la société absorbée) devaient être appliqués cumulativement notamment au contrat de fusion¹. Les expériences de fusion transfrontalière montrent que ces difficultés ont pu être résolues ; seule la règle de l'adhésion unanime des actionnaires² empêchant d'aller jusqu'au bout.

Cela étant, les exemples de fusion transfrontalière restent extrêmement rares et n'ont semble-t-il consisté que dans l'absorption d'une filiale détenue en totalité par la société mère. À titre d'illustration, la première fusion transfrontalière en Europe, traditionnellement citée en exemple, est survenue en 1993, lorsque la société de droit anglais Barclays Bank PLC a absorbé Barclays Bank S.A., sa filiale française à 100 %. Barclays Bank souhaitait profiter d'une directive européenne autorisant les banques à opérer dans un autre pays par l'intermédiaire d'une simple succursale et non plus d'une filiale³. Cette première a démontré que la fusion est possible malgré la différence profonde des droits

1. B. Beitzke, «Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés», *Revue critique DIP*, 1967, p. 1.

2. Dès lors que l'unanimité des voix ne peut être obtenue, il convient de se tourner vers d'autres solutions. Une offre de rachat des titres faite aux minoritaires ou l'obtention d'un engagement de leur part d'approuver la fusion lors de l'assemblée générale peuvent être envisagées dans les sociétés non cotées. Dans les sociétés cotées, la société absorbante pourra lancer une offre publique en vue de détenir 95 % du capital ou des droits de vote de l'absorbée, ce qui lui permettra en cas de succès de mettre en place une procédure de retrait obligatoire lui permettant de détenir 100 % de la société cible, qu'elle pourra alors absorber.

3. L'idée était d'optimiser la gestion des capitaux propres au niveau du groupe en calculant les ratios prudentiels globalement, une succursale n'étant pas tenue d'être capitalisée au même niveau qu'une filiale.

nationaux en présence. Le traité de fusion a été rédigé pour respecter à la fois les droits français et anglais. La difficulté principale, provenant de ce que le droit anglais ignore la transmission universelle du patrimoine, a également pu être surmontée par un engagement spécifique de la Barclays Bank¹. La fusion a été réalisée sans échange de titres, ni augmentation de capital ; les titres de la filiale française ont été simplement annulés. La filiale est devenue succursale tout en demeurant bien entendu imposable en France. Mais l'opération est exceptionnelle et beaucoup de conditions étaient requises pour sa réalisation. Le groupe PSA Peugeot Citroën indique également réaliser des fusions transnationales, mais de la même manière, dans le domaine financier et en ce qui concerne des filiales intégralement contrôlées².

Avec la SE, la fusion devient non seulement possible, mais elle est encouragée. Le règlement de 2001 envisage deux modalités. La première est la fusion-absorption suivant laquelle la société absorbante prend la forme d'une SE simultanément à la fusion. Le groupe d'assurance allemand Allianz SE, immatriculé à Munich fin 2006, est ainsi devenu SE, de par l'absorption de sa filiale italienne RAS³. Le second mécanisme est la fusion par constitution d'une société nouvelle, les SA à l'origine de la fusion disparaissant et étant remplacées par la SE. Dans un cas comme dans l'autre, les procédures sont calquées sur celles prévues pour les fusions nationales, dont les règles ont été harmonisées par la directive du 9 octobre 1978. Deux spécificités sont propres à la SE. Dans le sens de la simplification, la fusion est approuvée par les actionnaires à la majorité qualifiée. Elle devient donc possible avec une société non contrôlée à 100%. Elle se conjugue par ailleurs avec une négociation sociale devant aboutir à la mise en place d'un dispositif d'implication des travailleurs en application de la directive du 8 octobre 2001 (voir ci-après).

Le règlement de 2001 précise le contenu minimum du projet de fusion, ses modes de publicité (dans le *Bulletin national* de l'État membre de chaque société participante), et les conditions de désignation du ou des experts indépendants, le cas échéant communs aux sociétés fusionnant, devant établir un rapport pour les actionnaires. Le projet de fusion doit être approuvé à une majorité qualifiée par l'assemblée générale de chacune des sociétés concernées (en France à la majorité des 2/3 ; en Allemagne, à celle des 3/4, par exemple). La protection des intérêts des créanciers, obligataires ou non obligataires et des porteurs de titres (autres que les actions) dotés de droits spéciaux⁴, relève des droits nationaux. C'est l'immatriculation de la SE et non comme au plan national l'approbation par l'assemblée générale des opérations de fusion, qui clôt la fusion. Concernant les entités communautaires telles que la SE, le véritable acte

1. Le droit anglais connaît uniquement le transfert des créances (mais non des dettes) au profit de la société absorbante. Afin de rendre la fusion possible et de pouvoir absorber sa filiale française, la Barclays Bank a été conduite à s'engager unilatéralement et irrévocablement vis-à-vis des créanciers de sa filiale française à prendre en charge son passif.

2. Voir son témoignage en Annexe VI-4.

3. Voir Annexe VI-1.

4. En France, il s'agit des certificats d'investissement, qui sont des titres financiers en voie d'extinction depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 qui a créé les actions de préférence.

de naissance est l'immatriculation au registre du commerce. Sans immatriculation, la SE n'a pas la personnalité juridique.

Le règlement allège heureusement les formalités en cas de fusions «simplifiées» en les dispensant notamment de la nécessité d'un rapport d'experts. En droit français, il y a fusion simplifiée lorsque la mère absorbe sa filiale à 100 %. Le règlement prévoit en outre, à l'option des États, une procédure simplifiée lorsque la fusion-absorption est réalisée par une société qui détient 90 % des titres conférant un droit de vote. Contrairement en revanche au droit français, il exige l'approbation de l'assemblée générale de la société absorbée. Ce qui paraît superfétatoire.

Le contrôle de la légalité de la fusion revêt une importance d'autant plus grande qu'elle garantit la SE contre toute nullité. Le règlement laisse aux États le soin de désigner «un tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente» pour effectuer ce contrôle. La France, d'une manière inédite, l'a confié non pas à une, mais à deux autorités ayant la qualité d'officier public et ministériel : le greffier du tribunal de commerce, normalement compétent dans des opérations de ce genre, et le notaire. Le greffier contrôle la partie de la procédure concernant chaque société participante et le notaire, la réalisation même de la fusion. Le greffier délivre d'abord à la société participante le certificat de légalité attestant qu'elle a accompli les formalités requises. Le notaire vérifie ensuite les certificats remis par les autorités de contrôle des sociétés participantes (greffier en France), l'adoption dans les mêmes termes du projet de fusion, la régularité de la consultation des créanciers obligataires et porteurs de titres autres que les actions, le respect de toutes autres prescriptions applicables en droit interne aux fusions ainsi que des modalités d'implication des travailleurs de la SE. Il revient ensuite au greffier du siège de la SE, après une dernière vérification, de procéder à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS). Ce chassé-croisé entre deux autorités françaises, alors même que les fusions transfrontalières supposent en outre et en tout état de cause l'intervention d'autorités d'États membres différents dans des langues et selon des systèmes différents, a fait l'objet de critiques. Praticiens du droit et entreprises ont fait valoir que les notaires, contrairement à certains homologues étrangers (comme en Allemagne ou en Italie) n'étaient pas familiarisés avec les fusions, et que cette superposition des contrôles compliquait un processus dont la réussite est subordonnée à la maîtrise des délais. Les greffiers ont, quant à eux, mal ressenti une réglementation semblant ignorer l'effectivité de leur contrôle pour prévenir les risques de nullité des sociétés. Le propos du présent rapport n'est pas d'entrer dans ce débat spécifiquement français, et dans cet esprit figurent en annexe les commentaires de la réforme que les instances nationales représentatives de l'une et l'autre professions ont adressés au rapporteur. On peut seulement souhaiter que ce dispositif n'entraînera pas de retard et de coûts superflus.

La seconde originalité majeure du statut de la SE est l'octroi aux actionnaires et à plusieurs autorités publiques du droit de s'opposer à une fusion transfrontalière. Un double système d'opposition, qui n'était nullement prévu dans le statut d'origine de la SE, est organisé. Le règlement permet d'abord aux États «d'assurer une protection appropriée aux actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion». Cette question ne se pose pas pour les SA. En l'attente de la transposition de la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières, elles ne peuvent envisager une telle fusion que moyennant l'assentiment

de l'unanimité de leurs actionnaires. Outre la possibilité pour la minorité de blocage (33,33 % en France et 25 % en Allemagne pour prendre ces deux exemples) de s'opposer à la fusion opérée pour une SE, certaines législations nationales confèrent aux actionnaires minoritaires le droit d'obtenir le rachat par la SE de leurs actions. La France n'a pas levé cette option (elle l'a fait en revanche en matière de transfert de siège de la SE). Eu égard à l'importance des fusions et acquisitions opérées par les entreprises françaises, il n'a pas semblé logique de laisser apparaître en effet une quelconque réserve face à un mouvement ayant nettement contribué au développement du tissu industriel et financier français.

Outre les actionnaires, plusieurs autorités publiques peuvent s'opposer à une fusion transfrontalière intéressant une SE. Ce droit¹ est soumis à des conditions : il doit être exercé avant la délivrance à chaque société participante du certificat (en France, délivré par le greffier) attestant qu'elle a accompli les formalités préalables à la fusion ; il doit se fonder sur «des raisons d'intérêt public» ; il est susceptible de recours devant une autorité judiciaire. En France, ce droit d'opposition peut être exercé par le procureur de la République et trois régulateurs : l'Autorité des marchés financiers (AMF) si la fusion concerne des sociétés de gestion de portefeuille agréées en France, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) si elle concerne des banques et le Comité des entreprises d'assurance (CEA) si elle concerne des compagnies d'assurance. Les contours de ce pouvoir, contesté par beaucoup d'acteurs économiques, restent imprécis. Une autorité de régulation ne devrait en tout état de cause pouvoir faire obstacle à une fusion transfrontalière que pour des motifs en rapport direct avec sa mission : la défense des intérêts des investisseurs pour l'AMF, des déposants pour le CECEI et des assurés pour le CEA².

Même dans ce cadre, la portée du droit d'opposition n'est pas clairement définie. Le réflexe pour des régulateurs nationaux peut être de chercher à garder le contrôle de sociétés dont la surveillance risque de leur échapper du fait de restructurations dans le cadre de la SE. On en a un exemple dans l'attitude des superviseurs bancaires scandinaves face à la création par fusion de Nordea SE.

1. Il est également prévu en matière de transfert de siège transfrontalier.

2. Le CEA contribue à la poursuite de deux objectifs essentiels : veiller à la santé financière des entreprises d'assurance, à travers le contrôle, en amont de chaque opération, de la qualité de leurs dirigeants, de leur actionnariat et de leurs moyens techniques et financiers, et assurer la protection des assurés, qu'ils soient souscripteurs, adhérents ou bénéficiaires de contrats. Pour ce qui concerne les sociétés de gestion de portefeuille, l'AMF a pour mission d'agrérer les sociétés de gestion lors de leur création, d'apprécier la compétence et l'honorabilité de leurs dirigeants ainsi que l'adaptation des moyens dont elles disposent. Le CECEI est notamment chargé d'agrérer les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, de leur retirer l'agrément soit à leur demande, soit d'office, notamment lorsque les conditions de l'agrément ne sont plus remplies (sauf en matière disciplinaire), d'autoriser les modifications significatives qui peuvent affecter les éléments pris en compte au moment de leur agrément (notamment changement d'activité et, au-delà de certains seuils, modifications dans la composition de l'actionnariat), d'examiner les projets de création par ces établissements français de succursales dans d'autres États appartenant à l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou de recevoir leurs déclarations en vue de l'exercice d'activités en libre prestation de services dans ces États et d'assurer l'accueil sur le territoire français des établissements communautaires désireux d'opérer selon les mêmes modalités.

L'objectif de Nordea, première banque scandinave, est, en adoptant le statut de SE, de rationaliser sa gestion. Le siège de la future SE doit être installé en Suède et ses filiales danoise, finlandaise et norvégienne deviendraient des succursales. Mais les superviseurs nationaux – en particulier le superviseur norvégien, Financial Supervisory Authority (FSA) – ne sont pas prêts à transférer¹ leur pouvoir à leur homologue suédois. Le gouvernement norvégien lui-même souhaite apparemment garder une filiale de Nordea sur son territoire. Les assemblées générales de toutes les sociétés participantes à la fusion devant créer Nordea SE l'ont pourtant approuvée et les syndicats sont d'accord. Mais les superviseurs de différents États en empêchent la finalisation en exigeant de la future Nordea SE des garanties de dépôts qui accroîtraient les exigences qu'elle a aujourd'hui à satisfaire. La protection des intérêts des épargnants, des déposants et des assurés est, il est vrai, essentielle à un moment où l'activité des marchés financiers promue par des taux d'intérêt historiquement bas engendre des risques systémiques. Mais le statut de la SE serait vidé de sa portée s'il n'était pas possible aux autorités de régulation nationales de mieux coopérer, au lieu de se concurrencer. Ce qui pose le problème de la confiance mutuelle entre régulateurs des différents pays européens.

Le droit d'opposition du procureur de la République peut paraître insolite. Car il semble logiquement devoir répondre aux critères utilisés pour déclencher un contrôle préalable en matière d'investissements directs étrangers, d'atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ou dans le domaine de l'armement. L'article 296 du traité CE dispose en effet que, au sein même du territoire européen, un État peut prendre « les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ». Or la législation française² confie ce contrôle au ministre de l'Économie et des Finances qui, généralement après concertation avec le ministère de la Défense, peut décider de soumettre les investissements en cause à autorisation préalable. Prenons l'exemple d'une entreprise d'un autre État membre souhaitant se développer ou se restructurer à travers l'absorption d'une société française ayant des activités, en totalité ou pour partie, liées à la défense nationale. L'opération pourrait soit relever de l'autorisation du ministre des Finances, soit faire l'objet – si une SE est concernée – d'une opposition du parquet. Il serait utile que le droit français précise la façon de concilier les deux procédures. Le droit de veto du procureur pourrait aussi recouvrir,

1. En matière de contrôle prudentiel dans le secteur de la banque comme des assurances, le superviseur compétent est celui du siège de la filiale. Lorsque l'établissement est une simple succursale, le superviseur compétent est celui du siège de la société mère.

2. Articles L. 151-3 et R. 153-5 et suivants du Code monétaire et financier. On n'entrera pas ici dans le débat sur la procédure engagée par la Commission européenne contre la France pour non-conformité au traité de certaines dispositions du décret «anti-OPA» n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 sur le contrôle des investissements étrangers (qui élargit son champ au-delà de la stricte défense nationale).

comme le préconisait le sénateur Marini¹, l'état de cessation des paiements de la société, d'une société contrôlée ou d'une société qui la contrôle.

Peut-il recouvrir d'autres motifs ? Le procureur pourrait-il invoquer des « raisons impérieuses d'intérêt général » (notion dégagée par la jurisprudence communautaire pour justifier des entraves aux libertés du traité) liées par exemple à la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés², l'efficacité des contrôles fiscaux ou encore la loyauté des transactions commerciales ? Il est un fait que « la notion d'intérêt public étant suffisamment vaste pour englober non seulement la lutte contre l'évasion fiscale, mais aussi plus simplement la préservation de l'emploi national, le risque existe que certains Etats fassent un usage étendu de cette faculté³ ». Mais il faut fixer des limites, car la société se retrouverait paradoxalement dans une situation moins favorable à la mobilité que celle qu'elle connaissait avant d'avoir adopté le statut de SE. Un tel contrôle *a priori* n'existe pas en effet lorsque aujourd'hui des sociétés réalisent des fusions transfrontalières ou déplacent leur siège. Ce contrôle supplémentaire était-il utile ? En matière fiscale en particulier, outre les dispositifs particuliers concernant les transferts de bénéfices⁴, ou les paiements faits à des personnes ou sociétés résidentes des «paradis fiscaux⁵», l'administration fiscale française

1. Dans l'amendement n° 5 rect. bis (article add. après article 3) de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, proposé par le sénateur Marini, il était initialement prévu de restreindre le champ d'application de l'article L. 229-4 du Code de commerce à ces deux cas précis : « Article L. 229-4. – I – En cas de transfert du siège de la société européenne dans un autre État membre entraînant un changement du droit applicable, le procureur de la République peut s'opposer à cette opération dans le délai de deux mois à compter de la publication du projet de transfert pour les motifs suivants : a) lorsque la société européenne exerce son activité dans l'un ou plusieurs des domaines visés au I de l'article L. 151-3 du Code monétaire et financier; b) lorsqu'il a connaissance de la cessation des paiements avérée ou prévisible de la société ou d'une société contrôlée ou par laquelle elle est contrôlée au sens de l'article L. 233-3. » Cette limitation a disparu des textes définitifs.

2. Ainsi que pourrait le laisser penser le considérant 24 du règlement : «Une SE doit avoir la possibilité de transférer son siège statutaire dans un autre État membre. La protection appropriée des intérêts des actionnaires minoritaires qui s'opposent au transfert, des créanciers et des titulaires d'autres droits doit s'inscrire dans des limites raisonnables. Le transfert ne doit pas affecter les droits nés avant le transfert.»

3. Cette remarque du professeur Michel Menjucq, dans sa contribution « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », *La Société européenne*, Dalloz, 2003, p. 211, s'applique en cas de transfert de siège aussi bien que de fusion transfrontalière.

4. En France, il s'agit du dispositif de l'article 57 du CGI, et de l'article L. 13 B du Livre des procédures fiscales. L'administration fiscale dispose de la possibilité d'écartier «les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : a) qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés ; b) ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus ; c) ou qui permettent d'éviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d'affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d'un contrat ou d'une convention. L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse».

5. Article 238 A du CGI.

dispose d'armes anti-abus suffisantes¹. Son contrôle *a posteriori* s'exerce effectivement. Ces dispositifs «anti-abus» n'échappent pas non plus au contrôle du juge communautaire, comme en témoigne l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire «Cadbury Schweppes²» par lequel la Cour de Luxembourg a jugé qu'une législation nationale sur les sociétés étrangères contrôlées ne peut s'appliquer qu'aux montages purement artificiels. Elle rappelle que : «Les sociétés ou personnes ne sauraient se prévaloir abusivement ou frauduleusement des normes communautaires. Toutefois, la circonstance qu'une société a été créée dans un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas, à elle seule, suffisante pour conclure à l'existence d'un usage abusif de la liberté d'établissement. Donc, la circonstance que Cadbury Schweppes a décidé d'établir CSTS et CSTI à Dublin dans le but avoué de bénéficier d'un régime fiscal favorable, ne constitue pas, en elle-même, un abus et n'exclut pas que Cadbury Schweppes puisse invoquer le droit communautaire³.» Ce qui est condamné ici par la CJCE, c'est en fait l'utilisation automatique d'un dispositif anti-abus par l'administration fiscale (britannique en l'occurrence), sans examen préalable des circonstances particulières de l'affaire.

Les mêmes principes s'appliquent quand une entreprise cherche un environnement juridique plus favorable. Dans l'arrêt «Centros» du 9 mars 1999⁴, la Cour a condamné le refus du gouvernement danois d'immatriculer une succursale d'une société britannique, au motif qu'elle n'avait aucune activité au Royaume-Uni et cherchait à éluder les contraintes des formalités requises pour la création de sociétés au Danemark. Cette jurisprudence, suivie d'autres décisions du même type, a profondément transformé le paysage juridique en consacrant une liberté de circulation des entreprises en Europe, jusqu'ici plus théorique que réelle. Sauf «raisons impérieuses d'intérêt général» et notamment lorsqu'il y a fraude, pas plus l'État d'accueil de l'entreprise que son État d'origine ne peuvent y faire obstacle. Le protectionnisme national n'a plus sa place dès lors qu'il y a

1. C'est ce dont témoigne l'arrêt Sagal du 18 mai 2005 par lequel le Conseil d'État a jugé que :

«a) Les dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ne permettent à l'administration fiscale, lorsque la charge de la preuve lui est incomblée, d'écartier l'acte par lequel un contribuable s'est établi à l'étranger qu'à la stricte condition de prouver que cet acte revêt un caractère fictif ou simulé, ou bien, à défaut, n'a pu être inspiré par aucun motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé cet acte, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles. Eu égard à leur objectif, qui consiste uniquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française, ainsi qu'aux conditions de leur mise en œuvre, ces dispositions ne sauraient être regardées comme apportant à la liberté d'établissement une restriction incompatible avec les stipulations de l'article 52 du traité de Rome, devenu l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne.

«b) Est constitutif d'un abus de droit, au sens et pour l'application de ces dispositions, le fait pour un contribuable de participer au montage consistant à acquérir, dans le seul but d'éviter l'impôt, une participation dans une holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance.»

2. CJCE, Cadbury Schweppes Overseas Ltd du 12 septembre 2006, Affaire C-196104.

3. Communiqué de presse du 12 septembre 2006.

4. CJCE, Centros du 9 mars 1999, Affaire C-167/01.

lieu de faire respecter la liberté d'établissement (droit de créer une filiale, une succursale ou une agence où que ce soit à l'intérieur de la Communauté) telle que reconnue par le traité¹. C'est dans ce contexte que doit être apprécié le droit d'opposition des autorités publiques à une fusion transfrontalière ou à un transfert de siège d'une SE. Une conception plus extensive de ce droit irait à l'encontre de la jurisprudence comme de la vocation des SE. Le parquet pourrait-il s'opposer à une fusion transfrontalière pour des raisons sociales ? Le procureur pourrait-il opposer son veto pour faire cesser les troubles sociaux qu'un projet de fusion aurait provoqués ? Une intervention de ce genre risquerait d'être plus problématique qu'efficace.

En outre, il convient de noter que les États membres n'auront la possibilité de confier un tel droit d'opposition à des autorités nationales dans le cadre de la directive de 2005 sur les «fusions transfrontalières», conformément à son article 4 b), que si elles disposent déjà d'un tel droit d'opposition à une fusion au niveau national. Or tel n'est pas le cas en droit français. Il en résulte que le droit d'opposition conféré au procureur de la République, une fois transposée la directive sur les fusions transfrontalières, aura pour effet de défavoriser la SE par rapport aux autres formes de société.

Le veto des autorités publiques à une fusion transfrontalière (ou un transfert de siège) est susceptible de recours. Le Code monétaire et financier et le Code des assurances prévoient qu'il relève du Conseil d'État concernant les décisions de l'AMF², du CECEI³ et du CEA⁴. Rien n'est dit du juge pouvant connaître des recours contre les décisions du procureur de la République qu'il conviendrait de préciser.

La SE holding

Le deuxième mode de constitution visé par le règlement de 2001 est la création d'une SE holding. Il est ouvert non seulement aux SA, mais également aux sociétés à responsabilité limitée (SARL) qui, sous la forme de la GmbH sont en nombre beaucoup plus important en Allemagne que les SA (Aktiengesellschaft ou AG).

Comme l'évoque le verbe anglais «*to hold*» (tenir), la holding a pour objet de détenir et gérer les participations – majoritaires ou minoritaires – d'une société dans d'autres sociétés implantées souvent dans différents États et actives dans les secteurs les plus divers. Tous les schémas sont possibles : la société holding peut se limiter à la gestion des actifs de ses sociétés. Elle peut aussi exercer un rôle d'animation des sociétés d'un groupe, voire être chargée

1. Articles 43 et 48 du traité CE.
2. Article L. 532-9-2 du Code monétaire et financier.
3. Article L. 532-3-2 du Code monétaire et financier.
4. Article L. 322-29 du Code des assurances.

des orientations stratégiques du groupe tout entier¹. Elle peut rendre, à l'intérieur du groupe, des services spécifiques administratifs, financiers, comptables et juridiques. En créant EADS Participations BV ou EADS NV, et Euronext NV de droit néerlandais, ces deux groupes, tout comme Renault Nissan, ont entendu créer des structures de contrôle. Le but est clairement d'assurer une unité de direction fort nécessaire dans des groupes intégrant différentes cultures nationales. Plus généralement, la holding de groupe, telle que celle à la tête d'EADS ou d'Euronext, permet aux associés ne détenant pas séparément le contrôle de sociétés dans lesquelles la mère a des participations de structurer leur pouvoir au sein de ces sociétés. Ce type de holdings «financières» se distingue des holdings «de rachat» dont l'objectif est la prise de participation ou la reprise d'entreprises moyennant des apports très réduits (l'emprunt nécessaire pèse sur la holding qui se rembourse ensuite sur la société cible²).

Les holdings peuvent revêtir toute forme sociale. Leurs actions peuvent être ou ne pas être cotées en bourse. Le statut de la SE leur offre l'avantage d'un cadre législatif plus harmonisé. Les principes qui régissent les apports et la constitution de la holding, étant fixés par le règlement, sont identiques quelle que soit la nationalité des sociétés initiatrices. La possibilité de créer des filiales unipersonnelles, de transférer le siège social de la holding dans un autre État membre ou la faculté pour les actionnaires représentant au moins 10% du capital social de demander la convocation d'une assemblée générale et d'en fixer l'ordre du jour sont autant d'atouts supplémentaires. Le droit français permet en outre d'introduire dans les statuts de SE ne faisant pas appel public à l'épargne des restrictions à la libre négociabilité des actions, l'obligation pour les actionnaires de céder leurs actions dans certains cas ou encore l'obligation de révéler tout changement dans leur actionnariat, qui sont susceptibles de renforcer encore le recours à la holding.

Il convient de noter une tendance à l'harmonisation des fiscalités des holdings au sein de l'Union, notamment pour ce qui est de la taxation des plus-values sur titres. C'est ainsi qu'en France, depuis 2007, les cessions de titres de participation sont exonérées, ce qui ôte beaucoup d'attrait à la délocalisation des holdings vers les Pays-Bas ou le Luxembourg. De plus, comme il a déjà été indiqué³, les administrations nationales disposent des moyens juridiques pour s'opposer aux schémas abusifs.

1. L'immixtion directe de la holding de groupe dans la gestion des filiales peut toutefois avoir des conséquences fiscales ou pénales (dirigeants de fait) défavorables (voir les *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre-décembre 2006, p. 21 et s.).

2. Voir la technique du LBO. «Le LBO ou Leveraged Buy-Out est une opération de rachat d'entreprise en finançant une part importante du prix d'acquisition par endettement. Une société holding qui s'endette est constituée pour acheter une entreprise dont les excédents de trésorerie seront régulièrement remontés au niveau du holding via des dividendes afin de lui permettre de payer les intérêts de sa dette et de la rembourser. Le LBO est souvent une solution à une succession familiale ou à une cession par un groupe d'une division. Elle peut également permettre de sortir une société de la Bourse quand celle-ci est mal valorisée.» (Source : « Finance d'entreprise » par Pierre Vernimmen, P.I. Quiry et Yann Le Fur, Dalloz Gestion 2005, 6^e édition, chapitre 49 p. 978).

3. Voir *supra*, p. 47.

Si les entreprises ayant adopté le statut de SE ont eu peu recours à la procédure de création d'une nouvelle holding, c'est en raison de ses contraintes semblables à celles prévues pour la constitution d'une SE par fusion. Alors que les holdings peuvent n'avoir qu'un nombre limité de salariés, le dispositif d'implication des travailleurs issu de la directive de 2001 peut s'appliquer par le jeu de la prise en compte des salariés de toutes les filiales et établissements des sociétés créatrices de la SE. Quant à l'obligation pour les dirigeants des sociétés participant à la création d'une SE holding d'indiquer dans un rapport « les conséquences pour les actionnaires et les travailleurs de la forme de la SE », elle peut être dissuasive dans le cas de création d'une holding de rachat dont les fondateurs ne souhaitent pas révéler la stratégie de reprise d'une société cible. En outre, chaque actionnaire est tenu de préciser le pourcentage d'actions ou de parts qu'il apporte et qui correspondront à la part ou aux actions qu'il recevra. La France n'a cependant pas levé l'option relative à une éventuelle protection spécifique des actionnaires minoritaires, des créanciers et des salariés opposés à la création de la holding.

La SE filiale

La simplicité de la constitution d'une SE filiale comparée à la procédure de création d'une SE holding est frappante.

Toute société (et non pas seulement les sociétés anonymes comme en cas de fusion, par exemple) ou toute entité juridique de droit privé ou public peut constituer avec une autre société ou entité une filiale commune sous forme de SE. Le règlement renvoie simplement au droit national de la SA (pour les modalités de souscriptions de titres) tenant compte sans doute de la facilité de procéder à une filialisation internationale sans même qu'il soit besoin de recourir à la création d'une SE.

Une SE peut également créer seule une filiale à 100%, ce qui permet la création de « chaînes » de SE filiales unipersonnelles chapeautées par des SE têtes de groupe. En France, les sociétés anonymes – contrairement aux SAS – doivent avoir une pluralité d'actionnaires, l'éventualité de chaînes de SA unipersonnelles suscitant de la part du législateur la suspicion de montages artificiels. Tout en conservant ce principe pour les SA, le Code de commerce y déroge donc pour la SE filiale unipersonnelle. Cette formule a de l'avenir. Elle peut aider à simplifier l'organisation des groupes européens, japonais ou américains, à la recherche d'un modèle de gestion plus cohérent de leurs filiales en Europe. Ces filiales pourront être gérées selon un modèle sinon uniforme (leur loi de rattachement reste celle du pays de leur implantation), du moins mieux harmonisé à travers le choix entre des structures dualistes ou monistes.

La SE par transformation d'une SA

Toute SA répondant aux critères d'extranéité requis peut se transformer en SE. Les conditions de l'opération sont analogues aux autres cas de constitution d'une SE. L'organe de direction ou d'administration établit un projet

de transformation et un rapport justifiant les aspects économiques et juridiques de l'opération ainsi que les conséquences pour les actionnaires et salariés. Après le rapport des experts indépendants sur la suffisance du capital social¹, l'assemblée générale est invitée à approuver le projet de transformation et la modification des statuts. Les formalités de publicité du projet de transformation sont celles prévues en France pour les SA, sans intervention du notaire. Pour éviter les détournements de procédure, la nouvelle SE ne peut aussitôt transférer son siège statutaire dans un autre État membre.

Sur les quelque soixante-dix SE immatriculées début 2007, sur les- quelles il n'existe que des informations très parcellaires, il semble que deux seulement sont issues de la procédure de création d'une holding, un nombre limité sont des filiales, la très grande majorité des SE ayant été créée, soit par transformation, soit à l'issue d'une fusion transfrontalière.

Des modes de gouvernance classiques

Il est indéniable que le statut de la SE porte la marque de l'ancienneté de son projet. La mobilité inhérente à la SE s'en trouve limitée. De même ses modes de gouvernance sont-ils relativement classiques, même si le règlement de 2001 a laissé aux États une marge d'adaptation pour ménager certaines souplesses.

Les éléments de stabilité

Le capital

Le capital de la SE est en principe exprimé en euros. Les États hors zone euro peuvent toutefois choisir d'imposer aux SE immatriculées sur leur territoire de constituer leur capital en monnaie nationale. La Suède ne l'a pas fait, et Nordea SE aura un capital libellé en euros. Sur un plan plus substantiel, toute

1. Le Code de commerce français diffère à cet égard du règlement. Ce dernier (article 37-6) prévoit que les actifs nets de la société doivent être «au moins équivalents au capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer» alors que d'après le Code de commerce (article L. 225-245-1) «les capitaux propres sont au moins équivalents au capital social».

SE doit avoir un capital souscrit de 120 000 euros¹. Cette prescription n'est pas anodine à un moment où plusieurs États, comme le Royaume-Uni et plus récemment la France, réduisent, voire suppriment tout capital minimum pour certaines sociétés non cotées². Faut-il supprimer toute exigence en matière de capital ? Le capital social, gage pour les créanciers en cas de faillite ou de dissolution de la société, n'est plus toujours en effet une garantie effective. Ce sont les capitaux propres qui reflètent réellement la situation de l'entreprise et c'est pourquoi le statut de la SE fixe une règle d'équivalence entre le capital social et les capitaux propres de la SE³. Nous ne suggérons pas cependant de supprimer toute exigence de capital minimum pour la SE non cotée, car il permet de confirmer l'engagement de ses promoteurs dans sa dimension communautaire.

En revanche, on pourrait concevoir de fixer des montants minimaux différents selon les SE. Le minimum prévu par le règlement de 2001 est trop faible pour les SE faisant appel public à l'épargne⁴ (et d'ailleurs dans les domaines de la banque et des assurances, les États exigent, comme le règlement le valide, des montants sensiblement plus élevés⁵) et risque d'être trop élevé pour beaucoup de sociétés non cotées.

1. Sous réserve d'exigences plus fortes, comme pour les sociétés d'assurance dont le capital souscrit doit être en France d'au moins 800 000 euros ou 480 000 euros, non compris les apports en nature, selon la nature de leurs activités (article R. 322-5 du Code des assurances) ou encore pour les établissements de crédit : 5 millions d'euros pour les banques, les banques mutualistes ou coopératives, les caisses d'épargne et de prévoyance, les caisses de crédit municipal et les institutions financières ; 2,2 millions d'euros pour les sociétés financières, les caisses de crédit municipal qui s'engagent statutairement à ne pas collecter de fonds du public et à limiter leurs concours à l'activité de prêts sur gages corporels et de crédit aux personnes physiques (règlement du comité de la réglementation bancaire n° 92-14 du 23 décembre 1992 relatif au capital minimum des établissements de crédit) et 1,1 million d'euros pour les caisses de crédit municipal qui limitent leur activité aux prêts sur gages corporels, les sociétés financières dont l'agrément est limité à l'exercice des opérations de caution, les sociétés financières dont les opérations de banque sont limitées à l'exercice des opérations de change scriptural au comptant incluant une opération de crédit (arrêté du 9 février 2006 modifiant le règlement du comité de la réglementation bancaire n° 92-14 du 23 décembre 1992 relatif au capital minimum des établissements de crédit).

2. Le montant minimum du capital social de la SAS s'élève à 37 000 euros (article L. 224-2 du Code de commerce). Le montant minimum du capital social de la SARL est quant à lui fixé par les statuts de la société (article L. 223-2 du Code de commerce).

3. Moyennant quelques nuances évoquées ci-dessus.

4. Les SE immatriculées en France faisant appel public à l'épargne devront avoir, à l'instar des SA françaises, un capital de 225 000 euros.

5. Voir *supra*.

Le siège social

La SE doit avoir son siège statutaire dans l'État où elle a son administration centrale. Cette règle est différente de celles qui président à la constitution d'une SE. En effet, les sociétés promotrices d'une SE doivent bien avoir leur siège à l'intérieur de la Communauté, mais elles ne sont pas tenues d'être immatriculées (loi nationale de rattachement) là où se situe leur administration centrale (siège des organes sociaux). Par exemple, une société immatriculée au Royaume-Uni mais réunissant ses organes dirigeants et son assemblée générale aux Pays-Bas peut fort bien participer à la création d'une SE.

Pour ce qui est du fonctionnement des SE déjà constituées, il en va donc différemment. Le législateur communautaire a nettement pris parti pour l'application de la théorie du « siège réel » qui réclame l'identité du lieu du siège statutaire (immatriculation) et de l'administration centrale (siège de direction). À l'inverse, la théorie du « siège statutaire » permet aux entreprises de se rattacher, par leur immatriculation au registre des sociétés, à la loi du pays de leur choix, tout en ayant leur siège de direction, voire leurs activités, dans un autre État. Si au moment de la signature du traité de Rome, les six pays fondateurs appliquaient la théorie du siège réel, un nombre croissant d'États membres de l'Union se rallie à celle du siège statutaire. C'est ce qu'ont fait les Pays-Bas dès 1959. C'est ce que font de manière traditionnelle les pays de *Common Law*¹ comme le Royaume-Uni et l'Irlande. Cette solution a été historiquement un moyen d'exporter le droit britannique dans l'empire du Commonwealth.

Les négociateurs du traité de Rome, ayant vraisemblablement à l'esprit l'élargissement de la Communauté au Royaume-Uni, ont veillé à rester neutres par rapport à cette problématique. L'article 48 actuel du traité CE (issu du traité de Rome) se borne donc à indiquer que « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées [...] aux personnes physiques ressortissantes des États membres », ce qui laisse ouvert aux États le choix entre régime du siège réel ou du siège statutaire. Le dilemme n'existant pas lorsque la Commission a présenté en 1970 sa première proposition. Instrument juridique purement communautaire, la SE avait même la possibilité d'avoir plusieurs sièges dans la Communauté sans que soit désigné un siège principal. La SE n'avait d'autre loi de rattachement (en dehors du domaine fiscal et pénal) que son statut communautaire uniforme dans tous les États. Son immatriculation même était communautaire, la gestion du registre des SE étant confiée à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg. C'est du fait de l'abandon de cette ambition, à la fin des années 1980, qu'il a fallu choisir, et ce choix s'est porté sur le système le plus exigeant : celui du siège réel. Le but a été de prévenir la création de sociétés « boîtes aux lettres », de conserver aux États le contrôle des

1. Dans les pays de *Common Law*, la personnalité morale est une réalité objective et le rôle de l'État dans sa reconnaissance est second.

SE constituées sur leur territoire¹, d'éviter le «*Law Shopping*» et tout particulièrement le dumping social ou fiscal, en bref de dresser des barrières pour encadrer la mobilité des SE. Il en résulte que le système du siège réel s'impose aux États qui ne l'ont jamais appliqué, comme le Royaume-Uni, pour toutes les SE installées sur leur sol.

Sanctionnée en cas de non-respect par la dissolution de la société, la théorie du siège réel devient progressivement la norme pour les entités de statut communautaire. Elle s'applique aux GEIE, aux OPCVM² et à la SCE. Elle est sévère en France où, conformément à une option offerte par le règlement de 2001, le siège social et l'administration centrale doivent être situés en un lieu identique. Cette restriction, qui n'existe pas dans le droit commun des SA³, est mal comprise. Elle pourrait effectivement inciter certaines des entreprises ayant des administrateurs étrangers à installer leur siège – faute de pouvoir le dissocier de leur administration centrale – dans l'agglomération parisienne plutôt que dans d'autres régions moins accessibles aux visiteurs extérieurs. Le système confine à l'absurde s'il va jusqu'à empêcher une entreprise dont le siège statutaire est à la Défense de réunir son conseil d'administration ou de surveillance dans Paris *intra-muros*.

La gouvernance

Les organes sociaux

Malgré les renvois incessants du statut de la SE aux droits nationaux de la SA, la gouvernance de la SE n'est cependant pas en rupture par rapport à la conception qu'en avaient ses initiateurs alors qu'elle devait être une société entièrement communautaire. Le modèle de la SE reste continental. Inspiré du droit allemand, il est également proche du droit français.

Toute SE peut opter pour une organisation dualiste ou moniste. Si cette dualité des modes de gestion existe en France depuis de nombreuses années⁴, d'autres pays en Europe connaissent soit l'un, soit l'autre système.

1. Ce problème se pose lorsque les établissements d'une société mère sont des succursales, sans personnalité juridique, et non pas des filiales. Ainsi les autorités chargées de la surveillance prudentielle des succursales de compagnies d'assurance ou de banques sont celles de l'État où se situe la société mère, et non pas celles de l'État d'implantation des succursales.

2. Le terme Organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) désigne les sociétés ou fonds qui ont pour activité principale la gestion d'un portefeuille de titres financiers. L'exercice de leurs activités est subordonné à l'agrément de l'AMF. Voir la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) qui établit un régime général d'obligations strictes relatives aux investissements, aux exigences en matière de fonds propres, aux obligations d'information et aux fonctions de conservation des actifs et de surveillance des fonds.

3. Le Crédit Lyonnais – devenu LCL – a son siège social à Lyon et ses organes de direction à Paris (http://www.lcl.com/fr/actualites/nous_trouver/sieges_filiales/).

4. Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Aussi l'Allemagne qui ne connaît pour les SA (AG) que le dualisme (avec un conseil de surveillance paritaire faisant place à la codétermination), a introduit en 2004 le monisme pour la SE. À l'inverse, la Belgique qui, comme l'Italie ou l'Espagne par exemple, ne connaît pour ses SA que le monisme, a introduit le dualisme spécifiquement pour la SE¹. La question a été posée de savoir si les États avaient l'obligation, et non pas seulement la faculté, d'offrir aux SE immatriculées sur leur territoire le choix entre une gouvernance dualiste ou moniste. Certains considèrent que les États doivent uniquement accepter l'immatriculation des SE dont la structure – dualiste ou moniste – n'est pas conforme à leur droit national, lorsque celui-ci ne prévoit qu'un seul système. Selon nous, il ne fait pas de doute que les États ont l'obligation d'offrir aux SE immatriculées sur leur territoire le choix entre une structure dualiste ou moniste. C'est ainsi que le gouvernement britannique l'a compris, alors même que le statut de la SE est éloigné des pratiques de gouvernance au Royaume-Uni. Dans ce pays de « *Common Law* », les sociétés britanniques sont le plus souvent organisées sur un mode moniste. Il n'y a pas de disposition expresse sur ce point dans le *Companies Act*², car cela relève de la liberté statutaire. La loi britannique n'a pas été modifiée à cet égard pour les SE qui, comme les SA, restent libres de choisir la structure – moniste ou dualiste – la mieux appropriée à leurs besoins. La seule différence est qu'une SA britannique (*Public Limited Company/PLC*) n'est soumise à aucune prescription lui dictant la façon d'organiser ses organes sociaux, alors que la SE britannique doit se conformer aux standards du règlement de 2001.

La gestion de la SE dualiste est confiée à l'organe de direction. Le cas échéant, sur option, un ou plusieurs directeurs généraux peuvent se voir confier la responsabilité de la gestion courante dans les mêmes conditions que le droit commun des SA en France. La SE dualiste immatriculée en France est représentée par le président du directoire ou un ou plusieurs directeurs généraux, qui engagent la société vis-à-vis des tiers. Il appartient au conseil de surveillance et, sur option, suivant le droit commun des SA à l'assemblée générale des actionnaires, de désigner et révoquer les membres du directoire (en France, les nominations y relèvent du conseil de surveillance et les révocations, soit de l'assemblée générale soit, si les statuts le prévoient, du conseil de surveillance). Le nombre des membres du directoire est fixé par les statuts qui doivent éventuellement respecter un maximum et un minimum. La SE dualiste immatriculée en France suit le régime de la SA qui distingue les sociétés faisant appel public à l'épargne (7 membres du directoire au maximum) des sociétés fermées (5 membres du directoire au maximum).

Le conseil de surveillance des SE ayant leur siège en France est composé de 3 à 18 membres suivant le droit commun des SA. Le règlement précise que le président du conseil de surveillance doit obligatoirement faire partie des membres désignés par les actionnaires. Cette disposition répond au souci du gouvernement allemand de ne pas déroger au système de la codétermination qui exclut la désignation d'un représentant salarié à la tête du conseil de surveillance. L'étendue du contrôle du conseil de surveillance sur la gestion de

1. Un débat a lieu pour savoir s'il ne conviendrait pas d'étendre ce système à toutes les SA.

2. Équivalent de notre Code de commerce.

la société par le directoire n'est pas précisée. Il y a donc place pour des variantes selon les États. On sait qu'en Allemagne, le conseil de surveillance, organe essentiel du modèle du capitalisme rhénan, a des pouvoirs plus importants qu'en France. Le règlement est en revanche beaucoup plus explicite sur les sources d'information du conseil. Il a droit de la part du directoire à une information trimestrielle sur la marche des affaires et à une information fournie à chaque fois que surviennent des événements susceptibles d'avoir des répercussions sensibles sur la situation de l'entreprise. Il obtient à tout moment toutes informations de toute nature nécessaires à son contrôle et peut décider des vérifications ponctuelles éventuellement à effectuer par lui; enfin, chaque membre du conseil a le droit de prendre individuellement connaissance des informations ainsi transmises. Cette énumération reflète là encore la préoccupation du gouvernement allemand d'éviter un amoindrissement des pouvoirs du conseil de surveillance de la SE. Pour des salariés représentés au conseil, ce pouvoir d'information est particulièrement important¹. C'est également dans la ligne de la réglementation de la codétermination qu'est rappelé dans le règlement de 2001 le devoir de confidentialité des membres des organes de la SE «même après la cessation de leurs fonctions». Cette précision ne figure pas en effet dans le droit français, l'obligation de discrétion après cessation des fonctions résultant du devoir général de loyauté.

La SE moniste est administrée par le conseil d'administration. Par ailleurs, un ou plusieurs directeurs généraux peuvent se voir confier la responsabilité de la gestion courante «dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes» au choix des États membres, le règlement ne précisant pas si les directeurs généraux sont des personnes physiques ou morales. La France a considéré que ces dispositions n'appelaient pas de changement par rapport au régime de la SA qui n'autorise logiquement pas les personnes morales à assurer les fonctions de directeur général. La gestion d'une SE moniste est donc assurée en France par le président du conseil d'administration, ou par un directeur général assisté, le cas échéant, par un ou plusieurs directeurs généraux délégués. Les membres du conseil d'administration sont nommés par l'assemblée générale et leur nombre – entre 3 et 18 en droit français – est établi par les statuts. Le règlement va jusqu'à préciser la périodicité des réunions (au moins une tous les trois mois) à fixer par les statuts, et consacre par ailleurs le droit de chaque administrateur (comme au niveau du conseil de surveillance) de prendre individuellement connaissance de toutes les informations transmises à son conseil.

L'insistance mise dans le règlement sur l'information des organes de direction et d'administration répond aux impératifs, rappelés par le règlement de 2001, d'une distinction claire entre «les personnes chargées de la gestion et celles chargées de la surveillance», sans doute inspirée de la balance des pouvoirs illustrée par la codétermination à l'allemande.

Les actionnaires

Tout en renvoyant aux droits nationaux (sans que le Code de commerce français ait à être sensiblement modifié sur ce point), le règlement ne consacre pas moins d'une dizaine d'articles aux actionnaires.

1. Voir la contribution de Jean-Jacques Cette en Annexe VII-1.

Il prévoit ainsi que l’assemblée générale de la SE se réunit au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture des comptes, et que d’autres convocations peuvent être le fait soit de l’organe d’administration ou de surveillance, soit des « autorités compétentes ». En France, il s’agit, en cas de carence des organes d’administration ou de surveillance, des commissaires aux comptes, des liquidateurs, et des actionnaires, majoritaires ou non, dans certaines conditions précises. Le règlement offre aux actionnaires une faculté complémentaire : celle de demander la convocation d’une assemblée pour un ordre du jour particulier, s’ils représentent au moins 10% du capital souscrit. Un pourcentage plus bas est admis si les statuts de la SE le prévoient ou si la loi nationale sur les SA l’autorise. Or en France, depuis la loi du 15 mai 2001 sur «les nouvelles régulations économiques¹», les actionnaires représentant 5% du capital peuvent demander à leurs frais au président du tribunal de commerce la convocation de l’assemblée générale, et obtenir à cet effet la désignation d’un mandataire et la fixation de l’ordre du jour de l’assemblée. Le statut de la SE semble donc devoir permettre de se passer du préalable de la nomination d’un mandataire.

Quant aux règles de majorité aux assemblées générales (majorité des voix ou, s’il est question de modifier les statuts, majorité qualifiée), la France ne les a pas modifiées, comme le règlement le lui aurait permis pour les besoins de la SE. Pour toute modification des statuts, cette majorité est des 2/3 comme dans les SA. Le règlement impose seulement un calcul des voix différent de celui prévu par le droit français. Seules les voix exprimées comptent, à l’exclusion de celles attachées aux actions pour lesquelles l’actionnaire n’a pas pris part au vote, s’est abstenu ou a voté blanc ou nul. Dans les SA françaises, la majorité est calculée en fonction des voix dont disposent tous les actionnaires présents ou représentés, les abstentions, votes blancs ou nuls équivalant à un vote de rejet de la résolution. À cet égard, la proposition de directive sur l’exercice des droits de vote des actionnaires² prévoit quant à elle que tous les votes exprimés concernant une résolution donnée doivent être pris en considération au moment du décompte afin, d’une part, de refléter les souhaits des actionnaires et, d’autre part, d’assurer aux investisseurs que leurs votes ont bien été pris en compte par la société.

Enfin, à l’instar du Code de commerce, le règlement réserve les droits des titulaires d’actions d’une catégorie déterminée, telles que les actions de préférence³ ou à droit de vote double. Aucune résolution modifiant leurs droits ne peut être adoptée sans qu’ils soient consultés au préalable séparément, selon les droits spécifiques auxquels la décision porte atteinte. La seule différence entre le

1. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

2. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l’exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE (COM/2005/0685 final – COD 2005/0265). Voir Annexe III-4.

3. Selon le Code de commerce, les actions de préférence sont des actions « avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toutes natures », par exemple le droit à un dividende majoré, progressif ou dégressif, un droit de veto sur certaines décisions ou opérations, etc.

règlement de 2001 et le Code de commerce est que ce dernier impose dans ces hypothèses la majorité des 2/3.

Contrairement à ce que suggère son article 9 qui énonce la hiérarchie des normes applicables à la SE, le règlement laisse en fait peu de place à la liberté statutaire. Il est cependant particulièrement libéral – d'un point de vue français en tout cas – en ce qui concerne les conventions « réglementées », c'est-à-dire celles passées entre la société et ses dirigeants et qui sont susceptibles de susciter des conflits d'intérêts (négociation d'un contrat avec la société, achat d'un bien de la société, etc.). En confiant aux statuts de la SE le soin d'énumérer les catégories d'opérations soumises à autorisation de l'organe de surveillance ou d'administration, le règlement permet d'en exclure les conventions réglementées. Il renvoie cependant au droit national le soin de fixer des bornes en précisant les opérations devant être *a minima* soumises à autorisation. C'est l'option qu'a retenue le législateur français. Les statuts de la SE « à la française » doivent prévoir l'autorisation des mêmes catégories de conventions que dans le régime des sociétés anonymes.

Dans un cas cependant, le Parlement français a saisi la brèche ouverte par le règlement de 2001 pour élargir la marge d'autonomie contractuelle de la SE. Il a reconnu à la SE ne faisant pas appel à l'épargne une liberté statutaire à l'évidence inspirée de la réglementation très souple sur les sociétés par actions simplifiées (SAS). Ses actionnaires peuvent ainsi régler assez librement leurs rapports en insérant toutes sortes de clauses dans les statuts : des clauses d'inaliénabilité (limitées à dix ans), d'agrément, de préemption, de sortie conjointe, d'exclusion et de suspension des droits non pécuniaires, ainsi que des clauses de changement de contrôle, y compris à la suite d'une fusion ou d'une scission. Comme dans les SAS, il existe des garde-fous. Ces clauses doivent ainsi notamment être adoptées à l'unanimité. Ces dispositions très novatrices (qui n'existent pas dans le statut des sociétés anonymes) sont un élément d'attractivité pour la SE française non cotée. Elles répondent en tous les cas aux nécessités actuelles des PME dont les associés doivent pouvoir s'accorder à l'avance sur leurs rôles respectifs face à l'avenir de la société. Le renforcement de la liberté statutaire de la SE, ainsi amorcée, fait partie des pistes d'évolution possible du statut de la SE mentionnées à l'article 69 du règlement de 2001.

La mobilité

Le transfert de siège

La possibilité offerte à la SE de se mouvoir dans l'espace européen constitue, avec la réalisation de fusions transfrontalières, l'atout majeur de son statut. Il aura donc fallu attendre un demi-siècle pour que la liberté de circulation proclamée comme un des principes les plus fondamentaux du traité de Rome soit véritablement concrétisée concernant les sociétés. Encore cette concrétisation est-elle pour l'instant – en l'attente de l'adoption de la 14^e directive sur le « transfert transfrontalier des sociétés de capitaux¹ » – réservée aux entités de

1. Voir Annexe III-4.

droit communautaire telles que le GEIE et la SE ou, lorsque les textes en seront incorporés dans le droit national, telles que la SCE. Il faut donc en l'état passer par le détour de la reconnaissance d'un statut communautaire pour que la mobilité de l'entreprise à l'intérieur de la Communauté devienne réalité. La continuité de la personne morale, où qu'elle ait son siège et où qu'elle le transfère d'un État à l'autre, élude en effet la question de la nationalité. Dans les pays de tradition civile, en France en particulier, transférer son siège d'un pays à l'autre revient à changer de nationalité et à disparaître comme entité commerciale. Or perdre sa personnalité juridique en franchissant des frontières entraîne de considérables inconvénients non seulement administratifs, mais surtout fiscaux, la cessation d'activité de l'entreprise même si elle est purement juridique, déclenchant l'exigibilité immédiate de tous les impôts sur bénéfices, dividendes et autres plus-values. Cette situation tient du paradoxe : les ressortissants européens peuvent circuler sans contraintes, ni contrôle. Les commerçants individuels peuvent exercer leurs activités où bon leur semble en Europe. Seules les sociétés s'en voient empêchées.

Ces inconvénients existent pour les entreprises immatriculées tant dans des pays adoptant la théorie du siège réel que dans des pays adhérent à celle du siège statutaire¹. La réticence des États devant l'abandon par une société de leur loi est fondée sur des motivations psychologiques et économiques : psychologiques parce que la société change de *lex societatis* et doit dès lors se conformer aux règles de constitution et de fonctionnement de la loi de son pays d'accueil ; économiques, par crainte de pertes de recettes fiscales².

Pour ces raisons, les États mettent en général des barrières à la sortie des entreprises de leur territoire. Ainsi en France, si le Code de commerce permet à l'assemblée générale des actionnaires de toute SA de décider non à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée de «changer la nationalité de la société», c'est à une condition : «que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, en conservant à la société sa personnalité juridique». Or depuis que cette disposition a été introduite par la grande loi sur les sociétés du 24 juillet 1966, aucune convention n'a été signée entre la France et un autre pays européen. Le seul traité jamais conclu est celui du 12 novembre 1959 entre la France et l'Éthiopie, pour la construction du chemin de fer de Djibouti à Addis-Abeba³ !

Le transfert de siège social n'est pas un objectif en soi. Mais il peut permettre de résoudre les difficultés nées par exemple du rapprochement entre plusieurs sociétés de nationalités différentes, grâce au choix du siège dans un pays «neutre» dont ne relève aucune d'entre elles. Un changement de contrôle d'une entreprise peut aussi rendre souhaitable un changement de siège. Enfin, il est évident qu'un tel transfert peut se faire dans les deux sens. Des entreprises peuvent vouloir tout aussi bien venir en France que transférer leur siège ailleurs.

1. Voir glossaire en Annexe IX

2. La perte de recettes fiscales est particulièrement redoutée dans les pays où la société est assujettie pour ses revenus mondiaux au lieu de sa résidence fiscale déterminée par un siège social ou par un siège effectif de direction.

3. Voir le traité *Droit international et européen des sociétés* du professeur Michel Menjucq, Montchrestien, Paris 2001.

Facilité par le règlement de 2001, le transfert de siège d'une SE est cependant loin d'être sans contraintes. La procédure, relativement lourde, est calquée sur celle des fusions transfrontalières. Le principe de base est le même : une SE ne perd pas sa personnalité juridique en émigrant vers un autre État membre, car par définition il y a pérennité de sa personnalité morale européenne. Corollairement, le transfert de siège est traité comme une modification statutaire adoptée à la majorité qualifiée, sous réserve de formalités et de garanties renforcées.

Comme en matière de fusion, le règlement précise les mentions minimales obligatoires du projet de transfert, les modes de publicité et la teneur du rapport des dirigeants « justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert et expliquant les conséquences du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les tiers ».

Contrairement au cas des fusions, le Code de commerce donne aux actionnaires minoritaires opposés au transfert le droit d'obtenir le rachat de leurs titres. Les obligataires ont également un droit d'obtenir le remboursement de leurs titres sur demande, de même que, dans certaines conditions, les créanciers non obligataires peuvent obtenir le remboursement de leurs créances. L'obligation de rachat des actions des minoritaires, pénalisante pour l'entreprise qu'elle peut exposer à des coûts prohibitifs, reflète le refus d'États comme la France de laisser partir des entreprises de leur territoire. Pour empêcher les déménagements « à la cloche de bois », toujours très choquants, toute SE est tenue de prouver, avant de pouvoir transférer son siège, qu'une protection adéquate est assurée concernant les créances nées antérieurement au projet de transfert, les intérêts de tous les créanciers, aussi bien privés (banques, nus-propriétaires de matériels dont la société a l'usufruit...) que publics (fisc, Sécurité sociale, Douanes...). Les créanciers peuvent se voir reconnaître, par conventions, le droit d'exiger le remboursement immédiat de leur créance en cas de transfert de siège. Ils ont, en tout état de cause, un droit d'opposition en justice. Le juge saisi a compétence pour ordonner à la SE soit le remboursement des créances ou la constitution de garanties (caution, garantie bancaire, blocage des sommes dues...), soit toute autre modalité conforme à la loi du pays d'origine. À défaut de remboursement des titres ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert de siège est inopposable aux créanciers. Pour éviter les fraudes, le transfert est en outre naturellement interdit si l'entreprise est en faillite.

À cela s'ajoute un droit d'opposition des autorités publiques (AMF, CECEI, CEA et procureur de la République) analogue à celui dont elles disposent en cas de fusion transfrontalière. Les observations qu'appelle le pouvoir conféré à ces autorités sont donc les mêmes.

Dernière modalité commune aux fusions transfrontalières et au transfert de siège : le contrôle de légalité est partagé en France entre le greffier du tribunal de commerce et le notaire. C'est au notaire de délivrer « un certificat attestant de manière concluante l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert ». C'est au greffier de procéder à la radiation dès réception de la notification du registre de la nouvelle immatriculation. La gestion transfrontalière de la SE obligera de toute manière les autorités de contrôle non seulement en France, mais entre les différents pays, à coopérer. Ce qui ne peut qu'enrichir leurs pratiques respectives.

Les fusions transfrontalières de SE

Une fois constituée, une SE peut-elle procéder à une fusion transfrontalière dans les conditions prévues par le règlement de 2001 ? La question peut paraître insolite compte tenu de l'objectif principal assigné à la SE de favoriser la concentration d'entreprises européennes pour leur permettre d'affronter la compétition internationale. Cet objectif, mis en avant dans le rapport Sanders de 1967¹, a été repris dans toutes les propositions la Commission européenne sur la SE. Dès 1970, la première proposition évoquait la mise en commun du «potentiel des entreprises [...] par des opérations de concentration et de fusion, le recours à de telles opérations ne pouvant cependant se faire que dans le respect des règles de concurrence». Ces termes sont identiques à ceux du préambule du règlement de 2001 sur la mise en commun du potentiel des entreprises européennes par fusion. C'est bien la création de champions européens que vise en effet la création de la SE. Si la question de la possibilité pour une SE de fusionner avec une autre société en s'appuyant sur le dispositif du règlement de 2001 se pose, c'est que ce dernier n'est pas explicite contrairement à la proposition de 1970 de la Commission, par exemple, qui mentionnait les fusions entre SE aussi bien qu'entre SE et SA².

Est-ce à dire que les SE seraient, comme les SA, pratiquement empêchées de réaliser des fusions transfrontalières ? C'est l'interprétation qui prévaut³. Si loin que l'on remonte dans l'histoire des débats sur la société européenne, il a pourtant toujours été convenu que la fusion était l'un des instruments privilégiés de sa gestion transfrontalière. Tout en ayant conscience qu'il appartiendra au juge communautaire de trancher, nous considérons que retenir une interprétation restrictive revient à priver le règlement de son effet utile. Certes, on peut soutenir que la voie de la fusion-absorption lui étant barrée, une SE souhaitant agrandir son champ d'activités peut à tout le moins, en application du règlement de 2001, fusionner avec une SA pour constituer une nouvelle SE. Mais ce montage n'aurait d'autre conséquence que de rendre inutilement plus complexe et coûteux le rapprochement envisagé. On pourrait aussi faire valoir que les SE pourront, comme les autres sociétés anonymes, réaliser de telles fusions dès l'entrée en vigueur de la directive «sur les fusions transfrontalières sur les sociétés de capitaux» adoptée en octobre 2005 et devant être transposée par les États avant le 15 décembre 2007 ? Mais cela n'aurait pas de sens, car si la discussion sur ce texte a pu être réactivée grâce à la parution du statut de la SE, il est indépendant de ce dernier. De plus, on peut se demander si la directive de 2005 n'est pas plus limitée dans sa portée que le règlement de 2001. Elle s'applique

1. Voir *infra*.

2. Articles 269 à 274 de la proposition de règlement (CEE) du Conseil portant statut de la société anonyme européenne publiée au JOCE du 10 octobre 1970, n° C. 124/1.

3. Selon cette interprétation réductrice, le règlement, en disposant que «dans le cas d'une fusion-absorption, la société absorbante prend la forme de SE simultanément à la fusion [...]» exclurait qu'une SE déjà existante ait la capacité de réaliser une fusion-absorption transfrontalière. Cette disposition relative à la création d'une SE n'est pas pertinente, et il faut plutôt se référer aux dispositions générales du règlement, notamment à l'article 3 qui renvoie au régime des SA pour ce qu'il ne traite pas. Il faut donc combiner le règlement, pour les procédures qu'il prévoit en matière de fusions transfrontalières, et les dispositifs prévus en droit interne en matière de fusions nationales.

dans la mesure où «la législation des États membres concernés [dont relèvent les sociétés qui fusionnent] permet les fusions entre sociétés de capitaux». Or, à défaut d'admettre la notion de «transmission universelle du patrimoine», la fusion n'est pas reconnue au sens strict du terme dans des pays comme l'Irlande et le Royaume-Uni¹. Toutes ces hésitations sur l'interprétation du statut de la SE, comme de la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières, montrent à quel point le fait qu'une société puisse se comporter dans l'espace européen comme elle le fait sur le territoire national n'est pas encore entré dans les mœurs.

Quelle conclusion tirer de cette description avant tout juridique et technique des modes de constitution et de fonctionnement de cette nouvelle forme d'entreprise européenne qu'est la SE?

- 1. Communautaire par sa personnalité juridique et ses moyens d'action transfrontaliers, la SE est traitée comme une SA nationale de l'État de son siège social et a toutes chances d'apparaître de l'extérieur comme une entreprise comme les autres.*
 - 2. La seule et importante distinction apparente est son label européen. Il traduit un engagement politique de construire, notamment entre dirigeants de différentes nationalités, une entreprise de dimension et de culture européennes.*
 - 3. Le principal atout de la SE est la mobilité. Si la Cour de justice des Communautés européennes consacre aujourd'hui cette mobilité, elle concerne avant tout la liberté d'établissement «secondaire» (création de filiales, succursales, agences dans tout pays de la Communauté). Mais la SE reste la seule à ce jour à jouir véritablement d'une liberté d'établissement « primaire » (fusion transfrontalière, transfert de siège social).*
 - 4. Le statut de la SE, fortement inspiré au départ par la conception allemande de l'entreprise, est finalement proche de celle de l'entreprise française. La seule véritable innovation réside dans l'octroi à la SE non cotée d'une liberté statutaire comparable à celle de la société par actions simplifiée, et fait du site France une terre d'attractivité pour la SE non cotée.*
-

1. Au Royaume-Uni, à défaut de transmission universelle du patrimoine, existe la technique du «*scheme of arrangement*» du *Companies Act* : une société peut conclure un «*concordat*» contraignant avec ses créanciers ou une partie d'entre eux (*«an arrangement with its creditors or a class of them»*). Pour avoir force contraignante, le concordat doit être accepté par la majorité en nombre de créanciers représentant 75 % en valeur et doit être approuvé par la juridiction compétente. (Source : <http://corporate.practicallaw.com/0-107-7201>.)

Modèle social et neutralité fiscale de la SE

Le statut de la SE, au gré des discussions de ses différentes versions, est resté très complet en ce qui concerne sa dimension sociale sans laquelle un compromis politique eût été impossible. Les raisons liées au contexte allemand et à son système très particulier de codétermination ont déjà été évoquées. Pour les mêmes raisons, mais ayant conduit au résultat inverse, aucun compromis politique n'était envisageable s'il avait été question d'aborder le thème de la fiscalité dans le statut, car le Royaume-Uni et surtout l'Irlande n'auraient pu l'accepter. Du point de vue des entreprises, le statut de la SE en a été déséquilibré : son dispositif social est contraignant, et son volet fiscal inexistant. Comme nous allons essayer de le démontrer, ce déséquilibre est moins patent qu'il n'y paraît de prime abord. Le statut social de la SE s'inscrit dans la ligne d'une évolution inéluctable suivant laquelle les relations sociales seront de plus en plus organisées au niveau européen. Ce dont témoigne l'émergence des comités d'entreprise européens. Par ailleurs, si la SE ne jouit pas d'un statut fiscal favorable, en revanche les dispositions récentes prises aux niveaux européen et national permettent en principe d'éviter toute pénalisation de sa gestion transfrontalière.

- Le statut social de la SE, pour contraignant qu'il soit, incarne le modèle d'une entreprise européenne, définie non pas seulement dans une logique financière, mais par référence à l'ensemble de ses parties prenantes, et notamment ses salariés.

- Du point de vue fiscal, il est notable de constater que le droit et la jurisprudence communautaires prennent de mieux en mieux en compte les impératifs de mobilité transfrontalière des entreprises.

Le modèle social de la SE

Le présent rapport a pour objet d'évaluer le statut de la SE au regard de l'évolution du droit européen des sociétés et de son adaptation au défi de la compétitivité de l'Europe et de ses États membres, et ne porte donc pas en principe sur son volet social. Il est toutefois impossible de passer cet aspect sous silence. D'abord, l'historique de la SE est étroitement lié aux débats qui ont opposé les États pendant des décennies sur la place des travailleurs de cette

nouvelle forme sociale d'entreprise. Le gouvernement allemand tenait à ne pas dissocier la SE du système de «codétermination» propre aux entreprises allemandes. Ensuite et surtout, le dispositif d'implication des travailleurs mis en place par la directive du 8 octobre 2001 est «le complément indissociable» du statut de la SE. Les dispositions de la directive doivent être «appliquées de manière concomitante» aux opérations prévues par le règlement de 2001 sur la création, la mobilité ou la restructuration d'une SE. Aucune SE ne peut être immatriculée si le dispositif social n'a pas été intégralement respecté.

Le modèle social de la SE, tel qu'intrinsèquement lié à son statut commercial, était inédit au moment de la parution du règlement et de la directive du 8 octobre 2001. Il a été transposé depuis lors dans le cadre du statut de la société coopérative européenne (SCE) qui, comme celui de la SE, est scindé en deux textes – un règlement et une directive du même jour en date du 22 juillet 2003 – concernant respectivement le droit des sociétés et le droit du travail. Ce schéma est nouveau. Le règlement du 25 juillet 1985 créant le GEIE mentionne au contraire qu'il ne couvre pas les domaines du droit social et du droit du travail. Mais on a des raisons de penser que le statut de la société privée européenne (SPE), que la présidence allemande du Conseil européen a placé dans ses priorités, comportera, lui, un volet social. Il sera sans doute allégé, mais ne s'en inspirera pas moins de ses deux précédents que sont ceux de la société européenne et la société coopérative européenne.

- La principale caractéristique du dispositif social de la SE est qu'il s'appuie sur la négociation entre les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise.
- Ce dispositif n'en comporte pas moins des garanties substantielles pour tenir compte des droits acquis par les salariés des entreprises participant à la création de la SE.
- D'où l'originalité du modèle social de l'entreprise communautaire ainsi proposé.

La primauté accordée au dialogue

La négociation est véritablement la marque distinctive du volet social de la SE. Il n'aurait pas été possible de parvenir à un accord politique entre les États si le rapport Davignon n'avait en effet proposé de reconnaître la liberté aux partenaires sociaux de chaque société européenne – dirigeants et représentants salariés des entreprises concernées – pour décider d'un commun accord du mode d'implication des travailleurs. Non seulement la directive de 2001 n'impose pas aux États des règles uniformes pour toutes les SE, mais elle laisse aux partenaires sociaux de chaque société le soin de définir par la voie contractuelle la place des salariés dans la gestion. Pour autant, les partenaires sociaux n'ont pas toute liberté. Ils doivent respecter une règle impérative : ne pas amoindrir les droits acquis des salariés des entreprises participantes à la création de la SE, en matière d'information, de consultation ou de participation. Ce principe «Avant/Après», qui sera examiné ultérieurement, est l'une des clés du dispositif social transnational de la SE. Ce dernier s'inscrit par ailleurs dans le droit fil de la création

du comité d'entreprise européen (CEE) par la directive du 22 septembre 1994¹, en particulier en ce qui concerne la structure et le rôle du «groupe spécial de négociation» (GSN). Ce groupe formé de représentants des salariés est l'acteur de la négociation sociale conduisant respectivement à la formation du CEE et du dispositif social propre à chaque SE. Constatons que cet aspect contractuel a été développé au niveau national en Belgique. Si en France comme chez ses autres partenaires européens la transposition de la directive de 2001 résulte de la réglementation (loi de juillet 2005 et décret d'application de novembre 2006), en Belgique elle est le fait d'une convention collective de travail du 6 octobre 2004 rendue obligatoire par un arrêté royal du 22 décembre 2004².

La représentativité du groupe spécial de négociation (GSN)

Les dirigeants des sociétés désireuses d'adopter le statut de SE doivent en informer les représentants des salariés «dès que possible» après la publication, selon le cas, du projet de fusion ou de constitution d'une SE holding ou filiale, ou encore du projet de transformation de la SA en SE. En droit français, le délai a été fixé à un mois. L'information à fournir comporte toutes les précisions nécessaires sur les sociétés, filiales et succursales appelées à faire partie de la SE, le nombre de leurs salariés, entité par entité, les formes de participation existantes dans les différentes implantations nationales et le nombre de sièges au GSN revenant aux salariés dans chaque État. La directive établit en effet un double critère pour la désignation des membres du GSN. Leur nombre est fonction des effectifs salariés (en principe, un siège est attribué par tranche de 10% dans chaque État), mais les travailleurs de chaque État doivent être en tout état de cause représentés. Il peut en résulter une surreprésentation de certaines entités de la future SE. Ainsi, le GSN formé dans le cadre de la création d'Allianz SE par fusion-absorption de sa filiale italienne était-il composé de trente membres venant d'une vingtaine de pays européens. Or dans plus d'un quart de ces pays, l'assureur ne comptait pas plus de quarante salariés, l'Allemagne enregistrant 75 000 salariés (35 000 salariés pour l'assurance) sur un total de 177 625³. Une fois le nombre de salariés à désigner déterminé, il revient aux États de définir les modalités de cette désignation (en France, il s'agit d'un monopole syndical⁴). Les désignations sont notifiées aux dirigeants des sociétés, filiales et établissements concernés ainsi qu'aux salariés, par affichage ou tout autre moyen utile, de même qu'en France à l'inspecteur du travail.

1. Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

2. Pareille procédure avait déjà été utilisée pour la transposition de la directive du 22 septembre 1994 sur les comités d'entreprise européens, transposée dans le droit belge par la convention collective de travail du 6 février 1996.

3. Source Boursorama (au 1^{er} mars 2007).

4. En l'absence de représentants syndicaux ou d'élus du personnel, les représentants au GSN sont désignés directement par les salariés.

Des règles de fonctionnement protectrices

La directive confère la personnalité juridique au GSN qui a ainsi par exemple la capacité de former des recours. C'est aux dirigeants des sociétés participantes de réunir le GSN en vue de parvenir à un accord écrit sur le dispositif d'implication des travailleurs de la SE. Chez Allianz, le GSN a été réuni pour la première fois en mars 2006. Pour renforcer son efficacité, il a désigné en son sein un groupe de six délégués pour mener les négociations au quotidien avec la direction de l'entreprise. L'accord a été finalisé en six mois, soit le délai minimal (cette phase de négociation pouvant être prorogée pour un nouveau délai de six mois) et Allianz SE a pu être immatriculée dès le 13 octobre 2006. La directive de 2001 précise que la procédure de négociation est régie par le droit applicable dans le pays où la SE aura son siège, tout en fixant les compétences et les droits du GSN. Celui-ci a ainsi droit à toute l'information nécessaire pendant toute la durée de la négociation. Les membres du GSN ne sont pas seulement tenus informés de la procédure de constitution de la future SE, qui se déroule parallèlement, ils ont aussi naturellement accès à toutes données sur les modalités de transfert des obligations des sociétés participantes à la constitution de la SE concernant les conditions d'emploi et les relations du travail, individuelles et collectives.

Le GSN bénéficie des moyens lui permettant d'accomplir sa tâche : par exemple, il peut se faire assister par des experts, et ce aux frais des sociétés participantes (les États pouvant, comme la France, limiter cette prise en charge à un seul expert). Les membres du GSN sont protégés dans les mêmes conditions que des délégués d'institutions représentatives du personnel permanentes. Ils ont une obligation de confidentialité fortement rappelée par la directive de 2001. Cette obligation fait écho aux contraintes pesant sur les entreprises et leurs dirigeants, en particulier durant le processus d'opérations juridiques et financières telles que les fusions entre sociétés cotées, dès lors que la présentation de certaines informations au public peut avoir des incidences sur le cours boursier.

Le processus de décision au sein du GSN renvoie à sa représentativité définie à l'échelle de toutes les sociétés participantes à la création de la SE, y inclus leurs filiales et établissements. La SE prend ainsi la plupart de ses décisions à une double majorité : majorité absolue de ses membres représentant la majorité absolue des effectifs concernés. Une double majorité des 2/3 n'est requise que dans certains cas limitativement prévus.

L'accord

Le principe « Avant/Après »

La liberté contractuelle, qui est au fondement du dispositif de l'implication des travailleurs de la SE, est en réalité encadrée. C'est dans sa proposition de 1989 (amendée en 1991) que la Commission européenne, présidée par Jacques Delors, a définitivement opté pour un statut non seulement commercial, mais social de la SE. À l'époque, il était convenu qu'il reviendrait aux États de définir, pour les SE immatriculées sur leur territoire, le modèle d'implication des travailleurs le mieux approprié compte tenu de leurs traditions. Trois modèles

considérés comme équivalents étaient envisagés : codétermination comme en Allemagne, ou à un moindre degré en Autriche ou en Suède, avec représentation des salariés au sein de l'organe de surveillance ou d'administration ; comité de représentation «à la française» ; ou encore toute autre formule résultant d'un accord entre dirigeants et salariés comme au Royaume-Uni ou en Irlande. Aucune hiérarchie n'était établie entre ces modèles. Mais ce principe d'équivalence n'a pas été accepté par un gouvernement allemand soucieux d'éviter la fuite de ses entreprises vers des pays ignorant la codétermination et en particulier la cogestion paritaire. L'adoption du principe «Avant/Après» a permis de lever ce blocage. Il garantit les salariés des entreprises à l'origine de la SE contre toute réduction de leurs droits à participation dans la gestion, tels qu'ils les exerçaient éventuellement avant de devenir salariés de la SE. Ce qui veut dire que le système d'implication à appliquer par la SE sera le plus élevé de tous ceux en vigueur dans les sociétés à l'origine de la SE. C'est le nivelingement par le haut. La directive ouvre toutefois au GSN la possibilité de renoncer à l'application stricte de ce principe, étant entendu que si un nombre significatif de salariés est concerné (au moins 25 % en cas de fusion, et 50 % pour la création d'une SE filiale ou holding), il ne peut en décider qu'à une double majorité des 2/3 (2/3 des voix de ses membres représentant au moins 2/3 des travailleurs, ce chiffre incluant les voix des membres du GSN de deux États membres au moins).

Cet assouplissement, qui s'adressait à l'évidence essentiellement à l'Allemagne, est apparu comme suffisamment attractif aux entreprises allemandes optant pour le statut de SE, comme Allianz, pour qu'elles cherchent à en bénéficier. La composition paritaire des organes de gestion des SE formées ou en cours de formation en Allemagne n'est pas remise en cause, seulement leur effectif. Ainsi, si le conseil de surveillance d'Allianz SA était composé de vingt membres (soit le maximum en droit allemand), celui d'Allianz SE n'en a plus que douze, dont quatre syndicalistes allemands, un français¹ et un britannique. L'entreprise allemande Fresenius, notamment active dans le secteur des dispositifs médicaux, et qui est en voie de constitution en SE, indique qu'elle souhaite alléger de la même façon ses structures de gouvernance pour en renforcer l'efficacité.

Le statut de la SE explicite pour la première fois ce qu'il faut entendre par «implication» des salariés dans les entreprises. Le terme est nouveau en droit communautaire, et d'ailleurs également en droit national. À travers le verbe latin «*implicare*», il évoque le concept de responsabilité partagée. En dépit de la diversité des schémas retenus dans les différents États européens, la notion d'implication, qui appartient maintenant au *corpus* communautaire, est un élément de la définition du modèle social européen. Elle recouvre le triptyque «information/consultation/participation» soit, selon la directive de 2001, «tout [...] mécanisme par lequel les salariés peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de la SE». Information et consultation se rapportent à des droits sociaux identifiés, objets d'une harmonisation communautaire². Mais jus-

1. Voir le témoignage de Jean-Jacques Cette, membre du conseil de surveillance d'Allianz SE en Annexe VII-1.

2. Voir notamment la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

qu'ici le modèle de participation ne figurait pas dans le droit communautaire. Or la directive de 2001 définit la participation comme le droit de recommander la désignation de représentants au conseil de surveillance ou d'administration (ou de s'y opposer), ou comme le droit d'élire ou de désigner ces représentants. Il est là fait référence au niveau le plus élevé de participation, puisque tout membre du conseil de surveillance ou d'administration – élu, désigné ou recommandé par les représentants salariés – en est membre de plein droit. Il y dispose du droit de vote, contrairement à ce que prévoit le Code du travail français pour les représentants du comité d'entreprise appelés à participer à ces conseils avec simple voix consultative.

Pour autant, aucun des schémas évoqués par la directive de 2001 n'est totalement étranger aux entreprises françaises. C'est le cas bien sûr de l'information/consultation qui passe par le canal du comité d'entreprise, dont les compétences ont été en France étendues par la jurisprudence. Le droit du travail français n'ignore pas non plus la participation des travailleurs. Elle est la norme dans le secteur public, en vertu de la loi de 1983 sur «la démocratisation du secteur public»¹. Les SA contrôlées par l'État doivent comporter un nombre de deux au moins et jusqu'à 1/3 de représentants salariés dans leur conseil d'administration ou de surveillance. La participation des salariés, inscrite en France dans la ligne de la tradition gaullienne de la troisième voie², est confirmée par le biais de la loi du 30 décembre 2006 «pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié»³. Cette loi, outre qu'elle élargit la représentation des salariés actionnaires au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés cotées, règle le cas des entreprises privatisées. Leur passage au privé ne doit pas aboutir à une remise en cause de la participation des salariés, dont le nombre minimal est fixé par la loi. En dehors de l'hypothèse de la privatisation, l'actionnariat salarié devient lui-même un vecteur de participation à la gestion. Il ne concernera toutefois que les SE cotées immatriculées en France, et non pas les non cotées. Dans les sociétés cotées, le franchissement de seuil de 3% du capital social aux mains de l'actionnariat salarié entraîne désormais la réunion d'une assemblée générale pour élire des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance, représentant les salariés. La loi du 30 décembre 2006, dont l'adoption a été consensuelle, est révélatrice des apports réciproques que favorise l'Europe entre pays partenaires. De filiation gaullienne, l'actionnariat salarié est également ancré dans les traditions outre-Manche, au Royaume-Uni et en Irlande. Et le pays par excellence de la codétermination a manifesté de l'intérêt pour ce schéma, comme en témoignent certaines déclarations d'Angela Merkel en 2006.

1. Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983.

2. La participation faisait pour le général de Gaulle partie de la «troisième voie entre capitalisme et communism». Il la désignait comme «la troisième solution [...] qui, elle, change la condition de l'homme au milieu de la civilisation moderne».

3. Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006.

La directive de 2001 consacre l’implication des travailleurs en tant que principe communautaire, rappelant les États à leur devoir de loyauté dans des termes qui évoquent le traité lui-même¹. Il leur est en effet demandé de « prendre les mesures appropriées, dans le respect du droit communautaire, pour éviter l’utilisation abusive d’une SE aux fins de priver les travailleurs de droits en matière d’implication des travailleurs ou refuser ces droits ». Le statut de la SE n’a pas seulement de ce point de vue pour but de prévenir le « dumping social ». Il repose sur une philosophie des droits des salariés, en tant que parties prenantes de l’entreprise (« *stakeholders* »).

La conclusion de la négociation

La clôture de la négociation intervient au bout de six mois à compter de la première réunion du GSN (renouvelables une fois). Mais clôture ne veut pas nécessairement dire aboutissement des négociations. Trois situations peuvent se présenter : soit un accord écrit est effectivement conclu dans les temps, et la SE immatriculée intègre le dispositif social contenu dans cet accord ; soit le GSN décide au contraire (à la double majorité des 2/3) de clore la négociation avant terme, voire de ne pas l’entamer, en estimant satisfaisant le système d’implication des travailleurs organisé par les législations nationales ou par les accords-cadres concernant le groupe au niveau européen (ce qui peut arriver en cas de constitution d’une SE holding) ; soit enfin les négociations échouent et ce sont alors les dispositions subsidiaires, dites « de référence », de la directive de 2001 qui y suppléent.

Il n’est pas de cas, à notre connaissance, où il n’y ait pas eu de négociation. Jusqu’ici, il y a toujours eu négociation, puis accord². La directive de 2001, tout en renvoyant à la liberté contractuelle des représentants salariés et des dirigeants, précise ce que doit contenir tout accord, ce qui est un facteur de sécurité juridique pour les dirigeants comme pour les salariés. Pour reprendre l’exemple d’Allianz SE, dirigeants et membres du GSN ont pu signer une « convention sur la participation des travailleurs » le 20 septembre 2006, soit en moins de six mois. Certains principes de base de l’accord avaient déjà, il est vrai, été fixés préalablement dans les projets de statuts de la future SE et il a été entendu qu’ils ne donneraient pas lieu à discussion. La convention prévoit un conseil de surveillance paritaire comprenant douze membres dont six représentants des salariés (parmi lesquels pour la première fois deux syndicalistes non allemands³). Il met également en place un comité d’entreprise de la SE dont les compétences sont sensiblement étendues par rapport à celles du classique comité d’entreprise européen, créé en application de la directive de 1994. Le comité de la SE a un rôle consultatif et est notamment saisi en cas « de circonstances exceptionnelles » ayant des incidences directes sur la situation économique ou sociale

1. L’article 10 alinéa 1 du traité CE dispose que « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l’accomplissement de sa mission ».

2. Hormis évidemment les cas de SE « coquilles vides » (voir *infra*).

3. Voir le témoignage de Jean-Jacques Cette, membre du conseil de surveillance d’Allianz SE en Annexe VII-1.

de l'entreprise. Il dispose d'un droit d'initiative pour inscrire des points à l'ordre du jour des discussions avec la direction de l'entreprise, il peut inviter des représentants des mouvements syndicaux européens à ses réunions, et il lui revient de désigner les représentants salariés au conseil de surveillance. Une organisation similaire a été adoptée chez Man Diesel SE. L'entreprise, de près de 7 000 salariés, est spécialisée dans la fabrication de moteurs Diesel. La convention signée le 27 avril 2006 entre le GSN et la direction prévoit un conseil de surveillance à la fois réduit (de douze à dix membres) et européenisé (trois des cinq représentants des salariés sont allemands et deux danois). Le comité de Man Diesel SE est aussi paneuropéen, étant formé de neuf membres, dont quatre Allemands, deux Danois, un Français et un Tchèque. Plansee SE, entreprise autrichienne spécialisée dans la fabrication d'objets en métal, s'est transformée en SE en 2006, et a intégralement conservé le système de la codétermination qu'elle appliquait auparavant, selon la loi autrichienne. Ayant opté pour le monisme (alors qu'elle avait une gouvernance dualiste), son conseil d'administration est formé d'un tiers de représentants salariés, soit deux sur cinq membres. Les dirigeants souhaitent s'en tenir à ces structures de participation qu'ils connaissent bien, et sont en revanche moins enclins à les conjuguer avec un comité de la SE (néanmoins institué à la demande du GSN comme structure d'attente¹). Le processus de constitution en SE de la banque scandinave Nordea soulève également des problèmes intéressants au regard de la portée du volet social du statut de la SE. La banque a déjà un comité d'entreprise et les représentants syndicaux siègent à son conseil d'administration. Or la législation suédoise, qui s'appliquera à Nordea SE compte tenu de son siège en Suède, n'exige pas dans le cas précis une telle représentation. Les syndicats des quatre pays concernés (Danemark, Finlande, Norvège et Suède), en perspective du maintien de ces dispositions, ont décidé d'unifier leurs structures syndicales pour s'adapter aux activités européennes de la future SE non seulement d'ailleurs dans les pays scandinaves, mais en Pologne (où la syndicalisation est faible) et dans les Etats Baltes. Le géant allemand de la chimie BASF a quant à lui annoncé sa transformation en SE qui ne remettrait pas en cause la codétermination. Aussitôt les syndicats ont marqué leur accord à cette transformation. Ces exemples ne signifient pas que les SE feront nécessairement place à la participation. Elcoteq SE, par exemple, entreprise internationale d'origine finlandaise spécialisée dans les technologies des télécommunications (et qui vient de transférer son siège au Luxembourg) n'a pas mis en place de système de participation.

La directive a prévu l'échec des négociations, dont l'hypothèse au demeurant ne s'est jamais présentée pour l'instant. Si tel était le cas, ce sont des dispositions «de référence» qui s'appliqueraient. Le rapport du groupe Davignon insistait sur cette contrainte comme un moyen d'inciter salariés et dirigeants à rechercher un accord toujours préférable à des règles imposées de l'extérieur. Les dispositions de référence sont définies par la législation de chaque État membre, mais la directive en fixe les règles de base. Ces règles concernent aussi bien la composition du comité de groupe de la SE que l'information et la consultation des salariés au sein de ce comité. Celui-ci a en particulier le

1. Sandra Schwimbersky (SEEUROPE Network, Bruxelles) en coopération avec Udo Rehfeldt (IRES, France), «Case study report on Plansee SE», juillet 2006, www.seeurope-network.org.

droit d'être informé et consulté¹, en cas de circonstances exceptionnelles «qui affectent considérablement les intérêts des travailleurs» (délocalisations, transferts, fermetures d'entreprise ou d'établissement ou licenciements collectifs). Le modèle de participation des salariés à la gestion est également encadré par les dispositions de référence qui mentionnent le droit de vote des représentants salariés aux conseils de surveillance ou d'administration.

La disposition majeure de la directive et du règlement du 8 octobre 2001, en matière sociale, a trait au caractère indissociable de la négociation sociale et des opérations de droit commercial conduisant à la constitution de la SE. Ainsi que le précise le décret du 9 novembre 2006, l'accord portant sur la mise en place d'un comité de la SE, ou d'un système de participation des salariés, voire, à défaut, l'engagement écrit des dirigeants de faire application des dispositions de référence, est joint à la demande d'immatriculation de la société européenne. En Autriche, la société Bauholding Strabag, dans le secteur de la construction (la première apparemment à s'être dotée du statut de SE), a pu faire l'expérience de la rigueur de ces prescriptions. Immatriculée fin 2004, elle a été poursuivie par les syndicats tant autrichiens que d'autres pays² pour avoir méconnu le mécanisme de la négociation sociale. Le litige a été résolu à l'amiable par l'ouverture de négociations qui ont abouti en mai 2006 à un accord qui prévoit la codétermination (dans les conditions du droit autrichien) et l'instauration d'un comité de la SE.

Les dirigeants d'une SA désireux de créer une SE immatriculée en France risquent-ils d'être dissuadés de le faire en raison des contraintes de la directive de 2001 ? Si tant est qu'on puisse qualifier de contrainte la concertation en milieu de travail entre dirigeants et salariés, la directive ne devrait pas entraîner grand changement dans l'organisation de la représentation des salariés dans les entreprises françaises. Il n'en irait autrement que si la SE formée par fusion absorbait une SA, par exemple allemande, régie par la codétermination paritaire³. Mais dans les autres pays, il n'existe que des formules limitées de représentation salariale dans les conseils, ou simplement un système d'information/consultation, souvent d'ailleurs moins développé qu'en France. Les SE françaises ont donc toutes chances, dans la plupart des cas, de devoir appliquer un système d'implication des travailleurs tel que les entreprises françaises en ont l'habitude.

1. Ces dispositions renvoient aux directives 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne précitée et 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

2. Allemagne, Belgique, Hongrie, Pays-Bas, République tchèque, Slovaquie et Slovénie.

3. La codétermination, avec conseil de surveillance (ou conseil d'administration s'agissant de la SE) composé paritaire, n'est obligatoire en Allemagne que dans les sociétés de capitaux de plus de 2 000 salariés, la représentation des salariés étant limitée à un tiers du conseil lorsque les effectifs sont compris entre 500 et 2 000. Rien n'est prévu si la société a moins de 500 salariés. Aucun des autres pays connaissant des systèmes de participation tels que l'Autriche, les Pays-Bas, la Suède ou encore certains pays de l'Europe centrale ou orientale n'applique la cogestion paritaire à l'instar de l'Allemagne. Il convient d'observer que la codétermination en Allemagne n'est pas réellement paritaire dès lors que le président du conseil de surveillance est toujours un représentant des actionnaires et dispose d'un droit de vote double.

Le Code du travail français définit l'organisation et les compétences du comité de la SE, comme le schéma susceptible, semble-t-il, de s'imposer le plus fréquemment. Doté de la personnalité juridique, ce comité est présidé par le dirigeant de la SE (ou son représentant), le Code du travail précisant que ce dernier est assisté de deux collaborateurs ayant voix consultative. Si l'on en juge par les exemples déjà cités d'Allianz SE et de Man Diesel SE, le comité de la SE en France devrait disposer de pouvoirs plus importants que n'en a en l'état actuel le comité d'entreprise européen. Ce dernier, lorsqu'il est constitué, se réunit obligatoirement une fois par an, et dans les faits en général une ou une deux fois par an. Il est le plus souvent un lieu d'échanges entre représentants salariés des différents États concernés. Or par contraste avec le rôle limité du comité d'entreprise européen, le Code du travail français retient, quant à lui, une conception extensive du rôle du comité de la SE. Si son champ est limité aux «questions qui concernent la société européenne elle-même ou toute filiale ou tout établissement situés dans un autre État membre, ou qui excèdent les pouvoirs des instances de décision dans un seul État», il se rapproche sur un plan transnational de ce qu'est le comité d'entreprise au plan national. Sa réunion annuelle obligatoire porte sur l'ensemble des aspects de la situation de la SE, économique, financière, industrielle et sociale. En outre, en cas de «circonstances exceptionnelles affectant considérablement les intérêts des salariés telles que délocalisations, fermetures d'entreprise, licenciements collectifs», le comité de la SE est réuni de plein droit pour être informé et consulté¹. Comme le GSN, il dispose des moyens nécessaires à son fonctionnement pris en charge par l'entreprise, à la mesure de son activité transnationale (frais de transport et de séjour des salariés venant de l'étranger, frais d'interprétariat...).

L'avenir du modèle social de l'entreprise communautaire

Véhicule d'exportation d'une codétermination à l'allemande inadaptée aux défis de la compétition internationale² pour certains, pas décisif vers une nouvelle Europe sociale appelée à répondre à la mondialisation financière par l'europeanisation des modes de gestion sociale de l'entreprise pour d'autres, le statut social de la SE suscite le débat.

1. Pour des raisons évidentes, le Code du travail précise que des dirigeants ayant décidé de lancer une OPA ou une OPE peuvent n'en informer le comité de la SE qu'une fois l'offre rendue publique. Mais dans les huit jours de la publication de l'offre, le comité de la SE doit être réuni et a le droit de connaître «des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi» (article L. 439-39 dernier alinéa du Code du travail).

2. Les critiques adressées à la codétermination par les milieux économiques en Allemagne avaient conduit le chancelier Schröder à demander à l'ancien ministre CDU et initiateur de la loi de 1976 sur la codétermination – Kurt Biedenkopf – un rapport d'évaluation qui a été rendu public fin 2006. Le rapport propose certains aménagements, mais se prononce pour le maintien d'un système dont les buts sont avant tout politiques. «*Codetermination is about democracy, not economics*», souligne le rapport Biedenkopf.

Mais ce statut n'a pas été inventé à partir d'une table rase. Comme en matière de droit des sociétés, il existe un acquis communautaire en droit du travail. Outre la directive de 1994 sur les comités d'entreprise européens, près d'une dizaine de directives touchent en effet à ce domaine. Les deux premières remontent aux années 1970. Elles fixent les exigences minimales en matière d'information et de consultation des salariés respectivement en cas de licenciements collectifs (directive du 17 février 1975¹) et de transferts d'entreprise (directive du 14 février 1977²). Il en découle, par exemple, qu'en cas de fusion-absorption destinée à créer une SE la société absorbante hérite des obligations résultant pour la société absorbée des contrats de travail ou des relations de travail existant à la date du transfert, comme le rappelle expressément le règlement de 2001. Le texte le plus emblématique est certainement la directive «Vilvorde» du 11 mars 2002³. Son élaboration, lancée sous le coup de l'émotion suscitée par la fermeture de ce site de Renault à Vilvorde en Belgique, a prêté à beaucoup de discussions compte tenu de l'hétérogénéité des modes de représentation des salariés dans l'entreprise en Europe⁴. Tout en laissant les États adapter les règles qu'elle pose dans leur législation nationale, elle définit des exigences minimales à respecter par chacun d'eux. Ces exigences s'appuient sur deux principes. Le premier est l'«effet utile» de l'information et de la consultation des salariés, ce qui exclut le fait accompli. Le second fait référence à «l'esprit de coopération» entre employeurs et représentants des salariés, et prend le contre-pied de la culture de la confrontation.

L'ensemble de ces textes sur l'information/consultation des salariés des entreprises, et la création d'institutions représentatives paneuropéennes (comité d'entreprise européen, comité de la SE et demain de la SCE) forme en quelque sorte le socle de l'organisation des relations du travail dans l'entreprise à l'échelle européenne. La montée en puissance du comité d'entreprise européen, dont les juridictions françaises viennent de consacrer l'étendue du rôle consultatif⁵, témoigne d'une évolution inéluctable. De plus en plus, c'est au niveau paneuropéen que les relations sociales européennes, au moins dans les

1. Directive 75/129/CEE du Conseil du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relative aux licenciements collectifs, modifiée et consolidée avec d'autres textes dans une directive 98/159/CE du 20 juillet 1998.

2. Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement, modifiée.

3. Directive 2002/14/CE précitée.

4. Cette représentation n'est pas obligatoire au Royaume-Uni et en Irlande. La représentation des salariés y est traditionnellement assurée par les syndicats, par l'intermédiaire de délégués d'atelier.

5. Par un arrêt remarqué du 21 novembre 2006, la cour d'appel de Paris a donné gain de cause aux syndicats de GDF qui invoquaient le manque d'information du comité d'entreprise européen sur la fusion GDF-Suez. L'arrêt est fondé sur le principe de l'«effet utile» de la consultation des salariés, le juge ayant retenu l'argument suivant lequel la transmission tardive du rapport d'expertise sur les conséquences sociales de la fusion n'a pas permis au comité d'entreprise européen de rendre son avis en temps utile.

grands groupes, s'organiseront. Ce modèle européen est unique, car aucun autre continent ne s'est doté d'un tel *corpus* de règles en la matière. L'Europe est donc fort loin d'être dépourvue de toute dimension sociale, comme certains lors de la campagne sur le référendum sur le traité constitutionnel européen ont essayé de le faire accroire. Cette dimension est au contraire très présente. Et, dans des pays qui s'en remettent traditionnellement à la liberté contractuelle des partenaires sociaux, elle représente un changement d'optique fondamental dans les relations du travail.

C'est dans ce contexte que s'inscrit le statut de la SE qui va plus loin que fixer un cadre général à la concertation sociale en validant le concept d'implication des travailleurs dans l'entreprise. Le volet social de la SE se justifie par la mobilité conférée à une entreprise qui a vocation à bouger davantage que les autres. Cette mobilité la conduit le cas échéant à devoir changer de loi nationale de rattachement, en cas de transfert de siège ou de fusion transfrontalière (s'agissant de la société absorbée). C'est la raison pour laquelle la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières prévoit d'ailleurs elle aussi un dispositif de négociation sociale très proche de celui relatif à la SE.

Tout en s'abstenant de formuler des propositions de modifications, le présent rapport entend cependant faire écho à diverses suggestions des acteurs économiques confrontés à certaines complexités de la directive de 2001. Trois remarques principales ont été faites par les entreprises ayant entamé (et pour certaines achevé) le processus de constitution d'une SE et elles nous paraissent mériter de susciter la réflexion.

- D'une part, il a été observé que le délai de la négociation sociale de six mois, éventuellement prorogé jusqu'à un an, était en décalage avec les impératifs de la réussite d'opérations comme les fusions notamment. Une fusion doit pouvoir être menée à bien en six mois. Allonger ce délai, c'est prendre le risque de perturbations pouvant nuire aux intérêts de l'entreprise et de ses salariés. Il est ainsi suggéré¹ de permettre l'immatriculation de l'entreprise indépendamment de la finalisation des négociations sociales. À défaut, il a été suggéré de faire varier la durée de la négociation en fonction de la taille des entreprises.

- La question de la procédure de désignation des membres du GSN a été également soulevée par les praticiens du droit et plusieurs entreprises ayant opté pour le statut de SE. Les modes de désignation diffèrent dans chaque État², et il en résulte une incertitude de nature à ouvrir la voie à des contentieux. Pourquoi ne pas charger de ce rôle de négociation le comité d'entreprise européen ? Cette formule, synonyme de simplification, irait dans le sens du renforcement de ce comité, d'autant que l'accord sur l'implication des travailleurs de la SE doit en principe conduire à son remplacement par le comité de la SE.

- Les dernières remarques portent sur le principe «Avant/Après» eu égard à la crainte de certaines entreprises d'avoir à adopter le système de la codétermination, notamment si elle est paritaire. Beaucoup d'entreprises françaises font

1. Voir les libres propos des entreprises en Annexe IV.

2. Arnaud Teissier, «L'implication des salariés dans la société européenne : la constitution du groupe spécial de négociation, approche de droit comparé», *La Semaine juridique sociale*, n° 5, 31 janvier 2006, p. 1095.

place à des représentants salariés au sein de leurs conseils. C'est pour elle un plus. Mais le système de la parité n'est pas dans la tradition française et les entreprises y sont généralement hostiles. D'un autre côté, le dispositif d'implication des travailleurs que toutes les SE doivent mettre en place symbolise un modèle de concertation sociale spécifique à l'Europe, qui est unique. Il est fondé sur des valeurs sociales et humaines. Il consacre la vision européenne de l'entreprise comme une communauté réunissant toutes ses parties prenantes, actionnaires, prêteurs et salariés. Ce qui n'exclut pas bien entendu de simplifier un dispositif trop compliqué, et de réfléchir au moyen d'articuler les dispositions sociales de la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières avec celles issues de la directive de 2001 sur la SE. Car les deux textes peuvent avoir à être appliqués par la même entreprise européenne.

La neutralité fiscale des opérations transfrontalières de la SE

Contrairement aux dispositions de droit commercial dont l'ambition a été sérieusement rabaisée par rapport à la première proposition de la Commission sur la SE en 1970, les dispositions fiscales n'ont pas eu à connaître un recul aussi important. Cette première proposition prévoyait déjà en effet que «la société anonyme européenne [devait] demeurer soumise aux exigences fiscales nationales, l'élaboration d'un régime fiscal propre à la société anonyme européenne risquant d'être la source de discriminations dans un sens ou dans l'autre par rapport aux sociétés anonymes de droit national».

Ce texte contenait toutefois des dispositions générales permettant d'éviter les effets les plus dissuasifs de cette absence de *corpus fiscal*. Il indiquait notamment que les actionnaires des sociétés préexistant à la SE créée par fusion ne pouvaient être imposés sur les plus-values constatées lors de l'échange des titres. Il prévoyait aussi un dispositif de compensation des pertes des établissements stables de la SE, ainsi que celles des filiales détenues à au moins 50 %. Enfin, les transferts de siège de la SE devaient pouvoir se faire en franchise d'impôt, sous condition de résidence d'au moins cinq ans dans l'État de départ.

Le règlement de 2001, quant à lui, ne comporte aucune disposition spécifiquement fiscale. Tout au plus indique-t-il que «les États membres sont tenus de veiller à ce que les dispositions applicables aux sociétés européennes en vertu du présent règlement n'aboutissent [...] à des restrictions disproportionnées à la formation d'une société européenne ou au transfert de son siège statutaire¹», ce qui pourrait viser, entre autres, des aspects fiscaux. Ainsi, ce qui était considéré comme un socle minimum et indispensable en 1970 fait figure aujourd'hui de summum de l'harmonisation fiscale !

1. Considérant n° 5.

Toutefois, le contexte a changé depuis 1970. Indépendamment du règlement sur la SE proprement dit, des initiatives de la Commission, ainsi que certaines décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, ont contribué à faire évoluer le paysage fiscal communautaire au sein duquel peuvent se mouvoir les SE. Il n'en reste pas moins que l'absence de cadre fiscal approprié au fonctionnement de la SE, mais non nécessairement spécifique à cette nouvelle forme sociale, obère son développement, et que «son succès dépend étroitement du régime fiscal qui lui sera applicable¹».

- Cette carence se manifeste pour les opérations relevant de la création ou de la mobilité des structures.
- Elle concerne également l'activité courante et donc l'imposition des résultats d'une entité exerçant sur le territoire de plusieurs États membres.

La SE et la fiscalité de la mobilité des structures

L'imposition frappant les mouvements transfrontaliers de sièges sociaux est la plupart du temps très dissuasive. Or l'un des principaux atouts de la SE réside précisément dans ses possibilités de déplacement sur le territoire de l'Union, comme elle pourrait le faire dans un seul pays. De même, les fusions transfrontalières se sont avérées très difficiles à réaliser, pour des raisons juridiques, alors qu'un régime fiscal spécifique, mais jugé largement insuffisant, leur était appliqué sur le territoire de l'Union². Or l'une des principales voies de constitution des SE est celle de la fusion de sociétés d'États membres différents. Si l'on veut donner un élan à la SE, il faut s'engager dans une voie permettant de lever ces obstacles.

Un contexte longtemps dissuasif

La fiscalité est d'abord dissuasive en matière de transfert de siège. Les États ont traditionnellement pour principe de taxer les entreprises qui quittent leur territoire, de la même manière que celles qui cessent leur activité. En France, plusieurs causes d'exigibilité de l'impôt ont pu ainsi être prévues à cette occasion. Outre la taxation immédiate des bénéfices réalisés au cours de la dernière période d'imposition, ce qui n'est pas contestable, le transfert du siège, ou même seulement d'un établissement, conduit aussi en général à la taxation des bénéfices en sursis d'imposition. Cela signifie notamment que tous les régimes de faveur sont résiliés, et que les impôts différés deviennent immédiatement exigibles. Ce transfert provoque aussi la réintégration de toutes les provisions, même lorsqu'elles demeurent justifiées. Enfin et surtout, l'opération peut entraî-

1. Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434/CEE.

2. Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

ner la taxation des plus-values latentes. Dans ce cas, les actifs sont évalués à leur valeur vénale, et la différence constatée avec la valeur comptable constitue la base de l'imposition sur les plus-values, opérée alors même qu'aucune cession n'a eu lieu. Cette imposition est qualifiée de taxe de sortie.

Il paraît évident que de telles conséquences financières ne peuvent conduire, dans la plupart des situations, qu'à l'abandon d'un projet de déplacement transfrontalier d'un siège ou d'un établissement.

La fiscalité n'est pas sensiblement moins dissuasive en matière de fusion transfrontalière. Certes, une avancée significative a été réalisée en 1990 avec l'adoption de la directive sur le régime fiscal des fusions¹. Mais ces opérations transfrontalières sont néanmoins restées longtemps difficiles à réaliser, en raison de l'absence de directive pour régler les questions juridiques, et des insuffisances constatées dans l'application de la directive fiscale de 1990. Sur ce dernier point, dès 1993 la Commission proposait l'adoption d'une directive la modifiant qui aurait permis de lever de nombreux obstacles encore présents². Mais cette proposition n'a pas été retenue.

Des améliorations apportées par la Commission et par la Cour de justice européenne

Ce contexte peu favorable s'est toutefois infléchi récemment, sous l'impulsion à la fois de la Commission européenne et de la jurisprudence de la CJCE. La Commission tout d'abord a promu l'adoption de plusieurs textes communautaires, de nature fiscale ou strictement juridique, ayant permis de débloquer les situations les plus anormales.

- La directive du 17 février 2005 relative à la modification du régime fiscal des fusions³.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le texte de 1990 ne résolvait que très imparfaitement les obstacles fiscaux aux fusions transfrontalières. Il ne pouvait en outre s'appliquer aux SE et aux SCE qui ne figuraient pas dans la liste des entités juridiques susceptibles de bénéficier de ses dispositions.

Les États prenant acte de ce que les statuts tant de la SE que de la SCE supposent que ces sociétés «seront en mesure de transposer leurs sièges statutaires respectifs d'un État membre à un autre sans être dissoutes ni liquidées⁴», la Commission a pu faire modifier la directive «Fusions» de 1990 sur plusieurs points. Ainsi, aux opérations initialement visées et bénéficiant du régime fiscal de faveur s'ajoute désormais : «le transfert de siège statutaire, d'un État membre à l'autre, des sociétés européennes⁵», défini comme l'opération

1. Voir note n° 2, page 75.

2. Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 90/434/CEE, COM (1993) 293 final, JOUE C. 225 du 20 août 1993.

3. Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434/CEE précitée.

4. Considérant n° 5 précité en p. 77.

5. Article premier § 2 sous b.

par laquelle, sans liquidation ou création d'une nouvelle personne morale, une SE ou une SCE transfère son siège statutaire d'un État membre à un autre. Cette amélioration risque de n'être toutefois que partielle en raison d'une ambiguïté dans la rédaction de la directive. En effet, afin de faire adopter son texte dans une matière qui requiert l'unanimité, la Commission a été amenée à proposer une rédaction que nous reproduisons pour en souligner la complexité :

« 1. La fusion, la scission ou la scission partielle n'entraîne aucune imposition des plus-values qui sont déterminées par différence entre la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale.

» Aux fins du présent article, on entend par :

» a) « valeur fiscale » : la valeur qui aurait été retenue pour le calcul d'un profit ou d'une perte entrant en compte pour l'assiette de l'impôt frappant le revenu, les bénéfices ou les plus-values de la société apporteuse si ces éléments d'actif et de passif avaient été vendus lors de la fusion, de la scission ou de la scission partielle, mais indépendamment d'une telle opération ;

» b) « éléments d'actif et de passif transférés » : les éléments d'actif et de passif de la société apporteuse qui, par suite de la fusion, de la scission ou de la scission partielle, sont effectivement rattachés à un établissement stable de la société bénéficiaire situé dans l'État membre de la société apporteuse et qui concourent à la formation des profits ou des pertes pris en compte pour l'assiette des impôts. »

Il semble que de nombreux États membres aient interprété ce texte comme limitant le sursis de l'imposition des revenus, bénéfices ou plus-values constatés lors du transfert, aux seuls cas où les actifs concernés restent effectivement rattachés à un établissement stable de la SE dans l'État membre dont elle était résidente avant le transfert de siège statutaire. C'est dans ce sens que la France, comme la plupart des États membres, a transposé en effet les dispositions en cause dans la loi de finances pour 2005¹. La Commission juge cette interprétation restrictive non conforme au droit communautaire ainsi qu'elle l'a exprimé dans une communication du 19 décembre 2006² (cf. ci-après).

Selon les informations disponibles, seule l'Autriche aurait transposé la directive fiscale sur les fusions de manière à ne pratiquer aucune taxe de sortie³.

1. Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004.

2. Communication de la Commission intitulée « Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des Etats membres » COM (2006) 825.

3. La directive prévoit une entrée en vigueur en deux temps. Les dispositions relatives au transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE devaient être transposées au plus tard au 1^{er} janvier 2006. Les autres dispositions devaient être transposées au plus tard le 1^{er} janvier 2007.

À ce jour deux pays n'ont toujours pas transposé les dispositions concernant la SE et la SCE. Il s'agit de la Belgique et de la Grèce. En revanche plusieurs pays ont déjà fait savoir, dès 2006, qu'ils avaient transposé le deuxième groupe de dispositions. Il s'agit du Danemark, de l'Espagne, de l'Irlande, de Chypre, de la Lituanie, de Malte, de la Pologne et de la Slovénie.

- La communication de la Commission du 19 décembre 2006 sur les taxes de sortie.

Cette communication, intitulée *Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des États membres*, peut être considérée comme le prolongement de la directive fiscale «Fusions» du 17 février 2005 en ce sens qu'elle tente d'en lever l'ambiguïté. Pour éclairer la partie du texte interprétée restrictivement par les États membres, la Commission indique en effet que : «Le statut de société européenne, entré en vigueur le 8 octobre 2004, permet à une société constituée sous la forme de SE (*Societas Europaea*) de transférer son siège social dans un autre État membre sans que cela ne se traduise par la liquidation de l'entreprise ou la création d'une nouvelle personne morale». Les modifications apportées en 2005 à la directive sur les fusions garantissent que, moyennant le respect de certaines conditions, le transfert du siège social d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne d'un État membre à l'autre ne se traduira pas par l'imposition immédiate des plus-values non réalisées sur les éléments d'actif maintenus dans l'État membre d'origine d'où le siège social est transféré. En revanche, les modifications ne font aucune mention des actifs qui ne restent pas liés à un établissement stable dans l'État membre d'où le siège social a été transféré. Or, la Commission estime que les principes énoncés dans l'arrêt «Lasteyrie» s'appliquent à ces actifs «transférés»¹. Le propos est net : les États membres qui tirent argument des ambiguïtés de rédaction de la directive pour la transposer de manière restrictive agissent en contravention avec le traité CE. Mais cette communication n'a pas de portée normative. Elle ne pourrait que conforter les sociétés qui contesteraient devant leurs juridictions nationales ou la CJCE les législations nationales jugées par la Commission contraires au droit communautaire.

Cette communication est aussi l'occasion pour la Commission d'esquisser des pistes de réflexion pour construire un dispositif permettant de concilier les exigences de la liberté d'établissement et la protection, dans un sens équitable, des ressources fiscales des États membres, au moment de la sortie d'actifs d'un État membre. Le principe qui devrait prévaloir pour atteindre cet objectif est celui selon lequel l'imposition des plus-values ne peut avoir lieu avant la cession effective des actifs en question. Au moment de la cession, l'imposition devrait être partagée entre l'État d'origine des actifs et l'État de résidence de l'entreprise au moment de la cession. Cette situation idéale, qui permettrait au régime de taxation interne des cessions d'actifs de coïncider parfaitement avec les opérations transfrontalières, suppose toutefois la réalisation de nombreuses conditions, telle que l'harmonisation des méthodes d'évaluation des valeurs véniales, de dépréciation des actifs. Elle exige aussi une coopération administrative sans faille pour assurer un suivi efficace des biens concernés. Se posera à cet égard de manière inévitable la question de la création d'un corps de contrôle communautaire (où à tout le moins la mise en place de modalités spécifiques de contrôle à l'échelle communautaire), qui fait d'ailleurs aujourd'hui cruellement défaut, notamment pour ce qui est de la TVA intracommunautaire. Il est urgent de concilier le souci légitime des États

1. Communication COM (2006) 825 final précitée.

de préserver leurs ressources fiscales et la nécessité de favoriser le développement d'activités économiques transfrontalières en Europe.

Enfin, il convient de ne pas négliger l'impact des différentiels de taxation entre les États membres, qui pourraient justifier le déplacement d'actifs notamment incorporels sans intention de les céder à court ou moyen terme. L'objectif serait alors de déplacer l'activité, notamment tertiaire, uniquement pour profiter de conditions fiscales plus clémentes.

- La directive «juridique» du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.

Les avantages procurés par la directive fiscale de 1990, modifiée en 2005, restaient inopérants dans de nombreuses situations, dans la mesure où l'outil juridique que représentent la fusion et les opérations assimilées n'avait fait l'objet d'aucune harmonisation européenne. Ainsi, en 2003, la Commission pouvait relever qu'en «l'état actuel du droit communautaire, ces fusions ne sont possibles que lorsque les sociétés qui veulent fusionner sont établies dans certains États membres. Dans d'autres, les différences entre les lois nationales applicables à chacune des sociétés qui entendent fusionner sont telles qu'elles sont dans l'obligation de recourir à des montages juridiques compliqués et coûteux. Ces montages rendent souvent l'opération délicate et ne se déroulent pas toujours avec toute la transparence et la sécurité juridique voulues¹». En fait, les fusions transfrontalières étaient juridiquement impossibles à réaliser, car non autorisées aux Pays-Bas, en Suède, en Irlande, en Grèce, en Allemagne, en Finlande, au Danemark et en Autriche. Cet état de fait était éminemment préjudiciable au fonctionnement du marché unique. Adoptée après un processus législatif particulièrement long, la directive sur les fusions transfrontalières suit la même logique que le règlement SE en renvoyant essentiellement aux droits nationaux qui doivent être débarrassés de toutes dispositions faisant obstacle à de telles opérations.

Ce contexte juridique et fiscal, bien qu'en voie d'amélioration, ne facilite pas, loin s'en faut, la mobilité des structures sociales au sein de l'Union européenne. Barrières fiscales et hétérogénéité des législations nationales conduisent à ce que l'une des libertés fondamentales prévues par le traité, la liberté d'établissement, ne puisse pas s'exercer dans de bonnes conditions. C'est donc naturellement sur le terrain judiciaire que le débat s'est porté, et plusieurs décisions de la Cour de justice des Communautés européennes ont tenté de corriger cette situation. Bien que non limitées à la SE, elles concourent à en faciliter la création et invitent les États à réfléchir à la façon désormais d'organiser et non plus d'entraver la mobilité des entreprises comme une façon de renforcer le tissu industriel et financier de l'Union.

1. Proposition de 10^e directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 2003 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux. (COM/2003/0703 final). Exposé des motifs.

- L’arrêt «Sevic Systems AG» du 13 décembre 2005¹.

Dans ce litige, les sociétés Sevic Systems AG établie en Allemagne, et Security Vision Concept SA établie au Luxembourg, souhaitaient fusionner. Cette opération devait s’opérer par dissolution sans liquidation de la société luxembourgeoise, et transmission universelle de son patrimoine à Sevic, sans modification de la dénomination sociale de celle-ci. Or la société Sevic s’est vu refuser l’inscription de cette fusion au registre du commerce allemand. La loi allemande sur les transformations de sociétés² prévoyait en effet uniquement les fusions entre entités ayant leur siège en Allemagne. La question posée à la CJCE, par voie préjudiciable était de savoir si la liberté d’établissement reconnue par le traité permettait de refuser l’inscription dans le registre du commerce de la fusion entre une société allemande et une société luxembourgeoise, au seul motif que la loi allemande n’envisageait la transformation que de sociétés ayant leur siège en Allemagne.

Dans son arrêt, la Cour condamne fermement ce refus en soulignant que la loi allemande entraîne «une différence de traitement entre les fusions internes et les fusions transfrontalières, qui est de nature à dissuader les sociétés ayant leur siège dans un autre État membre que l’Allemagne d’exercer la liberté d’établissement consacrée par le traité». En bref, la loi allemande viole la liberté d’établissement, liberté fondamentale du traité, qui autorise toute société d’un État membre à opérer dans l’espace européen comme dans son espace domestique. Il faudrait qu’un État puisse valablement invoquer «un objectif légitime compatible avec le traité» (défense nationale par exemple) ou «des raisons impérieuses d’intérêt général» (lutte contre la fraude, notamment) pour admettre des entraves à la liberté d’établissement des entreprises européennes. La Cour indique en outre que les fusions transfrontalières répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents, renvoyant aux buts mêmes du statut de la SE.

On peut tirer de cette jurisprudence deux enseignements pouvant concerner des SE : d’une part, dans l’hypothèse où le règlement de 2001 serait considéré comme ambiguë sur la capacité pour les SE déjà immatriculées de réaliser des fusions transfrontalières ou même si la directive de 2005 s’avérait imparfaitement ou trop tardivement transposée, les SE confrontées à des barrières à l’entrée d’un État membre pourraient s’en prévaloir utilement. D’autre part, l’arrêt «Sevic» lève l’hypothèque de la reconnaissance mutuelle des sociétés en Europe. C’est la liberté d’établissement qui remplit ce rôle. Elle s’oppose à ce qu’un État membre refuse d’immatriculer sur son territoire une société légalement constituée dans un autre État. Si le problème n’existe pas pour la SE, qui jouit d’un statut communautaire, il peut se poser pour les sociétés d’autres États que celui du siège d’une SE avec lesquelles celle-ci souhaiterait fusionner.

1. CJCE, Sevic Systems du 13 décembre 2005, Affaire C-411/03 (Rec. 2005, p. I-10805).

2. *Umwandlungsgesetz* du 28 octobre 1994.

- L'arrêt «Hugues de Lasteyrie du Saillant» du 11 mars 2004¹.

Ce litige portait sur une disposition du Code général des impôts français² qui s'appliquait aux personnes qui, ayant résidé en France, souhaitaient s'établir dans un autre pays. Lorsque celles-ci possédaient plus de 25 % des titres d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés, elles devaient, au moment de leur départ de France, acquitter l'impôt sur les plus-values sur ces titres, calculé sur la différence entre leur valeur vénale au moment du départ de France et leur coût d'acquisition. Il s'agissait donc d'imposer une plus-value latente puisque aucune vente n'avait été réalisée. Le requérant, Hugues de Lasteyrie, assujetti à cette taxe du fait de son départ de France, avait contesté cette imposition devant le Conseil d'État français qui avait renvoyé l'affaire à la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel. Là encore, comme dans l'affaire précédente, c'est la liberté d'établissement qui a donné la réponse.

Dans son arrêt, la Cour a considéré que les dispositions fiscales françaises imposant les plus-values latentes du seul fait du transfert du domicile d'un contribuable vers un autre État membre entravaient la liberté d'établissement. Il en résulterait en effet une différence de traitement dissuasive pour les contribuables, non justifiée par des «raisons impérieuses d'intérêt général» et disproportionnée par rapport à l'objectif visé de prévention de l'évasion fiscale. Ces dispositions ont donc été jugées contraires au traité, et ce bien que les contribuables en cause aient pu bénéficier d'un sursis de paiement³, ou d'un remboursement en cas de retour en France. C'est donc une forme de taxe de sortie qui est condamnée par la Cour. Bien que l'arrêt porte sur l'impôt sur les personnes physiques, on peut s'interroger sur la transposition de cette approche de la Cour aux taxes de sortie exigées des sociétés en cas de déplacement de leur siège social.

La société européenne et la fiscalité des bénéfices

Le résultat de l'activité courante de la société européenne doit être taxé de façon cohérente, c'est-à-dire selon une norme qui tienne compte de sa spécificité d'entité juridique reconnue sur tout le territoire de l'Union et pouvant y agir sans entraves. Il ne s'agit donc pas de créer un régime préférentiel et avantageux pour promouvoir la SE, mais de lui offrir un statut adapté à sa caractéristique principale qui est d'être une société européenne et non une somme d'entreprises nationales. Cet objectif ne pourrait être pleinement atteint que si l'ensemble de l'activité d'une SE ne faisait l'objet que d'une seule imposition⁴, calculée selon un seul corps de règles.

1. CJCE, Lasteyrie du Saillant du 11 mars 2004, Affaire C-9/02 (Rec. 2004, p. I-02409).

2. Codifié à l'article 167 bis du Code général des impôts français.

3. À la condition de constituer des garanties suffisantes et de désigner un représentant fiscal.

4. Dont le produit serait réparti entre les États membres où la société exerce ses activités.

L'inadaptation du cadre fiscal actuel aux impératifs de la SE

Force est de constater que le cadre fiscal actuel est peu compatible avec les ambitions d'un grand marché unique auquel la SE doit s'adapter. En effet, quel que soit le régime de territorialité adopté par les États membres, l'activité d'un groupe de sociétés réparties sur plusieurs pays de l'Union, ou d'une société disposant de plusieurs établissements stables, est imposée par chacun des pays d'accueil, selon ses propres normes et sans possibilité réelle de consolidation des résultats. On le constate non seulement du fait de l'absence de tout système de compensation des pertes transfrontalières, mais aussi en raison d'une approche strictement nationale des prix de transfert et des coûts de mise en conformité¹.

- La compensation des pertes

En effet, les efforts de la Commission européenne pour faire adopter une directive organisant la compensation des pertes transfrontalières sont restés vains². De plus, selon les législations nationales, les possibilités de prendre en compte, dans l'État de résidence, l'impôt payé dans le pays d'installation de l'établissement stable ou de la filiale se révèlent souvent limitées. Or ces possibilités existent le plus souvent en droit interne, ce qui place les opérations transfrontalières en situation défavorable par rapport à des opérations comparables réalisées dans un seul pays.

Ainsi, en l'état actuel du droit communautaire et des droits des États membres, une SE disposant de succursales³ dans d'autres États membres sera diversement imposée selon le pays où se trouve son siège. Si ce pays pratique une territorialité étendue de l'impôt sur les sociétés, exigeant l'inclusion des résultats réalisés nationalement et à l'étranger, alors les résultats des établissements stables situés dans d'autres États membres seront pris en compte pour le calcul de l'impôt dans l'État de résidence. Si le résultat est positif, il sera en général aussi imposé dans l'État membre où se trouve installée la succursale, la double imposition étant évitée totalement ou partiellement par un remboursement de l'impôt payé hors du pays du siège. Si l'établissement stable enregistre un déficit, du fait du caractère «mondial» de la détermination du résultat, l'imputation de cette perte sera presque toujours possible sur les résultats «mondiaux» dégagés dans le pays du siège.

Si une SE a son siège dans un pays de territorialité restreinte aux activités exercées uniquement sur ce territoire comme c'est le cas en France, les résultats positifs ou négatifs des établissements stables ne seront jamais pris en compte pour son imposition, alors que ce serait le cas pour une situation similaire au sein d'un même pays.

1. Voir Glossaire IX.

2. Voir la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social européen : *Le Traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières*, SEC (2006) 1690.

3. C'est la forme la plus courante que prennent les établissements stables.

Enfin, tout cet ordonnancement peut être modifié par les conventions internationales.

Une SE d'une certaine taille a toutes chances de posséder aussi des filiales établies dans d'autres États membres. Dans ce cas, quel que soit le régime de territorialité (étendue ou restreinte), les bénéfices ne seront imposés que dans l'État de résidence de la filiale. Symétriquement, si une filiale réalise des pertes, celles-ci ne seront pas imputables sur les résultats de la SE, alors que cela serait possible la plupart du temps dans un cadre interne¹.

Bien évidemment, les entreprises ont tenté de s'adapter à cet état de fait en recherchant des solutions leur permettant de se rapprocher d'une situation optimale, ou tout au moins comparable à celles prévalant dans la plupart des droits internes, et les SE pourraient faire de même. Mais cette voie n'est pas satisfaisante, car elle est par définition source d'insécurité juridique, une prime étant donnée au contribuable le plus astucieux et/ou le mieux défendu.

Cette situation, outre la complexité qu'elle présente, est bien peu compatible avec l'exigence de cohérence entre le régime fiscal et la dimension pleinement européenne de la SE, qui doit prévaloir si l'on veut qu'elle ait toute sa signification. Elle risque au demeurant, dans bien des cas, d'être jugée contraire au droit communautaire dans la ligne de la jurisprudence de la CJCE sur la liberté d'établissement. Aussi serait-il opportun que les États anticipent ce mouvement. Il va, en tout état de cause, dans le sens d'un renforcement de la compétitivité européenne, principal but de la SE.

- Les prix de transfert

Les entreprises ayant le statut de SE ont par définition vocation à agir sur le territoire de plusieurs pays de l'Union, à travers des succursales et/ou des filiales. Se pose donc inévitablement la question de l'évaluation des transactions intragroupes qui sont au cœur de leur activité. Les risques de remise en cause du prix de ces transactions par les fiscs nationaux portent en germe des situations de double imposition.

- Les coûts de mise en conformité

Dernier élément qui est à contresens du but recherché par les auteurs du règlement de 2001 sur la SE : l'obligation de se conformer à autant de législations fiscales que d'États membres dans lesquels une SE est établie représente un coût considérable mis en évidence par la Commission dans une étude sur la fiscalité des entreprises dans le marché intérieur². Cette étude qui avait pour but d'évaluer l'incidence des différences dans les niveaux d'imposition effective des entreprises des États membres sur la localisation des activités économiques et de l'investissement, concluait à une situation préjudiciable au développement de l'activité économique sur le territoire de l'Union.

1. Hors cas exceptionnels de régime de consolidation fiscale mondiale.

2. Rapport des services de la Commission intitulé « La fiscalité des entreprises dans le marché intérieur » (SEC (2001)1681 Final).

Des actions en perspective

Comme pour les «taxes de sortie» et les transferts de sièges sociaux, la situation peu satisfaisante de la fiscalité économique européenne pourrait s'améliorer sous l'impulsion là encore de la Commission européenne et de la CJCE.

- L'assiette commune consolidée d'impôt sur les sociétés (ACCIS)

Si les oppositions entre États concernant la fiscalité sont farouches, le Conseil n'en a pas moins reconnu nécessaire de demander à la Commission de repérer les dispositions fiscales constituant des obstacles aux activités économiques transfrontalières dans le marché intérieur et de présenter des mesures pour y remédier. Au cours de ces dernières années, la Commission s'est elle-même attachée à promouvoir des solutions dont l'adoption permettrait certainement d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur et la compétitivité des entreprises de l'Union, en coordonnant les politiques fiscales des États membres. Cette approche est exprimée dans une communication de la Commission de 2001 intitulée *Vers un marché intérieur sans entraves fiscales – Une stratégie pour permettre aux entreprises d'être imposées sur la base d'une assiette consolidée de l'impôt sur les sociétés couvrant l'ensemble de leurs activités dans l'Union européenne*¹. Parmi les pistes envisagées pour améliorer l'imposition des résultats des entreprises, il en est une qui semble recueillir un intérêt marqué par un nombre non négligeable d'États membres. Il s'agit de celle consistant à imposer les bénéfices des sociétés selon une «assiette commune consolidée d'impôt sur les sociétés» (ACCIS).

Dans cette perspective, la Commission propose l'instauration d'une base d'imposition unique à l'échelle de l'Union européenne (bénéfices imposables). En d'autres termes, elle souhaite que les entreprises qui exercent des activités transfrontalières au sein de l'Union européenne soient autorisées à calculer le revenu imposable du groupe sur la base d'un ensemble unique de règles et à établir des comptes consolidés à des fins fiscales (et donc éliminer les éventuelles incidences fiscales de transactions intragroupes). Actuellement, un groupe de sociétés doit établir une base d'imposition distincte (bénéfices imposables) dans chaque État membre dans lequel il opère, et ce en fonction des règles fiscales en vigueur dans cet État membre. Autorisées à n'appliquer qu'un seul ensemble de règles, les entreprises connaîtraient une réduction considérable des coûts de mise en conformité résultant de la coexistence de 27 systèmes fiscaux au sein du marché intérieur. Cela permettrait également de régler les problèmes posés par le prix de transfert au sein de l'Union, d'autoriser la compensation des pertes et une consolidation globale des profits et des pertes à l'échelle communautaire, de simplifier de nombreuses opérations de restructuration internationales, d'éviter de nombreux cas de double imposition et d'éliminer de nombreuses situations et restrictions discriminatoires. La Commission estime que si les entreprises comptabilisent leurs bénéfices sur la base d'une norme commune (les normes internationales d'information financière, autrefois dénommées «normes comptables internationales»), cet étalon commun de la rentabilité pourrait servir de point de départ à la mise en place d'une base d'imposition commune à l'échelle de l'Union. Elle travaille donc sur l'adoption d'un mécanisme de

1. COM (2001) 582 final du 23 octobre 2001.

répartition qui serait nécessaire pour déterminer l'assiette imposable entre les États membres.

Il paraît évident que si une telle possibilité devait être offerte aux entreprises en Europe, elle conviendrait parfaitement à la SE. On peut même dire qu'elle semble faite pour elle, car elle permettrait à cette nouvelle forme juridique, censée agir sans entraves sur tout le territoire de l'Union, d'être imposée sur une base unique. Les États membres concernés se répartiraient entre eux le produit de l'impôt, selon un taux relevant de leur souveraineté fiscale.

On indiquera pour mémoire que, dans l'attente de l'éclosion de l'ACCIS, certains progrès sont déjà enregistrés. C'est notamment le cas des prix de transfert pour lesquels un «Forum conjoint» composé d'un représentant par administration nationale et de dix experts issus des milieux professionnels élabore des solutions «pragmatiques, non législatives, aux problèmes pratiques posés par les règles en vigueur dans l'UE dans le domaine des prix de transfert, en respectant le cadre fixé par les principes de l'OCDE applicables en la matière». Mais force est de constater que si la sécurité juridique progresse de ce fait, elle est loin d'être optimale.

L'autre moteur d'une plus grande cohérence fiscale, à côté de la Commission européenne, est la Cour de Luxembourg. La CJCE est saisie des questions fiscales, la plupart du temps sous l'angle de la liberté d'établissement. Or elle a tendance à privilégier les solutions qui mettent à égalité les opérations internes et les opérations transfrontalières, c'est-à-dire principalement à autoriser la compensation des pertes.

- L'arrêt «Marks & Spencer» du 13 décembre 2005¹

La société Marks & Spencer, installée au Royaume-Uni, possédait des filiales au Royaume-Uni et dans d'autres pays de l'Union. À la fin des années 1990, le groupe rencontra d'importantes difficultés. Aussi, en 2001, la société mère décidait de cesser les activités de plusieurs de ses filiales. Elle demanda au fisc britannique d'imputer les pertes réalisées en Allemagne, en Belgique et en France sur les résultats dégagés au Royaume-Uni, ce qui lui fut refusé. En effet, la législation britannique, comme celle de la plupart des États membres, dispose de mécanismes permettant de consolider les résultats des sociétés appartenant à un groupe, mais à la condition que ces filiales soient situées aussi au Royaume-Uni. Appelée à trancher ce litige, la CJCE a rendu une décision qui, bien que limitée dans ses effets, condamne néanmoins cette différence de traitement entre les filiales établies dans le même pays que leur société mère et les autres.

La CJCE constate en effet que : «La législation britannique restreint la liberté d'établissement, en opérant une différence de traitement fiscal entre des pertes subies par une filiale résidente et des pertes subies par une filiale non-résidente». Ce qui dissuade les entreprises britanniques de créer des filiales dans d'autres États membres. Une telle restriction ne peut être admise, selon le juge communautaire, que si elle poursuit un «objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général». Encore faut-il, dans une telle hypothèse, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet

1. CJCE, Marks et Spencer du 13 décembre 2005, Affaire C-446/03 (Rec. 2005 p.I-10887).

objectif. Arrêtons-nous un instant sur les trois éléments de justification invoqués dans cette affaire par le Royaume-Uni et les sept autres États (dont la France) s'étant joints à lui. Tous ces États faisaient valoir une triple nécessité liée à leur volonté de ne pas perdre de recettes fiscales : sauvegarder une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les différents États membres de sorte que bénéfices et pertes soient traités de façon symétrique dans le cadre d'un même système fiscal ; éviter le risque de double emploi des pertes, lequel existerait si celles-ci étaient prises en compte dans l'État membre de la société mère et dans les États membres des filiales ; et enfin éviter le risque d'évasion fiscale résultant de l'organisation de systèmes astucieux de transferts de pertes au sein des groupes. Sans dénier le bien-fondé de ces objectifs, la Cour a estimé que la législation britannique ne respectait pas le principe de proportionnalité, et allait au-delà du nécessaire pour les atteindre. On ne peut pas en effet priver une entreprise du droit de dégrèvement de groupe, destiné à éviter les doubles impositions, au seul motif que ses filiales résident dans d'autres États membres.

La décision peut se résumer ainsi : subordonner ce dégrèvement à la condition que les pertes des filiales ne fassent pas déjà l'objet d'un tel dégrèvement dans l'État d'accueil (par exemple par le biais d'un transfert des pertes à un tiers ou d'un report des pertes à un exercice fiscale ultérieur) est légitime, mais priver les entreprises de tout droit à dégrèvement dans tous les cas revient à leur demander d'acquitter l'impôt de façon indue.

Cette décision peut être considérée comme l'amorce de la reconnaissance du droit à compenser les pertes au sein d'un groupe européen, même si la Cour fixe de strictes limites. Notamment, le droit à compensation n'est, en l'espèce, reconnu que si toutes les possibilités d'utilisation des déficits dans l'État membre d'établissement de la filiale sont épuisées. Cela exclut, semble-t-il, les consolidations automatiques à l'image des régimes d'intégration fiscale existant dans de nombreux États membres comme la France.

Quelles conclusions tirer de ce descriptif du statut social de la SE et du contexte fiscal dans lequel, en l'état actuel du droit, elle doit inscrire ses activités transfrontalières ?

1. Malgré ses lourdeurs et ses complexités, le processus de négociation sociale, suivi de la mise en place du dispositif d'implication des travailleurs propre à chaque SE, est un atout. Il permet d'associer dès le début, et sur des bases claires, les salariés du groupe aux projets de l'entreprise et aux restructurations répondant à des impératifs de compétitivité.

2. Le statut social de la SE renforce le caractère contractuel des relations du travail au sein de l'entreprise et correspond ainsi au développement important en Europe des accords conclus à ce niveau. L'accent mis sur la liberté contractuelle, dont la valeur

constitutionnelle est désormais reconnue en France¹, constitue une évolution particulièrement sensible dans notre pays dont la tradition a longtemps été de préférer la loi au contrat. Cette évolution vient d'être confirmée par la décision du Conseil constitutionnel validant la disposition du Code du travail permettant d'adapter, par accord de branche, d'entreprise ou de groupe, les modalités d'information des comités d'entreprise².

3. En dépit des avancées récentes des textes et de la jurisprudence communautaires pour lever les barrières fiscales à la libre circulation des entreprises dans l'espace du marché intérieur, et en dépit du principe de neutralité fiscale des opérations transfrontalières des entreprises – qu'elles revêtent ou non la forme de SE –, l'absence de toute harmonisation fiscale entrave les stratégies de développement intracommunautaire.

4. La SE joue, en ce domaine comme en d'autres, le rôle de révélateur. Elle démontre, s'il en était besoin, les inconvénients d'une absence totale d'harmonisation fiscale en Europe qui incite les entreprises à mettre en place des montages compliqués, plus ou moins opérationnels, et nuit à la compétitivité du site global Europe.

1. Aurélie Duffy, «La constitutionnalisation de la liberté contractuelle», *RDP*, n° 6, 2006, p. 1569.

2. DC n° 2006-545 du 28 décembre 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi précitée pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié.

Premières expériences vécues par les entreprises ayant choisi le statut de SE

À titre liminaire, on ne peut qu'être frappé par la difficulté d'accéder à l'information sur les SE immatriculées. Le règlement prescrit bien aux sociétés en question de publier au *Journal officiel de l'Union européenne* les mentions essentielles permettant de les identifier, mais cette publication n'a aucune portée juridique. Aucun contrôle n'est donc exercé sur la validité des informations transmises, pas plus que sur le respect de cette obligation de publicité dont paraissent se dispenser un certain nombre de SE. À défaut d'un véritable registre officiel européen qui recenserait de façon claire et uniforme les entités communautaires telles que les GEIE, les SE, les SCE et autres formes à venir (comme la SPE), il restera impossible d'avoir une information regroupée fiable et exhaustive, car il faut se référer aux différents registres des sociétés dans les 21 langues officielles de l'Europe. L'information est plus facile à obtenir lorsqu'il s'agit de sociétés cotées, du fait des obligations de transparence qui pèsent sur elles auprès des autorités nationales de marché, en application de la directive du 15 décembre 2004¹. Mais on sait que ces autorités ont encore à construire, sur l'ensemble de la Communauté, «le réseau européen accessible à un prix abordable pour les petits investisseurs» appelé de leurs vœux par les auteurs de la directive «Transparence»². C'est dans ces conditions que Pierre Simon, président d'Eurochambres, et le rapporteur ont décidé de lancer conjointement une enquête sous l'égide du CREDA³. Cette enquête anonyme, sous la forme d'un questionnaire circonstancié, est en cours, et il n'est donc pas envisageable de faire état de résultats dans le cadre de ce rapport. En revanche, ces résultats seront rendus publics après la remise du présent rapport une fois l'ensemble des questionnaires renvoyés par les entreprises et dûment exploités.

1. Directive n° 2004/109/CE précitée.

2. Considérant 25.

3. Centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris. Nous remercions par ailleurs l'ETUI (European Trade Union Institute) et en particulier Norbert Kluge d'avoir permis l'utilisation des données sur les SE immatriculées à partir de son site tout à fait remarquable : seeurope-network.org.

Les informations utilisées dans le rapport, dont il n'est donc pas possible de garantir l'exhaustivité, découlent à la fois d'informations publiques¹ et d'informations recueillies au cours des voyages et auditions effectués et qui ont permis un dialogue approfondi avec les milieux économiques français, belge, allemand et britannique. Quelques éléments issus des tout premiers résultats de l'enquête réalisée par le CREDA sont venus conforter les enseignements tirés de ces rencontres.

En dépit du caractère parcellaire des données disponibles, il est néanmoins possible de dresser un premier bilan des expériences vécues sur le terrain par les entreprises ayant opté pour le statut de SE.

À la veille de la réflexion sur une amélioration du statut de la SE, il est utile en effet de vérifier si ce statut porte en germe l'une des réponses au défi de la compétitivité de l'Europe, ce dont, au vu des témoignages des entreprises, on peut être convaincu.

Premier bilan des premières expériences

Au 1^{er} mars 2007, quelque soixante-dix SE auraient été constituées à travers l'Europe et une vingtaine sont vraisemblablement en voie de constitution². Cela paraît peu. Mais, d'une part, nombre d'États ont tardé à incorporer dans leur droit le statut de la SE³. D'autre part, si l'accueil réservé à la SE, tout en étant plutôt positif, s'apparente surtout à un «succès d'estime⁴», il faut se souvenir du scepticisme ayant entouré la création de la société par actions simplifiée, devenue pourtant la forme sociale privilégiée des sociétés françaises non cotées. Nombre d'entreprises, et non des moindres, observent avec circonspection les premiers pas de la SE, mais laissent entendre qu'à l'épreuve du temps cette forme sociale pourrait les intéresser pour faciliter des restructurations nécessaires. Ce qui tend à prouver que cet instrument dont le démarrage est lent est susceptible de faire davantage d'émules à plus long terme.

1. En particulier celles figurant sur le supplément au *JOUE* (TED) et sur le site : <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/home.html>.

2. D'après les informations publiques disponibles sur le site www.seeurope-network.org, les entreprises suivantes seraient ainsi en passe d'adopter le statut de la SE : Fresenius AG, Mensch und Maschine Software AG, Nordea Bank AB, AS Sampo Elukindlustet, SCOR SA, Suez SA, Suomi Mutual Life Assurance Company, Surteco AG.

3. Sur les vingt-sept États membres de l'Union, seules la Bulgarie et la Roumanie ont encore à le faire.

4. Voir Caroline Lechantre et Patrice Drouin, «Un nouveau statut qui cherche encore son public», *Les Échos*, n° 19 772, 13 octobre 2006, p. 27.

Les potentialités sont là. Arcelor avait inscrit dans ses statuts en 2002 sa transformation en SE. Le rachat de l'entreprise en 2006 par Mittal Steel a changé la donne et éloigné l'entreprise de ce projet, mais n'en a pas forcément éliminé toute éventualité¹. Les dirigeants du groupe Suez² avaient également formulé un tel projet, pour l'instant suspendu au devenir de la fusion avec GDF. Plus récemment encore, la création d'une SE a été évoquée au moment de l'OPA du groupe allemand MAN sur Scania le constructeur suédois de poids lourds à l'automne 2006³. Enfin, le 28 février 2007, BASF, géant allemand de la chimie, a rendu public son projet de transformation en SE. Les entreprises n'ayant pas à ce jour l'intention d'adopter le statut de SE ont une attitude nuancée. Le principe d'un statut communautaire leur semble porteur, mais soit tardif, soit encore insuffisamment attractif.

- À côté du panorama général des SE immatriculées dans la zone EEE que l'on peut déjà brosser.

- C'est surtout à la lumière d'expériences concrètes de la forme sociale «SE» que l'on peut le mieux en évaluer à ce stade à la fois l'intérêt et les manques.

Panorama des SE créées ou en cours de création dans la zone EEE

Il n'existe pas de profil type de la SE. Les SE immatriculées ou en voie de l'être ont des physionomies contrastées en fonction des pays d'accueil, de leur taille, de leur secteur d'activité ou des modalités juridiques retenues pour l'adoption du statut de société européenne. Même s'il est beaucoup trop tôt pour prédire les principaux facteurs de réussite de la SE, il est toutefois possible dès à présent de dégager une typologie des SE recensées.

Tout d'abord, il s'avère que cette forme sociale ne rencontre pas d'écho dans les pays du sud de l'Europe (Italie, Espagne, Portugal, Grèce), alors qu'à l'évidence elle est plus attrayante dans le Nord, en particulier en Allemagne. Les premières SE ont été créées aux Pays-Bas, ce qui n'allait pas de soi dans la mesure où l'incorporation et la transposition du dispositif de la SE en droit interne y ont été tardives⁴. À l'heure actuelle, 14 États membres (sur 25, puisque la Bulgarie et la Roumanie doivent encore transposer le statut dans leur droit national) ont vu la création de SE sur leur territoire. Ces pays sont l'Allemagne,

1. Voir la presse : «Encore neuf mois de gestation pour le nouvel ensemble Arcelor-Mittal», *Les Échos*, 17 juillet 2006 et Philippe Galloy, «La société européenne séduit enfin», www.lalibre.be, 7 octobre 2005.

2. Voir «La société européenne séduit enfin», précité.

3. Voir Christian Hetzner et Michael Schields, «L'OPA de MAN sur Scania démarre mal», Reuters, 18 septembre 2006.

4. Les Pays-Bas ont adopté les dispositions nécessaires à l'introduction de la société européenne au cours de l'été 2006 tandis que la Belgique, l'Autriche, le Danemark, la Suède, la Finlande et l'Islande ont adapté leurs droits respectifs au 8 octobre 2004.

l'Autriche, la Belgique, Chypre, l'Estonie, la Finlande, la France, la Hongrie, la Lettonie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suède. Fait notable : les SE allemandes représentent environ 40% de l'ensemble, suivies par les SE néerlandaises avec 12%, les SE autrichiennes 10% et les SE belges 10%, le pourcentage étant minime en France. Par ailleurs, trois SE ont été créées dans l'Espace économique européen (EEE), dont deux en Norvège et une au Liechtenstein. Parmi les opérations menées avec des entreprises de pays non-membres de l'Union, on peut citer la future Nordea SE qui projette d'intégrer sa filiale norvégienne. En France, c'est pour l'instant uniquement dans les secteurs financier et des services que se sont engagés des processus de constitution de sociétés européennes. Deux SE y ont été immatriculées en 2006 et 2007. La première en France, Viel et Compagnie-Finance SE, est spécialisée dans l'intermédiation bancaire et elle est cotée, tandis qu'Innovatis SE, entreprise familiale non cotée, est active dans le secteur des services (dont la vente par correspondance et l'immobilier). Le réassureur français SCOR est, quant à lui, en train de finaliser la constitution de trois SE dont l'immatriculation serait prévue en juin 2007.

Les secteurs concernés sont diversifiés. La plupart des SE sont surtout actives dans les services, dans les domaines juridique, pharmaceutique, alimentaire, du conseil, de l'informatique, de l'immobilier, de l'ingénierie médicale, des cosmétiques, de la distribution de fournitures de bureau, du transport. Le secteur des banques, des assurances, de la réassurance et du conseil en investissements financiers est nettement prédominant. On dénombre également quelques SE créées dans le secteur industriel (construction, fabrication de moteurs Diesel, extraction de matières premières et métallurgie) et des perspectives sont ouvertes pour la création de SE dans les domaines de l'aéronautique, de la construction automobile, de l'industrie du plastique et du papier et de la production et distribution de gaz industriels.

Quant à la taille des SE, elle va de la plus grande – comme Allianz SE – à la plus petite, telles les «coquilles vides» immatriculées en tant que SE. Nombre d'entre elles s'avèrent en effet être des structures d'attente dont la finalité n'est pas toujours explicitée. Les exemples emblématiques tels qu'Allianz SE, Elcoteq SE, Man Diesel SE, Viel et Compagnie-Finance SE ou demain Fresenius SE, les SE de SCOR ou encore Nordea SE font figurer d'exceptions. La plupart des SE comportent peu de salariés voire aucun, ainsi qu'il vient d'être indiqué¹. Près d'un cinquième des SE auraient en effet été créées sans objet social, l'idée étant d'offrir à des entrepreneurs voulant recourir à la forme de la société européenne dans un but particulier, la possibilité d'utiliser, sans délai, une structure préconstituée. La mise à disposition des acteurs économiques de telles structures d'attente est une pratique relativement rare en France. Mais elle est connue en particulier en Allemagne où les formalités de constitution d'une

1. Voir «Union européenne : lente avancée de la société européenne» par Udo Rehfeldt, *Chronique internationale de l'Institut de recherches économiques et sociales*, n° 101, juillet 2006 ; l'auteur indiquait que 14 des 33 premières SE n'avaient alors pas de salariés.

société restent longues et parfois coûteuses¹. Aussi ces structures d'attente sont-elles majoritairement constituées dans ce pays où la loi autorise leur constitution. Une dizaine de SE « d'attente » y sont identifiées², mais on en compte également en Suède (trois SE) et en Hongrie (une SE). C'est dans cette optique que Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft MBH, un cabinet d'avocats allemand présent dans plusieurs pays dont la Belgique et la Pologne, a créé Beiten Burkhardt EU-Beteiligungen SE. Or ce cabinet s'est ouvertement positionné en vue de développer une offre commerciale de SE préconstituées³.

À propos des modalités juridiques de création d'une SE, un constat empirique permet d'indiquer à ce stade que la fusion et la transformation sont privilégiées. Les organisations socioprofessionnelles telles la Confédération allemande de l'industrie (BDI), mais aussi la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)⁴ considèrent que la voie de la transformation est la plus simple puisqu'elle consiste en une réorganisation interne. Les entreprises ont, elles, plutôt tendance à mettre l'accent sur l'intérêt des fusions transfrontalières qu'à ce jour seul le règlement de 2001 (en l'attente de la transposition de la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières) rend possibles.

Cette typologie sommaire des SE reflète *a priori* les aspirations des entreprises optant pour ce statut. La multiplication des « coquilles vides » ne doit pas à notre sens être interprétée comme un signe pathologique. Elle révèle plutôt de la part des acteurs une posture d'attentisme face à un statut très innovant, très complexe aussi, mais dont les potentialités sont fortes. Tout se passe comme si chacun était convaincu que le statut de la SE est en devenir et progressera sous l'effet de l'évolution d'autres textes communautaires intéressant les sociétés ou des modifications apportées au règlement de 2001 à l'évidence incomplet (notamment concernant les capacités d'action des SE existantes au niveau transfrontalier). Le cas des SE « structures d'attente » étant mis à part, la première des motivations des dirigeants d'une SE est d'affirmer l'identité européenne de l'entreprise. Cette motivation n'est pas seulement le fruit d'un engagement politique en faveur de l'Europe, ou même l'expression du besoin de se doter

1. Les formalités d'immatriculation en Allemagne peuvent prendre jusqu'à un mois et demi et coûter plusieurs centaines d'euros, alors qu'en France des progrès importants ont été faits pour réduire à un à cinq jours et à quelques dizaines d'euros ces formalités à accomplir au greffe du tribunal de commerce. Voir *Le Guide des formalités légales aux registres du commerce de 36 pays à travers le monde*, étude du greffe du tribunal de Paris, sous la direction de Sylvie Regnard et Olivier Beder, greffiers associés au tribunal de Paris, Paris, 2004.

2. Huit SE de ce type ont été constituées en Allemagne :
<http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/home.html>.

3. Communiqué de presse « beiten burkhardt establishes its own european plc ». De plus, une SE allemande préconstituée aurait déjà fait l'objet d'une acquisition par une société enregistrée au Delaware témoignant de l'intérêt des entreprises outre-Atlantique pour une formule leur permettant d'opérer plus facilement en Europe.

4. Annexes V-2 et V-4.

d'un outil proprement européen de marketing¹. Le souci premier est la recherche d'efficacité et l'allègement des coûts administratifs. Les coûts qu'engendre la gestion des centaines de filiales que possèdent nombre de grands groupes au sein de la Communauté sont élevés. Transformer des filiales en établissements stables évite la démultiplication des niveaux de gouvernance (et les divergences de vues éventuelles entre la mère et ses filiales), supprime les difficultés liées à l'évaluation des prix de transfert et redonne à l'entreprise une unité de direction de nature à en rationaliser les grands choix stratégiques. Un rapport établi pour la Commission en 1995 sur la compétitivité évaluait à 30 milliards d'euros par an les économies potentielles d'une simplification des structures des groupes promue par la SE². La Commission, ayant réitéré à la fin de l'année 2006 sa préoccupation de réduire ces coûts à l'horizon 2012, ne peut que s'intéresser à la SE, comme une avancée importante dans cette voie³. Pour les entreprises, tenues de s'adapter aux évolutions rapides du marché mondial, la SE doit permettre avant tout un renforcement de position concurrentielle grâce au bénéfice de la mobilité, qu'il s'agisse de l'éventualité d'un transfert de siège social transfrontalier ou surtout des fusions transfrontalières. Les fusions constituent apparemment, pour les grandes entreprises en particulier, la modalité de prédilection attachée au statut de la SE. Très développées sur le continent américain, elles correspondent en effet aux nécessités de la poursuite d'un mouvement de concentration destiné à consolider les entreprises européennes confrontées à la concurrence des pays émergents.

L'adoption du statut de SE peut également être conçue comme un outil de restructurations par des fonds d'investissements dans le secteur industriel, en permettant de simplifier les structures des sociétés holdings ou opérationnelles dans lesquelles les fonds prennent des participations.

Les entreprises peuvent avoir des motivations spécifiques notamment liées à la possibilité offerte par le statut de SE d'assouplir certaines réglementations jugées contraignantes ou pénalisantes. Ce n'est ainsi pas un hasard si les entreprises allemandes ont été les plus nombreuses à opter pour le statut de SE. Celui-ci est inspiré du droit allemand. En outre et surtout, la directive de 2001 sur l'implication des travailleurs est l'occasion d'aménager la codétermination. À l'instar d'Allianz SE, les sociétés Fresenius AG et BASF AG, qui sont en voie de se constituer en SE, semblent avoir ainsi l'intention de resserrer les effectifs de leur conseil de surveillance ou d'administration et d'ouvrir sa composition à l'international.

D'autres motivations sont propres au secteur financier (investisseurs, banques, assurances et réassurance). Compte tenu des risques qu'il a pour

1. Ainsi Go-East Invest, SE allemande, a déclaré dans la presse : « [...] la SE est aussi un instrument de marketing, que ce soit à l'égard des clients ou pour attirer des travailleurs qualifiés. » (Source : article de presse « La société européenne séduit enfin », précité.)

2. Rapport du groupe présidé par Carlo Ciampi, « Competitiveness advisory group », juin 1995, mentionné dans l'article précédent de Françoise Blanquet.

3. M. Gunter Verheugen, commissaire « Entreprise et Industrie » a annoncé en novembre 2006 un vaste plan d'économies pour les entreprises, mais qui rejoint en réalité le plan de déréglementation d'une ampleur sans précédent préconisé par M. McCreevy, commissaire au marché intérieur.

vocation d'assumer, et des impératifs de protection des déposants et des assurés, le secteur est légitimement encadré par des réglementations et des mécanismes de surveillance prudentielle. Ce qui est la tâche des « superviseurs » que sont en France le CECEI pour les banques, l'ACAM¹ et le CEA pour les assurances. Ces contrôles au niveau national, même contraignants, ne posent pas de problèmes particuliers dans leur mise en œuvre. Il en va autrement au niveau européen. Chaque autorité nationale de supervision a ses habitudes et ses règles internes propres, et les contrôles peuvent se superposer et se contredire. La mise en place de comités européens des régulateurs dans le cadre de la procédure Lamfalussy² a renforcé, de façon positive, la coopération entre autorités nationales, et favorisé les échanges d'expériences propices à un rapprochement des pratiques. Les régulateurs français, sur la base d'une expertise éprouvée, prennent une part très active à cette concertation. Pour autant, la plupart des établissements de crédit et d'assurance estiment que les règles du contrôle sont encore trop fragmentées et les obligations de *reporting* disparates d'un pays à l'autre³. Or si le contrôle d'une filiale d'une compagnie d'assurance ou d'une banque est exercé par le superviseur du lieu d'immatriculation de la filiale, en revanche, cette surveillance relève du superviseur compétent au niveau de la société mère lorsqu'il s'agit d'une simple succursale. Les structures d'un groupe d'assurance ou bancaire ne sont donc pas indifférentes aux modalités du contrôle dont celui-ci fait l'objet. De plus, la succursalisation autorise une plus grande souplesse dans l'allocation du capital du groupe à travers la remontée des fonds propres au niveau de la société mère, afin de dégager des ressources pour des investissements. D'où l'attrait de la SE comme outil de simplification des structures, en particulier à travers la fusion-absorption des filiales par la société mère.

1. Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles.

2. Cette procédure a été arrêtée en 2001 par le Conseil des ministres des Finances pour faciliter l'adoption des textes dans le domaine très technique des services financiers. Elle comporte une démarche à plusieurs niveaux, faisant intervenir, dans le processus de décision, des comités réunissant les régulateurs du domaine, et est destinée à bénéficier de leur apport technique, mais également à bâtir des consensus entre autorités des différents Etats membres. Les trois comités mis en place dans le cadre de la procédure Lamfalussy sont le Comité européen des régulateurs des valeurs mobilières, le Comité bancaire européen et le Comité des assurances et des pensions professionnelles.

3. Ce n'est pas le lieu ici d'évoquer cette problématique des modalités du contrôle prudentiel exercé dans le secteur bancaire et des assurances, dans le but de protéger déposants et assurés. Ce débat intéresse l'application de la récente directive « Bâle II » (directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (refonte)) en matière de droit bancaire, ainsi que les discussions en cours sur la directive « Solvabilité II » (document de travail de la Commission « Outline of the Framework directive » et son annexe (MARKT/2507/05) du 15 avril 2005 (MARKT/2507/05)) qui en est le pendant dans le secteur des assurances. Ces textes ont principalement pour objet de moderniser les méthodes d'évaluation des risques dans les deux secteurs, en les fondant sur des paramètres plus économiques. Ils ont été l'occasion de poser la question de la supervision des entreprises concernées, que certaines souhaiteraient voir concentrer entre les mains d'un « *lead supervisor* » au siège de la société mère du groupe.

Les expériences concrètes

Au-delà de la typologie des SE, l'expérience des entreprises elles-mêmes est d'autant plus instructive qu'elle procure des clés quant aux préoccupations réelles des acteurs économiques dans la définition et la mise en œuvre de leurs stratégies de croissance en Europe.

Les SE immatriculées

Le cas de Viel et Compagnie-Finance et d'Innovatis, les deux premières SE françaises, créées toutes deux respectivement en août 2006 et en janvier 2007 par voie de transformation, est d'autant plus intéressant que ces sociétés ont des structures et des activités contrastées.

Viel et Compagnie-Finance est un des leaders mondiaux de l'intermédiation bancaire¹. Son activité est essentiellement internationale, comme c'est le cas de tous les opérateurs du secteur. La société a plus de 2 000 salariés (en majorité des brokers) et est présente dans dix-huit pays, les places de New York et de Londres représentant 2/3 du chiffre d'affaires. Pour autant, l'affirmation d'une véritable identité européenne a joué un rôle important dans le choix du statut de SE.

Au contraire de Viel et Compagnie-Finance, société financière cotée en bourse, Innovatis est une entreprise familiale non cotée du secteur des services (immobilier, VPC, pharmacie). Elle possède des filiales, en France et dans le reste de l'Europe, mais aussi en Asie. Là encore, c'est semble-t-il la recherche d'une plate-forme pour déployer des activités en Europe qui a motivé l'adoption du statut de SE.

C'est aussi par voie de transformation qu'Elcoteq, société finlandaise cotée spécialisée en électronique, s'est constituée en SE en 2006. Présente dans seize pays à travers le monde (dont la moitié en Europe) avec 7 450 salariés, la nouvelle SE a largement médiatisé sa démarche en soulignant son caractère pionnier dans une stratégie d'internationalisation dont le but principal est la compétitivité². La négociation sociale s'est conclue par un accord sur l'institution d'un comité de la SE de treize membres représentant l'ensemble des unités d'Elcoteq dans l'EEE. Au bout d'un an, Elcoteq SE a décidé de transférer son siège social à partir du 1^{er} janvier 2008 au Luxembourg³. La société fait valoir la nécessité d'une harmonisation fiscale européenne et l'élimination des restrictions que constitue par exemple l'impossibilité de créer une SE *ex nihilo*⁴.

1. La société possède notamment un courtier en ligne : Bourse Direct.
2. Article de presse «La société européenne séduit enfin», précité.
3. Voir le communiqué de presse du 22 décembre 2006 du ministère de l'Économie et du Commerce extérieur luxembourgeois, «La société Elcoteq annonce le transfert de son siège social au Luxembourg».
4. Source : Minna Aila (Project Director), «European Company – Case Elcoteq SE», séminaire UNICE du 31 mai 2006.

Parmi les entreprises ayant choisi de devenir SE, le groupe Allianz est de loin le plus emblématique. De par sa taille et sa présence dans pratiquement tous les États européens, le groupe est identifié au secteur européen de l'assurance dont il est l'un des principaux acteurs. Il réalise en effet près des trois quarts de ses revenus en Europe et est présent dans vingt-neuf pays sur le continent européen. La motivation essentielle explicitée par le président d'Allianz est la simplification des structures obtenue par transformation des filiales en succursales (voir le tableau « Avant/Après » en annexe). Les raisons du choix de la SE rejoignent aussi celles des entreprises du secteur en matière d'allocation intragroupe des fonds propres. L'avantage recherché est d'optimiser la gestion des capitaux propres en calculant globalement leurs ratios prudentiels, une succursale n'étant pas tenue d'être capitalisée au même niveau qu'une filiale. Enfin, le label européen est un élément d'identification européenne et de valorisation de l'image commerciale de l'entreprise (dont témoigne le slogan : « *Eine neue Entdeckung. Allianz SE. So European* », soit « une nouvelle découverte. Allianz SE. Si Européenne »).

Allianz SE ne s'est pas constituée par transformation, mais à l'issue de la fusion entre Allianz AG – société holding du groupe – avec sa filiale italienne Riunione Adriatica di Sicurtà s. p. a. (RAS) dont elle détenait à l'origine un peu plus de 55 %. L'opération a duré environ une année entre le moment de son annonce et l'immatriculation d'Allianz SE le 13 octobre 2006 à Munich. Sans le statut de la SE, aucune opération de ce genre n'était envisageable. Cette première expérience de fusion-absorption sous le régime du règlement de 2001 s'est en fait révélée complexe, le régime des opérations transfrontalières, assimilé en principe à celui des fusions nationales, se heurtant encore à des difficultés qui ne devraient pas exister sur un marché unique. Allianz AG a dû, dans un premier temps, augmenter sa participation au sein de RAS (de 55,51 % à 76,3 %). Puis, de manière à conserver à la future SE sa fonction de holding, RAS a transféré, dans un second temps, ses activités opérationnelles au sein d'une filiale détenue à 100 %. Et ces activités opérationnelles ont donc été laissées hors de la fusion entre Allianz AG et RAS, qui a constitué la troisième et dernière étape de la constitution d'Allianz SE.

Concernant l'implication des travailleurs de la SE, l'accord passé entre les dirigeants et le GSN a maintenu le système de la codétermination paritaire, moyennant une réduction du nombre des membres du conseil de surveillance et l'entrée de syndicalistes non allemands au conseil¹.

La principale remarque des responsables du groupe a trait à la durée du processus de création de la SE, que ce soit du fait de la mise en place du dispositif social qui peut retarder la date d'immatriculation, ou de la complexité des opérations transfrontalières résultant de l'application de droits nationaux insuffisamment harmonisés. Or pour des sociétés cotées, le facteur temps est de première importance.

1. La loi sur la codétermination applicable aux sociétés anonymes (« *stock corporations* ») prévoit un nombre fixe de vingt membres au sein du conseil de surveillance dès lors que le seuil de 20 000 salariés est franchi. La loi de transposition de la directive de 2001 n'ayant pas prévu d'appliquer ces seuils aux SE, Allianz a pu réduire son conseil de surveillance à douze membres, avec l'accord des syndicats.

Les SE en cours de création

Le groupe Fresenius, à la tête duquel se trouve Fresenius AG, est un leader mondial dans le domaine des dispositifs médicaux pour dialyse, fabrique également des médicaments et des produits médicaux liés à la nutrition, l'infusion et la transfusion. Présent dans plus de trente pays en Europe et aux États-Unis, il emploie, au sein de l'EEE, 46 105 salariés¹. Sa transformation en SE a été décidée fin 2006². Les responsables du groupe que le rapporteur a pu rencontrer, comme ceux d'Allianz, en Allemagne ont fait part de leur enthousiasme face à la perspective de transformation en SE, tout en soulignant certaines lourdeurs de cette procédure. L'absence de transposition dans les délais de la directive de 2001 sur le volet social de la SE a notamment soulevé des difficultés. Pour l'entreprise, le statut transnational de SE permettra à Fresenius de s'affirmer comme un acteur européen bénéficiant d'une meilleure lisibilité en dehors du territoire allemand et ce tout en conservant ses racines allemandes et son siège en Allemagne. La gouvernance de l'entreprise devrait rester dualiste, l'effectif du conseil de surveillance, comme dans le cas d'Allianz, devant être limité en deçà de vingt, avec deux tiers de représentants salariés non allemands.

L'adoption du statut de SE par et au sein du groupe SCOR³, premier réassureur français, coté à Paris et New York, traduit l'engagement européen de ses dirigeants et leur souhait de se consolider sur le continent où l'entreprise exerce sa principale activité. Le groupe a fait le choix de constituer directement trois sociétés européennes, ce qui est une première dans le cadre de l'application du règlement de 2001. Trois opérations sont donc menées de front : SCOR SA, holding de droit français, se transforme en SCOR SE qui la remplacera à la tête du groupe. Elle sera la première SE française cotée sur Eurolist et sur le NYSE. Ses filiales opérationnelles, SCOR Global Life (réassurance «vie») et SCOR Global P&C (réassurance «non-vie») seront quant à elles créées à l'issue de deux fusions. Le dernier cas est innovant, SCOR Global P&C se constituant en SE par fusion-absorption de deux filiales, l'une allemande et l'autre italienne. La fusion est donc tripartite avec tout ce que cela implique en termes d'application conjointe des droits français, allemand et italien. Par ailleurs, en application de la directive de 2001, le groupe SCOR qui, au 31 décembre 2005, employait 706 salariés en Europe⁴, a entamé en juillet 2006 la procédure de négociation avec le GSN, le groupe misant sur une finalisation des opérations en juin 2007⁵.

1. Source : «Conversion report of the Management Board of Fresenius Aktiengesellschaft for the conversion of Fresenius Aktiengesellschaft, Bad Homburg v. d. H., Germany, into a European Company (*Societas Europaea*, SE) as Fresenius SE Bad Homburg v. d. H., Germany».

2. Communiqué de presse de Fresenius du 4 décembre 2006 : «Shareholders approve conversion of Fresenius AG into a European Company (SE) and share split at Extraordinary General Meeting.»

3. Voir la contribution libre de la SCOR en Annexe VI-6.

4. Rapport annuel d'activité de la SCOR (2005).

5. Voir la contribution de la SCOR en Annexe VI-6 et Armand W. Grumberg et Claire Le Gall-Robinson, «Témoignage relatif à plusieurs *Societas Europaea* (SE) en cours de création : le cas du groupe SCOR», Séminaire EFE «Fusion transfrontalière et société européenne», mercredi 31 janvier 2007.

Il n'est pas surprenant de constater que les motivations de SCOR sont analogues à celles de toute grande entreprise ayant choisi le statut de la SE, en général, et de toute entreprise du secteur financier ou des assurances, en particulier. Renforcer l'identité transnationale et européenne du groupe, faciliter ses opérations d'acquisition en Europe, améliorer sa flexibilité financière dans l'allocation de son capital, simplifier ses structures, anticiper les contraintes de solvabilité contenues dans la future directive «Solvabilité II¹» et enfin, recentrer le contrôle des superviseurs sur le groupe tout en valorisant l'utilisation du «passeport européen» institué par la directive de novembre 2005 sur la réassurance², sont les buts recherchés. L'expérience du groupe SCOR a permis de mettre au jour les particularités, voire certaines failles du dispositif français, de la SE : dualité du contrôle de légalité de la fusion confié au notaire et au greffier, incertitude pesant sur certaines formalités de publicité ou sur l'interprétation du contenu légal du rapport des experts (eu égard aux nuances entre le règlement de 2001 et le Code de commerce français). Les difficultés liées au règlement de la SE sont les mêmes que celles évoquées par les responsables d'Allianz. Elles ont trait en particulier à l'application distributive de règles juridiques distinctes en matière de fusion transfrontalière et à l'insécurité juridique découlant de la multiplicité des renvois nationaux contenus dans le dispositif de la SE³.

Si le cas de Nordea Bank mérite d'être ici commenté, ce n'est pas seulement en raison de l'importance de cet établissement financier scandinave, la première banque des pays nordiques. C'est aussi du fait des blocages que sa constitution en SE ont occasionnés, soulignant là encore les besoins d'harmonisation communautaire à satisfaire dans le domaine du droit commercial et financier, si l'on veut véritablement donner corps à la notion de marché intérieur.

Annoncée en juin 2003⁴ par le conseil d'administration de Nordea AB, la création d'une SE par voie de fusion de la société mère suédoise, Nordea AB, avec ses filiales nordiques n'a pu à ce jour être encore finalisée. Le groupe Nordea est un acteur majeur du marché des services financiers dans les régions nordique et baltique, présent en Norvège, en Suède, au Danemark, en Pologne, en Finlande et au Luxembourg. Son projet de constitution en SE a été défini pour se dérouler en trois temps : Nordea AB, société mère, doit tout d'abord acquérir l'ensemble des participations de Nordea Bank Finland dans les filiales Nordea Bank Denmark, Nordea Bank Norway et Nordea Bank Sweden. Dans un second

1. Pour plus de détails :

http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency2/index_en.htm.

2. Directive 2005/68/CE du Conseil, du 16 novembre 2005, relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE : cette directive établit une harmonisation de l'encadrement des activités de réassurance au sein de l'Union européenne afin de garantir une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, et partant, l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté, mais aussi l'application du principe du contrôle par l'État membre d'origine.

3. Sur ce point, voir également la réponse du BDI au questionnaire de la mission en Annexe V-2 : « *The reference system into the national laws clearly and significantly reduces the attractiveness of the SE. It is the major disincentive of the statute. The approach doesn't have a future!* »

4. Voir communiqué de presse de Nordea du 19 juin 2003, intitulé : *Nordea reduces complexity in its legal structure by forming one European Company*.

temps, l'entreprise doit fusionner avec Nordea Bank Sweden, le dernier acte étant une fusion multipartite entre les trois filiales restantes et la société mère suédoise en vue de la création d'une seule société européenne : Nordea SE en Suède.

Les objectifs sont similaires à ceux poursuivis par tout établissement du secteur financier : simplifier la structure du groupe (via une succursalisation des filiales) ; améliorer l'efficacité opérationnelle ; supprimer les contraintes liées à la juxtaposition des contrôles d'autorités nationales de surveillance différentes ; régler la question des prix de transfert et de la TVA sur les opérations intragroupe ; réduire les risques opérationnels et optimiser l'allocation du capital en dégageant des ressources pour la croissance.

L'interruption du processus de constitution en SE du groupe Nordea a valeur de symbole. Elle illustre les limites du marché intérieur lorsque les normes applicables ne sont pas clairement harmonisées. Nordea est en effet actuellement confrontée à un obstacle imprévisible lié aux systèmes nationaux de garantie des dépôts. L'objectif de la directive de 1994¹ «relative aux systèmes de garantie des dépôts», tout en renforçant la protection des déposants en cas d'insolvabilité de leur banque, était pourtant d'éviter une telle concurrence. En rendant obligatoire l'affiliation de tous les établissements de crédit à un système de garantie des dépôts comportant un montant minimal garanti et en harmonisant les obligations pesant sur les succursales des banques d'autres États membres², cette directive entendait supprimer toute restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services³. Mais le texte ne mentionne pas la SE. Et les superviseurs dans les pays où Nordea a des filiales (Norvège, mais aussi Danemark et Finlande) en ont déduit que la constitution, par absorption de ses filiales, de Nordea SE ne changeait pas les dépôts effectués par ces dernières dans ces pays. L'impossibilité de récupérer certains dépôts des «ex-filiales» concerne un montant suffisamment élevé pour que la banque considère cette situation comme un désavantage concurrentiel⁴. La Commission européenne n'a pas

1. Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts (*JOUE* L. 135 du 31 mai 1994, p. 5-14), modifiée par la directive 2005/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2005 modifiant les directives 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 92/49/CEE et 93/6/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/19/CE, 98/78/CE, 2000/12/CE, 2001/34/CE, 2002/83/CE et 2002/87/CE, afin d'organiser selon une nouvelle structure les comités compétents en matière de services financiers.

2. Selon le texte, les succursales, régies par les règles de leur pays d'origine, sont tenues, pour éviter toute distorsion, de réduire éventuellement le montant de leur garantie au même niveau que les établissements de crédit de l'État d'accueil. Parallèlement, elles peuvent obtenir une couverture complémentaire si la garantie de leur pays d'origine est moins large.

3. CJCE, République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne du 13 mai 1997, Affaire C-233/94 (Rec. 1997 p. I-02405).

4. Communiqué de presse de Nordea du 23 juin 2004 : «*Pioneering the move towards a European Company*» et interview de Peter Schütze, Group Executive Management (Source : <http://www.nfufinance.org/Resource.phx/plaza/nordea/13.htm>).

été en mesure de résoudre la question posée par la banque sur la mise en place d'une « clause des droits acquis » qui permettrait à toute SE issue de la fusion de plusieurs établissements bancaires situés dans des États membres différents de continuer à appliquer – de manière dérogatoire – les régimes locaux de garantie des dépôts jusqu'à ce que la législation européenne soit entièrement harmonisée en la matière¹.

Ce type de situation est peu compréhensible. L'absence de réelle cohérence entre les systèmes de garantie des dépôts au niveau européen présentera de plus en plus d'inconvénients dans un marché bien plus ouvert à l'activité des banques et des assurances qu'il ne l'était il y a vingt ans. Il revient dans ces conditions aux États de prendre les mesures nécessaires pour que la disparité des systèmes de garanties des dépôts n'entraîne pas des « restrictions disproportionnées à la formation d'une société européenne » suivant la formulation d'un des considérants du règlement de 2001. Cet exemple souligne également la nécessité pour des autorités de supervision nationales de se rapprocher pour régler en commun et à l'amiable des problèmes nés d'opérations transfrontalières. On ne fera pas l'Europe s'il n'y a une confiance mutuelle entre les pays et leurs autorités publiques.

Le dernier exemple est celui du groupe allemand de l'industrie chimique BASF qui a annoncé, le 27 février 2007, son intention de transformer sa société mère BASF AG cotée à Francfort, à Berlin et à New York en SE. Avec 179 filiales à travers le monde et 56 614 salariés, le groupe réalise encore près de la moitié de son chiffre d'affaires en Europe où il est présent dans vingt-quatre États et où travaillent 70 % de ses effectifs.

Les motivations invoquées par BASF AG sont en premier lieu politiques. À travers l'adoption d'un statut paneuropéen, le groupe entend manifester « un engagement clair envers [son] principal marché en Europe », comme l'a souligné le président de son directoire. Les motivations sont naturellement également stratégiques. Rationalisation des structures, efficacité de la gouvernance d'entreprise et renforcement du partenariat syndical européen (en introduisant des représentants syndicaux non allemands au sein du conseil de surveillance), sont les buts affichés. La réalisation de la transformation est planifiée sur un an.

1. Communiqué de presse de Nordea du 23 juin 2004 : « *Pioneering the move towards a European Company* », précité et réponse de Nordea au document de consultation sur les futures priorités pour le plan d'action relatif à la modernisation du droit des sociétés et à la promotion de la *Corporate Governance* au sein de l'Union européenne du 31 mars 2006 : *Response to the Consultative Paper on Future Priorities for the Action Plan on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union*.

Les SE à l'épreuve des réalités nationales

Selon la métaphore de la bouteille à moitié vide ou à moitié pleine, l'appréciation de la plus-value réelle apportée par la SE n'est pas la même selon que l'on croit ou non dans son avenir. Ceux qui ont confiance en cet avenir mettront l'accent sur le fait qu'elle constitue l'amorce d'une véritable alternative aux SA nationales en offrant un cadre harmonisé pour une gestion transfrontalière européenne. Les sceptiques ou les déçus considéreront, au contraire, que le règlement de 2001 a manqué ce rendez-vous en donnant naissance non pas à une forme juridique communautaire, mais à autant de SE qu'il existe d'États. La réalité est entre les deux. La SE peut être définie comme une entité du « 28^e régime », réappropriée par les droits nationaux. C'est pourquoi il n'est pas indifférent d'identifier le contexte qui lui est le plus favorable, et à l'épreuve des faits de chercher à savoir les raisons qui peuvent pousser ou au contraire dissuader aujourd'hui une entreprise de se lancer dans l'aventure.

Pourquoi s'immatriculer en tant que SE dans un pays plutôt qu'un autre ?

L'attitude des États

L'analyse d'un échantillon aussi mince que celui des quelque 70 SE déjà immatriculées à ce jour ne permet pas de conclusions définitives. Pour autant, le fait que l'Allemagne soit le principal pays d'accueil des SE ne peut que faire réfléchir. Quelles sont les raisons qui expliquent ce phénomène ? Plusieurs interprétations sont possibles et toutes ont une part de vérité. D'abord la loi allemande d'incorporation en date du 22 décembre 2004 rend la SE « allemande » plus attractive au regard du droit commun de la SA (AG) allemande. L'Allemagne est en outre le seul pays en Europe dont une frange de l'opinion s'est passionnée pour le sujet. Le rapporteur a eu l'occasion, lors d'une visite en Allemagne, de le vérifier : praticiens du droit et responsables d'entreprise sont la plupart du temps familiarisés avec la SE. L'autre interprétation serait que le droit commercial allemand est devenu trop rigide et contraignant, et que les SA voient dans la SE un moyen d'assouplir ce cadre¹. Force est de constater en effet que la SE autorise une diversification des modes de gouvernance à laquelle n'avait pas accès l'entreprise allemande. À la structure dualiste classique peut désormais être préférée, à travers le statut de la SE, une gouvernance moniste (Man Diesel SE a opté pour un système moniste). De même, il ne faut pas se cacher que les entreprises allemandes ne voient qu'avantage à pouvoir aménager la codétermination en réduisant le nombre des membres des conseils de surveillance ou d'administration et en y intégrant des syndicalistes d'autres États membres. Dernière explication : le règlement de 2001 trouve sa source d'inspiration dans le droit

1. Voir la contribution de Reinhard Dammann en Annexe VIII-3.

allemand des sociétés. En effet, la SE des origines – instrument communautaire autonome – n’était rien moins que la copie conforme de l’entreprise modèle du capitalisme rhénan.

Au Royaume-Uni, la SE ne suscite pas, loin s’en faut, le même intérêt. Elle est regardée, par la plupart de ceux qui ont étudié son statut, comme trop marquée par la tradition civiliste. Le *Companies Act* (équivalent de notre Code de commerce) offre aux sociétés britanniques une liberté statutaire bien plus affirmée que les SA des pays du continent. Le Royaume-Uni applique un système de « siège statutaire » permettant aux entreprises d’être immatriculées dans le pays, et donc d’appliquer son droit, sans pour autant y avoir leur administration centrale ou même des activités opérationnelles. Or le statut de la SE exige que l’immatriculation corresponde au « siège réel » de l’entreprise, c’est-à-dire au lieu notamment où ses dirigeants et ses actionnaires se réunissent. Le droit commercial britannique ne partage en outre pas certains concepts repris par la SE tels que la transmission universelle de patrimoine en cas de fusion transfrontalière¹. En bref, l’inspiration de la SE est ressentie comme « continentale » et peu en harmonie avec la flexibilité de la *Common Law*. Une enquête organisée par un cabinet d’avocats à Londres en octobre 2004 a révélé que 12 % des sociétés britanniques interrogées pourraient opter pour le statut de SE, la moitié d’entre elles seulement ayant connaissance de l’existence d’une législation communautaire sur le sujet². Dans le cadre de sa mission d’information au service des entreprises britanniques, le ministère de l’Industrie et du Commerce (*Department of Trade and Industry*) n’en a pas moins rendu accessible sur son site Internet une brochure explicative sur la façon de constituer une SE au Royaume-Uni, de caractère très pédagogique.

La France se situe dans une position intermédiaire. Les entreprises y sont sensibilisées au sujet et voient en général l’intérêt d’une société dotée d’un statut communautaire, dans la ligne du « 28^e régime ». Mais le règlement de 2001 a pâti de son excessive complexité. Les regards se portent aujourd’hui sur le futur statut de la société privée européenne destiné à répondre aux besoins des PME développant des activités en Europe. Pour autant, les SA non cotées peuvent, en optant pour le statut de SE, disposer d’une marge d’autonomie presque comparable à celle de la société par actions simplifiée (SAS). Aucune SA non cotée, en France ou ailleurs en Europe, ne peut librement aménager, comme peut le faire la SE « française », les rapports entre ses actionnaires de manière à maîtriser le contrôle de son capital social. Les statuts d’une SE ne faisant pas appel public à l’épargne peuvent en effet, comme il a été indiqué plus haut, aux termes du Code de commerce français, soumettre tout transfert d’actions à des restrictions à leur libre négociabilité, prévoir qu’un actionnaire sera tenu de céder ses actions, décider de suspendre les droits pécuniaires d’une société actionnaire ayant fait l’objet d’un changement de contrôle, voire l’exclure, ou encore prévoir les mêmes suspension et exclusion lorsque l’actionnaire a acquis cette qualité à la suite d’une opération de fusion, de scission ou de dissolution³.

1. Voir l’exemple de la Barclays Bank (voir Chapitre 2).

2. <http://www.law-now.com/law-now/2004> : surveyrevealsdoubts.htm. Voir la contribution du professeur Duncan Fairgrieve en Annexe VIII-5.

3. Article L. 229-11 à 13 du Code de commerce.

Pour des raisons évidentes, la SE faisant appel public à l'épargne ne jouit pas d'une même liberté statutaire, mais son fonctionnement ne comporte certainement pas plus de contraintes que celui de la SA française faisant appel public à l'épargne dont elle est très proche.

Le scepticisme peut parfois être l'expression d'une attente ou d'une prudence. C'est pourquoi la France a tout intérêt à valoriser dès maintenant les atouts de la SE afin de pouvoir accueillir les sociétés optant pour cette forme sociale en Europe sur son territoire. L'«effet Delaware¹» risque de jouer au profit du pays qui se sera montré le plus ouvert à ce type de sociétés, et dont les banques et les cabinets d'avocats seront en mesure d'offrir des conseils spécialisés. Car le droit communautaire, paradoxalement, pousse, dans les limites qu'il fixe, à cette concurrence des droits. C'est à la marge, dans les espaces de liberté laissés au législateur national, que chaque pays peut se distinguer et se bâtir une réputation qui lui permettra d'attirer les activités économiques et commerciales. Le droit fiscal et le taux de l'impôt constituent des facteurs d'attraction qui comptent sans doute davantage pour des entreprises que le droit des sociétés. Mais ce dernier et l'expertise juridique qui l'entoure n'ont pas une influence négligeable. S'il en était ainsi, l'«effet Delaware» qui conduit un pourcentage très important de sociétés américaines à désirer s'immatriculer dans cet État américain serait inexplicable. Des règles de gestion attractives pour les dirigeants et des conditions favorables aux actionnaires représentent en France un équilibre qui s'est construit au fil des réformes du droit des sociétés de la dernière décennie. Cet équilibre est de nature à sécuriser les investisseurs qui contribuent au financement de l'économie. L'environnement juridique français dans lequel évoluent les sociétés commerciales, qui est aussi celui de la SE, comporte suffisamment d'éléments favorables pour que les entreprises choisissent, à travers leur immatriculation, la loi française comme loi de rattachement. Si les droits reconnus en France aux actionnaires peuvent parfois s'exercer pour contester certains projets de l'entreprise, ils constituent une garantie pour les investisseurs et épargnants. Ils sont importants pour les investisseurs étrangers qui détiennent environ la moitié du capital des grandes sociétés françaises, mais aussi pour les quelques millions d'actionnaires individuels qui confient aux entreprises la valorisation de leur épargne².

La concurrence des droits

Ainsi qu'il vient d'être dit, le droit communautaire entraîne une revalorisation des droits nationaux. D'une part, il laisse toute leur place aux législations nationales, parce qu'il ne régit pas tout et que l'harmonisation n'est pas toujours maximale. D'autre part, dans un espace ouvert comme l'est le marché intérieur, les États ne peuvent que chercher à se montrer accueillants vis-à-vis des activités économiques créatrices de richesse et d'emploi. Certains

1. L'«effet Delaware» désigne l'effet d'attraction exercé par l'Etat ayant la législation la plus favorable pour accueillir les sociétés nouvellement constituées (voir glossaire en Annexe IX). Voir notamment «Delaware's Competition» par Mark J. Roe in *Harvard Law Review*, Vol. 117, p. 588, 2003.

2. L'agenda pour 2007 de l'Association pour la défense des actionnaires minoritaires (ADAM) comporte des éléments informatifs très intéressants.

prétendent que le droit communautaire, en favorisant la concurrence des droits, conduit à un niveling par le bas. Mais on peut estimer au contraire, ce qui est notre opinion, qu'il a essentiellement un effet protecteur. À défaut de règle obligatoire pour tous, c'est en effet le «moins disant» en termes de protection des droits qui risquerait de l'emporter.

Le statut de la SE constitue une grille d'analyse intéressante pour décrypter la façon dont les États relèvent ce défi. À cet égard, le droit français de la SE est révélateur des tensions qui existent dans notre pays entre le souci d'accorder aux acteurs économiques la souplesse nécessaire pour nouer des alliances sur le marché et la volonté d'encadrer leur mobilité pour bloquer les départs à l'étranger. La France est loin d'être la seule en Europe à connaître ce dilemme. Or cette problématique, qui n'est pas toujours facile à concilier avec l'idée d'un espace économique intégré, est au cœur du statut de la SE. Pour résumer l'approche française de la SE, on pourrait dire que cette dernière se voit fortement dissuadée de transférer son siège hors de France et plutôt encouragée à développer ses stratégies transfrontalières à travers des opérations de fusion.

- Le transfert de siège

Le Code de commerce français a levé à peu près toutes les options qui lui permettaient dans le règlement d'encadrer rigoureusement tout transfert de siège en dehors du territoire français. La France a ainsi levé l'option autorisant les États à assurer une protection spécifique des créanciers non obligataires. Il s'agit principalement des clients, des fournisseurs, des banques ou de l'administration fiscale. Ils peuvent former opposition et, si le juge en décide, obtenir le remboursement de la créance ou la constitution de garanties. L'Allemagne prévoit des dispositions analogues en permettant aux créanciers de demander des garanties, mais à la condition qu'ils soient en mesure de prouver «de manière crédible» que le paiement de leurs créances est mis en danger par le transfert projeté. La plupart des pays permettent de la même façon aux créanciers de constituer des garanties et étendent cette protection aux créances nées postérieurement à la publication du projet de transfert, mais avant le transfert lui-même. La France a également levé cette option.

Une minorité de pays en revanche a estimé nécessaire d'organiser un dispositif spécifique de protection des actionnaires minoritaires en cas de transfert de siège. Dans la plupart des pays, cette protection est assurée dans les conditions du droit commun. L'Espagne est pratiquement le seul État à avoir levé cette option conférant un droit de blocage supplémentaire aux minoritaires dans quatre situations évoquées par le règlement de 2001 que sont le transfert de siège, mais aussi la fusion, la création d'une SE holding ou la transformation en SE. L'Allemagne reconnaît, sauf en cas de transformation, une «indemnisation équitable» de l'actionnaire minoritaire opposé à l'opération, cette indemnisation étant limitée en Autriche aux cas de transfert de siège et de fusion. De plus, en Autriche, les actionnaires sont tenus d'expliquer par écrit leur opposition. Le Code de commerce français, quant à lui, définit un régime entièrement nouveau de rachat de titres permettant aux actionnaires opposés au transfert de sortir de la SE. Les associations d'actionnaires minoritaires font valoir qu'en effet le transfert de siège a pour conséquence un changement du droit applicable. Pour beaucoup d'entreprises, cette option revient en revanche à annihiler toute velléité de transfert de siège, du fait des coûts entraînés par cette obligation de rachat (jusqu'à un tiers des actions de la société). Ce qui, selon elles, revient à res-

taurer l'exigence de l'obtention de l'accord unanime des actionnaires (comme dans le droit commun).

Outre les droits spécifiques accordés aux actionnaires opposés à un transfert de siège, la France réserve un droit d'opposition à certaines autorités publiques. Ce droit d'opposition pour «raisons d'intérêt public», que certains assimilent à un droit de veto et dont les motifs concrets ne sont pas précisés, est reconnu également en Belgique et au Royaume-Uni (ministère de l'Économie) et en Espagne (gouvernement sur proposition du garde des Sceaux ou communauté autonome concernée). Le Royaume-Uni, pays libéral, veille en effet de façon vigilante, ainsi que le montre la jurisprudence communautaire, à ce qu'un transfert de siège ne soit pas uniquement motivé par des raisons fiscales. En application du règlement qui permet aux États membres d'imposer de nouvelles formalités en cas de transfert de siège, le Royaume-Uni a mis en place en outre un dispositif original. Les actionnaires et chacun des créanciers connus doivent se voir individuellement notifier le droit d'examiner au siège social le projet de transfert et le rapport de l'organe de surveillance ou d'administration, et d'en obtenir gratuitement copie sur demande. En outre, chaque facture, commande ou lettre commerciale émise par la SE doit contenir une mention relative au transfert projeté, et préciser l'État membre de destination. Ces prescriptions n'existent apparemment qu'au Royaume-Uni.

Peu de pays enfin ont levé l'option consistant à octroyer également un droit d'opposition à des régulateurs financiers. L'Espagne a attribué un tel droit à son autorité de surveillance dans le domaine financier, et en Autriche, ce droit est prévu dans le secteur de l'assurance. En France, l'AMF, le CECEI et le CEA, chacun pour ce qui le concerne, disposent d'un tel droit d'opposition.

- Les fusions transfrontalières

Le droit français se montre plus favorable aux fusions transfrontalières. Certes, les autorités publiques – procureur de la République, AMF, CECEI et CEA – peuvent s'opposer à une fusion pour raisons d'intérêt public, dans les mêmes conditions que s'agissant d'un transfert de siège. Toutefois, la France n'est pas isolée. La Belgique, l'Espagne, le Royaume-Uni, mais aussi les Pays-Bas ont également prévu une faculté d'opposition des autorités ministrielles ou régionales (pour l'Espagne) en cas de participation d'une société commerciale immatriculée sur leur territoire à la constitution d'une SE par fusion.

Contrairement au transfert de siège, la fusion ne peut donner lieu en France à opposition de la part des actionnaires minoritaires. Cette option n'a pas davantage été levée pour la constitution d'une SE holding. En cela, notre pays est plus ouvert aux opérations de fusion que ne l'est l'Espagne, voire l'Allemagne laquelle reconnaît aux actionnaires un droit à une «indemnisation équitable». Au surplus, dans la ligne de ce qui est prévu en droit national, les actionnaires minoritaires d'une SE immatriculée en Allemagne peuvent contester le rapport d'échange des actions dans les trois mois de l'enregistrement d'une fusion, et obtenir une compensation en numéraire si le rapport est «injuste». Ce pouvoir de contestation est étendu à la constitution d'une SE holding. Réservé aux actionnaires de la société absorbée dans le cadre d'une fusion transfrontalière, il ne peut s'exercer que si les autres sociétés participant à l'opération (dont le droit national ne connaît pas une telle procédure) acceptent de le reconnaître, ce qui ne devrait pas être très fréquent, car ces dispositions semblent limitées au droit alle-

mand. À travers ce principe de réciprocité établi par le règlement de 2001¹ (et qui n'existe pas en droit des fusions nationales), les sociétés allemandes peuvent éliminer l'aléa de procédures diligentées après finalisation d'une fusion.

La protection des créanciers non obligataires peut aussi faire l'objet de dispositions spécifiques. Dans la plupart des États, ils se voient reconnaître le droit de demander la constitution de garanties comme en Allemagne, par exemple, voire de s'opposer à la fusion, comme aux Pays-Bas. C'est le cas également en France. L'opposition de ces créanciers, qui n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion, est présentée devant le tribunal de commerce qui peut ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties.

- Participation des sociétés des pays tiers à la création d'une SE

La constitution d'une SE est en principe le fait de sociétés immatriculées à l'intérieur de la Communauté. Le règlement de 2001 permet toutefois aux États d'autoriser des sociétés de pays tiers à participer à la création d'une SE. L'attitude des pays est contrastée. Le Royaume-Uni, la Belgique et l'Espagne, par exemple, ont levé cette option et les sociétés de pays tiers peuvent donc participer à la création de SE immatriculées dans ces trois pays. D'autres pays se sont abstenus de lever cette option, considérant que la SE pouvait devenir le «cheval de Troie» permettant de prendre le contrôle de certaines activités dans des conditions d'insuffisante transparence. Ainsi l'Allemagne, l'Autriche et la France, par exemple, ont estimé préférable, à titre de précaution, de ne pas offrir cette possibilité. Cette interdiction repose la question de l'opacité de certaines prises de participation. Dès lors notamment que d'autres pays étendent à toutes sociétés des pays tiers le droit de participer à la création d'une SE, on peut s'inquiéter sur son efficacité réelle, de même d'ailleurs que sur son opportunité.

- Le fonctionnement de la SE

La marge d'autonomie statutaire reconnue en France aux SE non cotées est sans équivalent en Europe. Mais en dehors de ces dispositions concernant les seules SE non cotées, et de certains assouplissements mineurs dans le fonctionnement des organes d'administration et de surveillance permis par le règlement de 2001 pour les SE cotées, le fonctionnement de la SE «à la française» ne la différencie pas des SA classiques. Sa plus-value provient essentiellement du fait qu'elle est régie par des règles relativement harmonisées, alors que le statut de la SA est très différent d'un État membre à l'autre. La SE française est soumise à une seule véritable restriction supplémentaire par rapport aux SA. Elle se voit imposer de façon surprenante l'obligation d'avoir en un lieu identique son siège statutaire et son administration centrale. Il est vrai que l'Allemagne applique le même système, mais il est conforme à son droit commun des SA. Pour la France, cette contrainte est inédite.

Pour le reste, la SE s'insère dans le paysage des SA françaises. Sauf à remédier à certaines ambiguïtés résultant de nuances de rédaction entre le Code de commerce et le règlement de 2001 qui seront ultérieurement précisées, son fonctionnement est dans la ligne des traditions juridiques françaises.

1. Article 25.3 du règlement.

Pourquoi opter pour le statut de SE ?

Les difficultés

Si l'idée d'une SE fait l'unanimité, du moins en France, les avis recueillis en particulier auprès des grands groupes français ont permis de mieux mesurer le chemin qui reste à parcourir pour renforcer son attractivité. L'absence de volet fiscal est souvent mise en avant. Mais personne ne se faisait d'illusions à ce sujet. Le statut de la SE, même dans sa version la plus ambitieuse, n'a jamais comporté que des dispositions modestes en matière fiscale (voir plus haut). La souveraineté fiscale relève d'un pouvoir que les États ont, plus que tout autre, du mal à partager. Pour le rapporteur, la période actuelle est sans doute curieusement plus propice à une certaine harmonisation fiscale. Beaucoup de responsables politiques, au niveau européen, prennent en effet conscience du coût pour les entreprises de l'incohérence de la situation actuelle. Le présent rapport formule d'ailleurs certaines suggestions afin d'accélérer le rythme des évolutions indispensables de la fiscalité à l'échelle européenne.

Le rapporteur a identifié par ailleurs quatre types de difficultés majeures pour les entreprises par rapport au statut de la SE issu du règlement de 2001, à savoir : l'absence d'un statut entièrement harmonisé, les restrictions aux possibilités de création d'une SE, l'insuffisante mobilité contrairement au but affiché, et enfin les incertitudes liées au droit d'opposition des autorités publiques.

- L'absence d'un statut entièrement harmonisé

L'hétérogénéité des lois de transposition et d'adaptation des textes communautaires sur la SE est la conséquence directe de la multiplicité des options offertes aux États et des renvois aux droits nationaux. L'intérêt d'une structure juridique communautaire s'en trouve amoindri au contraire de l'objectif recherché de simplification et d'économie de coûts. Pourquoi adopter le statut de SE alors que la création d'une société européenne est complexe et qu'*in fine* sa gouvernance n'est pas totalement harmonisée au plan communautaire ?

L'approche du statut de la SE semble à beaucoup paradoxale. D'un côté, sous l'aspect du droit commercial, ce statut ne va pas jusqu'au bout de sa logique qui voudrait que les sociétés européennes puissent utiliser l'espace économique européen comme leur espace domestique. Or elles doivent se soumettre à des règles nationales souvent disparates. D'un autre côté, le statut de la SE contribue *de facto* à une harmonisation dans le domaine social. L'application du principe « Avant/Après » peut dans certains cas aboutir à la mise en place d'un système – tel que la codétermination allemande – étranger aux pratiques et aux traditions nationales.

- Les restrictions limitant la possibilité de créer une SE

Il n'est pas contesté que la forme de société européenne s'adresse à des entreprises qui ont des activités et un projet européens. Pour autant, les conditions mises à la création d'une SE paraissent trop restrictives. La raison pour laquelle il est fait obstacle à la création d'une SE *ex nihilo* n'est pas toujours comprise, alors même qu'une société coopérative européenne peut, elle,

être créée directement par des fondateurs qui doivent seulement provenir de différentes nationalités européennes.

Plus incohérente encore paraît être l'interdiction pour une société de capitaux autre qu'une SA de se transformer en SE. Compte tenu de la liberté reconnue à la SE non cotée pour aménager les rapports entre ses actionnaires, la possibilité pour une SAS de se transformer en SE, sans avoir à passer par la transformation préalable en SA, serait de nature pourtant à attirer un grand nombre de ces entreprises.

Enfin, les conditions d'extranéité requises pour se transformer en SE semblent inadaptées aux réalités de l'entreprise. Une telle transformation n'est possible que si la société concernée existe depuis deux ans et possède une filiale dans un État membre autre que celui de son siège. Ce qui interdit par exemple à un groupe de transformer une de ses filiales en SE si celle-ci n'a pas une sous-filiale dans un État qui n'est pas le sien.

- L'insuffisante mobilité de la SE

Le système français est fondé sur la théorie du «siège réel». Les entreprises françaises désirant opter pour le statut de SE, qui retient aussi ce système, n'ont donc pas lieu d'être dépaysées. Ce qui n'est pas le cas des entreprises d'autres pays tels que le Royaume-Uni, les Pays-Bas ou l'Irlande, qui connaissent un système différent, celui du «siège statutaire» permettant aux entreprises d'avoir leur siège de direction où bon leur semble, indépendamment du lieu de leur immatriculation.

Or le droit français n'assouplit nullement le système du siège réel, pourtant considéré par beaucoup comme périmé et remis en cause par la jurisprudence communautaire. Au contraire. Il impose aux SE d'avoir leur administration centrale et leur siège statutaire «au même endroit» (une même ville ? une même agglomération ?) alors que cette obligation n'existe pas pour les SA.

Enfin, les contraintes de la procédure de transfert de siège font douler de l'apport à cet égard de la forme de SE. Par définition, l'adoption de cette forme sociale communautaire est le sésame qui ouvre toutes les portes à franchir par les entreprises voulant se déployer à l'échelle du continent. Transférer un siège social ne veut pas dire déplacer des activités, mais changer de loi nationale de rattachement et en général changer aussi le lieu de son administration centrale. C'est une décision prise en connaissance de cause, désormais à la majorité des actionnaires pour les SE, au lieu de l'unanimité pour les SA¹. Mais les obstacles mis sur la route de la SE française font parfois considérer sa mobilité comme hypothétique. Le droit des actionnaires opposés au transfert de demander sans délai le rachat de leurs titres est un facteur qui peut être dirimant.

Les fusions transfrontalières ne donnent pas lieu en droit français à l'attribution aux actionnaires minoritaires de cette faculté de rachat, mais c'est cette fois-ci l'imprécision du règlement de 2001 sur la capacité des SE immatriculées d'opérer des fusions-absorptions sur le fondement de ce texte qui peut être source de complication.

1. En l'attente de l'adoption de la 14^e directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux (voir Annexe III-4).

- Le droit d'opposition des autorités publiques

Enfin et en dernier lieu, le droit d'opposition accordé aux autorités publiques en cas de fusion ou transfert de siège peut être une épée de Damoclès, compte tenu du flou des «raisons d'intérêt public» pouvant justifier une telle opposition.

Les avantages

Adhérer à l'idée de conférer à des entités juridiques comme l'entreprise un statut de citoyenneté qui la destine à rassembler en une communauté des hommes et des femmes provenant de plusieurs pays d'Europe est sans doute aussi l'expression de convictions européennes. Mais ce n'est pas tout. La SE est un outil opérationnel. Pour preuve, si son statut n'avait que des désavantages, aucune société ne le choisirait et ne revendiquerait ce choix. Or les dirigeants d'un groupe optant pour le statut de la SE le justifient de plus en plus souvent publiquement en promouvant les avantages qui y sont rattachés : label européen, coopération transfrontalière, mobilité, simplification des structures, harmonisation des modes de gouvernance, projet social, marketing européen, sans parler des motivations propres à certains secteurs, comme ceux des finances et de l'assurance, ou le financement de projets.

- La dynamique du label européen

Le règlement de 2001 lui-même impose aux sociétés européennes de faire précéder ou suivre leur dénomination sociale du sigle «SE». Ce sigle est un signe d'appartenance européenne qui n'a pas qu'une valeur symbolique et politique. C'est un label qui fait office de passeport. Fresenius par exemple fait savoir qu'elle entend l'utiliser pour s'affirmer comme une entreprise européenne d'origine allemande. Le label européen peut être attractif pour des PME souhaitant s'implanter en Europe centrale ou orientale. L'effet d'image n'est pas seulement recherché auprès des clients, mais également auprès des investisseurs et des salariés. Le label européen opère comme un ciment, en particulier lorsque des entreprises regroupent des salariés venant de toute l'Europe. Enfin, lorsqu'une société est née du rapprochement d'entreprises à forte identité nationale, le sigle SE est le point de consensus qui évite d'avoir à prendre parti pour l'un des Etats d'origine.

- La coopération transfrontalière

Faciliter les opérations transfrontalières est l'avantage majeur qui incite les entreprises à recourir à la SE. Demain peut-être, la transposition de la directive de 2005 «sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux», ou la finalisation de la proposition de 14^e directive concernant «le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux» feront-ils apparaître comme banales les dispositions inédites du règlement de 2001. Mais en l'état, ces dispositions confèrent à la SE une mobilité dont aucune autre société, dans aucun État membre, ne bénéficie. Réaliser une fusion transfrontalière avec une société non contrôlée à 100% était théoriquement envisageable, mais *de facto* exclu. Depuis la création d'Allianz SE, on sait que c'est possible. La fusion présente l'avantage, par rapport à une offre publique d'acquisition, d'obtenir le contrôle total de la société absorbée. Et ce sans les aléas d'une offre. Le degré de

sécurité d'une fusion, fondée sur un traité de fusion librement conclu, est en effet bien supérieur. En outre, la confusion des patrimoines aboutit à une unité juridique et économique de l'entreprise que ne permet pas l'apport partiel d'actif¹.

Pour illustrer la valeur ajoutée que constitue la faculté d'opérer des rapprochements transfrontaliers par fusion, il suffit d'évoquer la complexité des mécanismes de coopération transfrontalière, utilisés jusqu'ici comme substituts pour pallier l'impossibilité pratique de réaliser des fusions transfrontalières.

Pour répondre aux besoins de développement des entreprises, il a fallu recourir à des mécanismes aussi variés que des accords de location-gérance ou des contrats de gestion d'entreprise², des accords d'égalisation³, la création de filiales communes ou de holdings contrôlées à parts égales⁴, la technique

1. Celui-ci ne porte que sur une branche d'activité et la société apporteuse survit à l'opération, son patrimoine seul étant affecté. La branche apportée est simplement remplacée par des actions de la société bénéficiaire issues d'une augmentation de capital. Voir glossaire en Annexe IX.

2. Le contrat de gestion d'entreprise est celui par lequel une société propriétaire d'un ensemble économique en confie la gestion à une société spécialisée tout en continuant à assumer les risques attachés à l'exploitation, ce qui affirme la différence avec le contrat de location-gérance.

3. Par ces accords des sociétés ayant des règles et exercices comptables identiques conviennent de la répartition de leurs bénéfices et/ou pertes. L'accord peut prendre la forme d'une égalisation des distributions de dividendes, d'une mise en commun des bénéfices ou encore d'une mise en commun des activités qui généreront les bénéfices.

4. La mise en commun intégrée des activités et des bénéfices peut être réalisée en créant deux entités juridiques similaires, et en assurant l'unité de leur gestion par une composition paritaire des organes de direction. La répartition paritaire, voire identique, des organes de gestion peut être mise en place tant au niveau des sociétés mères des groupes concernés que des filiales.

du jumelage des actions¹ ou encore la constitution de grandes alliances industrielles².

Outre les difficultés juridiques liées à leur mise place, de tels montages peuvent notamment entraîner des déperditions fiscales liées aux éventuels flux transfrontaliers de dividendes et de bénéfices, et peuvent également créer dans certains cas une divergence entre la structure sociétaire et la structure de gestion. Ils peuvent enfin nuire à la lisibilité des structures de groupes.

- La mobilité

Le transfert de siège est un élément de mobilité qu'une SE comme Elcoteq a déjà fait jouer. Cette mobilité ne doit pas être vue comme nécessairement préjudiciable. Le transfert est trop souvent confondu à tort avec la délocalisation des activités. Or il peut être utile à des entreprises européennes qui ont à adapter leur offre aux demandes du marché, en quelque pays européen que ce soit. Il peut être une solution intéressante pour des PME françaises voulant s'implanter en Europe là où leur marché est le plus prometteur. Par ailleurs, pour les mêmes raisons que celles qui concernent le sigle SE, une entreprise issue du rapprochement entre des sociétés à forte identité nationale peut trouver commode de déplacer son siège de direction dans un État «neutre» et de résoudre ainsi un obstacle qui, de l'aveu même de certains groupes, a pu empêcher certains rapprochements de réussir.

- La simplification des structures

La simplification des structures est un but très souvent invoqué. Le statut de la SE renferme en lui de réelles potentialités et des formules novatrices. Cette recherche de simplification peut avoir plusieurs motifs. Ils peuvent être financiers (économies de coûts), opérationnels (recentrer le pouvoir de décision), juridiques (renforcer la sécurité juridique en unifiant les structures en succursa-

1. Un tel jumelage a été mis en place pour la construction et l'exploitation du tunnel sous la Manche (France-Manche S.A., société française, et The Channel Tunnel Group Limited, société britannique, ont constitué une filiale commune, Eurotunnel, sous forme de société en participation ; les sociétés mères respectives de ces sociétés, Eurotunnel S.A. et Eurotunnel Plc, ont des administrateurs qui doivent être membres de chaque conseil d'administration et ont ainsi un conseil et des comités communs ; les actions sont jumelées, c'est-à-dire qu'elles forment des unités indissociables, cotées à Paris, Londres et Bruxelles ; les statuts prévoient que l'émission de titres ne peut être réalisée que dans le cadre de la création d'une unité et que la cession des actions d'une société ne peut être effectuée que si le cessionnaire est également titulaire des actions de l'autre société ; en outre, des règles organisent l'exercice des droits de préférence, l'émission de droits de souscription, etc.).

2. L'alliance conclue en 1999 entre les sociétés Renault et Nissan prévoit que les deux groupes ont des participations croisées et disposent d'un organisme de concertation, le Global Alliance Committee (GAC). L'alliance prévoit la reconnaissance de pouvoirs de coordination stratégique à Renault Nissan B.V., une société détenue à 50 % par chacun des deux partenaires et située dans un pays neutre, les Pays-Bas. Les pouvoirs de coordination stratégique de Renault Nissan B.V. sont exercés à l'égard de Nissan par le moyen d'un contrat de management, qui autorise les délégations partielles ou totales de pouvoirs d'un organe social à un tiers, et à l'égard de Renault par le biais d'une SAS détenue à 100 %, à laquelle Renault a apporté son activité industrielle et dont les statuts prévoient que les décisions relevant de la coordination stratégique sont de la seule compétence de Renault Nissan B. V.

les ou SE filiales unipersonnelles) ou stratégiques (souplesse d'adaptation des structures). Le statut de la SE offre en effet une diversité de schémas en fonction des orientations et de l'identité de l'entreprise.

- Harmonisation des modes de gouvernance

La simplification des structures pour harmoniser les règles de gouvernance peut passer par la transformation des filiales en succursales (tel est le projet d'Allianz), ce qui permet de donner une unité de direction juridique et économique aux entreprises.

D'autres entreprises peuvent souhaiter au contraire conserver des filiales dans différents pays pour diverses raisons : acclimater l'entreprise au pays en gardant une identité propre, continuer à motiver les responsables de la filiale en termes de performance ou encore éviter les remontées de responsabilité quand il peut être utile de préserver l'autonomie de décision à chaque niveau opérationnel, notamment en vue de circonscrire des contentieux. Dans ce cas également, la SE offre des possibilités intéressantes qui n'existent pas dans le droit des SA en France.

Même ancrée dans les dispositifs nationaux de l'État où elle a son siège, la SE bénéficie d'une harmonisation juridique plus complète que celle que connaissent les autres formes sociales. La direction d'un groupe peut s'opérer dans différents États membres au travers des normes communes qu'offre la SE. Il est ainsi possible, quels que soient les pays dans lesquels les SE sont implantées, de retenir pour l'ensemble des SE du groupe un système moniste ou dualiste de gouvernance ou encore de désigner de façon uniforme le président des organes d'administration ou de surveillance. Les groupes disposent ainsi désormais d'une forme de société unique pouvant être utilisée dans tous les États membres, qui offre une identité de structure, source de transparence et de gouvernance simplifiée.

- SE holding

L'exemple de la SE holding est illustratif. Les principes qui régissent les apports et la constitution de la holding, étant fixés par le règlement de 2001, sont identiques quelle que soit la nationalité des sociétés initiatrices. Ce qui est un élément de simplification. De plus, les SE holdings en France, dotées maintenant d'un régime fiscal avantageux, bénéficient, si elles ne font pas appel à l'épargne, d'une marge d'autonomie statutaire réellement attractive.

Cet avantage existe dans le cas de création de filiales communes ou lorsque le groupe entend se dorer d'un réseau de filiales unipersonnelles.

- Filiales unipersonnelles

Dans la stratégie des groupes de sociétés, la possibilité de disposer de sociétés filiales dont le capital est détenu intégralement est un atout dans le sens de la simplification de l'organisation des groupes. Là où le droit de certains États membres, telle la France, exige qu'une SA ait plus d'un actionnaire, la SE filiale «unipersonnelle» peut se contenter d'un actionnaire unique. Il n'est dès lors plus nécessaire que les administrateurs et les membres du conseil de surveillance possèdent des actions de la société. C'est la société mère qui exerce les pouvoirs dévolus en principe à l'assemblée générale. À la limite, un groupe

peut désormais être organisé en Europe, quelle que soit la législation applicable aux sociétés dans chacun des État concernés, sous la forme d'une SE holding à la tête de filiales SE unipersonnelles. Jusqu'ici, cette potentialité du règlement 2001 ne semble pas avoir été concrétisée, mais l'on peut imaginer que c'est une formule d'avenir.

- Filiales communes

La SE filiale commune, alternative à la complexité des mécanismes déjà évoqués, est un instrument prometteur de coopération entre entités juridiques poursuivant un objectif commun. La constitution de «joint-ventures» est une autre opportunité qu'offre la SE.

- Projet social

Le dispositif social de la SE est parfois ressenti comme un élément de lourdeur et éventuellement un facteur de retard dans le processus d'opérations financières et juridiques. Le délai de six mois prorogeable six mois prévu pour la négociation menée par le GSN, auquel s'ajoutent les délais de la désignation préalable de ses membres dans chaque État concerné, peut en effet excéder le temps normal de finalisation de ces opérations (telles qu'une fusion).

Par ailleurs, ce dispositif social qui mobilise les salariés des différentes unités d'un groupe est aussi une chance pour l'entreprise. Les accords d'entreprise sont généralement conclus dans un cadre national, en application de règles strictement nationales. Dans le cas de la SE et dans la ligne des dispositions sur l'institution d'un comité d'entreprise européen, les représentants des salariés provenant de tous les pays où la future SE aura des implantations ont l'occasion de se mettre autour de la table pour se concerter avec les dirigeants sur l'organisation sociale de la société. La SE est à cet égard le point d'appui d'un projet social fondé sur la concertation et le contrat entre partenaires sociaux. Ce qui est un moyen de renforcer le sentiment de solidarité et d'appartenance européenne au groupe.

- Marketing européen et vente de produits et services communs

Dans leur stratégie européenne, nombre d'entreprises souhaitent pouvoir fournir des produits et services standardisés, dont le rapport qualité/prix peut être amélioré. Avec l'harmonisation des règles de fabrication et de sécurité de nombre de produits industriels, sans même parler des produits agricoles, la libre circulation des marchandises est largement assurée. Il en va différemment des services. Leur fourniture d'un pays à l'autre de l'Europe soulève beaucoup plus de difficultés, en dépit du principe fondamental de la libre prestation de services reconnu par l'article 49 du traité. En témoigne amplement la controverse suscitée par la directive «Services» destinée à éliminer les obstacles au développement des activités de services entre États membres, notamment à l'intention des PME¹.

1. Cette directive, largement amendée par rapport à la proposition initiale de la Commission rédigée sous l'impulsion du commissaire Frits Bolkestein, a été adoptée par le Parlement européen et le Conseil, fin 2006. Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006.

Cette directive exclut en tout état de cause de son champ d'application les services financiers (banque, crédit, assurance, réassurance, retraites professionnelles ou individuelles, fonds d'investissement...). Ceux-ci font l'objet d'une législation communautaire spécifique qui s'appuie sur deux principes : la reconnaissance mutuelle et le « passeport européen » permettant aux opérateurs en services financiers établis légalement dans un État membre de s'implanter ou fournir leurs services dans d'autres États membres sans autorisation préalable¹. Pour autant, la disparité des législations en matière de protection des consommateurs ou en matière fiscale notamment, empêche de distribuer des produits financiers réellement harmonisés à travers l'Europe. D'où la recherche de la mise au point au niveau européen de produits de banque ou d'assurance qui relèveraient, à l'instar de la SE, du « 28^e régime »². La SE ne résout pas le problème posé par l'absence d'harmonisation des règles concernant les produits bancaires ou d'assurances. Mais il est clair que le label européen utilisé par une entreprise pour promouvoir l'image européenne de ces produits est une forte incitation à rechercher des solutions. Ainsi le président d'Allianz SE a-t-il annoncé en lien avec le nouveau statut de son entreprise la création d'une offre de produits de pension paneuropéens³.

- Avantages spécifiques au secteur financier et des assurances

Remédier à la fragmentation des systèmes de supervision dans les différents États membres est un motif important du choix de la SE, ainsi qu'il a été indiqué s'agissant par exemple du groupe SCOR ou encore d'Allianz⁴. La limitation du nombre de filiales conduit à centraliser au niveau de la société mère à la fois la supervision et l'allocation des fonds propres (*voir infra*).

Enfin, en tant que véhicule des fusions transfrontalières, la SE peut aider à la consolidation de l'industrie financière en Europe. Cette consolidation, qui en est à ses prémices, est jugée nécessaire pour affronter la concurrence internationale très vive du secteur.

- Intérêt de la SE pour aider au financement de projets transfrontaliers

La SE faisant appel public à l'épargne peut constituer un instrument permettant à un groupe de préparer son introduction en Bourse, ou celle d'une partie de ses activités. Par exemple, une SE peut être créée à cet effet par fusion des activités spécifiques concernées au sein de l'activité d'entités nationales.

La SE est aussi un instrument potentiellement très intéressant pour faciliter le financement de projets transfrontaliers. Jusqu'ici, la seule structure européenne d'accueil de ce genre de projets était le GEIE, mais ses capacités d'action sont

1. Dans le secteur bancaire et des conglomérats financiers, la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et à son exercice en ce domaine codifie la plupart des directives en les regroupant en un texte unique.

2. L'association « Eurofi », un *think tank* basé à Paris, a ainsi proposé la création d'un produit d'épargne retraite paneuropéen ; <http://www.eurofi.net>.

3. Communiqué de presse d'Allianz SE-Diekmann 16 octobre 2006 : http://www.allianz.com/en/allianz_group/press_center/news_dossiers/allianz_se/news2.html.

4. Voir les libres propos en Annexe VI.

limitées¹. La première expérience de SE destinée au financement d'un projet transfrontalier a été constituée le 16 décembre 2004 sous l'impulsion de la Commission européenne. Elle résulte de la transformation de la société Galleria Di Base del Brenner-Brenner Basistunnel BBT. Son objet est la réalisation d'un tunnel de chemin de fer de cinquante kilomètres sur l'axe ferroviaire Berlin-Palerme. La nouvelle SE, immatriculée en Autriche, est la première à avoir été créée dans un but de financement d'infrastructures transfrontalières, mais certainement pas la dernière.

En guise de conclusion, l'expérience des entreprises constituées en SE ou en voie de l'être est déjà suffisamment riche pour permettre d'appréhender les potentialités et les insuffisances de ce statut, ce que corroborent les avis des entreprises n'ayant pas souhaité opter pour la formule :

- 1) En termes d'attractivité, la SE française comporte des atouts. Elle peut s'appuyer sur des modes de gouvernance – moniste ou dualiste – déjà connus en France. Mais en outre et surtout la SE non cotée dispose d'une liberté statutaire de nature à la rendre spécialement attractive. Le droit français de la SE est sur un plan général sensiblement plus ouvert aux opérations transfrontalières telles que les fusions, alors que ses dispositions sur le transfert de siège se veulent à l'évidence dissuasives.*
 - 2) Les raisons pour lesquelles les entreprises ne souhaitent pas franchir le pas de la constitution en SE ont trait à la crainte d'avoir à intégrer un dispositif social étranger au droit et aux pratiques françaises (codétermination), même si l'hypothèse en est limitée. De plus, l'absence d'un statut de la SE véritablement uniforme à travers l'Europe est regrettée.*
 - 3) De même que les réticences manifestées vis-à-vis de la SE sont partagées par toutes les entreprises consultées, il existe une forte convergence des motivations positives conduisant à se tourner vers la SE. La SE comme moyen de simplification et de renforcement de la cohérence juridique, économique et sociale des grands groupes, ou comme outil de financement de projets transfrontaliers, sont deux pistes particulièrement prometteuses.*
 - 4) La qualité la plus prisée de la SE est sa mobilité et sa capacité notamment à opérer des fusions transfrontalières dans des conditions facilitées.*
-

1. Voir Annexe III-3.

Propositions pour une nouvelle étape

Le dernier pays en Europe ayant adapté sa législation au statut de la société européenne – l’Irlande – l’a fait au début de 2007, et la Bulgarie et la Roumanie, qui ont rejoint l’Union européenne au 1^{er} janvier 2007, étaient – au moment de la publication du présent rapport – en voie de le faire. À ce stade précoce, il n’est certainement pas question de dresser un bilan définitif de la réforme. Tel n’était d’ailleurs pas l’objet du rapport. Il est cependant tout à fait possible d’apprécier la portée de la mise en place d’une «*Societas Europaea*» et surtout de dégager des pistes pour l’avenir. La demande du garde des Sceaux, M. Pascal Clément, est bien d’inscrire en effet la réflexion sur la SE dans la vocation de la France à être une force de proposition en Europe. La présidence française du second semestre 2008 est à cet égard une opportunité, car c’est en 2009 que doit être établi par la Commission, selon l’article 69 du règlement de 2001, «un rapport au Conseil et au Parlement européen sur l’application du statut». Or la Commission est mandatée par cet article pour formuler «le cas échéant, des propositions de modifications». Preuve que le législateur communautaire lui-même a eu le sentiment dès l’origine de la nécessité de devoir à terme corriger sa copie.

L’article 69 du règlement¹ énonce les principales questions qu’il est demandé à la Commission d’examiner plus particulièrement dans son rapport de 2009 soit, pour reprendre les quatre points de l’article :

- a) Le maintien ou non de la théorie du «siège réel», ou «s’il convient de permettre à une SE d’avoir son administration centrale et son siège statutaire dans des États membres différents»;
- b) L’extension de la définition des fusions à «d’autres types de fusion» que ceux envisagés par le règlement, ce qui semble apparemment viser les apports partiels d’actif et les scissions;
- c) La révision des règles sur la compétence juridictionnelle énoncées par le règlement de 2001 en cas de transfert de siège de la SE, lorsqu’une action contentieuse, intentée après le transfert, concerne un litige survenu avant;
- d) L’octroi aux SE par la législation nationale de la possibilité d’insérer dans leurs statuts «des dispositions qui dérogent à ladite législation ou qui la complètent, alors même que des dispositions de ce type ne seraient pas

1. Reproduit au Chapitre 1 du présent rapport.

autorisées dans les statuts d'une société anonyme ayant son siège dans l'État membre en question»; en d'autres termes l'opportunité d'accroître la liberté statutaire des SE.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les propositions du présent rapport qui part d'un triple postulat :

D'une part, loin de devoir être abandonnée, la formule de la SE, inspirée du «28^e régime», est particulièrement prometteuse et mérite d'être améliorée dans la ligne des objectifs de la stratégie de Lisbonne définie en l'an 2000 pour renforcer la compétitivité et la cohésion sociale de l'Europe;

D'autre part, si le statut de la SE porte la marque de sa laborieuse gestation et des concessions qu'il a fallu faire pour ne pas froisser les susceptibilités nationales, avec un nombre inhabituel de renvois aux droits nationaux et d'options laissant aux États la liberté d'appliquer ou non certaines de ses dispositions, ce statut offre néanmoins un cadre partiellement harmonisé;

Enfin et surtout, la société européenne est une chance, car, tout en n'obligeant pas les États à changer substantiellement leur droit commercial, elle ouvre des horizons sur un réel espace européen commun de développement économique et de solidarité sociale.

C'est dans cet esprit que le rapport suggère d'améliorer et de clarifier sur certains points le règlement de 2001. Il entend poser des jalons en vue d'adapter la fiscalité à la vocation des entreprises appelées comme la SE à déployer leurs activités dans l'espace européen.

La structure même du règlement de 2001 n'est certes pas le modèle dont pourrait s'inspirer la Commission européenne pour son programme tendant à «mieux légiférer¹». Le règlement appartient à ce type de législation communautaire «à géométrie variable» (auquel se rattache la directive du 21 avril 2004 sur les OPA) dont l'application est un véritable casse-tête. Le rapport se veut toutefois réaliste. Il n'est donc pas proposé de refondre le règlement de 2001, mais de l'améliorer. Les propositions se centrent sur quelques sujets majeurs : la création de la SE, les moyens dont elle dispose pour nouer des coopérations transfrontalières, sa mobilité dans l'espace européen, sa marge d'autonomie statutaire et enfin l'impératif de transparence conduisant à proposer l'établissement d'un registre européen du commerce et des sociétés.

1. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 14 novembre 2006. Examen stratégique du programme «mieux légiférer» dans l'Union européenne. COM (2006), 689 final.

La création de la SE

Il n'est pas normal que tant de verrous soient posés pour limiter les possibilités de création d'une SE. Si cette forme sociale est intéressante, pourquoi fixer des conditions si restrictives ? La combinaison de l'interdiction de la création *ex nihilo* et des exigences d'extranéité aboutit à des «restrictions disproportionnées à la formation d'une société européenne» par rapport à l'objectif, à savoir que la création d'une SE corresponde bien à un projet européen.

Le choix est entre deux formules :

La première consisterait à aligner le régime de la SE sur celui de la société coopérative européenne et d'autoriser en conséquence la création *ex nihilo* d'une SE, en exigeant simplement que ses fondateurs – personnes physiques ou morales – proviennent de différents États membres ;

La deuxième formule est de se limiter à permettre à toute société de capitaux – quelle que soit sa forme juridique –, mais ayant depuis un certain temps des implantations dans d'autres pays membres, de créer une SE.

Cette dernière formule, retenue ici, est plus restrictive que la première. Mais il est clair que la création d'une SE doit être la concrétisation d'un projet de développement européen déjà engagé.

Sans prévoir de création *ex nihilo*, l'article 2 du règlement devrait ainsi étendre les possibilités de création d'une SE à toute société de capitaux, de même qu'au cas de transformation de la filiale d'un groupe :

- d'une part, toute société de capitaux (en France, une SARL ou une SAS, par exemple) pourrait se transformer en SE, si elle a depuis plus d'un an (au lieu de deux) une filiale dans un autre pays européen. Elle devrait également pouvoir participer à la constitution d'une SE par fusion, d'une SE holding ou d'une SE filiale, si deux au moins des sociétés concernées relèvent du droit de deux États membres différents (sans avoir besoin dans ce dernier cas d'avoir des filiales). Il conviendrait de mentionner clairement qu'une personne physique peut participer à la création d'une SE ;
- d'autre part, toute société de capitaux, ayant depuis plus d'un an au moins une filiale dans un État membre différent, devrait pouvoir transformer n'importe laquelle de ses filiales en une SE filiale ou une SE holding, sans que la filiale ainsi constituée en SE possède elle-même une sous-filiale dans un autre État membre.

La coopération transfrontalière

C'est le «cœur du métier» de la société européenne. Son statut ne se justifie que par la poursuite de stratégies transfrontalières. Aussi convient-il de clarifier rapidement dans le règlement la portée des moyens d'action dont elle dispose à cette fin. Plusieurs questions d'importance variable devraient être réglées.

Convient-il, en réponse à la question posée par l'article 69 b) du règlement de 2001, d'élargir la définition de la fusion à d'autres «types de fusion»? En effet, le statut de la SE envisage les deux seuls types de fusion mentionnés par la directive du 9 octobre 1975 sur les fusions nationales : la fusion-absorption d'une part, et la fusion par constitution de société nouvelle, d'autre part. Or il existe d'autres modes de rapprochement pour former une société européenne, tels que la scission et l'apport partiel d'actif, ou d'autres formules similaires à la fusion dans d'autres États membres que la France, notamment au Royaume-Uni. Ces formules devraient effectivement pouvoir servir à créer une société européenne. Par exemple, une société d'un autre État membre pourrait apporter certains de ses actifs à une société française pour constituer une SE immatriculée en France. **L'article 17 paragraphe 2 du règlement devrait donc être modifié pour étendre la définition de la fusion «à d'autres types de fusion».**

Par ailleurs, et bien qu'il soit dans la logique de la SE de pouvoir opérer des fusions transfrontalières, il faut bien admettre que le règlement n'est pas limpide. Son interprétation téléologique conduit à penser qu'une SE peut se rapprocher d'une société (SE ou non) d'un autre État membre par fusion-absorption. À quoi servirait d'obliger une société européenne qui entend fusionner avec une autre de passer par le détour de la fusion par constitution d'une société nouvelle? Cette procédure aboutirait au même résultat, mais au prix d'un coût et d'une complexité supplémentaires, dont ni la société elle-même, ni ses actionnaires ou créanciers ne bénéficieraient, bien au contraire. Toutefois l'interprétation strictement littérale fait douter de cette possibilité, alors que les versions antérieures du règlement de 2001 étaient explicites. Il est urgent de remédier à cette incertitude. **Il suffit de reprendre les dispositions claires qui figuraient dans le statut de la SE en 1970, en insérant un nouveau Titre III bis. Il permettrait aux SE de fusionner avec la société d'un autre État membre (SE, SA, en incluant aussi cette fois-ci des sociétés de capitaux du type de la SARL ou de la SAS en France). Ces possibilités de fusion ouvertes aux SE se référeraient tant au règlement qu'à la directive sur le dispositif social de la SE.**

Enfin, la pratique a déjà fait apparaître certaines difficultés inhérentes à l'application conjointe des droits nationaux qu'implique la fusion entre sociétés de plusieurs États membres. C'est ainsi qu'Allianz SE, dans sa contribution annexée au rapport, souligne les problèmes soulevés par les différences d'évaluation de la parité d'échange des actions. Ce que les actionnaires de la société absorbée peuvent recevoir en contrepartie de l'apport de leurs titres est calculé différemment d'un État à l'autre. De sorte qu'il peut en résulter une divergence entre actionnaires minoritaires de l'une et l'autre société, les uns considérant qu'ils ne sont pas servis de manière équitable, et les autres estimant que la contrepartie demandée par les actionnaires de la société absorbée est trop élevée. L'idéal serait qu'une même méthode standardisée soit appliquée dans toute l'Europe, et qu'un texte communautaire fixe cette méthode. Mais l'exercice est difficile. L'harmonisation des normes financières (comme comptables) peut donner lieu à une bataille d'experts. Cet exemple ne fait qu'illustrer la difficulté de combiner lors d'une même opération des législations nationales contrastées, avec les risques contentieux induits. **Aussi pourrait-il être intéressant que des sociétés qui fusionnent aient la possibilité de choisir une seule législation applicable à l'opération, sous la réserve cependant de se référer au système**

national le plus favorable à la protection des actionnaires¹ et des créanciers. La piste, qui conduirait à modifier l'article 18 du règlement, mérite en tous les cas d'être explorée.

La mobilité

L'article 69 a) du règlement pose nettement la question de l'abandon de la théorie du «siège réel» au profit du «siège statutaire». Il est temps en effet de franchir ce pas. Comme on l'a vu, une partie des États membres admet que des sociétés immatriculées sur leur territoire et ainsi soumises à leur droit, installent dans un autre État leur siège de direction, voire leurs activités opérationnelles. Il en est ainsi traditionnellement du Royaume-Uni qui attire de la sorte des sociétés étrangères. Des dizaines de milliers de sociétés allemandes, en général des PME, sont venues s'immatriculer dans ce pays pour y bénéficier des formalités allégées et peu coûteuses de création d'entreprise². Il est vrai que la plupart d'entre elles, mal informées de leurs obligations auprès du *Companies House*³, sont aujourd'hui confrontées à certaines mésaventures. N'ayant pas transmis à la suite de leur immatriculation les informations financières et comptables demandées annuellement, elles ont perdu toute existence juridique en le découvrant sur le tard. Pour autant, le mouvement est lancé. L'évolution de la jurisprudence de la CJCE rend de plus en plus inopérante l'obligation faite aux sociétés installées dans des États appliquant, comme la France et l'Allemagne, la théorie du «siège réel», de faire coïncider siège statutaire (immatriculation) et administration centrale (siège de direction).

Le choix opéré par le règlement de 2001 n'est pas contraire au traité, dont l'article 48 place sur un pied d'égalité les différents critères de rattachement possibles des sociétés, ne privilégiant ni celui du «siège réel», ni celui du «siège statutaire».

Mais, d'une part, ce choix n'était pas obligé, et d'ailleurs les premières versions du règlement laissaient la possibilité à la SE d'avoir plusieurs sièges sans désigner le principal d'entre eux. D'autre part, interdire de dissocier siège statutaire et administration centrale n'a plus grand sens au regard de la jurisprudence communautaire.

1. Le fait que la France, comme d'autres États, n'ait pas levé l'option sur le rachat en numéraire des titres des actionnaires opposés à la fusion («*cash out*» dans le droit américain) est diversement apprécié. Colette Neuville, au titre de l'ADAM, a évoqué ce point et suggéré, lors de la réunion du 16 février 2007 au ministère de la Justice, une voie alternative : harmoniser les règles de majorité qualifiée en Europe en cas de fusion transfrontalière en portant cette majorité en tout état de cause au-delà des deux tiers.

2. Hugues Williamson, «Germany's love of the "Limited"», *Financial Times*, 3 octobre 2006.

3. Il s'agit du registre britannique des sociétés, centralisé et tenu par le ministère du Commerce et de l'Industrie.

Sans les analyser dans le détail, les décisions de la Cour sur la liberté d'établissement, rendues entre 1999 et 2005, méritent quelques commentaires, car elles ont bouleversé la conception de la libre circulation des entreprises. Contrairement aux individus qui circulent librement dans l'espace européen, les personnes morales n'avaient pratiquement pas la possibilité de franchir les frontières nationales. Tout a commencé à changer avec l'arrêt «Centros¹» qui condamne le refus d'un État membre d'immatriculer la succursale d'une société d'un autre État au motif que cette dernière société n'y a aucune activité et que son rattachement (en l'occurrence au Royaume-Uni) a pour but unique d'échapper à une législation nationale (danoise) moins favorable. Ce qui veut dire que les entreprises (hors le cas de fraude mentionné par la Cour) peuvent choisir le droit qui leur sera applicable.

Par son arrêt «Überseering²», la Cour condamne, au titre de la liberté d'établissement, l'Allemagne pour avoir dénié la capacité d'ester en justice à une entreprise n'y ayant pas son siège réel. De même, l'arrêt «Inspire Art³» juge contraire à cette liberté une loi néerlandaise qui imposait aux sociétés étrangères «de pure forme» des obligations particulières. L'arrêt «Sevic», dernier en date, a déjà été commenté à propos de la fiscalité de la société européenne⁴. Il précise qu'un État – en l'espèce l'Allemagne –, ne peut interdire l'inscription au registre du commerce d'une société issue d'une fusion transfrontalière au motif que l'une des sociétés participantes avait son siège hors d'Allemagne.

Que reste-t-il de la théorie du siège réel ? Pas grand-chose, mis à part la difficulté pour une SE immatriculée dans un État de se mouvoir à l'intérieur de la Communauté. Autre paradoxe : les SE britanniques, irlandaises ou néerlandaises sont davantage bridées dans leurs mouvements que les sociétés anonymes des trois pays concernés qui, elles, ont la liberté de dissocier leur siège statutaire et leur siège effectif. Face à ce paradoxe, encore accentué par la jurisprudence communautaire, le gouvernement allemand a décidé, fin 2006, de tourner le dos à la théorie du siège réel et d'opter, ainsi que les Pays-Bas l'avaient fait dès 1959, pour celle du siège statutaire. Les entreprises auraient donc la liberté, tout en étant immatriculées dans un autre État, d'avoir leurs activités et leur siège de direction en Allemagne (ou l'inverse.) Cette décision gouvernementale fait suite à une proposition du «Conseil allemand pour le droit international privé», organe consultatif indépendant formé de juristes. La proposition est double : soit modifier la législation communautaire et établir dans toute l'Europe que «les sociétés relèvent de la loi de l'État dans lequel elles sont inscrites dans un registre public»; soit, à tout le moins, en l'attente d'un texte communautaire, abandonner la théorie du siège réel dans la législation allemande.

1. CJCE, Centros Ltd du 9 mars 1999, Affaire C-212/97 (Rec. 1999 p. I-1459).

2. CJCE, Überseering BV du 5 novembre 2002, Affaire C-208/00 (Rec. 2002 p. I-09919).

3. CJCE, Inspire Art du 30 septembre 2003, Affaire C-167/01 (Rec. 2003 p. I-10155).

4. CJCE, Sevic Systems du 13 décembre 2005, Affaire C-411/03.

Cette proposition traduit une évolution inéluctable. À défaut d'édicter le principe du **choix du lieu d'immatriculation** par toutes les entreprises en Europe, l'**article 7 du règlement sur la SE devrait être modifié en ce sens**. La SE servirait ainsi de véhicule expérimental permettant à des pays comme la France ou l'Allemagne de tester l'**application du système du siège statutaire**. Ce système, *de facto* consacré par le juge communautaire, présente des avantages. Il permet à des sociétés issues du rapprochement d'entreprises d'États membres différents, par exemple, de convenir que l'entreprise sera immatriculée dans un État et aura son siège de direction dans un autre. Ce qui peut réduire les tensions entre nationalités des sociétés à l'origine du rapprochement. Le système du siège statutaire est également un facteur de simplification, en ce qu'une SE tête de groupe pourrait soumettre ses filiales de différents États à un même droit national, en les immatriculant toutes dans le même pays. Enfin, un État comme la France aurait les moyens d'attirer des entreprises étrangères souhaitant bénéficier du régime de la SE non cotée, dont la souplesse de gestion concurrence largement l'attractivité de la «*Limited*» britannique.

Gouvernance et autonomie statutaire

Le règlement de 2001 n'ignore pas la liberté statutaire placée au deuxième rang des normes pouvant régir la SE¹. Toutefois, il s'agit d'une liberté octroyée. Elle doit être expressément autorisée soit par le règlement lui-même, soit par les lois nationales applicables aux SA de l'État du siège de la SE. Le renvoi opéré par le règlement de 2001 aux États pour qu'ils décident de réglementer ou non la désignation des membres de l'organe d'administration ou de surveillance, la durée des mandats de leurs membres ou encore les conventions réglementées, en sont l'illustration².

La SE repose davantage sur la conception de la «société-institution» que sur celle de la «société-contrat». Un formalisme légitime s'impose dans les sociétés cotées pour assurer la protection des créanciers et des actionnaires. Mais un allègement est concevable et souhaitable pour les sociétés non cotées. La recherche d'une plus grande souplesse de gestion a conduit à la proposition par la France de la société privée européenne (SPE), aujourd'hui appuyée par l'Allemagne. L'assouplissement du statut de la SE non cotée et le projet de SPE sont donc mis par la même volonté. Il pourrait porter en particulier sur :

- L'institution d'**un capital plus bas que le minimum de 120 000 euros (modification de l'article 4 du règlement)**;

1. Voir les dispositions de l'article 9 sur la hiérarchie des normes.

2. Voir article 48 du règlement.

- La possibilité pour ces SE non cotées, à l'instar des sociétés par actions simplifiées, de **définir statutairement les conditions de leur direction et le statut de leurs dirigeants**. De même, serait-il utile **d'introduire dans le règlement lui-même des dispositions** analogues à celle du Code de commerce français consacrant expressément le droit des **fondateurs d'organiser librement les rapports entre actionnaires (nouvel article dans le Titre I)**.

Vers un registre européen des sociétés

La mobilité inhérente à la société européenne et sa souplesse d'adaptation ont pour contrepartie une obligation de transparence à l'échelle de toute l'Europe. En ce domaine, le droit communautaire est en partie harmonisé. La directive du 9 mars 1968, modifiée en 2003, fixe le contenu minimum des mesures de publicité¹ imposées aux entreprises. Toutefois, ce système est foncièrement insuffisant du fait de l'éparpillement de l'information. Il y a autant de systèmes de registre du commerce et des sociétés que d'États membres. En renvoyant aux droits nationaux, le règlement de 2001 met en relief les inconvénients de l'absence de registre commun ou de système d'échanges entre registres nationaux. Ce handicap vaut également pour les sociétés qui n'ont pas la forme de SE. Toutefois, s'agissant d'une SE, il est emblématique.

Le fait que l'immatriculation d'une SE fasse l'objet d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* ne fait que souligner davantage cette lacune. Cette publication n'a aucun effet juridique et son obligation n'est la plupart du temps pas respectée. C'est uniquement à partir de ces références que les tiers sont pourtant mis à même d'accéder à des informations plus complètes auprès du registre national où la SE est immatriculée (concernant son acte constitutif, ses statuts, le montant du capital souscrit, l'identité des dirigeants, ainsi que le bilan et le compte des profits et pertes de chaque exercice, tous ces éléments étant soumis à publicité obligatoire en vertu de la directive 68/151/CEE, qui est applicable à la SE).

1. Cette directive n° 68/151/CE a été modifiée par la directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2003. Ce texte impose la dématérialisation des procédures d'immatriculation des sociétés, la conversion sur format électronique des actes et indications déposés sur support papier lors de leur versement au dossier ou de leur transcription au registre, la formulation par voie électronique des demandes émises par les tiers des copies de ces éléments, ainsi que l'obtention de ces copies par les intéressés et la publicité de ces éléments par la même voie. Cette directive a été en partie transposée par le décret n° 2005-77 du 1^{er} février 2005 modifiant le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce. Ce décret a inscrit dans le droit français la possibilité d'effectuer les formalités d'immatriculation par voie électronique. La transposition est sur le point d'être complétée par une nouvelle révision du décret du 30 mai 1984 précité, qui portera notamment sur les mentions devant figurer sur les sites Internet des sociétés.

La directive du 15 juillet 2003, ayant modifié celle du 9 mars 1968, impose la dématérialisation des procédures d'immatriculation des sociétés et d'autres données sur les sociétés. Toutefois, si important soit-il en termes d'information des tiers, le texte ne va pas jusqu'à prescrire la dématérialisation et l'accessibilité par voie électronique de la totalité des données enregistrées par les registres nationaux au niveau transfrontalier (en dehors même des difficultés de compréhension linguistique).

Face aux difficultés d'accès des tiers à l'information sur les entreprises, une réflexion a été lancée en mars 2006 par la Commission européenne, dans le cadre du projet « BRITE¹ », pour garantir l'interopérabilité entre registres du commerce dans l'Union. Fondé sur l'informatique, mais sans support juridique, ce projet n'a rien à voir avec l'ambition première qui était de confier la gestion du registre des sociétés européennes à la Cour de justice des Communautés européennes elle-même.

Il faut, sous une autre forme, faire preuve aujourd'hui de la même ambition. L'information, la plupart du temps surabondante, ne doit pas se faire rare lorsqu'il s'agit d'accès à des données pour protéger des droits. C'est pourquoi le présent rapport propose de créer un registre européen centralisé sur le modèle de l'Office d'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), compétent en matière de marques communautaires, dessins et modèles². Le Royaume-Uni a aussi un registre des sociétés centralisé tenu par l'administration. La structure de l'organisme communautaire et ses compétences devraient faire l'objet d'un examen approfondi et d'une concertation avec l'ensemble des professions intéressées. On peut imaginer que cette structure, à l'instar de certaines agences européennes³, ait un conseil d'administration formé de représentants du réseau des autorités nationales chargées du contrôle de la légalité et de l'immatriculation des sociétés (greffier, notaire ou juge). Le contrôle continuerait de relever du niveau décentralisé, contrairement au système d'enregistrement des marques communautaires qui donne lieu à une procédure devant l'Office des marques. Mais l'immatriculation ne produirait d'effets juridiques, en tant qu'acte conférant la personnalité morale à la SE, qu'une fois les données enregistrées au registre européen. L'agence serait chargée de vérifier les systèmes de transmission de données vers son registre, de garantir l'accès linguistique aux données, de recevoir des réclamations et d'assurer la liaison et la coordination entre autorités nationales, voire au besoin d'édicter des recommandations ou des normes.

Il est évident que le registre européen des sociétés ne doit pas rester limité à la seule SE, voire aux seules entités juridiques communautaires (SCE, SPE etc.). Il doit concerner à terme toutes les sociétés. Il suppose une harmonisation communautaire plus poussée des règles de publicité et va de pair avec leur allégement.

1. Business Register Interoperability Throughout Europe.

2. Règlement n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur les marques communautaires, règlement n° 2100/94 du 27 juillet 1994 sur le régime de protection des obtentions végétales et règlement n° 6/2003 du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires.

3. Agence européenne du médicament (EMEA) basée à Londres depuis 1995, par exemple.

La fiscalité de la SE

Au cours de la préparation du présent rapport, il n'est pas une voix, en France du moins, qui ne se soit élevée en faveur d'une harmonisation fiscale pour aider au déploiement des activités des entreprises en Europe. Parmi les propositions envisageables en ce sens, trois peuvent être mentionnées :

La première est la mise en place d'une base commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés. La France soutient les initiatives de la Commission pour l'adoption d'une telle base commune, qui consiste à dégager une solution comportant une base consolidée d'imposition avec un mécanisme de répartition de l'assiette et l'application du taux national d'imposition à chaque portion de la base ainsi déterminée¹. Tout doit être fait pour combattre le scepticisme de ceux qui souhaitent en réalité que l'Europe n'interfère pas avec la concurrence fiscale de plus en plus vive dans l'Union.

La suppression des taxes de sortie est un autre objectif. Elle suppose-rait de modifier la directive sur le régime fiscal des fusions adoptée en 2005, en précisant que ces taxes sont illégales, dans le sens de la communication de la Commission du 19 décembre 2006, et ce dès que les fiscalités directes des États membres convergeront suffisamment pour éviter les délocalisations à but fiscal. À tout le moins pourrait-on adopter une telle mesure dans le cadre de la coopération renforcée entre États membres ayant des législations fiscales convergentes. Cette suppression pourrait s'accompagner de la mise en place d'un corps de contrôle chargé du contrôle de la taxation des actifs cédés après leur sortie du pays d'origine².

La dernière proposition a pour objectif d'assurer la meilleure sécurité fiscale possible à ces opérations. Dans cette perspective il s'agirait d'ouvrir aux sociétés souhaitant s'engager dans un processus de création d'une SE la possibilité d'entamer avec les administrations nationales concernées un dialogue préalable sur les conséquences fiscales futures de cette décision. Pourraient ainsi, par exemple, être déterminées à l'avance par concertation entre les entreprises, les valeurs vénales des actifs transférés.

Ce faisant on inclurait les SE dans un mouvement plus général qui se développe depuis quelques années en Europe. Ainsi en témoignent la « sécurisation » des transactions intragroupe à travers les travaux du Forum européen sur les prix de transfert, ou en France les très larges extensions des régimes de rescrit fiscal, assorties de leur publication sur le site Internet du Minefi, ce qui leur ôte le caractère confidentiel que les caractérisait.

1. Voir Michel Aujean, directeur des analyses et politiques fiscales DG TAXUD Commission européenne, *in Gazette du Palais, Gazette européenne*, n° 37.

2. Les fraudes sur la TVA intracommunautaire soulignent s'il en était besoin, la nécessité urgente pour l'Europe de renforcer les contrôles transfrontaliers et de ménager les possibilités pour leurs administrations fiscales d'agir en réseau de coopération et d'échange d'informations.

Cette sécurité fiscale profiterait tout autant aux administrations fiscales qui pourront faire valoir leur point de vue immédiatement et non après un contrôle ultérieur, long et hasardeux, qu’aux SE qui verront le coût fiscal de l’opération fixé dès le départ et une fois pour toutes.

Pour un «Forum européen du droit international privé»

Le rapport ne serait pas complet s’il ne se penchait sur la question posée à l’article 69 c) du règlement sur le droit international privé. Faut-il revenir sur la disposition du règlement conférant aux juridictions du «pays d’origine» compétence pour connaître des recours postérieurs au transfert du siège social d’une SE, concernant toutefois des litiges survenus avant ledit transfert? La question fait référence aux adaptations éventuellement rendues nécessaires par l’adoption «de la convention de Bruxelles de 1968¹ ou de tout texte remplaçant cette convention qui serait adopté par les États membres». Le législateur communautaire n’a pas pris la peine de préciser les textes visés, mais il semble s’agir du règlement du 22 décembre 2000² qui était en cours de finalisation lors de l’adoption du statut de la SE. Ce texte unifie *a minima* les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale (à l’exclusion des matières fiscales, douanières et administratives, ainsi que des faillites³). Il tend à établir des règles sur la désignation du tribunal compétent dans le cadre d’une procédure civile ou commerciale et à préciser en outre les conditions de reconnaissance et d’exécution dans un État membre des décisions prises par le tribunal d’un autre État.

Les dispositions de l’article 8 paragraphe 16 du règlement sur la SE qui permettent par exemple à un créancier de saisir le tribunal du pays d’origine de la SE ayant transféré son siège se veulent protectrices. Il n’apparaît pas de prime abord opportun de les modifier, si tant est qu’elles doivent l’être au regard du dispositif du règlement du 22 décembre 2000. La question traduit la juste préoccupation d’une bonne coordination des textes communautaires. Mais son intérêt est surtout de révéler plus largement le besoin impérieux de simplifier et d’uniformiser les règles de conflits de lois et de juridictions au niveau communautaire. Les entreprises, et leurs parties prenantes, doivent pouvoir déterminer sans difficulté le droit applicable. Les justiciables doivent savoir où trouver leur juge. Au-delà de ces principes, il est indispensable à l’heure de l’Europe élargie de se donner les moyens d’une confiance réciproque entre appareils judiciaires nationaux, dont la fiabilité et la qualité sont la clé de la sécurité juridique et

1. Il s’agit de la convention du 27 septembre 1968.

2. Règlement n° 44/2000 du Conseil «concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale».

3. Le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité énonce en matière de faillites transfrontalières des règles de compétence juridictionnelle, sans éliminer hélas toutes possibilités de conflits de compétence.

du respect du droit. La réflexion sur la SE pourrait être l'occasion d'instituer un «Forum européen du droit international privé» en tant qu'organe consultatif auprès de la Commission européenne¹ (dans l'esprit de ce qui existe en Allemagne²). L'idée étant de rapprocher autant que faire se peut les conceptions des États sur la loi applicable et le juge compétent en cas de conflit de droits.

De quelques retouches pouvant être apportées à la réglementation française sur la SE

L'objet du rapport était principalement d'évaluer le statut communautaire de la SE plus que son adaptation par le droit des États membres. Néanmoins, le rapport formule quelques suggestions de modification de la loi française de 2005 et ses décrets d'application. Le but est avant tout d'éviter toute difficulté d'interprétation ou d'application des textes. Si le règlement est modifié dans la direction indiquée ci-dessus, ce sont d'autres chantiers qui seront à mettre en œuvre.

Trois types de modifications du droit français de la SE peuvent être envisagés sans délai :

D'une part, le dispositif français doit être en totale harmonie avec le règlement et il importe d'éliminer les nuances de rédaction, source d'incertitudes et éventuellement de contentieux. Par exemple, il conviendrait d'adapter le Code de commerce à la disposition sur le rôle de l'expert indépendant en cas de transformation d'une société en SE³, sur le droit des actionnaires détenant un certain pourcentage du capital souscrit de demander la convocation d'une assemblée générale et l'inscription de points à l'ordre du jour⁴, ou encore sur les causes de dissolution de la SE⁵.

1. Les ressources d'un tel forum existent déjà par ailleurs, ainsi qu'en atteste notamment le Groupe européen de droit international privé (GEDIP), association de droit luxembourgeois, qui se veut un lieu d'échange d'informations et d'idées sur les interactions du droit international privé et du droit européen au sens large et dont l'objet est scientifique et académique.
2. Voir la contribution de Reinhard Dammann et du professeur Michel Menjucq en Annexe VIII-4.
3. Le règlement de 2001 prévoit que les experts «attestent que la société dispose d'actifs nets au moins équivalents au capital augmenté des réserves [...]», tandis que le Code de commerce évoque l'attestation que «les capitaux propres sont au moins équivalents au capital social».
4. En droit français, cette faculté exige de passer par un juge et un mandataire de justice, ce qui n'est pas forcément le cas semble-t-il d'après le règlement de 2001.
5. Le règlement exclut la nullité de la SE une fois immatriculée et dispose que l'absence de contrôle de légalité d'une fusion en vue de la création d'une SE constitue une cause de dissolution. Le droit français ajoute une seconde cause liée à la nullité de l'assemblée générale ayant décidé l'opération de fusion.

S’agissant des options du règlement de 2001 que la France a levées, on ne peut que souhaiter l’abolition de la règle qui enferme la SE française dans un espace géographique restreint par rapport à ses homologues SA, consistant à lui imposer d’avoir siège statutaire et administration centrale exactement au même endroit. Il serait également opportun de réfléchir au rôle impartial au procureur de la République. La crainte d’un patriotisme économique pouvant susciter des réactions analogues de la part de nos partenaires européens n’est pas vainue. Au demeurant, l’attribution au parquet d’un droit d’opposition en matière de fusion ou de transfert de siège fait de la SE française une société surveillée. Pourquoi ne pas envisager, s’agissant du contrôle des investissements étrangers, de donner au procureur de la République la simple faculté de saisir le ministre de l’Économie et des Finances auquel il appartient en France d’assurer ce contrôle ?

Dernières retouches à apporter à la législation française. Elles concernent certaines imprécisions du texte. En particulier, il conviendrait de préciser le juge compétent pour accueillir les recours contre l’opposition du procureur de la République ou encore la nature des formalités de publicité en cas de fusion transfrontalière¹; toutes questions intéressant les praticiens, mais qui n’ont aucune portée fondamentale de principe.

1. Ces précisions concernent la désignation du bulletin national où publier l’avis de projet de fusion et les modes de publicité relatifs à l’immatriculation de la SE.

Tableau synthétique des propositions du rapport sur le droit communautaire

Règlement n° 2157/2001	
<i>Création de la SE</i>	
Article 2, paragraphes 1, 2, 3 et 4	Etendre le champ d'application du mode de création par transformation en SE à toute société de capitaux sous réserve qu'elle possède une filiale depuis plus d'un an dans un autre pays européen (UE / EEE)
Article 2, paragraphe 3, b.	Permettre à un groupe de sociétés disposant depuis plus d'un an d'une filiale dans un autre pays européen (UE / EEE) de transformer n'importe laquelle de ses filiales en SE
<i>Coopération transfrontalière</i>	
Article 17, paragraphe 2	Etendre la définition de la fusion à d'autres types de fusion
Insertion d'un nouveau titre III bis	Permettre à une SE de fusionner avec toute autre société de capitaux d'un autre Etat membre (SE ou non)
Article 18	Renforcer l'autonomie des parties en leur permettant de choisir une législation unique applicable à l'ensemble de l'opération, sous réserve de la protection des tiers (actionnaires, créanciers)
<i>Mobilité</i>	
Article 7	Appliquer la théorie du siège statutaire
<i>Gouvernance et autonomie statutaire</i>	
Article 4	Instituer un capital social inférieur à 120 000 euros pour les SE non cotées
Nouvel article dans le titre I	Permettre aux SE non cotées de définir statutairement les conditions de leur direction et le statut de leurs dirigeants et le droit pour les fondateurs d'organiser librement les rapports entre les actionnaires
<i>Propositions concernant le volet fiscal</i>	
Mettre en place une base commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés	
Supprimer les taxes de sortie	
Permettre aux sociétés souhaitant créer une SE d'interroger les administrations nationales concernées afin de recueillir leur accord préalable sur leur régime fiscal	
<i>Création d'un registre européen des sociétés sur le modèle de l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI)</i>	
<i>Mise en place d'un «Forum de droit international privé (DIP)», organe consultatif de la Commission européenne</i>	

Conclusion

Au moment où l'Europe, fêtant son cinquantième anniversaire, connaît une crise profonde, tout signe de volonté politique des États de continuer à avancer revêt une valeur particulière.

La SE, dont les origines remontent précisément à l'époque de la naissance de l'Europe, a connu des péripéties. Mais celles-ci ont été dans l'ensemble surmontées et surtout l'idée qui l'a inspirée demeure. Si la société européenne comporte un dispositif social sur l'implication des travailleurs, parfois ressenti par les milieux économiques comme une contrainte, force est de se rendre compte combien il importe et importera de plus en plus d'associer par la voie contractuelle la collectivité des salariés aux stratégies et aux projets d'adaptation des entreprises européennes. La conception de l'entreprise «institution», qui est celle en fait de la SE, n'est pas périmée. Il est évidemment nécessaire d'alléger les formalités pesant sur les entreprises et de leur reconnaître une marge accrue d'autonomie statutaire pour s'organiser en fonction de leurs besoins et de leurs projets. Il est également important de réaffirmer de nos jours que l'entreprise est à la fois un lieu de production, un outil de valorisation du financement dont elle bénéficie de la part de ses actionnaires, et une communauté humaine.

En dehors même de son rôle d'identification à l'Europe, la SE a essentiellement pour objet de faciliter les activités des entreprises et donc la croissance en Europe. Les entreprises européennes, grandes, moyennes ou même petites, sont de plus en plus nombreuses à se tourner vers les marchés d'autres continents. Il ne s'agit pas d'arrêter ce mouvement qui doit au contraire s'amplifier. Il ne s'agit pas davantage d'élever des barrières autour du continent. L'Europe est au demeurant le marché le plus ouvert du monde aux échanges et aux investissements étrangers. Toutefois, l'idée de champions mondiaux européens, plus que nationaux, n'est pas seulement porteuse du point de vue industriel et financier. C'est un élément fondamental de l'*«affectio societatis»* vis-à-vis de l'Union européenne et en définitive du bien-être des Européens.

La magnifique réussite d'Airbus, puis ses récentes – et provisoires – déconvenues montrent à quel point ce modèle est important pour les citoyens européens. Il justifie que l'Union encourage et promeuve l'activité communautaire de ses entreprises grâce à un environnement juridique adapté.

Enfin, il convient de dire un mot pour conclure de la tendance actuelle, au nom du «mieux légiférer», non point tant de simplifier le droit que de déréglementer purement et simplement. L'Europe subit, comme toute entité politique ou économique, des cycles «conjoncturels». Hier, il paraissait acquis que l'Europe irait toujours de l'avant en consolidant les bases communes de l'activité de ses acteurs économiques et sociaux. Le marché intérieur et l'euro sont l'incarnation, au plan économique, de cette dynamique. Aujourd'hui, le maître mot serait plutôt le désengagement juridique de l'Europe sur le marché intérieur. Ce n'est pas une solution. Il est préférable de rapprocher les systèmes

et les pratiques juridiques et, tout en simplifiant la règle, d'assurer aux entreprises les moyens, dans un cadre harmonisé et harmonieux, de valoriser le formidable atout de l'espace unique européen. C'est en cela que la société européenne, forme nouvelle de la «citoyenneté européenne» des entreprises, a de l'avenir. C'est la conviction de l'auteur du présent rapport.

Noëlle Lenoir

Paris, le 9 mars 2007

Sommaire des annexes

Annexe I	
Personnalités consultées	137
Annexe II	
Textes de référence	147
Annexe III	
Annexes techniques	149
Annexe IV	
Les SE immatriculées	166
Annexe V	
Points de vue des organisations professionnelles	171
Annexe VI	
Libres propos des entreprises	215
Annexe VII	
Libres opinions sur le volet social de la SE	251
Annexe VIII	
Contributions des experts	269
Annexe IX	
Glossaire	311
Annexe X	
Sigles	317

Annexe I

Personnalités consultées

France

GOUVERNEMENT

Gérard Larcher, ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'insertion professionnelle des jeunes

Catherine Colonna, ministre déléguée aux Affaires européennes

Jean-Denis Combrexelle, directeur des relations du travail au ministère du Travail

Marie-Christine Lepetit, directrice de la législation fiscale au ministère de l'Économie et des Finances

PARLEMENT

- Sénat**

Philippe Marini, rapporteur général du budget

Jean-Jacques Hyest, président de la commission des lois

AUTORITÉS JUDICIAIRES ET OFFICIERS MINISTÉRIELS

- Cour de cassation**

Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation

Daniel Tricot, président de la chambre commerciale

- Tribunaux de commerce**

Perrette Rey, présidente du tribunal de commerce de Paris et présidente de la Conférence des tribunaux de commerce

Christian Bravard, président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce

Jean-Marc Bahans, membre de la commission juridique du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce

- **Conseil supérieur du notariat**

Laurent Dejoie, président et maîtres Jean Gabriel Tamboise, Jean-Claude Papon, Dominique Randoux, notaires

Alain Delfosse, directeur des affaires juridiques

AUTORITÉS DE RÉGULATION

- **Autorité des marchés financiers (AMF)**

Michel Prada, président

Olivier Douvreleur, directeur des affaires juridiques

Laure Tertrais, chargée de mission à la direction des affaires Juridiques

- **Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM)**

Philippe Jürgensen, président

Didier Israel, conseiller juridique

- **Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)**

Christian Noyer, gouverneur de la Banque de France et président du CECEI

Danièle Nouy, secrétaire générale de la commission bancaire et présidente du Comité européen des superviseurs bancaires

Didier Peny, directeur des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

Joël Petit, directeur adjoint à la direction des services juridiques de la Banque de France

ORGANISATIONS SOCIOPROFESSIONNELLES ET ASSOCIATIONS

- **Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)**

Pierre Simon, président et président d'Eurochambres

Anne Outin-Adam, directrice des développements juridiques

Claudine Alexandre-Caselli, responsable de la cellule statistique du CREDA

- **Mouvement des entreprises de France (MEDEF)**

Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques

- **Association française des entreprises privées (AFEP)**

Alexandre Tessier, directeur général

Odile de Brosses, directrice du service juridique

Stéphanie Robert, directrice du service des affaires fiscales

- **Association nationale des sociétés par Actions (ANSA)**

Jean-Paul Valuet, secrétaire général

Robert Baconnier, délégué général

Patrick de Fréminet, consultant fiscal

SYNDICATS

Jean-Jacques Cette, secrétaire du comité d'entreprise commun d'AGF et membre du conseil de surveillance d'Allianz

ACTIONNAIRES

- **Association pour la défense des actionnaires minoritaires (ADAM)**

Colette Neuville, présidente

- **Deminor**

Fabrice Rémon, Partner

Charles Demoulin, Senior Manager

- **Proxinvest**

Paul-Henri Leroy, gérant

ENTREPRISES

- **AGF**

Jean-Philippe Thierry, président du conseil d'administration d'AGF, membre du directoire d'Allianz SE

- **Air Liquide**

Alain Joly, ancien président et administrateur

- **AXA**

Henri de Castries, président du directoire

- **BNP Paribas**

Jean-Louis Guillot, directeur des affaires juridiques

- **EADS**

Laurence Dors, secrétaire générale

Thierry Adam, directeur au service juridique

- **France Télécom**

Pierre Charreton, directeur juridique

Luc Athlan, responsable du droit des sociétés

• **Mazars**

Patrick de Cambourg, président du conseil de gérance
Caroline Van Trœyen, secrétaire générale

• **PSA Peugeot Citröen**

Jean-Claude Hanus, directeur juridique, relations institutionnelles et audit
Jean-Paul Lacroix, responsable de la direction du droit des affaires et de l'immobilier
Gilles Requillart, responsable de la direction droit financier, droit des sociétés

• **Renault Nissan**

Christian Husson, directeur juridique

• **Saint-Gobain**

Bernard Field, secrétaire général

• **Schneider Electric**

Henri Lachmann, président du conseil de surveillance
Philippe Bougon, secrétaire général

• **SCOR**

Denis Kessler, président-directeur général
Patrick Thurot, directeur général délégué
Emmanuelle Rousseau, secrétaire générale

• **SEB**

Jean-Pierre Lac, directeur général adjoint

• **Société générale**

Christian Schricke, secrétaire général
Gérard Gardella, directeur des affaires juridiques

• **Total**

Thierry Reveau de Cyrières, directeur des affaires juridiques holding

• **Veolia**

Raymond-Max Aubert, directeur, président de la Fondation Veolia
Alain Tchernonog, directeur juridique
Jean-Baptiste Duchateau, directeur droit des sociétés et droit boursier

- **Viel et Compagnie Finance SE**

Patrick Combes, président-directeur général

William Wostyn, directeur juridique

Olivier Dillenschneider, avocat

EXPERTS

- **Association des juristes européens (AJE)**

Marco Darmon, président et ancien avocat général à la CJCE

- **Université de Paris-I Panthéon Sorbonne**

Yves Chaput, professeur

Jean-Jacques Daigre, professeur

Martine Klöpfer-Pelese, doctorante

- **Université Paris-II Panthéon Assas**

Michel Germain, professeur

Hervé Synvet, professeur

- **Faculté de droit de Lyon-III**

Cyril Nourissat, professeur

- **Université de Montpellier-I – UFR de droit**

Paul-Henri Antonmattei, professeur

- **Faculté Jean-Monnet, université Paris-Sud-11**

Véronique Magnier, professeur

- **Arsène Avocats**

Michel Taly, avocat

- **Capstan**

Jean-Michel Mir, avocat

Arnaud Tessier, avocat

- **Clifford Chance**

Daniela Weber-Rey, avocate

- **Fidal**

Anne-Sophie Cornette de Saint-Cyr, avocate

- **Latham & Watkins LLP**

Fabrice Fages, avocat

- **Skadden, Arps, Slate, Meagher and Flom LLP**

Catherine Cathiard, avocate

Claire Le Gall-Robinson, avocate

Europe

PARLEMENT EUROPÉEN

Jean-Paul Gauzes, député européen

Klaus-Heiner Lehne, député européen

COMMISSION EUROPÉENNE

- **Commission européenne**

Vladimir Spidla, commissaire à l'emploi, aux affaires sociales et à l'égalité des chances

Kristin Schreiber, chef de cabinet

- **Direction générale des services juridiques**

Michel Petite, directeur général

- **Direction générale marché intérieur**

Thierry Stoll, directeur général faisant fonction

Pierre Delsaux, directeur droit des sociétés et gouvernement d'entreprise

David Wright, directeur politique des services financiers et marchés financiers

Karel Van Hulle, directeur assurances et pensions

Nathalie Berger, adjointe à la direction élaboration et coordination de la politique du marché intérieur

Philippe Pelle, adjoint à la direction droit des sociétés, gouvernement d'entreprise et délinquance financière

Corinna Ulrich, unité droit des actionnaires

Ludmila Zalik, unité société européenne

- **Direction générale concurrence**

Emil Paulis, directeur politique et soutien stratégique

Carles Esteva Mossó, directeur politique en matière de concentration et contrôle

- **Direction fiscalité et union douanière**

Robert Verrue, directeur général

Michel Aujean, directeur analyses et politiques fiscales

ORGANISATIONS SOCIOPROFESSIONNELLES

- **Union des industries de la Communauté européenne (UNICE)**

Philip de Buck, secrétaire général

Jérôme Chauvin, directeur du département affaires juridiques

- **Confédération européenne des syndicats (CES)**

John Monks, secrétaire général

THINK TANK

- **Institut syndical européen (ETUI)**

Norbert Kluge et Michael Stollt

Allemagne

GOUVERNEMENT

- **Ministère de la Justice**

Robert Weiss, directeur général, droit économique et commercial

- **Ministère du Travail et des Affaires sociales**

ORGANISATIONS SOCIOPROFESSIONNELLES

- **Fédération de l'industrie allemande (Bundesverband der Deutschen Industrie)**

Christian-Kurt Scheel, directeur du département juridique

Konstantin Tiemann, responsable fiscal

Jan Wulfetange, membre du département juridique

- **Confédération allemande des syndicats (Deutscher Gewerkschaftsbund)**

Marie Seyboth, directrice du service de cogestion politique et juridique

- **Association des sociétés par actions (Deutsches Aktieninstitut)**

Rüdiger Von Ronsen, président du conseil d'administration

Franz-Josel Leven, directeur
Ralf Fischer zu Cramburg, avocat
Cordula Heldt, avocate
Claudia Roye, avocate

ENTREPRISES

- **Allianz SE**

Peter Hemmeling, directeur juridique
Hans Konrad Ress, chef du service juridique – fusions-acquisitions

- **Deutsche Bank**

Michael Kröner, Global Head of Tax
Reinhard Marsch-barner, Senior Counsel Legal Services

- **Fresenius**

Joachim Weith, Senior Vice-Président
Jürgen Götz, General Counsel

EXPERTS

- **Universität Frankfurt**

Friedrich Kübler, professeur
Theodor Baums, professeur

- **Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians Universität München**

Hans Jürgen Sonnenberger, professeur

- **Universität Wuerzburg**

Christoph Teichmann, professeur

Royaume-uni

GOUVERNEMENT

- **Ministère du Commerce et de l'Industrie**

Philip Bovey, Director
Mike Edbury, Assistant Director
Mark Newman, Assistant Director

ORGANISATIONS SOCIOPROFESSIONNELLES

- **Confédération de l'industrie britannique (Confederation of British Industry)**

Charlotta Blomberg, Legal advisor – Company affairs
Clive Edrupt, Deputy Head of Group – Company Affairs

- **Confédération des syndicats (Trade Union Congress)**

Lionel Fulton, secrétaire général

UNIVERSITÉS

- **British Institute of International and Comparative Law**

Mads Andenas, directeur

- **The London School of Economics and Political Science**

Paul Davies, professeur
Jonathan Rickford, professeur

EXPERTS

- **Freshfields**

Vanessa Knapp, avocate

Belgique

OFFICIERS MINISTÉRIELS

- **Fédération royale des notaires**

Pierre Nicaise, président

SYNDICATS

- **Confédération des syndicats chrétiens**

Geneviève Laforêt, directrice service entreprise

ENTREPRISES

- **Media Corner SE**

Jérôme De Béthune, Head of Legal and Public Affairs

- **Afschrift SE**

Mélanie Daube, avocate

EXPERT

• Université catholique de Louvain

Yves De Cordt, professeur

En outre, la réunion du 12 février 2007, sous la présidence de M. Gérard Larcher, ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes au ministère du Travail, du comité du dialogue social sur les questions européennes et internationales a permis au rapporteur de présenter les orientations générales du statut de la société européenne.

Enfin, une réunion de travail avec les juristes d'entreprise a eu lieu le 16 février 2007 au ministère de la Justice, à l'initiative de la commission droit des sociétés, droit financier et boursier de l'Association française des juristes d'entreprise.

Annexe II

Textes de référence

1. Traité instituant la Communauté européenne

- a.** Article 43 (Liberté d'établissement)
- b.** Article 48 (Assimilation des sociétés aux personnes physiques ressortissantes communautaires)
- c.** Article 56 (Libre circulation des capitaux)
- d.** Article 58 (Mesures en matière fiscale et de contrôle prudentiel des établissements financiers)
- e.** Article 293 (Conventions entre États membres sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et les fusions transfrontalières)

2. Textes communautaires relatifs à la société européenne

- a.** Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne
- b.** Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs
- c.** Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents

3. Textes français relatifs à la société européenne

- a.** Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 sur la confiance et la modernisation de l'économie (article L. 225-245-1, articles L. 229-1 et suivants, L. 238-3-1 et L. 244-5 du Code de commerce et articles L. 439-25 et suivants et L. 483-1-3 du Code du travail)
- b.** Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne (articles 203-3 à 203-29 et 251-2 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 et articles 15, 19-1, 40-1, 57-1 s. du décret n° 84-406 du 30 mai 1984)

c. Décret n° 2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le Code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) (articles R. 439-4 et suivants du Code du travail)

d. Article 221 du Code général des impôts

Annexe III

Annexes techniques

I.

1. Tableau des options ouvertes par le règlement

Règlement SE	Droit applicable aux SA de droit français	Option française
Article 2-5 : constitution de la SE Possibilité pour une société n'ayant pas son administration centrale dans la Communauté de participer à la constitution d'une SE.	Rien de prévu.	Option non levée.
Article 7 : siège social de la SE Possibilité d'imposer aux SE d'avoir leur siège social et leur administration centrale au même endroit.	Le siège statutaire de la société n'est pas opposable aux tiers si son siège réel est situé en un autre lieu (article L. 210-3 du Code de commerce).	Option levée par l'article L. 229-1 du Code de commerce.
Article 8-5 : transfert de siège social Possibilité de prévoir un mécanisme de protection des actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre le transfert.	Rien de prévu.	Option levée par l'article L. 229-2. Il renvoie à l'article 203-8 du décret du 23 mars 1967 pour les modalités du rachat des actions.
Article 8-7 : transfert de siège social Possibilité d'étendre la protection des intérêts des créanciers aux créances nées (ou susceptibles de naître) jusqu'au jour du transfert du siège social.	Rien de prévu. Dans le cas des fusions nationales, la protection est limitée à la date de la publicité du projet.	Option levée par l'article L. 229-2.
Article 8-14 : transfert de siège social Droit d'opposition d'une autorité au transfert de siège pour des raisons d'intérêt public.	Rien de prévu.	Option levée par l'article L. 229-4 qui désigne le procureur de la République.

Règlement SE	Droit applicable aux SA de droit français	Option française
Article 12-4 : immatriculation de la SE Possibilité de prévoir la compétence des organes de direction ou d'administration pour modifier les statuts, lorsqu'ils sont en contradiction avec les modalités relatives à l'implication des travailleurs.	Rien de prévu.	Option non levée. Le droit commun s'applique pour le changement des statuts.
Article 19 : constitution par voie de fusion Droit d'opposition d'une autorité à la fusion pour des raisons d'intérêt public.	Rien de prévu.	Option levée par l'article L. 229-4 qui désigne le procureur de la République.
Article 24-2 : constitution par voie de fusion Possibilité de prévoir un mécanisme de protection des actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion.	Rien de prévu.	Option non levée.
Article 31-2 alinéa 2 : constitution par voie de fusion Possibilité d'étendre les dispositions relatives à la fusion simplifiée aux fusions par absorption de société détenue à 90 % ou plus, mais pas à 100 %.	Rien de prévu.	Option non levée.
Article 34 : constitution par voie de holding Possibilité de prévoir des dispositions de protection des créanciers, des travailleurs et des actionnaires minoritaires s'étant opposés à l'opération.	Rien de prévu. Application des règles classiques de protection des créanciers.	Option levée partiellement par l'article L. 229-5 par renvoi aux règles de protection des créanciers applicables en cas de fusion.
Article 37-8 : transformation d'une SA en SE Subordination de la transformation au vote favorable d'une majorité qualifiée ou de l'unanimité des membres au sein de l'organe de la société à transformer dans le cas où la participation des travailleurs y est organisée.	Rien de prévu.	Option non levée.

Règlement SE	Droit applicable aux SA de droit français	Option française
Article 39 : direction de la SE dualiste		
39-1. Un ou plusieurs directeurs généraux peuvent être responsables de la gestion courante.	1. Article L. 225-66 : le conseil de surveillance peut désigner, si les statuts le prévoient, un ou plusieurs directeurs généraux parmi les membres du directoire.	1. Article L. 229-7 : option levée par renvoi aux dispositions applicables aux SA.
39-2. Possibilité de prévoir la nomination et la révocation des membres de l'organe de direction par l'assemblée générale dans les mêmes conditions que pour les SA.	2. Nomination par le conseil de surveillance (article L. 225-66). Révocation par l'assemblée générale, et si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance (article L. 225-61).	2. Article L. 229-7 : option partiellement levée par renvoi aux dispositions applicables aux SA.
39-3. Possibilité de prévoir que le remplacement d'un membre de l'organe de direction par un membre de l'organe de surveillance est limité dans le temps.	3. Article L. 225-62 : pas de suppléance par un membre du conseil de surveillance en cas de vacance.	3. Article L. 229-7 lève l'option. En outre, prévoit la suspension corrélatrice des fonctions du remplaçant au sein du conseil de surveillance.
39-4. Possibilité de prévoir un nombre minimal et/ou maximal de membres de l'organe de direction.	4. Article L. 225-58 : maximum de cinq membres du directoire.	4. Article L. 229-7 : option levée. Directoire composé de sept membres au plus.
39-5. Possibilité de prévoir une structure dualiste si cela n'existe pas pour la SA.	5. Le système dualiste existe déjà.	5. Option inutile.
Article 40-3 : organe de surveillance		
Possibilité de fixer un nombre minimal et/ou maximal de membres.	Article L. 225-69 : le conseil de surveillance comporte entre trois et dix-huit membres.	Article L. 229-7 : option levée par renvoi aux dispositions applicables aux SA.
Article 41-3 : organe de surveillance		
Chaque membre de l'organe de surveillance peut disposer d'un droit d'information auprès de l'organe de direction.	Article L. 225-68 : droit collectif d'information. Article L. 225-35 : dans les SA monistes, le président du conseil d'administration ou le directeur général communique à chaque administrateur les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.	Option levée par l'article L. 229-7 : droit individuel d'information exercé auprès du président du directoire.

Règlement SE	Droit applicable aux SA de droit français	Option française	
Article 43 : organe d'administration	<p>43-1. La gestion courante peut être assurée par un ou plusieurs directeurs généraux dans les mêmes conditions que pour les SA.</p> <p>43-2. Un nombre minimal et/ou maximal de membres de l'organe d'administration peut être fixé.</p> <p>43-4. Possibilité d'introduire une structure moniste.</p>	<p>1. Article L. 255-51-1 et 225-53 : possibilité de nommer un directeur général et un ou des directeurs généraux délégués.</p> <p>2. Article L. 225-17 : les statuts fixent le nombre maximal d'administrateurs (entre trois et dix-huit membres)</p> <p>4. Le système moniste existe déjà.</p>	<p>1. Article L. 229-7 lève l'option par renvoi aux dispositions applicables aux SA.</p> <p>2. Article L. 229-7 lève l'option par renvoi aux dispositions applicables aux SA.</p> <p>4. Option inutile.</p>
Article 48 : conventions réglementées	<p>48-1. Possibilité pour l'organe de surveillance de décider de soumettre à autorisation certaines catégories d'opérations.</p> <p>48-2. Possibilité de prévoir les opérations réglementées devant au minimum figurer dans les statuts.</p>	<p>1. Cette possibilité n'existe pas puisque la liste des conventions soumises à autorisation est fixée par la loi.</p> <p>2. Article L. 225-38 à 43 et L. 225-86 à 91 ; la loi détermine les opérations réglementées.</p>	<p>1. Ne lève pas l'option.</p> <p>2. Article L. 229-7 lève l'option : les statuts doivent contenir des règles similaires à celles visées dans les articles relatifs aux conventions réglementées applicables aux SA. Prévoit une adaptation pour les SE unipersonnelles.</p>
Article 50-3 : règles de quorum des organes de la SE	Possibilité, lorsque la participation des travailleurs est organisée, de prévoir que les quorum et la prise de décision de l'organe de surveillance sont soumis aux règles applicables aux SA.	Article L. 225-82 prévoit un quorum de la moitié des membres et une majorité de la moitié des membres présents ou représentés sauf si les statuts prévoient une majorité plus forte. Il n'y a pas de spécificité en cas de participation des travailleurs.	Ne lève pas l'option, car l'article 50 du règlement prévoit les mêmes règles de majorité que la France (mais l'article 50 diffère des règles françaises sur le quorum, en comptant les membres représentés).
Article 54-1 : réunions de l'assemblée générale	Possibilité de prévoir que la 1 ^{re} assemblée générale aura lieu dans les dix-huit mois de la constitution de la SE.	Article L. 225-100 prévoit la réunion annuelle de l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice sous réserve de prolongation par décision de justice.	Ne lève pas l'option. L'article L. 229-7 renvoie aux dispositions applicables aux SA.

Règlement SE	Droit applicable aux SA de droit français	Option française
Article 55 : la convocation et la fixation de l'ordre du jour de l'assemblée générale 55-1. Possibilité d'abaisser le seuil de 10% du capital pour la convocation de l'assemblée générale et la fixation de l'ordre du jour, dans la limite de ce qui est applicable aux SA.	Article L. 225-103 II 2° : convocation de l'assemblée générale par un mandataire de justice à la demande de tout intéressé en cas d'urgence ou d'actionnaires réunissant au moins 5 % du capital ou d'une association d'actionnaires (le pourcentage de détention exigé varie en fonction du montant du capital social).	Article L. 229-8 renvoie aux dispositions du Code de commerce applicables aux assemblées générales de SA, dans la mesure où elles sont compatibles. Articulation incertaine avec le dispositif de l'article L. 225-103 II 2°. Cœxistence des deux dispositifs ?
Article 56 : fixation d'un point à l'ordre du jour Possibilité d'abaisser le seuil de 10% du capital exigé pour l'inscription de nouveaux points à l'ordre du jour à celui applicable aux SA ou prévu dans les statuts.	Article L. 225-105 prévoit que des actionnaires détenant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires peuvent requérir l'inscription d'un point à l'ordre du jour.	Article L. 229-8 renvoie aux dispositions du Code de commerce applicables aux assemblées générales de SA, dans la mesure où elles sont compatibles. Application du dispositif de l'article L. 225-105.
Article 59.2 : modification des statuts Possibilité de modification des statuts à la majorité simple lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée.	Article L. 225-96 prévoit une majorité des 2/3 des voix des actionnaires présents ou représentés.	Article L. 229-8 ne lève pas l'option et renvoie aux dispositions applicables aux SA.

2. Comparaison sociétés anonymes (SA) de droit français/sociétés européennes (SE)

	Dispositions applicables aux SE	SE immatriculées en France	SA immatriculées en France
<u>Article 46 :</u> Durée maximale du mandat des organes d'administration et de surveillance	Six ans, rééligibles sauf statuts contraires.	Règle harmonisée pour les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance. – Conseil d'administration («CA») : six ans maximum si nomination par l'assemblée générale, 3 ans si nomination par les statuts (article L. 225-18); – Directoire : entre deux et six ans (article L. 225-62); – Conseil de surveillance («CS») : six ans maximum si nomination par l'assemblée générale, trois ans si nomination par les statuts (article L. 225-75).	– Conseil d'administration («CA») : six ans maximum si nomination par l'assemblée générale, 3 ans si nomination par les statuts (article L. 225-18); – Directoire : entre deux et six ans (article L. 225-62); – Conseil de surveillance («CS») : six ans maximum si nomination par l'assemblée générale, trois ans si nomination par les statuts (article L. 225-75); – CA : personne morale peut être administrateur (article L. 225-20); – Directoire : personne morale ne peut être membre (article L. 225-59); – CS : personne morale peut être membre (article L. 225-76).
<u>Article 47-1 :</u> Qualité des mandataires sociaux	Personne physique ou morale si les statuts le prévoient, sauf si la loi nationale applicable aux SA l'interdit.	Application du droit des SA sous réserve des dispositions spécifiques du règlement (article L. 229-7)	Article L. 229-7 : renvoie au droit des SA. La SE immatriculée en France suit le régime des interdictions et incompatibilités prévues pour les SA. Voir notamment les incapacités d'exercer prévues aux articles L. 128-1 et suivants du Code de commerce.
<u>Article 47-2 :</u> Incompatibilités avec les fonctions de mandataires sociaux	Incompatibilités prévues par la loi nationale applicable aux SA. Interdiction par une condamnation judiciaire ou administrative dans un État membre.	Renvoi aux statuts, si la loi nationale applicable aux SA permet de telles conditions.	Rien de particulier pour les SA/SE françaises.
<u>Article 47-3 :</u> Conditions particulières d'éligibilité pour les membres de l'organe concerné représentant les actionnaires			Rien de prévu pour les SA et donc pour les SE immatriculées en France. (Les administrateurs et les membres du CS sont élus par l'AG.)
<u>Article 47-4 :</u> Droit des actionnaires minoritaires de nommer une partie des membres des organes	Renvoi aux droits nationaux offrant la possibilité à des minoritaires de désigner des mandataires sociaux.	Renvoi aux statuts. Option permettant à l'organe de surveillance lui-même à autorisation certaines catégories d'opérations.	Article L. 229-7 voir ci-dessous : par renvoi des statuts, les conventions soumises au CA ou au CS sont déterminées par le Code de commerce. Option non levée.
<u>Article 48-1 :</u> Enumération des conventions réglementées		Option sur un standard minimum (catégories d'opérations) devant être prévu par les statuts.	Article L. 229-7 <i>in fine</i> lève cette option (application des règles prévues pour les SA).
<u>Article 48-2 :</u> Conventions réglementées	Obligation au secret pendant les fonctions et après leur cessation.	Règle harmonisée.	SA moniste : articles L. 225-38 à 42. SA dualiste : articles L. 225-86 à 90.
<u>Article 49 :</u> Obligation des mandataires sociaux au secret			Obligation de discrétion pour les SA (ex : article L. 225-37 pour les administrateurs). L'obligation du règlement sensible plus large que celle prévue pour les SA.

Dispositions applicables aux SE		SE immatriculées en France	SA immatriculées en France
<u>Article 50-1 :</u> Quorum au sein des organes d'administration et de surveillance	La moitié au moins des membres présents ou représentés. Possibilité pour les statuts d'y déroger.	Article L. 229-7 fait exception aux règles de quorum prévues pour les SA.	Règles spécifiques, différentes de celles prévues pour les SE ; pour le CA (article L. 225-37), pour le directoire (article L. 225-64 alinéa 4), pour le CS (article L. 225-82).
<u>Article 50-1 :</u> Majorité au sein des organes d'administration et de surveillance	La moitié au moins des membres présents ou représentés. Possibilité pour les statuts d'y déroger.	Règle harmonisée. Ne fait pas référence à la visioconférence mais ne l'interdit pas.	Dans les SA, quorum si au moins la moitié des membres du CA est présente. Pas de possibilité de dérogation des statuts. Admission de la visioconférence (voir, pour le CA, l'article L. 225-37).
<u>Article 50-2 :</u> Calcul de la majorité	Voix du président prépondérante, sauf statuts contraires (obligatoire en cas de cogestion).	Règle harmonisée.	Règle similaire pour les SA (voir, pour le CA, l'article L. 225-37).
<u>Article 51 :</u> Responsabilité des membres des organes d'administration, de direction et de surveillance	Responsabilité des mandataires sociaux dans les conditions prévues par les dispositions nationales applicables aux SA pour les violations des obligations légales, statutaires ou autres, inhérentes à leurs fonctions.	Renvoi aux droits des SA.	Prévue par les articles L. 225-249 et suivants.
<u>Article 55 :</u> Convocation et fixation de l'ordre du jour de l'assemblée générale	Possibilité d'abaisser le seuil de 10% du capital pour la convocation de l'assemblée générale et la fixation de l'ordre du jour, dans la limite de ce qui est applicable aux SA.	Articulation incertaine avec le dispositif de l'article L. 225-103 II 2°. C'existe des deux dispositifs ?	Article L. 225-103 II 2° : convocation de l'assemblée générale par un mandataire de justice à la demande de tout intéressé en cas d'urgence ou d'actionnaires réunissant au moins 5 % du capital ou d'une association d'actionnaires (le pourcentage de détention exigé varie en fonction du montant du capital social).
<u>Article 56 :</u> Fixation d'un point à l'ordre du jour	Possibilité d'abaisser le seuil de 10% du capital exigé pour l'inscription de nouveaux points à l'ordre du jour à celui applicable aux SA ou prévu dans les statuts.	Article L. 229-8 renvoie aux dispositions du Code de commerce applicables aux AG de SA, dans la mesure où elle sont compatibles. Application du dispositif de l'article L. 225-105.	Article L. 225-105 prévoit que des actionnaires détenant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires peuvent requérir l'inscription d'un point à l'ordre du jour.
<u>Articles 57 & 58 :</u> Règles de majorité des assemblées générales	Majorité des voix valablement exprimées. Non prise en compte dans les voix exprimées de l'abstention, ou des votes blancs ou nuls.	Règle harmonisée.	Majorité des voix des actions présentes ou représentées. Prise en compte des votes abstentionnistes, blancs ou nuls.
<u>Article 9</u>	Concurrence aux États membres compétence pour prendre des mesures spécifiques dans des domaines non régis par les dispositions du règlement.	Articles L. 229-11 à 15 permettent aux statuts des SA ne faisant pas appel public à l'épargne de prévoir des clauses restreignant la libre négociabilité des actions, telles que des clauses d'aliénabilité, de cession forcée, ou de changement de contrôle.	Pas d'équivalent pour les SA nationales.

3. Les entités de droit communautaire

Peu d'instruments juridiques harmonisés sont prévus en droit communautaire pour l'exercice d'activités transnationales. Jusqu'à présent, l'Europe s'est essentiellement attachée à harmoniser les droits nationaux des sociétés pour favoriser la construction du marché commun.

Toutefois, outre le projet de société européenne (SE), la Communauté européenne a mis sur pied dès 1985 un instrument juridique de coopération transnationale sur le modèle du groupement d'intérêt économique français (GIE).

Plus récemment, le règlement sur la société coopérative européenne a été adopté. Parallèlement, des réflexions ont été engagées sur la société privée européenne et sur la mutuelle européenne.

I. Les instruments communautaires de droit positif

A. Le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)

Le GEIE se présente comme un instrument très souple de coopération transnationale pour les entreprises européennes, qui leur permet d'exercer leurs activités en commun. Il est régi par le règlement n° 2137/85/CE du 25 juillet 1985, applicable depuis le 1^{er} juillet 1989. Les GEIE immatriculés en France sont en outre soumis aux articles L. 252-1 et suivants du Code de commerce.

a. Son objet

Son objet est civil ou commercial.

b. Ses modalités de constitution

Le GEIE fait l'objet d'un contrat constitutif conclu entre deux ou plusieurs sociétés, entités de droit public ou personnes physiques exerçant une activité industrielle ou commerciale, agricole ou de profession libérale. Le règlement précise les mentions obligatoires devant figurer dans le contrat (dénomination, siège, objet, durée...).

S'agissant d'un instrument de coopération transnationale, ses membres doivent nécessairement relever de la législation de deux États membres différents. À cet égard, le règlement n° 2137/85/CE admet la dissociation entre siège réel et siège statutaire¹ pour les sociétés constituantes.

Des options sont ouvertes aux États membres et notamment la possibilité d'interdire la participation de certaines catégories de personnes physiques ou de sociétés pour des raisons d'intérêt public.

1. Article 4 : «Peuvent seules être membres d'un groupement : a) les sociétés, au sens de l'article 58 deuxième alinéa du Traité, ainsi que les autres entités juridiques de droit public ou privé, constituées en conformité avec la législation d'un État membre, qui ont leur siège statutaire ou légal et leur administration centrale dans la Communauté; lorsque, selon la législation d'un État membre, une société ou autre entité juridique n'est pas tenue d'avoir un siège statutaire ou légal, il suffit que cette société ou autre entité juridique ait son administration centrale dans la Communauté....».

c. Son fonctionnement

Le contrat de GEIE est principalement régi par le règlement et par la loi de l'État dans lequel se trouve son siège social pour les matières non couvertes par le règlement. Le règlement admet la mobilité du GEIE au sein de l'Union européenne puisque son siège peut être transféré dans un autre État membre¹. Toutefois, si le transfert a lieu dans un autre État membre, il entraîne sa dissolution et l'obligation de constituer un nouveau groupement.

Comme le GEIE est conçu comme un outil de coopération, il ne peut pas exercer directement ou indirectement le pouvoir de direction ou de contrôle sur l'activité de ses membres, ni détenir d'actions ou de parts dans le patrimoine de ces derniers.

Chaque membre répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

Le GEIE comprend un ou plusieurs gérants, qui le représentent à l'égard des tiers ainsi qu'un collège regroupant tous ses membres. Le collège est compétent pour toute décision ayant pour objet la réalisation de l'objet social. Sauf dans les cas où l'unanimité est prévue (décision d'admission d'un nouveau membre par exemple), les modalités de quorum et de prise de décision sont contractuelles.

Le ou les gérants sont des personnes physiques. À titre optionnel, les États membres peuvent prévoir des gérants personnes morales qui devront alors désigner un représentant permanent. Les gérants des GEIE immatriculés en France sont responsables dans les conditions de l'article L. 252-2 du Code de commerce soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables au groupement, soit des violations des statuts, soit de leurs fautes de gestion.

B. La société coopérative européenne (SCE)

Elle est régie par le règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003, complété par une directive du même jour relative à l'implication des travailleurs. Le règlement SCE est entré en vigueur dans chacun des États membres le 18 août 2006.

a. Ses caractéristiques

La SCE est une société «acapitalistique» à capital variable d'au moins 30 000 euros et dont l'objet est la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses membres.

Comme tous les instruments communautaires, elle comporte obligatoirement un élément d'extranéité, en ce sens que les personnes physiques ou morales la constituant doivent appartenir à au moins deux États membres différents.

Le statut de la SCE apporte de nombreuses innovations puisqu'il uniformise le droit coopératif. Ainsi, il communautarise les principes fondamentaux du droit coopératif pour ce qui concerne le capital social, les droits de vote attachés aux parts sociales (principe «un homme, une voix»), ou encore le principe de l'exclusivisme (selon lequel les coopératives ne doivent travailler qu'avec leurs seuls sociétaires). De surcroît, il ne néglige pas pour autant le financement des coopératives puisqu'il admet les investisseurs non-coopérateurs.

1. Article 13 et article 14.

Le règlement SCE est construit sur les mêmes principes que la SE. En effet, il ouvre aux États membres toute une série d'options et prévoit un dispositif de hiérarchie des normes selon lequel la SCE est régie en premier lieu par le règlement, par ses statuts lorsque le règlement l'autorise, et ensuite pour les matières non couvertes par le règlement, par les dispositions nationales spécifiques et, le cas échéant, par les dispositions nationales applicables aux sociétés coopératives.

La SCE bénéficie d'une mobilité intracommunautaire par le biais du transfert de siège¹ ou de la fusion transfrontalière². Le transfert ou la fusion transfrontalière n'ont pas pour effet d'entraîner la dissolution ou la création d'une personne morale nouvelle.

b. Ses modalités de constitution

Les modalités de constitution de la SCE sont à la fois plus larges et plus restreintes que celles d'une SE, compte tenu du caractère spécifique de ce type de sociétés.

Elles sont plus larges, car le règlement prévoit la constitution *ex nihilo* :

- soit par cinq personnes physiques résidant dans au moins deux États membres différents ;
- soit par cinq personnes physiques et sociétés, résidant ou constituées selon de deux États membres différents ;
- soit par des sociétés dont deux au moins résident ou sont constituées selon le droit d'États membres différents.

Certains modes de constitution sont communs : la fusion transfrontalière de deux ou plusieurs sociétés coopératives, la transformation d'une société coopérative nationale disposant de filiales ou d'établissements dans d'autres États membres.

c. Sa mobilité

Comme cela a été noté ci-dessus, la SCE bénéficie d'une mobilité transfrontalière sous la forme du transfert de siège (pour les SCE constituées) ou sous la forme de fusions transfrontalières (cas de constitution).

Le transfert de siège de la SCE implique la radiation de la SCE du registre du pays d'origine et son immatriculation dans l'État d'accueil (sans dissolution).

Cette «liberté de mouvement» est toutefois strictement encadrée, d'une part par des mécanismes de contrôle de légalité et de délivrance de certificats attestant de la régularité des procédures³, et d'autre part par des options permettant le retrait des membres opposés au transfert ou à la fusion transfrontalière⁴.

1. Article 7 : «Le siège statutaire de la SCE peut être transféré dans un autre État membre [...]. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.»

2. Article 19 et suivants.

3. Article 7 pour le transfert dans un autre État membre du siège social et articles 29 à 30 pour le contrôle de la légalité.

4. Article 7-5 pour le transfert et article 28-2 pour les fusions transfrontalières.

d. Son administration et son fonctionnement

Comme la SE, la SCE est administrée soit selon un mode moniste (conseil d'administration), soit selon un mode dualiste (directoire sous le contrôle d'un conseil de surveillance), selon le choix opéré dans les statuts.

Elle comporte obligatoirement une assemblée générale dont les principes de fonctionnement sont fixés par le règlement et, le cas échéant, pour les domaines qu'il ne couvre pas, par la loi applicable aux coopératives de chaque État membre.

e. La question de l'implication des travailleurs

Il est prévu des dispositions relatives à la participation des travailleurs au sein des organes d'administration. Ces dispositions sont développées par la directive du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. La mise en œuvre d'accords sur la participation des travailleurs au sein de chaque SCE conditionne l'immatriculation de celle-ci.

II. Les instruments communautaires en projet

A. La «petite société européenne» ou société privée européenne (SPE)

Compte tenu des lourdeurs de la SE, il est envisagé de créer, au profit des PME ayant des activités transnationales, une forme plus souple que la société européenne. Dans cette perspective, la Commission européenne a réalisé, à la suite d'un rapport sur le droit des sociétés rédigé sous l'égide du professeur Winter, une étude sur la faisabilité d'un statut européen pour les PME, dont les résultats ont été présentés en décembre 2005. Il résulte de cette étude que les acteurs économiques interrogés soutiennent très majoritairement un tel projet essentiellement pour deux motifs : d'une part, la mise en place d'un statut européen aurait l'avantage de supprimer les obstacles à la mobilité des PME au sein de l'Union européenne, et d'autre part, il permettrait de créer un «label européen» pour les PME, notamment celles des pays nouvellement entrés dans l'Union européenne.

En l'état actuel, un avant-projet de règlement proposé conjointement par le MEDEF et la CCIP est sur la table.

Le Parlement a présenté en novembre 2006 à la Commission un rapport d'initiative législative contenant des recommandations sur le statut de la SPE. Ce rapport est fondé sur deux propositions, dont celle conjointe du MEDEF et de la CCIP. L'objectif affiché par le rapporteur est de corriger les prétendus défauts de la SE et de proposer aux PME exerçant une activité transnationale une forme sociale unifiée, ce qui aurait pour effet, selon le rapporteur, de limiter les coûts liés aux différences de législation.

En l'état actuel des discussions, et sous réserve des débats à venir, ce projet présenterait les deux caractéristiques principales suivantes :

- Il est largement inspiré de la société par actions simplifiée française, à savoir qu'il laisse aux fondateurs de la société une très grande liberté contractuelle dans l'organisation et le fonctionnement de la société.

- Le projet de SPE répond à une logique différente de celle qui avait été suivie pour la SE, en ce sens qu'il crée un statut autonome par rapport aux droits nationaux, quasiment sans renvoi à ceux-ci.

a. Présentation de la SPE

Le principe directeur du statut proposé pour la SPE est celui de la liberté contractuelle, ce qui la distingue de la SE dont les règles de fonctionnement sont encadrées tant par les dispositions du règlement 2157/2001 que par les règles nationales généralement impératives qui s'imposent au-delà des statuts.

Il est en effet souhaitable de fonder la SPE sur ce principe. Depuis 1994, la forme de la société par actions simplifiée (SAS), fondée sur le même principe, a connu un succès grandissant pour les PME en croissance auxquelles le statut de société à responsabilité limitée (SARL) ne convient plus, mais qui ne souhaitent pas pour autant entrer dans le cadre relativement rigide de la SA.

b. Sa constitution

Les modes de constitution de la SPE sont plus larges que ceux de la SE. Contrairement à celle-ci, elle pourrait être constituée non seulement par voie de fusion de deux ou plusieurs sociétés d'États membres différents, ou par transformation en SPE d'une société nationale, mais aussi *ex nihilo* par deux personnes morales ou physiques ressortissantes au moins de deux États membres différents.

Dans le projet CCIP/Medef, la SPE serait une société dotée d'un capital minimum de 25 000 euros et pourrait être une société unipersonnelle, à l'instar de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

Le projet instaure un contrôle de légalité lors de la constitution de la société qui serait dévolu en France au greffier des tribunaux de commerce. Le greffier transmettrait un certificat à un « registre communautaire central » qui n'existe pas encore.

c. Son organisation

Le projet interdit la dissociation entre le siège social et le siège statutaire. C'est l'option qui a été retenue en droit français pour la SE.

Le projet laisse aux statuts une grande liberté sur ce point : l'organisation de la société, les pouvoirs des organes, les droits des associés et les conditions de cession des actions relèvent ainsi des statuts. C'est sur ce point que le projet est proche de la SAS. Des clauses de vente forcée, de rachat forcé et d'inaliénabilité des actions pourraient être insérées dans les statuts.

La SPE pourrait « autodétenir » 25 % de ses actions.

d. Sa mobilité

La SPE peut fusionner, transférer son siège ou se transformer en une autre forme de société par actions. Elle bénéficie ainsi de la même mobilité que la SE. C'est l'un des attraits recherchés par les entrepreneurs : pouvoir transférer son siège social sans dissolution et sans perte de sa personnalité morale.

e. Sur la responsabilité et les dispositions pénales

Le projet exclut les règles nationales de responsabilité civile des administrateurs et prévoit une responsabilité « pour comportements contraires à leurs devoirs

et à la diligence raisonnablement requise dans la conduite des affaires». Cette conception d'inspiration anglo-saxonne («*fiduciary duties*») comporte de nombreux inconvénients. Elle introduit une notion assez floue de la responsabilité des dirigeants ne correspondant pas à notre tradition française. Par ailleurs, cette proposition crée un régime de responsabilité autonome puisqu'elle ne prévoit aucun renvoi à la loi du siège. Ce régime spécifique ne pourrait être interprété que par la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui suscitera de nombreux contentieux et serait porteur d'une grande insécurité juridique.

En ce qui concerne le droit pénal, le projet opère un renvoi aux dispositions nationales sauf pour les obligations qui seraient prévues par le règlement. Une harmonisation en la matière ne pourrait être réalisée, le cas échéant, que par une décision-cadre relevant du Titre VI du Traité, comme l'a d'ailleurs rappelé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 13 septembre 2005, «Commission contre Conseil» (affaire C-176/03).

B. La mutuelle européenne

Il s'agit d'un projet ancien qui revient dans l'actualité juridique régulièrement. Bien que la Commission ait décidé de retirer sa proposition relative au statut de la mutualité européenne le 17 mars 2006, ce projet continue à être fortement soutenu, en France, par les grands groupes mutualistes.

L'adoption d'un tel projet permettrait selon ses promoteurs de reconnaître formellement un modèle d'organisation d'entreprise alternatif à celui des SA, d'établir une meilleure concurrence entre les mutuelles actives en Europe, dont les statuts sont très disparates, et de leur offrir de meilleures capacités de développement. À cet égard, un statut communautaire ouvrirait des perspectives de coopération transfrontalière tout en définissant d'une manière uniforme la notion de société mutualiste.

Les avant-projets s'efforçaient de définir l'objet de ce type de société, ses modalités de constitution. Ils permettaient la mobilité des mutuelles européennes sur le modèle de la SE ou de la SCE, notamment grâce au transfert de siège, et définissaient la compétence des principaux organes sociaux.

4. Directives en cours de transposition ou d'adoption en droit communautaire des sociétés

I. Directive «Fusions transfrontalières¹»

À l'instar de la société européenne (SE), l'harmonisation des droits des sociétés en matière de fusions transfrontalières est le fruit de longues négociations. Ainsi, en 1973, il était déjà question d'introduire une réglementation *ad hoc* ainsi qu'en atteste la publication d'un *Projet de convention sur la fusion internationale de sociétés anonymes* qui s'inspirait des travaux d'un groupe de travail composé de délégués des six États membres et d'experts de la Commission et dirigé par le professeur B. Goldman. Ce projet, présenté aux États membres quelques jours

1. Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

avant l'entrée du Royaume-Uni, du Danemark et de la République d'Irlande au sein de la Communauté, a été assez rapidement abandonné. La Commission a essayé par la suite, en 1984, de relancer le projet, en présentant une proposition de directive sur les fusions transfrontalières de sociétés anonymes¹, restée elle aussi lettre morte. Cet échec provenait d'un désaccord au Parlement européen sur la question de la participation des travailleurs dans les organes sociaux².

La nouvelle directive, qui s'inscrit dans le cadre du plan d'action pour les services financiers³ et de manière plus générale dans la stratégie de Lisbonne, s'appuie sur les dispositions du statut de la SE qui lui ont d'ailleurs permis de supprimer les principaux points de blocage⁴. Elle fournit aux PME, pour lesquelles le capital social minimum prévu dans le statut de la SE peut s'avérer dissuasif, un moyen de réaliser des fusions transfrontalières.

La directive s'applique aux fusions de sociétés de capitaux qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

- Elles sont constituées en conformité avec la législation d'un État membre ;
- Elles ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté ;
- Deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'États membres différents.

Deux cas d'exclusion sont néanmoins expressément prévus :

- Sociétés coopératives : les États membres ont la faculté de faire jouer un « *opt-out* » d'une durée de cinq ans⁵ ;
- Sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) : celles-ci sont exclues dans un souci de protection des consommateurs⁶.

La directive vise à faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux en simplifiant le cadre législatif.

À cette fin, en sus de fixer un socle commun de règles, elle retient le principe d'une application distributive des règles de droit. Ainsi, sauf disposition contraire de la directive, chaque société participant à une fusion transfrontalière ainsi que les tiers intéressés restent soumis au droit qui serait applicable à une fusion nationale, l'entité issue de la fusion étant quant à elle soumise au droit de l'État membre de son siège statutaire.

1. Proposition de 10^e directive du Conseil fondée sur l'article 54§3 g) du Traité, concernant les fusions transfrontalières des sociétés anonymes (COM (1984) 727 final).

2. Voir « Vers une simplification des fusions transfrontalières », Single Market News, édition 36, février 2005 et communiqué de presse de la Commission : *Proposition de la directive sur les fusions transfrontalières présentée par la Commission*, 18 novembre 2003, MEMO/03/233.

3. Communication de la Commission, du 11 mai 1999 : Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : Plan d'action (COM (1999) 232 final).

4. Voir Single Market News, édition 36, précité.

5. Article 3-2 de la directive.

6. Article 3-3 de la directive.

Le socle commun de règles défini par la directive régit *inter alia* le contenu minimal du projet commun de fusion transfrontalière, la publicité via une inscription dans un registre public approprié du projet, le recours à des experts pour chacune des sociétés qui fusionnent, l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière, le contrôle de la légalité et des effets de la fusion. Sans oublier la participation des travailleurs. À cet égard, la directive prévoit que le droit de l'État membre où se situe le siège statutaire de l'entité fusionnée s'applique en principe. Le principe « Avant/Après » a toutefois vocation à s'appliquer, les travailleurs devant continuer à bénéficier du régime plus favorable antérieur. La directive dans ces cas-ci procède alors au renvoi au dispositif prévu en la matière dans le cadre de la SE.

La date limite de transposition dans les États membres de la directive était fixée au 15 décembre 2007.

II. Proposition de directive sur l'exercice des droits de vote des actionnaires¹

La Commission européenne, désireuse d'améliorer les droits des actionnaires et de renforcer la confiance dans les marchés de capitaux et consciente que près d'un tiers du capital social des sociétés cotées dans l'Union européenne était détenu par des non-résidents, avait envisagé dès 2003 dans son plan d'action pour le droit des sociétés² de proposer une initiative dans ce domaine. C'est ainsi que la directive sur l'exercice des droits de vote des actionnaires a été finalisée par les services de la Commission le 5 janvier 2006.

L'objectif avoué de la Commission est de « faire en sorte que les actionnaires, quel que soit leur lieu de résidence dans l'UE, disposent en temps utile d'informations complètes et de moyens simples d'exercer certains droits à distance, notamment le droit de vote³ ».

La proposition de directive est un instrument d'harmonisation minimale dont les principales dispositions sont les suivantes :

– Convocation des assemblées générales d'actionnaires contenant toutes les informations nécessaires avec un préavis d'un mois minimum et accessibilité renforcée aux informations utiles (disponibilité sur le site web de l'émetteur...)⁴;

1. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE (COM/2005/0685 final) – COD 2005/0265.
2. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : *Moder-nisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer* (COM/2003/0284 final).
3. Communiqué de presse de la Commission européenne du 16 février 2007 : M. Charlie McCreevy se félicite du vote du Parlement européen en première lecture sur le droit de vote des actionnaires (IP/07/193).
4. Article 5 de la proposition de directive.

- Suppression du blocage des actions auquel il est préféré une date d'enregistrement qui ne devrait toutefois pas précéder l'assemblée générale de plus de trente jours calendrier¹;
- Droit des actionnaires de poser des questions oralement au cours de l'assemblée générale ou par voie électronique dans les formes prévues²;
- Droit des actionnaires d'ajouter des points à l'ordre du jour de l'assemblée générale et de déposer des projets de résolution. La participation minimale pour avoir le droit de déposer des projets de résolution ne doit pas dépasser 5 % ou une valeur nominale de 10 millions d'euros (montant le plus bas)³;
- Suppression de toute restriction – sous réserve de l'obligation pour la personne désignée d'avoir la personnalité juridique et des situations comportant des risques de conflits d'intérêts – au vote par procuration⁴;
- Consécration du vote *in absentia* (vote par lettre, etc.)⁵;
- Autorisation du vote sur instructions⁶;
- Les résultats des votes doivent être mis à la disposition de tous les actionnaires et être publiés sur le site Internet de l'émetteur dans les quinze jours calendrier après l'assemblée générale⁷.

La proposition de directive est en voie d'adoption. Adoptée le 15 février 2007 en première lecture par le Parlement européen⁸, elle devait être discutée au Conseil des ministres du 19 février 2007.

III. Consultation sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux

Le 26 février 2004, la Commission a lancé une consultation publique sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés.

Le projet de 14^e directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux est déjà ancien. Deux consultations publiques avaient déjà été réalisées en 1997 et en 2002. Celles-ci avaient mis en exergue une demande très forte des opérateurs pour un aménagement rapide de la possibilité de transférer le siège statutaire d'un État membre à l'autre sans mise en liquidation dans l'État membre d'origine. L'importance d'un instrument communautaire en ce sens avait été rappelée par le groupe d'experts de haut niveau sur le droit des

1. Article 7 de la proposition de directive.
2. Article 9 de la proposition de directive.
3. Article 6 de la proposition de directive.
4. Article 10 de la proposition de directive.
5. Article 12 de la proposition de directive.
6. Article 13 de la proposition de directive.
7. Article 15 de la proposition de directive.
8. Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE (COM (2005) 0685 – C6-0003/2006 -2005/0265 (COD)).

sociétés, créé par la Commission en 2002¹ et par la Commission elle-même en 2003 dans le plan d'action pour le droit des sociétés².

La future directive doit permettre aux sociétés de transférer leur siège statutaire de l'État membre dans lequel elles sont immatriculées vers un autre État membre sans pour autant se voir imposer une mise en liquidation dans l'État membre d'origine ou l'obligation de créer une nouvelle société dans l'État membre d'accueil.

En l'état actuel du droit communautaire, cette faculté de transfert transfrontalier du siège est reconnue aux SE et, pour ce qui concerne les autres types de société, par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur le fondement de la liberté d'établissement des sociétés (arrêts «Segers³»; «Centros⁴» et «Inspire Art⁵»). La future directive est néanmoins la bienvenue en ce qu'elle permettra de garantir la sécurité juridique des opérateurs dans le cadre de la réalisation de cette opération.

Concernant le contenu de cette future directive, il s'agirait d'une directive de coordination qui reprendrait les apports de la jurisprudence communautaire. À ce stade et sous réserve des développements ultérieurs, les principales dispositions porteraient notamment sur les points suivants :

- Droit pour une société de réaliser un transfert transfrontalier de son siège social ;
- Règles de publicité concernant le projet de transfert ;
- Interdiction du refus d'immatriculation dans l'État membre d'accueil ;
- Contrôle de la légalité du transfert ;
- Effets du transfert et protection des tiers ;
- Neutralité fiscale du transfert ; et
- Participation des travailleurs.

S'agissant de la question de la participation des travailleurs aux organes de décision de la société dont le siège statutaire est transféré, les travaux actuels de la Commission indiquent que cette participation serait régie par la loi nationale de l'État membre d'accueil de la société transférée sous réserve du respect du principe «Avant/Après» déjà retenu dans le dispositif de la SE et celui des fusions transfrontalières⁶.

1. Rapport final du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés sur un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés «Rapport Winter» (4 novembre 2002).
2. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : *Moder-nisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer* (COM/2003/0284 final), précitée.
3. Arrêt du 10 juillet 1986, » Segers/Bedrijfsvereniging voor Bank – en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen », aff. 79/85 (Rec. 1986, p. 2375).
4. Arrêt du 9 mars 1999, » Centros », aff. C-212/97 (Rec. 1999, p. I-1459).
5. Arrêt du 30 septembre 2003, » Inspire Art », aff. C-167/01 (Rec. 2003, p. I-10155).
6. Communiqué de presse de la Commission européenne du 26 février 2004 : *Droit des sociétés : la Commission lance une consultation sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés* (IP/04/270).

Annexe IV

Les SE immatriculées

Dernière mise à jour : 1^{er} mars 2007¹

1. Sources : www.seeurope-network.org; supplément au *Journal officiel de l'Union européenne*; Le Moniteur belge; Companies House;Registre du commerce et des sociétés du tribunal de commerce de Paris et le cas échéant les sites internet des SE.

Nom de l'entreprise	État membre d'immatriculation	Date d'immatriculation	Secteur d'activités	Mode de constitution	Effectifs concernés par l'opération	Participation	Transfert de siège
Union européenne							
Afschrift SE	Belgique	28/07/2005	Prestations liées à la profession d'avocat	Fusion	0	Non	Projet de transfert – destination non disponible
AHT – Baukontor & Spezialabbruch Limited	Allemagne	07/11/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Alfred Berg SE	Suède	30/09/2005	Banque d'investissement	Transformation	322	Non disponible	Non disponible
Algest SE	Luxembourg	11/05/2006	Services financiers	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Allianz SE	Allemagne	13/10/2006	Assurances	Fusion	Non disponible	Oui	Non disponible
Artemis Global Capital SE	Allemagne	24/11/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Atrium Achte Europäische VV SE	Allemagne	21/04/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Atrium Dritte Europäische VV SE	Allemagne	20/03/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Atrium Fünfte Europäische VV SE	Allemagne	31/01/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Atrium Neunte Europäische VV SE	Allemagne	21/04/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Atrium Vierte Europäische VV SE	Allemagne	01/02/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Beiten Burkhardt EU-Beteiligungen SE	Allemagne	18/11/2005	Société en sommeil	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Beteiligungs- und Investment SE	Luxembourg	08/09/2005	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Bibo Z zweite Vermögensverwaltungsgesellschaft SE	Allemagne	14/11/2006	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Oui, transfert au RU (19/01/2007)
Bolagsstiftarna International SE	Suède	14/10/2004	Non disponible	Filiale SE	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Bolbu Beteiligungsgesellschaft SE	Allemagne	11/10/2006	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	oui, transfert au RU (19/01/2007)

Nom de l'entreprise	État membre d'immatriculation	Date d'immatriculation	Secteur d'activités	Mode de constitution	Effectifs concernés par l'opération	Participation	Transfert de siège
Carthago Value Invest SE	Allemagne	15/02/2006	Services financiers	Filiale SE	5	Non disponible	Non disponible
Conrad Electronic SE	Allemagne	18/08/2006	Vente en ligne de produits électroniques et techniques	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Conrad Holding SE	Allemagne	18/08/2006	Vente en ligne de produits électroniques et techniques	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Convergence CT SE	Allemagne	31/01/2006	Technologie médicale	Anciennement Atrium Erste Europäische VV SE	3	Non disponible	Non disponible
Culture Commune SE	Belgique	31/07/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Donata Holding SE	Allemagne	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
EBD Erste Verwaltungsgesellschaft SE (Allemagne)	Allemagne	29/09/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
EBD European Business Development SE	Allemagne	17/10/2005	Conseil pour les affaires et la gestion	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
EBD Zweite Verwaltungsgesellschaft SE	Allemagne	29/09/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Elcoteq SE	Finlande	14/10/2005	Sous-traitance informatique	Transformation	7 450	Non	Projet de transfert vers le Luxembourg
Equipotential SE	Allemagne	12/10/2006	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Eurotunnel SE	Belgique	04/04/2006	Prestations liées à l'activité de fret	Filiale SE	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Fortis Intertrust Corporate Services SE	Pays-Bas	08/10/2006	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Galleria di base del Brennero BBT SE	Autriche	17/12/2004	Construction	Fusion	33	Non	Non disponible
GIS Europe SE	Pays-Bas	23/06/2006	Fourniture de moyens et outils d'achat	Fusion	54	Non disponible	Non disponible
Go East Invest SE	Allemagne	17/03/2005	Conseil	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Graphisoft Park SE	Hongrie	27/07/2005	Immobilier	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible

Nom de l'entreprise	État membre d'immatriculation	Date d'immatriculation	Secteur d'activités	Mode de constitution	Effectifs concernés par l'opération	Participation	Transfert de siège
Graphisoft SE	Pays-Bas	Non disponible	Immobilier	Transformation	253	Non disponible	Oui, transfert de siège en Hongrie (15/12/2005)
HIT International Trading SE	Allemagne	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Innovatis et cie	France	11/01/2007	Marchand de biens	Transformation	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Investimenti Belgiùm SE	Belgique	19/12/2005	Services financiers	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Joh. A. Benckiser SE	Allemagne	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Jura Management SE	Pays-Bas	28/03/2006	Transports	Transformation	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Lyreco CIE, SE	Slovaquie	08/10/2005	Commerce	Transformation	Non disponible	Non	Non disponible
MAN B&W Diesel Group	Allemagne	28/08/2006	Construction de moteurs	Transformation	Non disponible	Oui	Non disponible
MatMar SE	Autriche	01/02/2006	Alimentaire	Holding	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Media Corner SE	Belgique	14/12/2004	Services immobiliers	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
MDM Holding SE	Autriche	17/01/2007	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Minos 2005/01 Vermögensverwaltungs SE	Allemagne	05/12/2005	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Moselflug Business Establishment SE	Allemagne	30/03/2006	Maintenance des aéronefs	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
MPIT Structured Financial Services SE	Pays-Bas	08/10/2004	Services financiers	Filiale SE	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Netcon EZHZ SE	Slovaquie	26/05/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Plansee SE	Autriche	11/02/2006	Métallurgie	Transformation	1 341	Oui	Non disponible
Riga RE - SE	Lettonie	11/08/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
RPG Industries SE	Chypre	03/08/2006	Investissements industriel	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
SE Sampo Life Insurance Baltic	Estonie	02/01/2007	Assurances	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Sarpedon 2006/01 Vermögensverwaltungs SE	Allemagne	14/12/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Schering-Plough Clinical Trials SE	Royaume-Uni	22/02/2005	Secteur pharmaceutique	Filiale SE	Non disponible	Non disponible	Non disponible
SCS Europe SE	Pays-Bas	08/10/2004	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible

Nom de l'entreprise	État membre d'immatriculation	Date d'immatriculation	Secteur d'activités	Mode de constitution	Effectifs concernés par l'opération	Participation	Transfert de siège
SE TradeCom Finanzinvest	Autriche	31/12/2005	Services financiers	Transformation	3	Non disponible	Non disponible
Starplattan 39001 SE	Suède	11/11/2004	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Starplattan 39002 SE	Suède	11/11/2004	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Strabag Bauholding SE	Autriche	12/10/2004	Construction	Transformation	31 000	Qui	Non disponible
Sunshine-Invest SE	Belgique	10/10/2005	Services financiers et immobiliers	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Tetra Laval Finance & Treasury SE	Pays-Bas	20/10/2005	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Qui, transfert vers le Luxembourg puis les îles Caïmans où la société a ensuite été transformée en Ltd
Tetra Laval Capital SE	Pays-Bas	20/10/2005	Services financiers	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Qui, transfert vers le Luxembourg puis les îles Caïmans où la société a ensuite été transformée en Ltd
Tourism Real Estate Property Holding SE	Pays-Bas	29/09/2005	Secteur de la construction et de l'immobilier	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Tourism Real Estate Services Holding SE	Pays-Bas	29/09/2005	Secteur immobilier	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Viel et Compagnie-Finance SE	France	août-06	Services financiers	Transformation	Non disponible	Non disponible	Non disponible
World-Wide-Invest SE	Allemagne	01/06/2006	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
YSL Beauté Benelux SE	Belgique	06/07/2006	Cosmétiques	Fusion	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Espace économique européen							
DIAG Human SE	Liechtenstein	29/08/2006	Prestations de services dans le secteur immobilier	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Narada Europe SE	Norvège	10/04/2006	Commerce	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Prosafe SE	Norvège	02/02/2007	Extraction de matières premières	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible

Points de vue des organisations professionnelles

1. Réponses de l'AFEP au questionnaire sur la SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. L'efficacité de l'outil SE

La SE devrait en théorie permettre de simplifier l'organisation des groupes, notamment en remplaçant des réseaux de filiales par des succursales, ou d'éviter les montages complexes avec des holdings et des sous-holdings généralement implantées dans des États distincts. Cela étant, à ce jour, le principal atout de la SE est de permettre aux entreprises de s'afficher comme une société européenne (utile en termes d'image en particulier pour des sociétés cotées sur un marché américain) et de développer un esprit européen contribuant au dépassagement des clivages nationaux.

b. Les secteurs d'activités de prédilection pour la SE

A priori, la SE devrait pouvoir intéresser tous les secteurs d'activités : services, commerce, industrie. Toutefois, sa mise en œuvre apparaît plus aisée dans le secteur des services.

c. L'opportunité de la constitution d'une SE dans le secteur Banques/Assurances

Le recours aux succursales permet d'aboutir à des effets similaires.

d. La SE, un atout pour les sociétés cotées ? Pour leur gouvernance ?

La SE présente un atout pour les sociétés cotées essentiellement en termes d'image.

e. La SE et les OPA hostiles

La SE ne constitue pas un bouclier contre des OPA hostiles, et le droit français ne prévoit, à cet égard, aucune disposition spécifique pour la SE. Il convient toutefois de souligner qu'en théorie elle permet le transfert du siège social dans des pays qui ont une législation plus souple en matière de défense anti-OPA.

II. La création de la SE

a. L'attractivité des différentes modalités de constitution

Il est difficile d'affirmer par anticipation et de manière générale qu'une des modalités de constitution de la SE est plus intéressante et sera par conséquent plus utilisée qu'une autre. Cela dépend de l'organisation de chaque groupe, du nombre de filiales ou encore de leur répartition. Cela dépend également du droit national et du droit fiscal de chaque État ou encore des conséquences fiscales attachées aux différentes modalités de constitution. En termes d'affichage, il apparaît qu'un projet de fusion transfrontalière qui donne une véritable dimension européenne est plus porteur que la transformation d'une SA existante en SE.

b. La protection des actionnaires et des créanciers obligataires et non obligataires

En cas de transfert de siège, l'article L. 229-2 du Code de commerce, levant l'option de l'article 8-5 du règlement, permet aux actionnaires opposés au transfert de demander le rachat de leurs actions. L'obligation de racheter les actions des minoritaires équivaut à ce que la décision soit prise à une «unanimité de fait». Elle constituera, dans la plupart des cas, compte tenu du coût engendré par cette opération, un obstacle au transfert du siège de la société, ce qui va à l'encontre de la logique du règlement qui a souhaité permettre la mobilité des sociétés à l'intérieur de l'Union. De plus, cette disposition est particulièrement illégale puisque des actionnaires qui auront approuvé l'opération auront néanmoins la possibilité de demander *a posteriori* le rachat de leurs actions. Elle est par ailleurs imprécise, car on ne sait pas comment doit s'opérer ce rachat (offre publique de rachat?). Enfin, plus généralement, on peut se poser la question de savoir si le fait de changer de droit applicable au sein de l'Union européenne alors que les droits ont été largement harmonisés, doit permettre aux actionnaires de solliciter et d'obtenir le rachat de leurs titres. Une telle disposition semble contraire aux objectifs du Traité.

Les mêmes remarques s'imposent pour les porteurs de certificats d'investissement et les créanciers obligataires. S'agissant des obligataires, de nombreuses émissions étant réalisées à partir de certains États membres (Luxembourg notamment), on voit mal ce qui justifie le droit d'exiger le remboursement de leurs titres.

c. Le contrôle de la légalité

Le législateur français a choisi d'opérer un partage de compétence entre le notaire et le greffier. Le notaire, lors de la constitution de la SE par voie de fusion, devra contrôler la légalité de la fusion pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion et à la constitution de la SE et délivrer un certificat en attestant (article L. 229-3 du Code de commerce). Ces attributions nécessitent des connaissances techniques pointues auxquelles les notaires ne sont pas préparés. Une solution pourrait être de conférer ce contrôle de la légalité au juge commis au registre du commerce du lieu d'immatriculation de la SE.

En tout état de cause, il faut veiller à ce que l'autorité qui est chargée de ce contrôle de la légalité soit réellement en mesure d'y procéder en raison des conséquences éventuelles attachées à un manquement à ce contrôle (dissolution de la SE : article L. 229-3 II du Code de commerce).

d. La procédure de négociation concernant l'implication des travailleurs

Les entreprises regrettent que l'immatriculation de la SE soit subordonnée à la mise en place de modalités relatives à l'implication des travailleurs et non à l'ouverture des négociations à cet effet.

Les représentants des salariés français sont en effet parfois réticents quant à la mise en place de dispositifs de centralisation des instances de discussion.

Concernant les aménagements éventuels, les entreprises s'interrogent sur l'articulation des prérogatives du groupe spécial de négociation (GSN) mis en place dans le cadre de la constitution d'une SE et des instances éventuellement mises en place dans le cadre de la détermination des modalités relatives à l'implication des travailleurs avec celles du comité de groupe européen (lorsqu'il existe).

L'article L. 439-50 du Code du travail dispose que tout changement «dans la structure de l'entreprise, la localisation de son siège ou le nombre de travailleurs qu'elle occupe» susceptible d'affecter «substantiellement» la composition du comité de la SE ou les modalités d'implication des travailleurs définies par l'accord conclu par le GSN impose la convocation du GSN. La notion de changement «substantiel» mériterait d'être précisée afin que la procédure de négociation, compte tenu de sa complexité, ne soit engagée qu'à titre exceptionnel.

III. Le fonctionnement de la SE

a. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

Le législateur français ayant malheureusement levé l'option de l'article 7 du règlement, une SE immatriculée en France devra avoir les bureaux de son administration et de direction effective installés au lieu du siège social. Autrement dit, une SE ne pourrait avoir son siège social à la Défense et son administration centrale à Paris, ce qui constitue une rigidité excessive, dénuée de tout fondement et qui porte atteinte à l'attractivité de la SE.

b. L'opportunité des mécanismes de mobilité prévus dans le dispositif SE

La directive sur les fusions transfrontalières n'étant pas encore transposée en France et la directive sur le transfert de siège étant à l'état de projet, la SE reste attractive parce qu'elle permet la mobilité des sociétés à l'intérieur de l'Union au moyen de ces deux instruments.

c. La jurisprudence de la CJCE en matière de liberté d'établissement des sociétés

Les arrêts «Centros» et «Inspire Art» de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) consacrent le principe de la liberté d'établissement. Ainsi, le fait pour un ressortissant d'un État membre de constituer une société dans un État membre dont les règles de droit lui paraissent les moins contraignantes et de créer ensuite des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice dans un marché unique de la liberté d'établissement garantie par le Traité de Rome. La CJCE autorise par conséquent la dissociation du siège statutaire et du siège réel dans des États membres différents. Dans ces conditions, on ne voit pas

pourquoi la SE devrait obéir à des règles plus strictes et avoir obligatoirement son siège social et son administration centrale dans le même État et, pour la SE française, au même endroit. Il convient par conséquent de faire évoluer le règlement pour le rendre compatible avec la jurisprudence communautaire.

S'agissant du transfert du siège statutaire d'un État membre à l'autre sans avoir à procéder à une liquidation dans l'État membre d'origine, la SE est dotée de cet instrument législatif, ce qui constitue un des avantages de la SE en l'absence de la 14^e directive sur le transfert de siège.

d. Le «*Law Shopping*»

Si, en théorie, la SE peut favoriser le «*Law Shopping*», ce sont plutôt les problématiques fiscales ou de droit du travail, plus que de droit des sociétés ou de droit boursier, largement harmonisés, qui pourraient influer sur le choix d'implantation de la SE.

En conséquence, il est essentiel que le législateur français intègre davantage dans sa réflexion des éléments de droit comparé s'il veut que la constitution de SE en France soit compétitive.

S'agissant plus particulièrement des règles de responsabilité, d'abus de majorité et de gouvernance, celles-ci ne devraient pas pénaliser les SE françaises dans la mesure où il s'agit de règles protectrices des intérêts des actionnaires.

e. Le «*Tax Shopping*»

Il n'existe actuellement pas de régime fiscal spécifique à la SE, chaque État conservant une pleine compétence en matière d'imposition directe pour la taxation des activités présentes sur son territoire, dans le respect des principes fixés par le Traité. La SE en ce qu'elle permet la mobilité peut conduire les entreprises à identifier des types d'organisation permettant de réduire la charge d'impôt. Toutefois, l'activité transfrontalière, avec ou sans SE, reste confrontée à des frottements fiscaux importants (retenues à la source, risques de double imposition...).

L'attractivité fiscale demeure une notion nationale. Il est donc particulièrement important que la France dispose d'un régime fiscal compétitif, notamment en ce qui concerne le régime d'imposition des holdings (régime d'imposition des plus-values, des dividendes, TVA...).

f. L'impact en France de la mobilité des sociétés facilitée par le dispositif SE

Le transfert du siège dans un autre État membre est une décision lourde, difficile à mettre en œuvre, notamment pour les activités industrielles. Il est de ce fait peu probable qu'il soit utilisé à une grande échelle par les grands groupes. L'impact pour l'économie française – positif comme négatif – ne devrait donc pas être particulièrement sensible, tout au moins à court terme.

g. Le contrôle français du transfert de siège

Le législateur français a levé les options des articles 8-14 et 19 du règlement en donnant compétence au procureur de la République pour s'opposer à l'opération de transfert de siège d'une SE dans un autre Etat membre et pour s'opposer à l'immatriculation en France d'une SE constituée par voie de fusion (article

L. 229-4 du Code de commerce) lorsque l'intérêt public, au sens du droit communautaire, est en cause. On peut regretter que le législateur ait levé cette option qui introduit une lourdeur allant à l'encontre du principe de mobilité, ainsi qu'une incertitude juridique, car cette notion d'intérêt public n'est pas définie. De plus, il n'est pas prévu de recours contre cette décision d'opposition et on ne voit pas comment elle pourrait s'articuler avec l'indemnisation des actionnaires qui auraient demandé le rachat de leurs actions.

Il conviendrait de supprimer ce droit d'opposition du parquet ou à défaut de préciser les secteurs que les pouvoirs publics entendent soumettre à une autorisation spécifique quant à leur localisation sur le territoire national (défense nationale, armement...).

h. Les normes comptables

Ce sont les normes IFRS et le règlement qui en prévoit l'application – obligatoire ou facultative – qui facilitent la consolidation des comptes des grands groupes, et non le recours à la SE.

i. L'optimisation fiscale : CJCE «Marks & Spencer» (2005) et «Cadbury Schweppes» (2006)

Les arrêts mentionnés ne sont pas en eux-mêmes un moyen de favoriser l'optimisation fiscale en Europe, mais ont pour objet de s'assurer du respect des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination prévus par le Traité. En tant que tels, ils tendent à éliminer certains obstacles fiscaux aux activités transfrontalières tout en maintenant le droit pour les États membres de remettre en cause les situations constitutives d'abus. Le premier arrêt précise que les pertes subies par une filiale établie dans un État différent de celui de sa société mère peuvent s'imputer sur les bénéfices de la société mère dès lors que cela aurait été possible si la filiale et la société mère avaient été implantées dans le même État. Toutefois, les conditions d'application sont très restrictives et rendent en pratique quasiment impossible la compensation des pertes et des profits au sein de l'Union européenne. Des progrès doivent impérativement être réalisés dans ce domaine.

Le second arrêt a pour objet de préciser qu'un État ne peut appliquer sa législation anti-abus qu'en présence de montages purement artificiels.

S'agissant de l'optimisation fiscale en Europe, il convient de rappeler que les États membres se sont dotés d'un code de conduite en matière de fiscalité directe qui a abouti à la suppression de dispositions fiscales mises en place par certains Etats et considérées comme fiscalement dommageables par d'autres. Enfin, quasiment tous les États membres disposent de dispositifs internes anti-abus, qui permettent à l'État du siège de la société mère d'imposer les bénéfices des filiales bénéficiant d'un régime fiscal considéré comme privilégié (exemple : article 209 B du Code général des impôts).

IV. La problématique spécifique des fusions de SE déjà constituées à défaut de disposition prévue en ce domaine

Il convient de modifier le règlement pour prévoir cette possibilité. Une communication interprétative risque d'être source d'incertitude juridique.

V. L'implication des travailleurs, un facteur de dialogue social ?

Oui, sous réserve que le dialogue social ait atteint un certain degré de maturité, ce qui ne semble pas toujours le cas dans les entreprises françaises.

Contrairement à certains de leurs homologues européens (allemands, hollandais, danois, notamment), les représentants du personnel français voient dans ce type de structure une tribune dans laquelle ils feront valoir des revendications et non une instance de dialogue.

Les entreprises espèrent toutefois que la confrontation des approches et des positions dans ces instances transnationales (instances de dialogue propres à la SE, mais également comité d'entreprise européen) aura une vertu pédagogique.

VI. Évolutions et perspectives

a. La directive «Fusions transfrontalières des sociétés de capitaux» et le projet de directive sur le transfert de siège

Une fois ces instruments adoptés et transposés en droit interne, la SE n'aura de véritable intérêt que si elle est accompagnée d'un dispositif fiscal attractif qui peut s'envisager sous deux angles :

- Le premier concerne la fiscalité de la société elle-même : sur ce sujet, les entreprises de l'AFEP soutiennent les travaux en cours entre la Commission et les États membres en vue de s'accorder sur une base commune et harmonisée de l'impôt sur les sociétés, à la condition que cela permette d'aboutir à un régime fiscal compétitif pour toutes les sociétés en Europe. Toutefois, il ne faut pas méconnaître les difficultés techniques et politiques auxquelles un tel projet est par définition confronté. C'est pourquoi il est important que les États membres s'engagent dans un processus volontaire de convergence de leurs assiettes et des taux de l'impôt sur les sociétés (en les modérant) et que, par ailleurs, des progrès rapides soient réalisés pour supprimer les obstacles fiscaux à l'activité transfrontalière (élimination des doubles impositions sur les prix de transfert, prise en compte des pertes transfrontalières, mobilité des personnes...);
- Le second concerne la fiscalité des actionnaires : les retenues à la source sur dividendes versés par des SE à leurs actionnaires résidents de l'UE doivent être supprimées, quels que soient leur qualité et le pourcentage de détention. Le premier Etat membre qui décidera unilatéralement de la suppression de ces retenues à la source créera une très forte incitation à la localisation des SE sur son territoire.

b. Le droit communautaire des sociétés : déréglementation ou harmonisation approfondie ?

La Commission européenne, dans son plan d'action, a proposé une modernisation et une simplification des directives en droit des sociétés, avec un objectif de codification.

L'AFEP n'est pas favorable à la simplification et à la codification des directives en droit des sociétés pour les raisons suivantes :

- Il est douteux qu'une proposition de directive soumise à la procédure de codécision aboutisse réellement à une simplification, et ne conduise pas, au contraire, à l'ajout de nouvelles exigences, sous prétexte de modernisation ;

- Les directives ayant pour la plupart été transposées en droit interne, leur modification, même dans un but de simplification, supposerait de modifier aussi le droit interne ;
- Les émetteurs, qui sont les utilisateurs des normes, se réfèrent peu aux textes communautaires, mais plutôt à leur transposition dans le droit national, ce qui enlève un certain intérêt à la codification.

Après cinq années d'une intense activité législative tant en droit des sociétés que dans le domaine financier (directives « Transparence », « Abus de marché », « Prospectus »...), il apparaît nécessaire de faire une pause pour permettre l'achèvement des transpositions et l'assimilation de l'acquis. Dans ce contexte d'instabilité législative, les directions juridiques des entreprises constatent qu'elles passent de plus en plus de temps à faire de la veille législative et réglementaire, à vérifier si la société respecte correctement telle ou telle réglementation, au détriment du temps consacré aux métiers de l'entreprise.

L'AFEP souhaite donc que la Commission ne légifère que dans les domaines pour lesquels une action de l'Union européenne s'avérerait strictement nécessaire (directive sur le transfert de siège, société privée européenne, divulgation par les investisseurs de leur politique de vote).

c. Les améliorations du dispositif SE

Les difficultés ne viennent pas uniquement du règlement, mais de la « transposition » qui en a été faite, le législateur ayant malencontreusement retenu certaines options qui rendent la SE française peu compétitive. Ainsi :

- Le droit pour les actionnaires d'exiger le rachat de leurs titres et le droit pour les obligataires d'obtenir le remboursement de leur créance devrait être aménagé ou supprimé ;
- Le droit d'opposition du parquet devrait être supprimé ou précisé (quels sont les secteurs que les pouvoirs publics entendent protéger ?) ;
- La règle selon laquelle la SE doit avoir son siège statutaire et son administration centrale au même endroit doit être assouplie de manière que le règlement, conformément à la jurisprudence communautaire (arrêt « Centros »), permette la dissociation du siège statutaire et du siège réel dans des États membres différents ;
- La répartition des rôles entre le greffier du tribunal de commerce et le notaire apparaît comme une source de complexité. Le contrôle de la légalité de la fusion devrait être confié au juge plutôt qu'au notaire ;
- L'exigence d'un capital minimum de 120 000 euros devrait être assouplie ;
- À l'article L. 229-7 du Code de commerce, il convient de laisser aux statuts de la SE la possibilité de déterminer les catégories d'opérations qui doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil (cette disposition figurait dans la proposition de loi de M. Marini). Il s'agit, en effet, de rendre la SE française plus attractive en lui permettant de déterminer les catégories d'opérations soumises à autorisation en fonction de leurs besoins.

d. La SE, un modèle de gouvernance ?

Pas plus que la SA classique dont sont issues la plupart des règles de fonctionnement.

e. L'opportunité de mesures incitatives fiscales ?

Il est un point de progrès largement accessible à tout État membre et qui ne nécessite pas de recourir à l'unanimité : la suppression des retenues à la source sur les dividendes versés aux actionnaires de la SE. Une partie du chemin a été réalisée à l'occasion de la directive de 1990, révisée en 2005, sur les sociétés mères et filiales résidentes d'États membres différents. Mais cela reste largement insuffisant. Notamment, les personnes physiques ne sont pas concernées. L'élimination des retenues à la source sur les dividendes versés aux actionnaires d'une SE constituerait un progrès très significatif et un avantage donné aux entités constituées sous cette forme de SE en parfaite cohérence avec les principes qu'elle poursuit.

f. Un système fiscal *ad hoc* pour la SE ?

La création d'un régime fiscal communautaire spécifique à la SE n'apparaît pas approprié, même à titre expérimental.

g. L'opportunité du modèle de la SAS au niveau européen ?

Ce modèle est opportun.

h. La SE, un vecteur d'harmonisation ?

Ce n'est pas tant la SE que les instruments permettant la mobilité des sociétés qui entraîneront une concurrence entre États pour rendre leur droit le plus attractif et favoriser ainsi l'implantation des sociétés sur leur territoire.

i. Le bilan du droit communautaire des sociétés

Comme il a été indiqué *supra*, le droit des sociétés a été largement harmonisé et, après cinq années d'intense activité législative, il est nécessaire de faire une pause. Le commissaire McCreevy a lui-même fait état de cette lassitude réglementaire. Dans son discours du 16 novembre dernier, le commissaire a annoncé notamment une proposition de directive sur le transfert de siège au printemps prochain et une étude sur la société privée européenne. Cet objectif semble raisonnable et approprié.

2. Réponses du BDI au questionnaire sur la SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. L'efficacité de l'outil SE

Oui, le statut de la SE offre aux sociétés un outil valable d'adaptation à un environnement changeant. Il s'agit d'une option volontaire qui, selon le cas de chaque société, peut améliorer la compétitivité de cette dernière. Il n'ajoute pas de complications administratives pour les sociétés qui choisissent de ne pas l'utiliser. De plus, les sociétés choisissant la SE bénéficieront d'un «label» européen.

b. L'impact du volet social de la SE

La cogestion allemande pourrait entraver la fusion avec une société européenne pour constituer une SE. En cas d'échec des négociations entre une société allemande cogérée et une autre société concernant la nouvelle forme de cogestion, le seuil des 25 % de travailleurs pour qui les droits de cogestion les plus poussés seraient applicables serait substantiellement similaire au modèle allemand de cogestion.

II. La création de la SE

a. L'attractivité des différentes modalités de constitution

Sur la base des informations disponibles, nous pouvons conclure que la fusion et la transformation sont les options les plus attractives (respectivement dix et onze créations de SE par ces moyens). La création de filiales SE a été utilisée au moins cinq fois, et la création d'une holding, seulement une fois.

b. La création d'une SE *ex nihilo*

Cela mérite une analyse, mais il semble que ce serait la bonne méthode pour réduire les coûts de constitution d'une SE.

c. La protection des actionnaires et des créanciers obligataires et non obligataires

Dans la mesure où les droits des actionnaires n'ont pas été abordés par le règlement, l'article 9-1-c)-ii) dispose que le droit national est applicable. Nous ne sommes pas très satisfaits de l'idée, la culture du contentieux des actionnaires étant très développée en droit allemand (articles 131, 243 du German Stock Companies Act).

d. Le contrôle de la légalité

Ces règles de procédure sont compliquées. Néanmoins, du point de vue des créanciers et des actionnaires, il doit y avoir des possibilités légales de contrôler la qualité d'actionnaires entrants dans une SE.

e. La procédure de négociation concernant l'implication des travailleurs

En Allemagne, l'obtention de l'approbation des salariés des sociétés est obligatoire pour la constitution d'une nouvelle SE. Cela peut être difficile pour la direction, mais il est nécessaire de motiver le personnel autour de la nouvelle structure et de dissiper ses craintes.

f. Le registre européen des SE voire des entités européennes

Un registre européen de toutes les SE en Europe pourrait être intéressant. Comme première étape, il pourrait être recommandé de solliciter les gouvernements nationaux européens à propos de leur expérience avec les nouvelles SE. En Allemagne, nous avons un nouveau registre électronique pour toutes les sociétés cotées depuis début 2007. Vous pouvez y accéder pour plus d'information. L'adresse est la suivante : www.unternehmensregister.de.

III. Le fonctionnement de la SE

a. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

Le fait que le système de référence soit adossé aux droits nationaux réduit de manière claire et significative l'attractivité de la SE. C'est l'aspect le plus disusif du statut. Cette approche n'a pas de futur !

b. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

En 2007, la Commission européenne va publier sa proposition de nouvelle directive relative au transfert de siège des sociétés de capitaux. Le BDI soutient cette initiative vigoureusement, car nous sommes convaincus que nous devons accroître la mobilité des sociétés. Cela pourrait être une occasion de localiser le meilleur environnement de production, fiscal et juridique.

c. La jurisprudence de la CJCE en matière de liberté d'établissement des sociétés

Elle exerce une importante pression sur les systèmes nationaux dans le sens d'une adaptation du nouvel environnement concurrentiel, avec des sociétés plus mobiles.

d. La proposition allemande d'abandonner au niveau communautaire la théorie du siège réel au profit de la loi d'incorporation

Nous apprécions cette évolution.

e. Le «*Law Shopping*»

Dans le cadre de la jurisprudence de la CJCE, nous préférerions ne pas utiliser les termes de «*Law Shopping*». La mobilité des sociétés fait partie de notre credo. La CJCE transforme les quatre libertés du Traité en réalité pour les personnes et pour les sociétés. C'est une évolution que nous ne pouvons que soutenir.

Nous ne croyons pas que nous assisterons à une course aux conditions minimales, mais plutôt à une course aux meilleures conditions afin de perdurer en tant que société. Les systèmes juridiques nationaux ont senti une pression pour davantage de mobilité pour les sociétés. Dans de nombreux États membres, il y a une volonté de réformer les formes traditionnelles de société (France, Pays-Bas, Allemagne...). Cela ne comporte que des avantages pour la compétitivité des entreprises européennes à un niveau international en particulier, et de l'Europe dans l'ensemble. La concurrence entre les pays membres de l'Union européenne sur le plan juridique est un fait. Cela ne dérive pas de la loi ou d'une juridiction européenne, mais découle de la recherche du régime juridique le plus utilisé et le plus confortable. Pour un entrepreneur allemand, il pourrait même être préférable de choisir une forme sociale allemande plutôt qu'étrangère, en raison de la langue ou d'une meilleure compréhension de notre propre droit national.

IV. Évolutions et perspectives

a. L'harmonisation du droit communautaire des sociétés

Nous considérons qu'il y a un vrai besoin pour les sociétés d'un statut de société privée européenne et pour la 14^e directive relative au transfert transfrontalier du siège social !

b. La directive «Fusions transfrontalières» et le projet de directive sur le transfert de siège

Nous avons la conviction que la 10^e et la 14^e directive offriront bien plus de possibilités aux sociétés en Europe que la SE. La SE n'est pas applicable à toutes les tailles de société. Par conséquent, nous espérons que la nouvelle société privée européenne comblera ce manque pour des sociétés de taille plus modeste. Par ailleurs, nous avons confiance dans les prises de position de la CJCE.

c. L'amélioration du dispositif de la SE

Un processus de convergence dans le domaine des dispositions de droit relatives à l'insolvabilité ou des systèmes de protection des créanciers viendra, bien plus probablement, des décisions de la CJCE consécutives à la décision Inspire Art.

d. La SE, un modèle de gouvernance ?

Non, la SE est une forme européenne de société anonyme nationale.

3. Réponses de la CBI au questionnaire sur la SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. L'efficacité de l'outil SE

La CBI soutient le concept de société européenne (SE) et reconnaît qu'elle pourrait présenter des atouts potentiels, notamment pour des multinationales, grâce à la simplification des méthodes comptables, la réduction des coûts administratifs et la possibilité de fusions transfrontalières.

Bien qu'il soit possible de constituer une SE au Royaume-Uni depuis le 8 octobre 2004, nos membres ont fait preuve d'un enthousiasme très limité par rapport à cette possibilité. À notre connaissance, une seule SE originaire du Royaume-Uni a été constituée, et cela dans un but très spécifique. Les réponses que nous avons reçues indiquent que les sociétés britanniques, malgré leur intérêt pour cette structure, ne seront pas attirées par l'utilisation de la SE tant que les problématiques fiscales et celles relatives à la participation du personnel n'auront pas trouvé de solution acceptable.

La complexité juridique est un autre facteur dissuasif. La SE a été présentée comme un instrument permettant des réductions de coûts significatives aux niveaux administratif et juridique en évitant la mise en place d'un réseau complexe de filiales régies par des lois nationales différentes (longue et financièrement coûteuse sur le plan administratif). Néanmoins, le degré élevé de flexibilité laissé en matière de transposition dans les États membres du dispositif SE a donné le jour à tellement de versions locales différentes qu'il devient nécessaire d'être au fait de toutes les variantes des conditions légales nationales dans tous

les États membres. Une bonne illustration de ce problème est le lieu du siège réel et du siège social. Au Royaume-Uni, le siège réel de la SE et son siège social ne sont pas obligatoirement au même endroit, ce qui n'est pas le cas dans tous les États membres.

II. La création d'une SE

a. L'attractivité des différents modes de constitution

Nous ne pouvons pas déterminer lequel des quatre modes de constitution d'une SE est le plus attractif en raison de l'expérience très réduite au Royaume-Uni. L'unique SE britannique a été constituée par voie de création d'une filiale SE.

b. La création d'une SE *ex nihilo*

La possibilité de constituer une SE *ex nihilo*, selon nous, ne serait pas un facteur de succès pour les raisons évoquées ci-dessus.

c. La protection des actionnaires et des créanciers obligataires et non obligataires

Aux termes du *European Company Public Limited Liability Regulation* britannique, lorsqu'une SE projette de transférer son siège social dans un autre État membre, les administrateurs de la SE ont l'obligation d'établir une déclaration de solvabilité, en d'autres termes de déclarer que la SE a la capacité d'honorer ses dettes pendant les douze prochains mois afin de s'assurer que les intérêts des créanciers sont convenablement protégés.

d. La procédure de négociation concernant l'implication des travailleurs

Les réponses provenant de nos membres indiquent que les dispositions obligatoires relatives à l'implication des travailleurs sont un obstacle à l'adoption de la SE. L'implication des travailleurs dans les sociétés n'est pas un concept traditionnel dans les relations du travail au Royaume-Uni. La réglementation rend obligatoire des négociations préalablement à la création d'une SE, et cette période de négociation obligatoire constitue un obstacle, même lorsque la participation finale des travailleurs n'est pas exigée par la loi.

III. Le fonctionnement de la SE

a. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

Le degré élevé de la flexibilité laissée aux États membres dans la transposition du règlement de la SE a donné le jour à de nombreuses variantes nationales. Par conséquent, il devient nécessaire d'être au fait de toutes les variantes nationales dans tous les États membres. Cela constitue un obstacle de plus à une adoption plus large de la SE.

b. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

L'expérience britannique tend à démontrer que l'approche basée sur la théorie de la loi d'incorporation favorise la flexibilité et la mobilité des sociétés. La loi britannique n'exige pas qu'une SE constituée au Royaume-Uni ou formée par des entités britanniques ait son siège réel et son siège social au même lieu.

c. Le «*Law Shopping*»

La CBI soutient les mesures tendant à mettre en concurrence les divers systèmes de droit des sociétés entre les États membres dans l'intérêt des sociétés. La jurisprudence récente de la CJCE a contribué à la mobilité transfrontalière dans le domaine des constitutions. L'augmentation de la création d'entreprises étrangères au Royaume-Uni en résultant indique que l'activité économique est attirée par un régime ayant adopté une approche moins rigide.

IV. La problématique spécifique des fusions de SE déjà constituées à défaut de disposition prévue en ce domaine

La CBI ne peut faire de commentaires à cet égard en raison de l'expérience très limitée de la SE dans cette juridiction.

V. La problématique fiscale

Nos membres affirment de manière homogène que l'absence d'avantages fiscaux pour la SE constitue un frein majeur à l'adoption de cette forme sociale par les sociétés britanniques.

VI. Évolutions et perspectives

a. L'harmonisation du droit communautaire des sociétés

L'opinion générale de la CBI sur les stratégies de l'Union européenne en matière de droit des sociétés a été résumée dans sa réponse à la consultation *Future Priorities for the EU Action Plan on Modernising Company Law* :

- La CBI soutenait, dans le principe, les principaux objectifs du plan d'action afin d'améliorer l'efficacité et la compétitivité des sociétés de l'Union européenne et dans le but de renforcer les droits des actionnaires et la protection des tiers;
- Plus d'attention devrait être accordée aux bonnes pratiques comme alternative dans les domaines où il est nécessaire d'agir, et le principe de « mieux légiférer » devrait être suivi ; et
- Les principes devraient avoir la primauté sur les règles, et l'expérience a montré que la compétitivité est favorisée par les mesures les moins normatives.

b. Les améliorations du dispositif SE

Nous n'anticipons pas de changement significatif dans l'intérêt suscité par la SE sous sa forme actuelle. Une résolution positive des problématiques fiscales et d'implication des travailleurs pourrait introduire un changement, dans la mesure où l'adoption d'une forme sociale simplifiée présenterait un attrait particulier pour les sociétés et des multinationales. Néanmoins, la fiscalité et l'implication des travailleurs ne sont pas les seuls obstacles. Comme indiqué précédemment, les dimensions nationales découlant de la flexibilité de mise en œuvre ont ajouté une dose de complexité juridique, et ces variantes locales peuvent constituer des obstacles en elles-mêmes, par exemple le fait que certains États membres exigent des SE qu'elles conservent leur siège réel et leur siège social au même endroit.

La CBI ne considère pas davantage d'harmonisation en soi comme une priorité ; nous soutenons les mesures qui favorisent la compétitivité des sociétés européennes dans l'ensemble, et un régime basé sur des grands principes, ainsi que sur le principe «se conformer ou s'expliquer» («*comply or explain*»), plutôt que sur des mesures réglementaires normatives. Nous nous réjouissons du fait que l'accent ait été mis, dans l'Union européenne, sur la simplification et la modernisation. À nouveau, pour citer notre réponse à la consultation sur le plan d'action :

Nous préférerions voir plus d'attention accordée aux véritables problèmes posés par les directives existantes. Les directives existantes devraient répondre aux mêmes critères économiques et de meilleure réglementation que les nouvelles directives. Des incohérences peuvent résulter de compromis politiques dus à des différences de droits nationaux des sociétés des États membres, et par conséquent se révéler insolubles, alors que des différences peuvent également faire l'objet d'ajustements par les législations nationales. Dans les deux cas, les sociétés se sont sans doute adaptées à la situation existante et des changements pourraient en réalité engendrer plus de coûts que d'avantages. Aucun de ces deux aspects ne devrait être une condition préalable à des mesures de l'Union européenne.

À l'opposé, toute proposition devrait clairement identifier les problèmes réels, fixer des objectifs précis afin de traiter le problème de manière à s'assurer que le cadre du projet est strictement limité à la simplification, puis procéder à l'analyse des solutions potentielles avec une évaluation correcte des effets. Deux des domaines dans lesquels une simplification serait la bienvenue seraient la 2^e directive sur le droit des sociétés, et les effets de récentes évolutions en matière de comptabilité, qui ont eu une incidence sur les bénéfices distribuables des sociétés.

Un autre domaine concerne les dernières évolutions du plan d'action services financiers, qui empiète par endroits sur le droit des sociétés, où la frontière entre les deux a parfois été inutilement confondue, en particulier dans la directive relative à la transparence. Un principe simple à retenir pour les législateurs dans le futur pourrait être de s'occuper des prospectus via la réglementation des valeurs mobilières dans le cadre de la procédure Lamfalussy, et le rapport annuel et d'autres rapports intermédiaires via le droit des sociétés ou les méthodes comptables.

Notre expérience relative à la dernière proposition de la Commission consistant à légiférer dans le domaine du droit privé international dans le cadre de la proposition de réglementation des contentieux de droit contractuel transfrontalier («Rome I») ne nous encourage pas à soutenir les demandes de législation additionnelle dans le domaine du droit international privé afin de trancher des litiges de droit des sociétés. Le processus Rome I à ce jour n'a servi qu'à démontrer l'inutilité de l'action politique dans un traitement efficace de problématiques essentiellement commerciales, au détriment potentiel de l'activité économique européenne.

c. La SE, un vecteur d'harmonisation et un modèle de gouvernance ?

Nous ne considérons pas que le statut de la SE ait été très utile dans la pratique jusqu'à présent et, par conséquent, nous ne le voyons pas comme un modèle de gouvernance ni un vecteur d'harmonisation pour d'autres législations nationa-

les. De plus, nous voyons les mêmes problèmes qui ont contribué au manque de popularité de la SE surgir dans la proposition de société privée européenne.

Un ou deux de nos membres considèrent que la création d'une nouvelle forme de société privée au niveau de l'Union européenne pourrait, en théorie, avoir des avantages en termes de facilités à la réalisation de certaines activités transfrontalières, par exemple la création de sociétés dont l'activité touche un certain nombre d'Etats membres de l'Union européenne, ou la création de sociétés holdings pour des activités à travers l'Union européenne dans le cadre de restructurations. Ces membres estiment que la création d'une nouvelle forme sociale serait moins confuse qu'une «demi-mesure» telle que l'adoption d'une loi-type pour une société privée européenne, qui pourrait être appliquée de manière non cohérente par les États membres et ne pas lui donner le caractère certain de la création d'une nouvelle forme sociale. Néanmoins, en pratique ils considèrent que la réglementation européenne ne pourra atteindre que de manière limitée l'objectif d'une forme sociale largement répandue et uniforme au niveau communautaire, dans la mesure où des aspects tels que la comptabilité, la fiscalité et les lois et réglementations relatives à l'insolvabilité resteraient dans la compétence des États membres. Les incohérences entre États membres perdureraient inévitablement, ce qui enlèverait une bonne partie des fondements de l'introduction d'une nouvelle forme de société.

4. Réponses de la CCIP au questionnaire sur la SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. L'efficacité de l'outil SE

L'existence d'un corps de règles communautaires s'appliquant uniformément, quelle que soit la localisation du siège des différentes SE d'un groupe, constitue un élément de simplification; en ce sens, la SE s'inscrit dans une logique de compétitivité de l'Europe.

Dans des secteurs bien précis (cf. question suivante), des opérations de restructuration et de transformation de filiales en succursales devraient permettre de faciliter le pilotage des groupes transfrontaliers et de réduire leurs coûts de fonctionnement. Toutefois, le recours aux succursales plutôt qu'aux filiales peut avoir des effets pervers en termes de «remontées» de responsabilité et n'est pas nécessairement recherché par tous les groupes (le choix des filiales permet une plus grande responsabilisation des structures locales autonomes et donc une incitation forte à développer l'activité et le chiffre d'affaires).

b. Les secteurs d'activités de prédilection pour la SE

Les groupes du secteur de la banque et de l'assurance, dont les activités variées se déplient dans toute l'Union, doivent aujourd'hui composer avec les règles applicables en matière de ratios prudentiels et les exigences comptables spécifiques à leur activité. Ils peuvent donc être tentés de transformer leurs filiales en succursales, de manière à ne plus avoir à gérer la multiplicité des droits nationaux; en ce sens et pour cette problématique particulière, la SE peut s'avérer utile.

Pour en savoir plus, une brève enquête auprès des SE d'ores et déjà créées dans ce secteur donnerait des indications intéressantes.

II. La création de la SE

a. L'attractivité des différents modes de constitution

Il semble que la voie de la transformation d'une société existante ayant au moins une filiale dans un autre État membre soit dominante, parmi les SE que l'on peut aujourd'hui recenser. Il s'agit, en fait, de la voie la plus simple puisqu'elle consiste en une réorganisation interne, pouvant être réalisée en quelques mois. Les autres modes de constitution sont plus lourds et nécessitent davantage de temps, notamment du fait de l'obligation de mettre en place une négociation sur la participation des travailleurs dans la future SE.

Sur cette question également, l'enquête pourrait se révéler fort utile.

b. La constitution d'une SE *ex nihilo*

Cette évolution rendrait assurément la SE plus accessible, mais elle serait loin d'être suffisante pour satisfaire à l'ensemble des besoins des acteurs économiques et, notamment, des PME.

c. La protection des actionnaires et des créanciers obligataires et non obligataires

Le législateur français (loi Breton du 26 juillet 2005) a levé plusieurs options peu libérales :

- L'option a ainsi été retenue d'instaurer un droit d'opposition à la fusion et au transfert de siège, attribué au procureur de la République ainsi qu'à d'autres organismes comme l'AMF. Ce droit d'opposition est fondé sur l'intérêt public, ce qui peut paraître très large...
- Il en est de même pour l'option d'instituer un droit d'opposition des actionnaires minoritaires en cas de transfert de siège, qui ne manquera pas d'augmenter le coût de l'opération.

d. Le contrôle de légalité

Le double contrôle des opérations de fusion (greffier, notaire), introduit par le législateur français, apparaît comme une rigidité. Par comparaison, notons qu'une seule autorité suffit en Belgique (notaire), aux Pays-Bas (notaire), au Royaume-Uni (High Court), en Espagne (officier responsable du registre du commerce) et en Allemagne (tribunal compétent).

e. Le registre européen des SE voire des entités européennes

Il serait tout à fait utile de créer un registre européen d'immatriculation des différentes entités européennes.

Ce qui est inquiétant, c'est que cette question est à l'ordre du jour au niveau européen depuis longtemps... Pourquoi n'a-t-elle jamais abouti ?

III. Le fonctionnement de la SE

a. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

En 1970, l'harmonisation était un projet beaucoup plus facile à réaliser entre six États membres qu'aujourd'hui à vingt-cinq.

Les larges renvois aux droits nationaux font que la SE ne peut être apparentée à une forme sociale réellement « supranationale ». Si l'effet de simplification apporté par la SE n'en est pas pour autant anéanti, il demeure limité et ce système – qui fait de la SE une société « hybride » – vient, bien évidemment, renforcer la logique de « *Forum Shopping* ».

b. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

Compte tenu de l'importance des enjeux pratiques en matière de mobilité des sociétés au sein du marché intérieur, l'exigence d'une coïncidence entre siège social et siège réel a très certainement un effet négatif sur l'attractivité de la SE, cela à l'aune de la jurisprudence libérale de la CJCE (arrêts « *Centros* », « *Überseering* » et « *Inspire Art* »).

c. L'impact de la jurisprudence de la CJCE sur la liberté d'établissement des sociétés

Le manque de libéralisme qui caractérise les entraves à la mobilité de la SE (multiplicité des droits d'opposition, exigence d'une coïncidence entre siège réel et siège statutaire) sont à contre-courant de la jurisprudence de la CJCE.

Aujourd'hui, des solutions plus现实和 pragmatiques devraient être envisagées (cf. système de la loi d'incorporation).

Il est évident que cette jurisprudence, *a priori* bien établie, de la CJCE affecte sensiblement – voire remet radicalement en cause – la théorie du siège réel.

d. La proposition allemande d'abandonner au niveau communautaire la théorie du siège réel pour la loi de l'incorporation

Il s'agit de réagir – *a priori* légitimement – à une pratique de plus en plus fréquente, entérinée par les décisions de la CJCE : la « fuite » des créations d'entreprises vers des pays proposant une réglementation plus favorable ou moins contraignante (notamment le Royaume-Uni, cf. question suivante).

Dans le contexte d'un marché unique compétitif, les concepts juridiques doivent s'adapter à la réalité économique. En effet, il peut exister aujourd'hui un défaut manifeste de corrélation, du point de vue des créateurs d'entreprise, entre leur pays d'origine, celui de la création de la structure et celui où l'activité est effectivement déployée.

e. L'immatriculation des sociétés au Royaume-Uni et aux Pays-Bas

D'après un article paru dans le *Financial Times* en octobre 2006, des enquêtes récentes ont révélé que plus de 30 000 entreprises allemandes seraient immatriculées au Royaume-Uni, pour bénéficier du statut de la « *Limited Company* ».

Pas d'information sur les Pays-Bas.

f. Le «*Law Shopping*»

Il est indéniable que les évolutions récentes du droit communautaire des sociétés tendent à favoriser le «*Law Shopping*».

Chaque État membre a désormais pour objectif d'accroître la compétitivité de son système juridique pour attirer les acteurs économiques et les investisseurs sur son territoire. Les rapports de la Banque mondiale et les classements rendus publics des pays les plus compétitifs (rapports «*Doing business*») n'ont fait qu'attiser ce phénomène.

Au titre des avantages, on notera que le phénomène de compétition des systèmes juridiques tend à encourager des efforts toujours plus prononcés dans le sens de la simplification et de la souplesse, qui sont des besoins clairement identifiés des opérateurs économiques. En ce sens, le résultat d'un éventuel «effet Delaware» serait plutôt positif. Attention, toutefois, à ne pas basculer dans un «dumping juridique» qui conduirait à déréglementer à l'excès, au détriment de la protection de certains intérêts légitimes (créanciers, tiers...). Jusqu'à présent, il faut saluer la Commission européenne qui a toujours veillé à ne pas franchir cette limite.

g. L'attractivité du droit français

On ne peut que constater le manque de libéralisme de notre législateur s'agissant des SE françaises (sous réserve de la liberté contractuelle accordée aux SE ne faisant pas appel public à l'épargne en matière de relations entre actionnaires, clairement inspirée du régime de la SAS).

Pour accroître l'attractivité de notre territoire, on aurait pu profiter de l'arrivée de la SE pour modifier certains aspects de notre droit des SA, notamment en admettant les SA unipersonnelles (qui existent dans de nombreux pays voisins) ou en prévoyant une plus grande souplesse des conventions réglementées.

Mais, en tout état de cause, à partir du moment où la SE peut faire appel public à l'épargne, il est nécessaire de maintenir un certain nombre de règles strictes.

IV. La problématique fiscale

a. Le «*Tax Shopping*»?

Les possibilités de *Tax Shopping* sont très limitées en l'absence de statut fiscal de la SE.

b. CJCE «*Marks & Spencer*» (2005) et «*Cadbury Schweppes*» (2006)

Les deux arrêts rendus par la CJCE poussent à une coordination des politiques fiscales en Europe et invitent les États membres de l'Union à travailler ensemble pour assurer une clarté juridique aux sociétés opérant au sein du marché intérieur.

Si la SE était dotée d'un statut fiscal, devenant ainsi un sujet fiscal européen à part entière, il ne serait pas nécessaire de se mettre sous le couvert de la jurisprudence de la CJCE qui reconnaît, dans ces deux arrêts, le principe de consolidation ou de localisation dans un pays à fiscalité privilégiée.

c. Le projet ACCIS

La CCIP participe à travers Eurochambres au débat sur l'évolution de la fiscalité des entreprises dans le marché intérieur et en particulier sur la mise en place d'une base imposable consolidée dans l'Union européenne pour l'imposition des bénéfices (ACCIS).

La CCIP souhaite, pour que la nécessaire concurrence fiscale puisse s'exercer dans la plus grande transparence, que les développements futurs du processus de coordination des politiques fiscales dans l'Union européenne aboutissent à un rapprochement rapide des bases, assiettes et pratiques de la fiscalité des entreprises, et en particulier, de l'impôt sur les sociétés.

En mettant en place de nouvelles pistes et notamment la création d'une base commune consolidée d'impôt sur les sociétés, la Commission européenne rejoint pleinement les préoccupations de la CCIP.

d. Les mesures incitatives fiscales

Sans parler d'incitation fiscale, l'absence de pénalisation fiscale (non-imposition des plus-values latentes en cas de fusion de sociétés ou de déplacement du siège de la SE) serait un élément favorable à l'adoption de la SE en France.

V. Évolutions et perspectives

a. Le droit communautaire des sociétés

Schématiquement, deux principaux apports peuvent être soulignés :

- D'une part, l'importance donnée à la sécurité financière des épargnants, dans la lignée de la loi américaine Sarbanes-Oxley ;
- D'autre part, la construction d'une véritable doctrine du gouvernement d'entreprise.

En filigrane de ces deux évolutions, l'impératif de transparence est toujours présent, mais attention à ne pas tomber dans l'excès à cet égard : la multiplication des exigences formelles imposées aux entreprises (parfois sans différenciation selon leur taille, ce qui est critiquable) a un coût non négligeable qui pourrait altérer la compétitivité.

b. Le bilan du droit communautaire des sociétés

La SE étant destinée aux grandes structures faisant éventuellement appel public à l'épargne, une structure complémentaire adaptée aux besoins des PME devrait être instaurée : la société privée européenne (SPE), structure facilement accessible, souple et beaucoup plus autonome que la SE par rapport aux législations nationales.

c. L'opportunité d'une harmonisation plus poussée du droit des sociétés

L'adoption du projet de 14^e directive sur les transferts de sièges sociaux est attendue par les opérateurs économiques.

d. Les règles de droit international privé en droit communautaire des sociétés

Que vise-t-on ? En matière contractuelle, un projet de règlement est en cours de discussion au Parlement européen pour communautariser la convention de Rome de 1980.

e. La directive «Fusions transfrontalières des sociétés de capitaux» et la proposition de directive «Transfert de siège»

Une fois transposée la directive «Fusions» et adoptée celle sur le transfert de siège, restera-t-il un intérêt pour la SE ? N'a-t-elle vocation qu'à avoir une utilité temporaire, dans l'attente de l'effectivité de ces deux textes ?

La réponse n'est peut-être pas si simple et, en tout état de cause, on pourra toujours arguer que la SE garde l'avantage d'un label (partiellement) européen.

f. Les améliorations du dispositif SE

Certainement (cf. ci-dessus), mais il semble extrêmement difficile de revenir sur le caractère hybride, source de complexité, et sur une certaine rigidité qui tiendra toujours au fait que la SE peut faire appel public à l'épargne. Or, on sait que les entreprises ont avant tout besoin de souplesse...

g. La SE, un modèle de gouvernance ?

Il est difficile de répondre à cette question, mais l'exemple d'Allianz est toutefois intéressant : tout en conservant le système dualiste en vigueur en Allemagne, Allianz a annoncé souhaiter profiter de la disposition du règlement SE permettant de déterminer, dans les statuts, la taille des conseils de surveillance. En diminuant sensiblement le nombre des membres de son conseil, c'est l'efficacité des processus de décision qu'Allianz a entendu accroître.

h. La SE, un vecteur d'harmonisation ?

La première étape – déjà loin d'être évidente – serait que la SE apparaisse comme un vecteur d'harmonisation des droits nationaux des sociétés.

5. Extraits de la contribution du CSN

I. Le notaire et la société européenne

La libre circulation des personnes et des biens est un des principes fondamentaux de l'Union européenne. Si cette mobilité intracommunautaire ne présente pas de difficulté quant à la reconnaissance juridique de la personne physique, il n'en est pas de même pour la personne morale. La création de la société européenne (SE) constitue, outre un enjeu économique fort pour les grandes entreprises, une «percée en matière de mobilité internationale des sociétés». Une conception commune de l'outil juridique européen était indispensable pour favoriser la libre circulation de ces personnes morales nouvelles sur le territoire de l'Union.

Les institutions européennes ont donc jugé nécessaire de concevoir un outil juridique performant, identifiable et repérable par tous les sujets de droit des États de l'Union européenne. Deux textes législatifs européens, le règlement CE n° 2157/2001 du Conseil et la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001

ont défini la notion de SE et, par la suite, les modalités de contrôle des opérations de transfert de siège, de constitution et de fusion. Ce contrôle a pour but d'assurer la sécurité juridique et de respecter l'ordre public. Il est la contrepartie nécessaire et indispensable à la confiance que chaque État accorde à un autre État membre. [...]

L'État français a considéré que cette mission ne pouvait être confiée aux greffiers des tribunaux de commerce. En effet, il ne s'agit pas ici de pratiquer un simple enregistrement, mais d'exercer une mission spécifique de contrôle d'une opération complexe.

C'est donc en sa qualité d'officier public investi d'une prérogative de puissance publique que le notaire assure les contrôles de légalité que l'État lui a confiés.

II. L'intervention du notaire pour exercer le contrôle

Il est utile de rappeler que les instances de la profession sont d'ores et déjà intervenues à l'effet d'assurer que tout notaire sera à même d'exécuter le contrôle exigé.

A. Information de la profession par le Conseil supérieur du notariat

Le Conseil supérieur du notariat a communiqué auprès des notaires en deux étapes.

Dans un premier temps, notre direction des affaires juridiques a commenté, dans un supplément à la revue *Droit et Patrimoine* (n° 141, octobre 2005), la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie et notamment les dispositions relatives à la SE. Cette note a également été diffusée sur le site Intranet des notaires de France.

Dans un second temps, en juillet 2006, l'un de nos instituts de développement, l'Institut notarial de l'entreprise et des sociétés (INES), a réalisé un guide à l'attention des notaires de France. Ce guide rappelle le rôle attribué au notaire et présente notamment la méthode à suivre et les moyens à mettre en œuvre pour réaliser le contrôle de légalité. Il sera prochainement mis en ligne sur le site Intranet des notaires de France.

B. Application des règles relatives à la société européenne dans les autres États membres de l'Union

Le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) a fait valoir les compétences de ses membres et son organisation au plus haut niveau des institutions européennes, ce qui lui permet d'être un « interlocuteur utile » afin de rendre plus sûre et plus efficace l'application des divers principes contenus dans le « plan d'action » sur la modernisation du droit des sociétés dans l'Union européenne. C'est pourquoi il a été associé à l'élaboration des textes tant sur la SE que sur les fusions transfrontalières.

Nombre d'États membres (notamment l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, l'Italie, les Pays-Bas) ont réservé ce contrôle au notariat. Certains ont d'ailleurs eu l'occasion de préciser en quoi le notaire était le plus efficace et le plus à même de réaliser cette mission.

III. La création d'un registre européen des sociétés

Depuis plusieurs années, les organisations notariales des États dans lesquels les notaires sont chargés de tenir les registres des testaments poursuivent l'objectif de mettre en réseau ces registres sous la forme d'un réseau européen des registres des testaments (RERT). Un tel réseau lierait tous les registres nationaux, afin de simplifier la recherche et la constatation des dernières volontés du défunt. Un projet pilote entre la France et la Belgique a été mené et a fourni des résultats positifs.

En France, le registre du commerce et des sociétés est tenu en principe au greffe du tribunal de commerce. Doivent notamment s'y faire immatriculer, sur leur déclaration, les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, les sociétés et les groupements d'intérêt économique ayant leur siège en France.

Rappelons que les notaires qui rédigent un acte comportant pour les parties intéressées «une incidence quelconque en matière de registre» sont tenus, sous leur responsabilité, «de procéder à toutes les formalités correspondantes» (D. 30 mai 1984, art. 27-2°). La formulation générale de l'article 27-2° englobe notamment les actes de vente, partage, location-gérance de fonds de commerce, etc.

Le registre du commerce existe dans la plupart des États de droit continental (Allemagne, Belgique, Danemark, France, Luxembourg, Pays-Bas, Espagne). Il est cependant inconnu dans les pays de *Common Law* qui, en principe, ne connaissent pas la dualité du droit civil et du droit commercial. L'Angleterre connaît toutefois, pour les sociétés, un enregistrement équivalent au *Companies Registry*.

Tout en maintenant les procédures nationales d'inscription, il serait opportun de réfléchir également à la mise en place d'un réseau européen des registres des sociétés à vocation déclarative et informative.

Cette réflexion s'impose d'autant plus que la création d'un registre européen du commerce semble très difficile à mettre en œuvre. Elle a été suggérée, du moins en matière de sociétés, dès les années 1960 (V.J. Rault, *Le Statut européen des sociétés, le registre européen du commerce : annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1960, p. 93s. – Voir plus récemment, V. Giannella, *La Dimension communautaire : le registre du commerce européen*, Gaz. Pal., 1994, 1, chron. p. 111). Cette proposition n'a jamais vu le jour. La création d'un registre international ouvert à toutes les grandes sociétés qui accepteraient de se soumettre à certaines règles communes, notamment au point de vue comptable avait également été proposée dans les années 1970 (M. Rotondi, «Pour un»registre international«et l'autodiscipline des sociétés exerçant leur activité dans le domaine international», Rev. *Sociétés*, 1975, p. 205 s.). Il n'a pas non plus abouti.

IV. Le droit des sociétés, un domaine d'intervention traditionnel du notariat

Contrairement à une idée reçue, le contrôle de légalité par un notaire de certaines opérations relatives au droit des sociétés n'est pas nouveau mais relève d'une longue tradition.

Un tel rôle lui est unanimement reconnu en droit de la famille et en droit immobilier. Mais on se souvient très bien qu'il n'y a pas si longtemps, un rôle équivalent lui était confié précisément dans le domaine du droit des sociétés, et que de nombreux offices ont gardé en cette matière culture, pratique et savoir-faire.

A. Une mission comparable en droit de la famille et en droit immobilier

C'est investi du même rôle que le notaire établit de son propre chef, et sous sa seule signature, les attestations de propriété immobilière consécutives aux décès ou aux changements de régimes matrimoniaux après avoir :

- Vérifié et établi la désignation et l'existence de l'immeuble objet de la mutation ;
- Vérifié le droit de propriété incommutable du précédent propriétaire ;
- Vérifié les droits effectifs des nouveaux attributaires et le caractère incontestable et définitif de leurs nouveaux droits de propriété ;

le tout après avoir mené les investigations et recherches nécessaires.

Plus récemment, c'est dans ce même rôle traditionnel que s'inscrit la nouvelle procédure de radiation des inscriptions hypothécaires qui s'effectuent au vu d'un acte notarié signé du notaire seul, la notion contractuelle de mainlevée étant définitivement abolie. Le notaire délivre ce certificat en la forme authentique après avoir lui-même et sous sa responsabilité, vérifié :

- L'accord du créancier pour consentir à la radiation ;
- La capacité du créancier donnant cet accord ;
- Les droits effectifs et exclusifs de ce dernier sur l'inscription.

B. En droit des sociétés, le rôle confié aux notaires n'est pas nouveau

Lorsque la notion de capital social apparaissait comme un élément déterminant tant à l'égard des actionnaires qu'à l'égard des tiers, parce que constituant un gage de solvabilité de la société constituée, le législateur confiait aux notaires la mission de contrôler la souscription effective du capital.

Cette mission s'accomplissait via la « déclaration notariée de souscription et de versement » aux termes de laquelle, le notaire :

- Attestait que toutes les actions représentatives du capital social étaient effectivement souscrites, et ce au vu des bulletins de souscription qui lui étaient obligatoirement représentés et qu'il devait vérifier ;
- Attestait que les actions souscrites étaient libérées de leur valeur nominale et de la prime d'émission, et ce au vu soit des fonds déposés en son étude, soit d'un certificat de dépôt de banque.

Cette déclaration de souscription et de versement était exigée aussi bien lors de la constitution de la société que lors d'augmentations de capital ultérieures.

La notion de capital social ayant au fil du temps perdu de son importance, la nécessité de l'intervention notariale en la matière a pu apparaître comme surabondante et, de ce fait, a été supprimée.

Il n'en demeure pas moins que le rôle attribué au notaire dans cette mission de contrôle de la réalité du capital social montre à l'évidence que son intervention en droit des sociétés n'est pas nouvelle, mais fait partie de ses attributions lorsqu'il s'agit d'assurer la sécurité d'une opération juridique.

C. Le droit des sociétés, une pratique courante pour le notariat

En partie à raison de leur intervention obligatoire lors des constitutions et augmentations de capital des sociétés anonymes et également parce que les apports immobiliers s'inscrivant dans les apports partiels d'actif, fusions et scissions nécessitaient également leur intervention, de nombreux offices ont acquis et développé une compétence certaine et largement reconnue en droit des sociétés.

Puisque, en tout état de cause, leur intervention était nécessaire, bon nombre de clients ont confié à ces offices la totalité des opérations de constitution ou de fusion avec la mission :

- De préparer le calendrier des opérations ;
- De rédiger les contrats d'apports ;
- De préparer les assemblées, leurs convocations et leurs procès-verbaux ;
- D'accomplir les formalités de publicité légales et de publication aux greffes ;
- De rédiger les déclarations de conformité.

La suppression de la déclaration de souscription et de versement n'a pas amoindri la compétence de ces offices en la matière d'autant qu'une part de plus en plus significative de l'enseignement aux futurs notaires lui est consacrée.

Ces offices ont la culture, la compétence, les réflexes et le savoir-faire qu'ils exercent souvent en collaboration avec d'autres professionnels du droit lorsque ceux-ci limitent leur intervention à la négociation financière ou aux aspects purement fiscaux.

Ce sont naturellement vers ces offices dont la compétence est reconnue que se tourneront les entreprises ayant recours à la SE.

Toutes ces observations vont dans le sens de la première directive n° 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties exigées des sociétés dans les États membres à l'effet de protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Rappelons que son article 10 dispose :

«Dans tous les États membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications à ces actes doivent être passés par acte authentique.»

Le droit français n'ayant pas établi ce contrôle préalable, il semble logique que la mission soit confiée à un notaire.

Par ailleurs, le Conseil supérieur du notariat (par son Institut d'études juridiques) et le Conseil des notariats de l'Union européenne (par ses groupes de travail) participent aux réflexions menées au sein de l'Union en matière des droits des sociétés, et actuellement plus particulièrement sur la société privée européenne et sur les transferts transfrontaliers de siège statutaire des sociétés de capitaux.

6. Contribution du CNG

I. Observations sur le contrôle de légalité de la société européenne

La directive CE 68/151 du 9 mars 1968 pose clairement, en son article 10, le principe selon lequel les États membres doivent instaurer un contrôle préventif, judiciaire ou administratif, de la constitution des sociétés commerciales, qui seul peut dispenser de la constitution de la société par acte authentique.

La France, comme la plupart des États européens, a choisi d'opter pour un contrôle de légalité préventif plutôt que d'imposer la présence du notaire dans la constitution et les modifications statutaires des sociétés. Ce choix est exprimé par l'article L. 210-7 du Code de commerce qui transpose l'exigence de la directive européenne en confiant au greffier la tâche de contrôler la régularité des statuts des sociétés commerciales.

S'agissant de la société européenne (SE), l'article 12 du règlement CE 2157/2001 du 8 octobre 2001 décide que la SE est immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire dans un registre conformément aux exigences posées par la législation nationale transposant la directive CE 68/151. Ainsi, en France, la SE doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés et acquiert la personnalité morale à compter de cette immatriculation (Code de commerce, article L. 229-1). Elle se trouve donc soumise au contrôle de légalité du greffier.

En revanche, dans le cas de constitution d'une SE, par voie de fusion, le règlement prévoit que l'État membre doit désigner «un tribunal, un notaire ou une autre autorité» afin de contrôler la légalité de la procédure de fusion, pour la partie de la procédure relative à chaque société qui fusionne (article 25). Le règlement prévoit également qu'un «tribunal, un notaire ou une autre autorité doit contrôler la légalité de la réalisation de la fusion ainsi que la légalité de la constitution de la SE au regard de la loi de l'État membre (article 26). Ainsi, le règlement renvoie au système de contrôle de légalité adopté par chacun des États membres : intervention d'un juge, d'une autorité administrative ou d'un notaire établissant un acte authentique. Pour autant le choix français s'est porté sur une scission du contrôle de légalité entre deux officiers publics et ministériels et il a été confié :

- Au greffier : le contrôle de la légalité de la procédure de fusion relative à chaque société qui fusionne (Code de commerce, article L. 229-3, alinéa 1) et
- Au notaire : le contrôle de la légalité de la réalisation de la fusion et de la conformité de la constitution au regard de la loi française (Code de commerce, article L. 229-3, alinéas 2 à 5).

L'article L. 210-7 du Code de commerce s'appliquant également en l'espèce, il est manifeste que le législateur français a superposé deux niveaux de contrôle de la constitution de la SE issue d'une fusion. Il a introduit une distorsion non

prévue par le règlement en choisissant deux systèmes différents de contrôle de légalité de la SE par voie de fusion là où le règlement invitait l'État membre à désigner, en fonction de son propre système, mais de façon homogène, « un tribunal, un notaire ou une autre autorité » (répétition d'une formule identique par les articles 25 et 26).

Il en résulte que le contrôle de la légalité de la SE en France par voie de fusion est particulièrement lourd et manque d'une certaine homogénéité. Il signifie qu'il faut l'intervention d'un avocat ou d'un notaire pour rédiger les actes, puis l'intervention du greffier de chaque société qui fusionne, puis l'intervention d'un notaire (différent du premier, car le notaire qui contrôle ne peut être celui qui intervient pour conseiller ou dresser l'acte contrôlé : article 203-5 nouveau du décret 67-236 du 23 mars 1967), et enfin l'intervention du greffier du siège statutaire de la SE dans le cadre de l'immatriculation.

Un système semblable a été mis en place par le législateur français pour le transfert de siège de la SE. L'article 8 du règlement prévoit « qu'un tribunal, un notaire ou une autre autorité » (répétition de la même formule) doit dresser un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert. La loi française a confié cette tâche au notaire (Code de commerce, article L. 229-2). Toutefois, cela n'a pas pour effet de dispenser le greffier du contrôle de légalité de la réalisation du transfert (règlement, article 8-9, Code de commerce, article L. 210-7). Là aussi, le choix s'est porté sur la superposition des contrôles de légalité.

Au final, le système adopté par le législateur français présente deux défauts majeurs. Le premier tient en sa lourdeur et en la nécessité de faire intervenir de nombreux professionnels, ce qui ne peut qu'avoir pour effet de renchérir le coût de l'installation en France des SE. Le second est caractérisé par l'incohérence du contrôle de légalité qui en résulte. Pour trois modes de constitution (création d'une holding, transformation d'une SA ayant au moins une filiale et création de filiales SE), le contrôle de légalité est assumé par le seul greffier du tribunal de commerce conformément au choix fait par la France dans la transposition de la directive européenne 68/151. En revanche, pour la constitution par voie de fusion, ainsi que pour les transferts de siège, il est dérogé au système de contrôle de légalité en introduisant un système très complexe mêlant plusieurs contrôles de légalité différents. Il serait possible d'en comprendre l'intérêt si la teneur du contrôle de légalité était substantiellement différente. Or il n'en est rien. Quel que soit le mode de constitution, le contrôle de légalité précédant l'immatriculation doit porter sur le respect des modalités relatives à l'implication des salariés.

De surcroît, une partie notable du contrôle de légalité incombe spécifiquement au notaire dans la fusion revient très précisément à accomplir l'essence même de la fonction du greffier chargé de la tenue du registre du commerce et des sociétés, à savoir contrôler les statuts de la société au regard de la loi française. Ainsi, les pièces et actes à produire au notaire sont à l'identique de ceux déposés au registre pour le greffier (articles 203-15 et 203-16 du décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 de la SE).

La France a transposé la directive 68/151 du 9 mars 1968 en faisant un choix clair qui recueille en pratique l'assentiment des entreprises françaises. Pour la SE, alors qu'il n'était pas question de transposition, s'agissant d'un règlement et non d'une directive, la France n'a pas adopté une position favorable aux entre-

prises pour le contrôle de légalité des SE. Cette complexité et cette lourdeur ne sont pas favorables à l'installation des SE en France. Elles ne se justifient nullement, car le règlement européen ne faisait qu'inviter fermement les législateurs nationaux à mettre en place un contrôle de légalité, invitation qui s'adressait avant tout aux États n'ayant pas encore adopté clairement un contrôle de légalité préventif, ce qui n'est pas le cas de la France.

II. Proposition de création d'un portail commun aux autorités chargées du contrôle des sociétés européennes

La directive 68/151 du 9 mars 1968 prévoit que chaque État membre doit mettre en place un registre des sociétés où doivent être immatriculées les sociétés commerciales. L'opposabilité des actes de sociétés aux tiers ainsi que des indications devant figurer au registre est conditionnée par la publicité à ce registre (articles 3 et 8 de la directive).

En France, ce registre est le registre du commerce et des sociétés tenu par le greffier de chaque tribunal de commerce, sous la surveillance d'un juge commis à cet effet. C'est à ce seul registre qu'est attaché l'effet d'opposabilité aux tiers des actes et indications publiées (Code de commerce, articles L. 123-6 et L. 123-9).

S'agissant de la SE, l'article 12 du règlement décide que la SE est immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire dans un registre conformément aux exigences posées par la législation nationale transposant la directive CE 68/151. Ainsi, en France, la SE doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés et acquiert la personnalité morale à compter de cette immatriculation (Code de commerce, article L. 229-1).

Si l'on veut faciliter l'accès des tiers, particulièrement des tiers situés dans un autre État membre, aux données publiques relatives aux SE figurant dans les registres des sociétés, deux voies sont possibles.

La première consiste à créer un répertoire européen des SE, mais cela suppose de modifier le règlement pour créer ce nouveau répertoire en plus des registres des sociétés dont sont dotés les États membres. Ce répertoire viendra s'ajouter aux registres des sociétés des États membres où sont immatriculées les SE. C'est donc une solution lourde et difficile à mettre en œuvre.

La seconde voie, beaucoup plus souple, consiste à créer un portail commun aux autorités responsables des registres des sociétés où sont immatriculées les SE. À partir d'une plate-forme électronique commune, il s'agit de permettre un accès à l'information relative aux SE figurant dans les registres de chaque État. La recherche pourrait être effectuée par exemple selon le critère de la dénomination sociale. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire de modifier les équilibres voulus par la directive du 9 mars 1968.

En France, le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce propose, sous l'égide de la chancellerie, de mettre en œuvre un projet de portail commun.

Cette proposition est d'autant plus réalisable que tous les États membres doivent avoir mis en place des registres des sociétés tenus et accessibles par voie électronique depuis le 1^{er} janvier 2007 en vertu de la directive CE 2003/58 du 15 juillet 2003 modifiant sur ce point la directive CE 68/151 du 9 mars 1968.

III. Bref historique du rôle du greffier relatif au contrôle du registre du commerce et des sociétés

(Extrait des interventions aux congrès annuels des greffiers des tribunaux de commerce de Nantes 2004 et Marseille 2006 par maître Jean-Marc Bahans, professeur associé à l'université Montesquieu Bordeaux-IV, greffier associé du tribunal de commerce de Bordeaux.)

L'évolution du rôle du greffier dans l'examen des formalités au registre du commerce et des sociétés a été progressive pour parvenir à la solution du droit positif actuel qui prévoit un véritable contrôle de légalité à la charge du greffier.

La loi du 18 mars 1919, instituant un registre du commerce, limitait le contrôle du greffier à la vérification de l'existence des mentions prévues par les textes dans les demandes d'inscription.

Le décret du 6 janvier 1954, en créant une section intitulée « Pièces à produire à l'appui des demandes et contrôle des déclarations », a modifié la nature du rôle du greffier.

Le décret du 23 mars 1967 (modifié en 1969) franchit un pas supplémentaire en renforçant le contrôle du greffier. Il impose au greffier de procéder à l'immatriculation si l'assujetti justifie remplir les conditions légales pour exercer le commerce et si les formalités applicables aux sociétés commerciales ont été accomplies.

La directive européenne 65/151 du 9 mars 1968 pose à l'article 10 le principe d'un contrôle préventif, judiciaire ou administratif, de la constitution des sociétés commerciales, qui seul peut dispenser de la constitution de la société par acte authentique.

La contrepartie de ce contrôle préventif tient dans la limitation des causes de nullité des sociétés. Le contrôle de régularité a donc pour but d'éradiquer de façon préventive les causes de nullité des statuts et actes modificatifs des statuts.

Ce principe européen a été mis en œuvre en créant une obligation pour les dirigeants sociaux de signer une déclaration de conformité (loi du 24 juillet 1966, article 6) et en donnant au greffier la charge de contrôler le respect des formalités légales applicables à la constitution des sociétés.

Une réforme en deux temps de ce dispositif législatif et réglementaire, considéré comme insuffisant au regard des exigences de la directive précitée, a été réalisée.

Dans un premier temps, le décret n° 67-237 du 23 mars 1967 régissant le registre du commerce a été abrogé et remplacé par le décret du 30 mai 1984, actuellement en vigueur.

L'article 30 du décret du 30 mai 1984 impose que :

« Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande.

« Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier. »

Par cette modification, le devoir de contrôle de régularité est expressément reconnu au greffier.

Dans un deuxième temps, la loi du 11 février 1994 a supprimé la déclaration de conformité remplacée par un contrôle de régularité à la charge du greffier portant sur la constitution des sociétés commerciales et sur la modification de leurs statuts.

Ce dispositif a été poursuivi par la codification de l'article 6 de la loi du 24 juillet 1966 devenu l'article L. 210-7 du Code de commerce qui dispose :

« Il est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés.

« Les dispositions des alinéas qui précèdent sont applicables en cas de modification des statuts. »

Cette modification législative fut suivie par une disposition d'application d'ordre réglementaire, l'article 30 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 modifié en son alinéa 3 lequel indique désormais : « Il [le greffier] vérifie en outre que la constitution ou les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent. »

Le contrôle de régularité préalable que doit opérer le greffier s'inscrit dans la logique d'un autre principe de rang législatif, celui qui fait dépendre la jouissance de la personne morale, pour toute société civile ou commerciale, de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (article 1842 du Code civil et article L. 210-6 du Code de commerce). Le registre du commerce et des sociétés est de surcroît, fort logiquement, dans l'esprit des normes européennes, sous la surveillance de l'autorité judiciaire, le président du tribunal ayant compétence pour trancher toutes les contestations entre l'assujetti et le greffier (article L. 123-6 du Code de commerce).

Le registre du commerce et des sociétés est un registre de publicité légale produisant des effets de droit. C'est pourquoi la tenue du registre a été confiée à une autorité chargée de contrôler la régularité des demandes d'inscription et de dépôt en annexe au registre à savoir le greffier du tribunal de commerce, officier public et ministériel sous contrôle de l'autorité judiciaire.

IV. Le contrôle du registre du commerce et des sociétés par le greffier

A. Étendue du contrôle effectué par le greffier

Ce contrôle est juridiquement très important dans la vie des sociétés.

Il porte d'une manière générale sur la régularité des énonciations contenues dans la demande et sur la conformité de ces énonciations avec les pièces justificatives produites. Il s'agit là d'une disposition de portée générale.

Il incombe également au greffier de vérifier que la demande est compatible avec l'état antérieur du dossier. Ainsi, il est très fréquent qu'une formalité au registre du commerce soit précédée par le « rattrapage » des formalités n'ayant pas été effectuées.

Il vise aussi le contrôle des conditions d'autorisation d'exercice de certaines activités lorsque celles-ci doivent être remplies par l'assujetti ou l'un des dirigeants mentionnés au registre.

Enfin, le greffier contrôle la légalité de la constitution et des modifications statutaires des sociétés. Ce contrôle des statuts concerne essentiellement la régularité formelle des actes ainsi que les cas de nullité prévus par la loi, et les clauses qui, sans entraîner nécessairement la nullité de la société, sont à tout le moins contraires à l'ordre public et jugées nulles ou non écrites. D'une manière générale, le greffier doit donc procéder à un contrôle de la légalité des statuts des sociétés commerciales (Réponse min. n° 57-17, *JOAN*, 6 juillet 1998).

B. Portée du contrôle de légalité exercé par le greffier

Le greffier doit opérer un contrôle général de légalité sur les demandes qui lui sont présentées. Il ne s'agit pas d'un contrôle uniquement formel, certaines questions étant de fond, comme la question de la validité d'une clause statutaire. Il ne s'agit pas toutefois d'un contrôle pouvant s'étendre jusqu'à l'opportunité de l'acte. Il s'agit simplement d'un contrôle de légalité des demandes, c'est-à-dire consistant à vérifier que la demande est conforme aux dispositions impératives des lois et règlements. Ce contrôle porte à la fois donc sur des questions formelles (autorisation d'exercice...) et sur des questions de fond (validité d'une clause des statuts, présence d'un associé mineur non représenté...). C'est ce que prévoit expressément l'article 31 du décret du 30 mai 1984 qui organise le régime juridique des décisions du greffier.

Le greffier doit donc éviter deux écueils, une attitude maximaliste, consistant à dépasser le cadre d'un contrôle de légalité de la demande et des actes produits, pour se livrer à une appréciation personnelle de la pertinence des actes (clauses mal rédigées...) et une attitude minimaliste consistant à s'en tenir au contrôle que les greffiers pratiquaient autrefois sous l'empire des textes successifs de 1919, 1954 et 1967, c'est-à-dire tenant à la seule vérification de l'existence des mentions et des actes et non à leur régularité.

C. Contrôle exercé à titre permanent

L'article 34 du décret du 30 mai 1987 prévoit un contrôle permanent du registre par le greffier dans le but d'optimiser sa régularité et sa fiabilité et dispose que le greffier peut, à tout moment, vérifier la permanence de la conformité des inscriptions effectuées aux dispositions législatives et réglementaires régissant la vie juridique de l'assujetti. En cas de non-conformité, il institue une procédure à double niveau. Tout d'abord le greffier invite l'assujetti à régulariser. À défaut de régularisation dans un délai d'un mois, le greffier saisit le juge commis à la surveillance du registre.

Or, le juge commis peut délivrer des injonctions d'avoir à s'immatriculer ou d'avoir à effectuer des formalités modificatives ou de radiation dont le non-respect est notamment sanctionné par la loi pénale (décret de 1984, articles 58 et 62).

Le même article prévoit également le cas des inscriptions effectuées par le greffier et entachées d'erreurs matérielles. Dans ce cas, l'erreur peut être rapportée sur ordonnance du juge commis.

D. Régime juridique des décisions du greffier

L’article 31 du décret du 30 mai 1984 dispose que le greffier doit procéder à l’inscription dans le délai franc d’un jour ouvrable après réception de la demande. Toutefois, cette obligation ne s’impose que lorsque le dossier est régulier.

Deux situations d’irrégularité doivent être distinguées, le dossier peut être simplement incomplet ou la demande d’inscription peut s’avérer non conforme à la loi ou au règlement applicable à la situation considérée. Lorsque le dossier est incomplet, le greffier doit, dans le même délai d’un jour, réclamer les renseignements ou pièces manquants qui doivent être fournis dans un délai de quinze jours à compter de cette réclamation. À la réception de ces renseignements ou pièces et si le dossier est désormais régulier, le greffier doit alors procéder à l’inscription dans le délai d’un jour franc.

Si le dossier n’est pas régularisé, le greffier rendra alors une décision de refus d’inscription dans le même délai.

Lorsque la demande s’avère non conforme aux dispositions applicables, le greffier prend directement une décision de refus d’inscription sans avoir au préalable à solliciter des renseignements complémentaires. Sa décision doit être prise également dans le délai d’un jour franc. Elle doit être soit remise au demandeur contre récépissé, soit adressée par lettre recommandée avec avis de réception.

Les décisions de refus doivent en toute hypothèse être motivées. Lorsque la complexité du dossier exige un examen particulier de celui-ci, le greffier peut aviser le déclarant, toujours dans le même délai d’un jour franc, que sa décision sera prise dans un délai allongé à cinq jours.

Les notifications adressées par le greffier mentionnent la possibilité pour le demandeur de former les recours visés, selon les cas, par les articles 59 à 62 et 62-1 à 62-6 du décret du 30 mai 1984 et en précisent les modalités.

E. Non-respect des délais impartis au greffier

Si le greffier ne respecte pas les délais qui lui sont impartis, le demandeur peut saisir le juge commis à la surveillance du registre, qui statuera aux lieu et place du greffier. En aucun cas l’inscription ne saurait être acquise de droit pour non-respect des délais d’examen de la demande.

De surcroît, ce retard est susceptible d’engager la responsabilité professionnelle du greffier, l’article 30 du décret du 30 mai 1984 prévoyant de façon claire que le contrôle de régularité des inscriptions est effectué sous la responsabilité de celui-ci.

7. Évaluation du statut de la SE et position du MEDEF

De manière générale, le MEDEF a pu constater que le statut de la société européenne (SE) n’attrait guère les entreprises françaises, qui manifestent peu d’appétence pour cette nouvelle forme sociale. Diverses raisons sont invoquées pour expliquer cette réticence, qui tiennent pour l’essentiel à la lourdeur, la complexité et le manque de souplesse de la SE. La création des SE est d’abord entra-

vée par la lourdeur qui caractérise non seulement le régime de l'implication des travailleurs, mais aussi les procédures mêmes de constitution. La complexité inhérente à l'application cumulative de dispositions communautaires et de règles nationales constitue également un obstacle majeur au succès de cette nouvelle forme sociale. Enfin, le manque de souplesse dans la structure de la SE en réduit encore l'attractivité et explique que l'adoption de son statut n'ait en rien diminué l'intérêt que les entreprises portent à la société privée européenne.

Outre ces aspects spécifiques au droit des sociétés, il convient également de mentionner l'absence d'incitation fiscale invoquée par certaines entreprises.

Les motivations des entreprises qui envisagent, malgré ces difficultés, de recourir à la SE tiennent d'abord, et pour l'essentiel, à la volonté de profiter de la mobilité de la SE, c'est-à-dire des possibilités qu'elle offre en matière de fusions transfrontalières et de transfert du siège social. À cet égard, il est évident que la transposition de la 10^e directive sur les fusions transfrontalières et l'éventuelle adoption de la 14^e directive sur le transfert de siège social atténueront assez largement l'intérêt que présente actuellement la SE en ces domaines. Le recours envisagé à la SE est ensuite motivé, au moins pour une partie des entreprises concernées, par le label européen que confère le statut de SE.

Le MEDEF estime que l'on peut légitimement douter du succès que pourra rencontrer la SE et que le véritable progrès pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne viendra de l'adoption d'un statut de société privée européenne plus souple et exempt de renvois aux droits nationaux. Certaines améliorations pourraient cependant être apportées au statut de la SE, qui permettraient de promouvoir la seule forme sociale européenne à ce jour consacrée.

I. Les procédures de constitution des sociétés européennes

A. L'élargissement des modalités de constitution

a. Liste limitative des modalités de constitution

Le règlement communautaire prévoit une liste limitative de quatre modalités de constitution des SE : la fusion, la constitution d'une société holding, la constitution d'une filiale et la transformation d'une société anonyme. La constitution d'une SE *ex nihilo*, sans qu'existent préalablement à sa naissance une ou plusieurs sociétés nationales, est donc prohibée. De la même manière, il est impossible à des personnes physiques de participer à la constitution d'une SE. Les réponses à la consultation de la Commission européenne sur les futures priorités du plan d'action sur l'amélioration du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne attestent qu'une libéralisation est assez largement souhaitée¹. Cet élargissement permettrait la constitution de SE.

Le MEDEF partage ce souhait et estime qu'en certaines circonstances la possibilité de constituer *ex nihilo* une SE présente une utilité certaine en pratique.

1. *Consultation and hearing on future priorities for the action plan on modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union*, Summary report, voir question 11.

Le projet commun au MEDEF et à la CCIP sur la société privée européenne¹ autorise d'ailleurs la constitution *ex nihilo* d'une SPE².

Le MEDEF admet toutefois qu'il est nécessaire de préserver la dimension communautaire de la SE, qui conditionne d'ailleurs la légitimité de l'intervention des autorités de l'Union européenne : un « fait européen » doit donc être exigé des actionnaires de la future SE. Une première solution consisterait à se contenter de transposer aux personnes physiques les conditions actuellement requises des personnes morales et d'imposer la domiciliation de deux au moins des futurs actionnaires dans deux États membres différents. Le MEDEF estime qu'il convient d'aller au-delà pour élargir le « fait européen » requis des futurs actionnaires. À cet égard, l'exercice d'une activité existante ou prévue dépassant les limites d'un territoire national serait un critère pertinent, d'ailleurs retenu par le Comité économique et social européen dans son rapport de 2001.

b. Constitution d'une société européenne par une autre société européenne

Une SE peut participer à la constitution d'une autre SE selon plusieurs modalités. En dehors de la voie particulière prévue par le règlement qui consiste en la création d'une filiale unipersonnelle, les quatre modalités de constitution prévues par le règlement devraient être ouvertes aux SE déjà constituées. Mais, la constitution d'une SE supposera alors que les conditions de ces modalités de constitution soient satisfaites, c'est-à-dire que la SE ait depuis au moins deux ans une filiale relevant du droit d'un autre État membre ou que des sociétés relevant du droit d'un autre État membre participant à l'opération.

Le MEDEF constate que ce dispositif soulève de sérieuses difficultés qu'il illustre l'exemple suivant. Si deux SE immatriculées en France souhaitent se rapprocher et constituer une holding, elles ne peuvent conférer à cette société la forme de SE qu'à la condition de disposer depuis deux ans au moins d'une filiale relevant du droit d'un autre État membre³, ce qui ne sera pas nécessairement le cas. Ainsi, deux SE peuvent se voir interdire de constituer une SE holding, ce qui paraît peu cohérent. Il apparaît donc que le règlement n'a envisagé que la constitution de la SE, sans prévoir véritablement la suite de son existence et les opérations qu'elle pourrait être amenée à réaliser. Le MEDEF estime que cette lacune est regrettable et que le dispositif actuel doit impérativement être complété.

B. La procédure de constitution par voie de fusion

Le MEDEF estime que la procédure de constitution par voie de fusion pourrait être améliorée sur plusieurs points.

1. CNPF/CCIP, la société privée européenne, une société de partenaires, septembre 1998.

2. Article 1^{er} du projet de règlement.

3. De la même manière : (i) fusion par création d'une société nouvelle : la fusion de la SE avec une société de droit français (par exemple une autre société du groupe) ne peut donner naissance à une autre SE, (ii) filiale : la SE ne peut constituer de filiale SE que s'il s'agit d'une filiale unipersonnelle ou que des sociétés soumises au droit d'un autre État membre participant à la constitution.

a. Le contrôle de légalité de la fusion

Le règlement communautaire soumet la procédure de constitution par voie de fusion à un contrôle dédoublé, qui doit porter d'une part, sur la partie de la procédure relative à chacune des sociétés qui participent à la fusion et, d'autre part, sur la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion et à la constitution de la SE¹. Pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion et à la constitution de la SE, le règlement prévoit qu'un contrôle de légalité doit être effectué par une autorité compétente dans l'État membre du futur siège statutaire de la SE. Le législateur français a retenu une solution inédite, que n'imposait pas le règlement, en confiant à un notaire le soin de procéder au contrôle de légalité lorsque la SE doit avoir son siège sur le territoire français.

Le MEDEF avait critiqué cette solution en soulignant que l'autorité naturellement compétente était le greffe du tribunal de commerce. Si l'on ne dispose pas en droit français d'une expérience permettant de mesurer les conséquences pratiques de l'intervention d'un notaire, la situation dans les États membres qui connaissent d'une même solution atteste qu'elle alourdit sensiblement la procédure.

b. La procédure de fusion simplifiée

Le règlement communautaire organise un double régime de fusion simplifiée. L'un de ces régimes prévoit que lorsque la société absorbante détient toutes les actions et autres titres conférant des droits de vote, les organes de fusion sont dispensés de faire figurer certaines des mentions obligatoires du projet de fusion et des experts indépendants ne peuvent être désignés². Toutefois, à la différence du droit français³, l'application du régime de la fusion simplifiée en vue de la création d'une SE n'emporte pas dispense de réunir l'assemblée générale de la société absorbée en vue d'approuver le projet de fusion⁴.

Le MEDEF estime que le droit communautaire devrait consacrer la solution française : la convocation d'une assemblée générale en cette hypothèse est en effet parfaitement inutile et vient seulement imposer une contrainte superfétatoire dans le déroulement d'une procédure que l'on dit pourtant simplifiée. Au demeurant, la 10^e directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux prévoit bien qu'en cette hypothèse l'assemblée générale de la société absorbée n'est pas tenue de se réunir⁵.

c. L'élargissement des modalités de fusion

Le règlement envisage deux modalités de fusion, la fusion par création d'une société nouvelle et la fusion-absorption, mais prévoit que dans son futur rapport d'évaluation sur le statut de la SE, la Commission européenne devra en particu-

1. Articles 25 et 26 du règlement.

2. Article 31-1 du règlement.

3. Article L. 236-11 du Code de commerce.

4. Aux termes de l'article 23-1 du règlement, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent doit approuver le projet de fusion. Ce texte n'est pas exclu par les dispositions relatives à la fusion simplifiée.

5. Article 11-1 de la directive 2005/56 du 26 octobre 2005.

lier envisager l'opportunité d'élargir la notion de fusion, pour y intégrer d'autres types de fusion.

À cet égard, on rappellera que la directive 78/855/CEE définit des «opérations assimilées à la fusion» : existence d'une soultre supérieure à 10% en cas de fusion et fusion sans que toutes les sociétés transférant cessent d'exister. Si les modalités de fusion devaient être élargies, une SE pourrait ainsi être constituée par voie d'apport partiel d'actif¹.

Le MEDEF est favorable à cet élargissement qui permettrait de constituer une SE par voie d'apport partiel d'actif. La libéralisation des modalités de constitution ne peut en effet que favoriser la création de SE.

C. La constitution d'une société européenne holding, d'une société européenne filiale et la transformation d'une société anonyme en société européenne : la notion de filiale

Le règlement ouvre ces trois procédures de constitution aux sociétés anonymes (voire aux SARL) qui ont depuis deux ans au moins une filiale relevant du droit d'un autre État membre. S'agissant des sociétés anonymes immatriculées en France, la notion de filiale doit s'entendre au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, qui exige la détention directe de plus de la moitié du capital social. L'existence d'une sous-filiale relevant du droit d'un autre État membre n'ouvre pas droit à la constitution d'une SE. Or, certains États membres adoptent une solution plus libérale et permettent notamment à leurs sociétés anonymes qui ont une sous-filiale soumise au droit d'un autre État membre de se transformer en SE.

Le MEDEF estime que la solution du droit français devrait être assouplie, et la compréhension du terme de filiale adaptée pour comprendre non seulement la détention directe, mais aussi la détention indirecte de la majorité du capital social. En effet, le «fait européen» se révèle être identique dans les deux hypothèses : le contrôle d'une société soumise au droit d'un autre État membre. Dans cette perspective, la notion de société contrôlée, telle qu'elle résulte de l'article L. 233-3 du Code de commerce, serait bien davantage opportune que celle de filiale.

II. Le fonctionnement des sociétés européennes

A. La direction des sociétés européennes à conseil d'administration

Le règlement communautaire dispose que lorsque la SE adopte une structure moniste et prend la forme d'une société anonyme à conseil d'administration «l'organe d'administration gère la SE», mais permet aux États membres de prévoir qu'un ou plusieurs directeurs généraux sont responsables de la gestion

1. La directive sur les fusions transfrontalières prévoit seulement qu'elle est également applicable lorsque la législation d'au moins un des États membres concernés permet le versement d'une soultre supérieure à 10% (article 3-1 de la directive 2005/56 du 26 octobre 2005).

courante dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes¹. Le Code de commerce renvoie purement et simplement aux dispositions applicables à la société anonyme, ce qui invite, en première approche, à comprendre que, par ce renvoi, le législateur français a entendu exercer l'option ouverte par le texte communautaire.

Le MEDEF estime que la situation est en réalité plus complexe. En effet, ce renvoi est ambigu et pourrait soulever des difficultés :

- Le règlement prévoit que la gestion courante de la SE peut être confiée à un directeur général, tandis que le Code de commerce lui confie la direction générale de la société anonyme. Il n'est pas certain que l'on puisse conférer la même signification aux deux expressions.
- Le règlement permet de confier la gestion courante à un ou plusieurs directeurs généraux, mais n'envisage pas directement l'exercice de cette fonction par le président du conseil d'administration. La question se pose alors de savoir si l'absence de dissociation des fonctions est conforme aux dispositions du droit communautaire.

Le MEDEF juge cette incertitude très préjudiciable aux entreprises qui souhaiteraient adopter le statut de SE.

B. La transposition de la procédure des conventions réglementées

Le règlement prévoit que les statuts de la SE doivent énumérer les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation par l'organe de surveillance ou par l'organe d'administration. L'article L. 229-7 du Code de commerce dispose à cet égard que les statuts des SE immatriculées en France doivent contenir des «règles similaires» à celles énoncées aux articles qui régissent la procédure dite des conventions réglementées, en précisant que si la SE est unipersonnelle, la mention au registre des délibérations vaut approbation de la convention.

Le MEDEF condamne ce renvoi indirect à la procédure des conventions réglementées :

La transposition de la procédure des conventions réglementées et l'encadrement législatif qu'elle traduit alourdissent la gestion de la SE et ne tendent guère à favoriser l'immatriculation de telles sociétés sur le territoire français. De la même manière, la négation de la liberté contractuelle, pourtant consacrée par le règlement, ne vient guère favoriser l'immatriculation en France de SE. On peut d'ailleurs s'étonner que le législateur, qui a pris soin de valider expressément les clauses statutaires relatives à l'actionnariat dans l'objectif affiché de renforcer l'attractivité du droit français, ait choisi de transposer la procédure des conventions réglementées, qui n'est guère attractive.

- L'article L. 229-7 du Code de commerce n'est pas conforme au règlement : dès lors que la matière est régie par le texte communautaire, la loi nationale n'a pas vocation à intervenir;

1. Article 43-1 du règlement.

- Cette transposition impose l'intervention de l'assemblée générale, alors que le règlement n'envisage que l'approbation préalable de l'organe d'administration ou de surveillance ;
- La question des sanctions en cas de non-respect de la procédure soulève des difficultés puisque l'on peut hésiter sur la qualification applicable : s'agit-il en effet d'une limite légale au pouvoir des dirigeants, en tant que telle opposable aux tiers, ou bien d'une limite statutaire, inopposable sous réserve de la mauvaise foi du cocontractant ?

C. La transformation en société anonyme

Le règlement, repris par le Code de commerce, prévoit qu'une SE ne peut se transformer en société anonyme qu'à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de son immatriculation et à condition d'avoir procédé à l'approbation des comptes des deux premiers exercices¹.

Le MEDEF estime qu'un tel délai est préjudiciable aux sociétés, dont la situation est paralysée, et plaide donc pour son abrogation.

D. La fusion

Le règlement ne comprend aucune disposition relative à la fusion qui pourrait être réalisée par une SE. Le Code de commerce n'a pas régi cette matière.

Le MEDEF estime que quelques précisions mériteraient d'être apportées.

- En cas de fusion-absorption, il est indispensable qu'une SE puisse absorber une autre entité, quelle que soit la forme sociale de cette dernière et même s'il ne s'agit pas d'une autre SE ;
- En cas de fusion par création d'une société nouvelle, il est tout aussi nécessaire de permettre à une SE de constituer une autre SE (VOIR *supra*, modalités de constitution), le MEDEF estime que les modalités de constitution devraient être élargies lorsqu'une SE participe à l'opération de constitution.

III. La mobilité des sociétés européennes : l'autorisation de la dissociation de l'administration centrale et du siège social en France

Le règlement ouvre une option aux États membres, qui ont la faculté mais non l'obligation de prévoir que les SE immatriculées sur leur territoire doivent avoir leur siège statutaire et leur administration centrale au même endroit². Le législateur français a choisi d'exercer cette option pour interdire aux SE immatriculées en France de dissocier leur siège statutaire et leur administration centrale³.

Le MEDEF regrette que le droit français ne profite pas de la marge de liberté laissée par le législateur communautaire. La solution est d'autant plus contestable qu'elle s'inscrit à contre-courant de l'évolution actuelle qui tend à faciliter la

1. Article 66-1 du règlement et article L. 229-10 du Code de commerce.

2. Article 7 du règlement.

3. Article L. 229-1 du Code de commerce.

mobilité des sociétés et ne peut à ce titre que constituer un obstacle au choix de la France comme territoire d'immatriculation de futures SE¹.

Le MEDEF souligne en outre que la notion d'administration centrale, qui semble devoir être distinguée de la direction effective, est délicate à cerner, notamment au regard de la dissociation des différents services d'une entreprise, qui peuvent être localisés dans des lieux différents.

8. Contribution de l'UNICE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

1. L'efficacité de l'outil SE

Depuis la première proposition de statut de société européenne (SE) en juin 1970, l'UNICE a mis en avant à de nombreuses reprises les avantages de la création d'un statut de SE approprié pour la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés mondiaux.

Le statut de la SE devrait avoir pour effet de rendre le développement et la gestion des opérations transfrontalières plus faciles et moins onéreux pour les sociétés, sans passer par les tracas administratifs de la mise en place d'un réseau de filiales.

Il devrait réduire les coûts administratifs et fournir aux sociétés une structure juridique adaptée au marché intérieur dans l'ensemble.

Cela devrait encourager plus de sociétés à profiter des opportunités transfrontalières. Les coûts réduits devraient pousser les prix à la baisse et stimuler la compétitivité en Europe.

La SE devrait également permettre aux groupes de sociétés qui développent des activités dans divers secteurs dans plusieurs États membres de se restructurer en créant une SE par secteur géographique, une SE par secteur d'activité ou une SE par ligne de produit, permettant ainsi une gestion plus efficace et moins coûteuse et la réalisation de gains de productivité.

Néanmoins, l'UNICE estime que le compromis trouvé à Nice comporte quatre faiblesses à cet égard :

- Il ne comprend aucun accord relatif à un régime fiscal adéquat ;
- Il n'harmonise que certains aspects du droit des sociétés et ne réussit pas à donner aux sociétés un vrai instrument de droit communautaire, mais crée plutôt vingt-cinq statuts différents ;
- La complexité des solutions mises en place pourrait dissuader les sociétés d'opter pour un statut de SE et mettre les entreprises européennes existantes dans une situation concurrentielle désavantageuse vis-à-vis de nouveaux venus qui seront en mesure de créer une SE avec plus de facilité et de rapidité ; et

1. MEDEF, *Présentation des dispositions et commentaire de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (volet droit des sociétés)*, juillet 2005, p. 11.

- Dans la mesure où la plupart des États membres n’ont pas de dispositions relatives à une participation des travailleurs dans les organes sociaux, les membres [de l’UNICE] situés dans ces États s’opposent fermement aux normes de référence qui sont systématiquement et automatiquement applicables en cas d’échec des négociations. L’opinion de l’UNICE est que l’application immédiate et automatique de normes de référence prédéterminées par la loi, qui rendent obligatoire une forme de cogestion, étrangère à la plupart des États membres, pourrait déséquilibrer la balance des pouvoirs de négociation dès le départ.

2. Les secteurs d’activités de prédilection pour la SE

Les sociétés de services financiers se transforment en SE, car :

- Les banques et les assureurs doivent respecter différents niveaux de règles en exerçant leurs activités dans l’Union européenne au travers de filiales ;
- La SE permet aux sociétés d’être en activité à travers l’Union européenne sur la base d’un seul ensemble de règles et d’un système unique de gestion et de rapports ;
- Un seul ensemble de règles légales et prudentielles permet une simplification des activités de gestion et une meilleure adéquation des ressources propres avec les risques couverts, uniquement au niveau où le siège social est situé.

3. Le dialogue social prévu dans le dispositif de la SE et son impact sur l’attractivité de la SE

Le dialogue social prend des formes différentes dans différents États et les règles nationales régissant la participation des travailleurs prennent ces différences en compte.

Les règles énoncées dans la directive 2001/86/EC, qui complète le statut de la SE, sont extrêmement complexes et empiètent sur ces traditions nationales. Elles affectent donc l’attractivité de la SE.

II. La création d’une SE

1. L’immatriculation de la SE et la conclusion de la procédure de négociation

Une SE ne peut être constituée si un accord n’est pas intervenu concernant l’implication des travailleurs, ou à défaut, si les règles standards ne sont pas appliquées. La seule exception possible a trait à l’application des règles d’implication des travailleurs en cas de SE créée par voie de fusion.

La procédure de mise en place de l’organe de négociation et le système permettant d’assurer une représentation proportionnelle des travailleurs sont inutilement compliqués et prennent beaucoup de temps dans leur forme actuelle telle que décrite par l’article 3 de la directive 2001/86/EC.

Ces dispositions pourraient être avantageusement remplacées par le système prévu à l’article 5 de la directive relative au comité d’entreprise 94/45/EC.

De plus, la liberté de négociation de solutions faites sur mesure par la direction et les travailleurs de chaque SE ne devrait pas être limitée par les normes de référence de la directive qui s’appliquent en l’absence d’un accord.

2. Un registre européen des SE voire des entités européennes

À ce stade, nous ne voyons aucune raison de nous opposer à la création d'un registre européen des SE.

III. Le fonctionnement de la SE

1. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

Le fait de laisser certains aspects être traités par les droits nationaux a pour résultat l'absence d'un statut de SE unique et permet l'existence de vingt-cinq statuts différents.

Des améliorations sont nécessaires, dans la mesure où :

- Le règlement SE ne comprend aucun accord relatif à un régime fiscal adéquat
- Il ne réussit pas à donner aux sociétés un vrai instrument de droit Communautaire, mais crée plutôt vingt-cinq statuts différents ; et
- L'application automatique de normes de référence prédéterminées par la loi, qui rendent obligatoire une forme de cogestion, étrangère à la plupart des États membres, pourrait résulter en un déséquilibre des pouvoirs de négociation dès le départ.

IV. La problématique spécifique des fusions de SE déjà constituées à défaut de disposition prévue en ce domaine

1. La directive 2005/56/CE, une solution adéquate ?

L'UNICE a toujours soutenu l'adoption d'une directive relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux. L'harmonisation et la rationalisation des dispositions du droit des sociétés afin de faciliter les fusions transfrontalières ont été réclamées depuis de nombreuses années par les sociétés afin de supprimer les obstacles existants qui entravent leur mobilité à l'intérieur de l'Union européenne.

2. Le lien organique entre droit des sociétés et droit des travailleurs

Il ne devrait pas y avoir de lien organique au niveau de l'Union européenne entre le droit des sociétés et le droit social.

Les modalités pratiques de l'information, de la consultation, et de l'implication des travailleurs doivent être définies dans les États membres.

V. La problématique fiscale

1. Le « Tax Shopping » ?

L'UNICE réaffirme qu'à son avis le statut de la SE n'offrira pas d'avantage économique significatif sans un régime fiscal adéquat. Il devrait y avoir un régime fiscal commun pour les SE. Ce dernier devrait de préférence être basé sur une assiette commune consolidée. Dans la mesure où les sociétés constituées en SE

seront imposées en fonction de leur régime fiscal national, la question du «*Tax Shopping*», en général, ne se pose pas.

2. CJCE «Marks & Spencer» (2005) et «Cadbury Schweppes» (2006)

Seul un régime fiscal commun pourrait permettre d'apprécier si le statut commun, par opposition à des statuts nationaux distincts, faciliterait le report transfrontalier de pertes (Marks & Spencer), ou l'abolition de régimes anti-abus («CFC») injustes (Cadbury Schweppes). Les problèmes liés à la recherche d'une solution de répartition des recettes fiscales resteront, cependant, indépendants de la SE.

Au sujet de l'affaire «Marks & Spencer», nous avons principalement deux commentaires :

- À notre avis, la Cour n'a pas fait savoir de manière suffisamment claire que la seule existence de règles de report à nouveau dans le pays de la filiale ne devrait pas permettre à des pays de refuser à la société holding un report déficitaire. Cela ne devrait être possible qu'en cas de déduction effective du déficit dans le pays d'accueil, sur la base du principe fondamental en fiscalité consistant pour un déficit à ne pouvoir être déduit qu'une seule fois ;
- La Cour aurait également dû énoncer plus clairement qu'une filiale étrangère peut parfois ne pas être en mesure de reporter ses pertes dans le pays d'accueil, même dans le cadre de règles de report à nouveau illimité (dans le temps), dans le cas où elle serait liquidée avant de devenir rentable. Nous avons également signalé que les possibilités de déduction fiscale (dans les pays d'accueil des filiales étrangères) sont parfois limitées dans le temps, et pourraient expirer avant que la société ne devienne rentable.

Concernant l'affaire «Cadbury Schweppes» : nous pensons généralement que les régimes CFC («controlled foreign corporation legislation»), qui ont pour but d'éviter l'évasion des bénéfices imposables vers des entités situées dans des pays à faible imposition, sont artificiels et constituent une entrave à l'efficacité économique, et nous accueillons favorablement l'arrêt de la CJCE à cet égard (Cadbury Schweppes, résidant en Grande-Bretagne, devait payer des impôts en Grande-Bretagne sur des recettes générées par sa filiale irlandaise, dans la mesure où cette dernière était considérée comme faiblement imposée).

3. Le projet ACCIS

Le groupe de travail se penche sur un grand nombre de problèmes techniques et commence maintenant à aborder des sujets plus politiquement sensibles (côté recettes), tels les solutions/formules concernant l'allocation des recettes fiscales et le champ d'application personnel de l'assiette fiscale. Ce sera décisif pour le succès de l'assiette fiscale commune.

4. La SE et les mesures incitatives fiscales

En général, les décisions des sociétés relatives à leur forme sociale devraient être liées au marché. Si les sociétés croient que le statut de la SE est plus avantageux pour leur activité, elles l'adopteront. Des mesures d'incitation fiscale pour un certaine forme sociale pourraient déformer le champ d'action existant entre les sociétés exerçant des activités au-delà des frontières, et celles étant actives dans des limites géographiques plus modestes.

VI. Évolutions et perspectives

1. Le droit communautaire des sociétés

L’UNICE a soutenu¹ le plan d’action de la Commission européenne sur le gouvernement d’entreprise et le droit des sociétés² lancé en 2003 et notamment l’objectif déclaré d’«encourager l’efficacité et la compétitivité de l’activité économique».

Néanmoins, un poids excessif de la réglementation pourrait en définitive restreindre la liberté des sociétés de développer leurs activités, en les empêchant d’exploiter leur potentiel. Cela est négatif pour l’activité, pour les actionnaires des sociétés, et plus généralement pour l’Union européenne dans son ensemble.

Les principes suivants devraient servir de points de référence pour l’intervention ou la non-intervention dans le domaine du droit des sociétés et du gouvernement d’entreprise :

- Subsidiarité ;
- Approche fondée sur des principes (*«principle-based approach»*) ;
- Impulsion par les forces du marché ;
- Se conformer ou s’expliquer (*«comply or explain»*) ;
- Transparence et communication ;
- Orientation globale ;
- Concurrence ; et
- «Mieux légiférer».

L’UNICE souligne le besoin de supprimer les barrières entravant la libre circulation du capital entre les États membres et de préserver le droit d’établissement. Cela signifie que des mesures donnant davantage de flexibilité aux sociétés doivent également être mises en œuvre, telles que l’adoption d’une 14^e directive sur le droit des sociétés relative au transfert de siège statutaire.

2. L’opportunité d’une harmonisation plus poussée du droit des sociétés

L’UNICE estime qu’il est primordial que la Commission s’assure de l’harmonisation de concepts communs dans les diverses directives, ainsi que de leur application adéquate et homogène au niveau national.

L’UNICE soutient l’adoption :

- D’un statut de société privée européenne. Néanmoins, les aspects de droit social ne devraient pas être inclus dans ce statut ;
- De la 14^e directive de droit des sociétés relative au transfert du siège statutaire.

1. Voir commentaires UNICE, *Commission Action Plan : Modernising Company Law and enhancing Corporate Governance in the European Union*, 6 août 2003, disponible sur www.unice.org.

2. Voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d’entreprise dans l’Union européenne – Un plan pour avancer*, 21 mai 2003. COM (2003) 284.

3. La SE et la concurrence des autres instruments communautaires

L'UNICE estime que le statut de la SE constitue une contribution importante à la création d'un vrai marché intérieur pour les sociétés. L'UNICE souligne le fait que le statut de la SE apporte certains avantages qui ne sont couverts ni par la directive sur les fusions transfrontalières ni par la proposition de directive sur le transfert de siège statutaire :

- Il donne à la société une image européenne et peut être utilisé comme un outil de marketing ;
- Il donne à la société une structure sociale unique ;
- Il contribue à l'existence d'une structure de gestion simplifiée mais toujours flexible ;

De plus, il facilite :

- Les fusions transfrontalières ; et
- Le transfert de siège social.

4. Les améliorations du dispositif SE

Comme indiqué précédemment, l'UNICE estime que la SE comporte certaines faiblesses.

Afin de traiter ces problèmes, un travail supplémentaire doit être réalisé pour obtenir une amélioration en 2009 (révision de la réglementation).

5. La SE, un modèle de gouvernance ?

La priorité donnée aux négociations entre la direction et les travailleurs concernant l'implication des travailleurs dans la SE est la bienvenue.

Malheureusement, la liberté de négociation est limitée par l'existence de normes de référence sur l'information des travailleurs, la consultation et la participation de la directive 2001/86/EC.

De plus, il doit être relevé que le compromis trouvé sur les aspects de droit social de la SE dans le cadre d'un statut optionnel serait parfaitement inacceptable dans le cadre du débat sur d'autres directives de droit des sociétés qui ne sont pas optionnelles.

Pour ces raisons, la SE ne peut pas être considérée comme un modèle pour les autres instruments de droit des sociétés.

Libres propos des entreprises

1. Contribution d'Allianz SE

I. Principaux avantages d'une SE

- Possibilité d'opérations transfrontalières (par exemple fusion) : la création d'Allianz SE a démontré que le règlement de la SE est un instrument qui peut être utilisé pour les activités transfrontalières des sociétés. Pour la première fois, des fusions transfrontalières sont devenues possibles ;
- La SE crée de la flexibilité au niveau du régime de gouvernement d'entreprise (choix entre le système moniste ou dualiste) ;
- D'un point de vue allemand, elle permet une flexibilité au niveau de l'implication des travailleurs (modèle de négociation et règles standards ; non-applicabilité de la loi allemande de cogestion) ;
- La SE peut conduire à un renforcement du système de gouvernement d'entreprise en permettant de déterminer la taille du conseil de surveillance dans les statuts de la société ;
- La SE donne une dimension européenne à la société par l'internationalisation de l'implication des travailleurs (représentants européens au conseil de surveillance, comité d'entreprise SE composé de représentants de tous les États membres dans lesquels la société a des employés) ;
- La SE crée un label européen pour les sociétés et peut contribuer à la création d'une identité d'entreprise européenne (approche internationale des clients, employés et investisseurs) ;
- Le règlement de la SE permet, en théorie, le transfert transfrontalier du siège social.

II. Domaines problématiques et modifications souhaitables du règlement de la SE

- Le compromis de Nice relatif au règlement de la SE fut un grand pas en avant pour le droit européen des sociétés. Néanmoins, la SE est toujours largement soumise aux droits nationaux. Des efforts devraient être réalisés pour renforcer les aspects européens de la SE en définissant des règles plus détaillées de gou-

vernement d'entreprise et d'autres aspects de droit des sociétés de la SE dans le règlement de la SE. À ce jour, probablement bien moins de 10% du droit des sociétés applicable à la SE dérive du règlement de la SE. Par conséquent, la SE, malgré son label européen, reste à la base une société nationale.

- Au cours de la fusion d'Allianz AG avec sa filiale italienne RAS (convertissant ainsi Allianz AG en SE) nous avons rencontré la difficulté suivante : dans les États membres européens, différentes méthodes de détermination de la valeur des sociétés sont utilisées et obligatoires. En Allemagne par exemple, la méthode de valorisation basée sur les recettes capitalisées («*Ertragswertverfahren*») prévaut, alors que dans d'autres États membres tels que l'Italie, d'autres méthodes de valorisation basées sur des multiples prévalent. Ces différences de méthode de valorisation peuvent entraîner des résultats différents qui peuvent provoquer de sérieuses difficultés dans la détermination de la parité d'échange applicable. Une approche harmonisée de la valorisation des sociétés dans le cadre de fusions transfrontalières devrait être ajoutée au programme.
- Il est important de noter que de nombreux États membres ont mis en place des mécanismes de large portée destinés à protéger les actionnaires minoritaires et les créanciers d'une société qui souhaite se transformer en SE. Des mécanismes similaires sont applicables en cas de transfert du siège social d'une SE vers un autre État membre. Nous estimons que la Commission devrait examiner attentivement ces mécanismes, car ils constituent un obstacle à la création d'une SE et tout particulièrement au transfert de son siège social. En particulier, les droits de retrait des actionnaires minoritaires sont disproportionnés et constituent un risque financier démesuré pour les sociétés.
- L'obligation faite à l'article 7 du règlement de la SE consistant à obliger une SE à avoir son siège réel et son siège social dans le même État membre devrait être supprimée. À notre sens, il n'y a aucun besoin pratique ou juridique pour une telle obligation. Elle réduit la flexibilité du statut de la SE. De plus, cette règle instaure une pratique discriminatoire envers la SE par rapport aux sociétés nationales. Selon la jurisprudence de la CJCE («Centros», «Überseering», «Inspire Art»), une société nationale peut avoir son siège réel et son siège social dans des États membres différents. Il n'y a aucune raison pour que ce principe ne soit pas appliqué à la SE. On pourrait même se poser la question de principe suivante : l'article 7 du règlement de la SE viole-t-il le droit communautaire ? Les arrêts de la CJCE sont basés sur la liberté d'établissement qui est l'une des libertés fondamentales du droit communautaire. Les libertés fondamentales stipulées dans le Traité de l'UE (droit primaire) prévalent sur le droit communautaire dérivé tel que le règlement de la SE.
- La procédure pour l'implication des travailleurs s'est avérée plutôt compliquée. En particulier pour un grand groupe de sociétés ayant des salariés dans pratiquement tous les États membres de l'Union européenne, le processus est pesant et compliqué (information de tous les organes de représentation des salariés, traduction de la documentation SE dans toutes les langues correspondantes, mise en place du groupe spécial de négociation avec un nombre important de membres provenant de plusieurs États membres, processus de prise de décision au sein du groupe spécial de négociation, etc.) La procédure devrait être renforcée en réduisant par exemple les renvois aux droits nationaux (par exemple règles communes pour la désignation des membres du groupe spécial de négo-

ciation et pour la nomination des représentants du personnel auprès du conseil de surveillance).

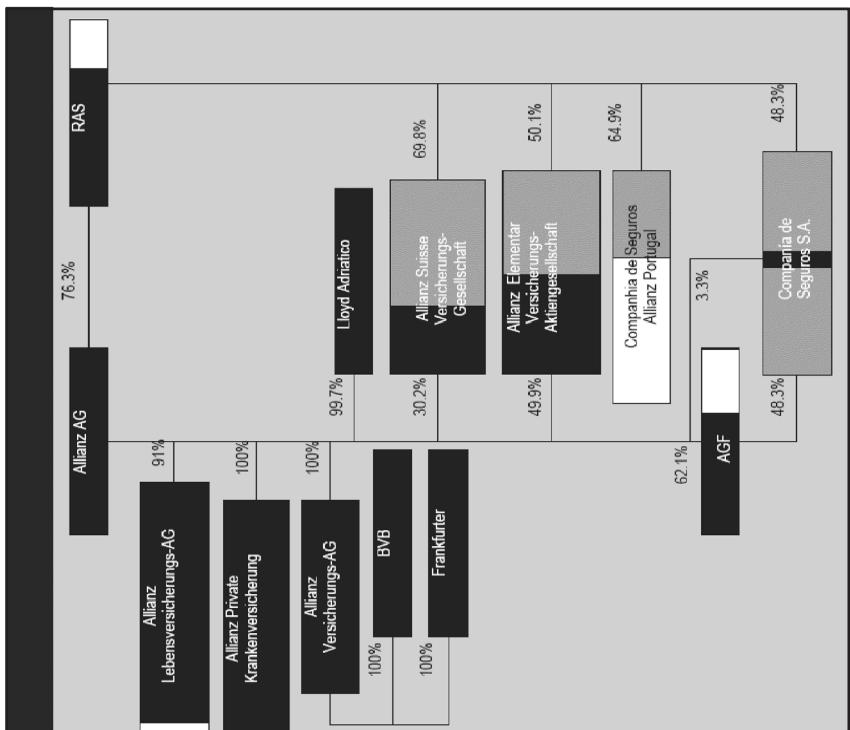
- Par ailleurs, la réponse à la question des sujets pouvant être abordés dans les négociations entre le groupe spécial de négociation et les organes de direction des sociétés qui fusionnent n'est pas toujours très claire. Par exemple, l'article 40-3 prévoit que le nombre de membres de l'organe de surveillance est déterminé dans les statuts de la SE. Selon nous, les négociations ne peuvent pas, par conséquent, aborder la question de la taille du conseil de surveillance, mais uniquement la proportion de représentants des salariés et de représentants des actionnaires au sein du conseil de surveillance. Néanmoins, certains experts et représentants des salariés suggèrent que les négociations pourraient également aborder cet aspect.
- Un autre aspect peu clair et pesant de la procédure d'implication des travailleurs concerne le cas des fusions transfrontalières additionnelles et consécutives dans une SE déjà établie. De telles fusions transfrontalières consécutives devraient, selon nous, être possibles, car, en vertu de l'article 3-1 du règlement de la SE, une SE est considérée comme une société anonyme pour les besoins de la création d'une SE. Ainsi, même après la création d'une SE, d'autres sociétés nationales peuvent faire l'objet d'une fusion transfrontalière dans une SE existante en vertu du règlement de la SE. Néanmoins, dans ce cas, il semble que le processus d'implication des travailleurs doive être reconduit dans son intégralité. Le résultat n'est pas convaincant dès lors que ladite implication des travailleurs a déjà été pleinement négociée lors de la création de la SE initiale. Le règlement de la SE devrait être modifié et devrait inclure des dispositions d'exemption.
- Selon nous, le *numerus clausus* des possibilités de création de SE défini dans les articles 2 et 3 du règlement de la SE pourrait être sujet à discussion. La SE pourrait être une véritable alternative européenne à des formes sociales nationales. Dans un premier temps, il devrait au moins être possible pour une SE existante de transformer librement ses filiales en SE, même si ces filiales n'ont pas elles-mêmes de filiale dans un autre État membre. Actuellement, l'article 3-2 du règlement de la SE ne permet à une SE existante que de créer de nouvelles filiales sous forme de SE sans autres exigences. Ce privilège d'établissement d'un groupe de SE devrait être élargi en permettant aux SE de transformer des filiales existantes en SE sans avoir à respecter les dispositions de l'article 2-4 et de l'article 37 et s. du règlement de la SE (filiale régie par le droit d'un autre État membre). Ce problème devrait être mis à l'ordre du jour d'une révision du règlement de la SE.
- Les restrictions imposées aux SE existantes en vertu de l'article 66 du règlement de la SE devraient, selon nous, être abrogées (deux ans de période bloquée avant une reconversion d'une SE en société nationale). L'article 66 constitue un obstacle à la flexibilité des sociétés.

Dr. P. Hemeling
Directeur juridique

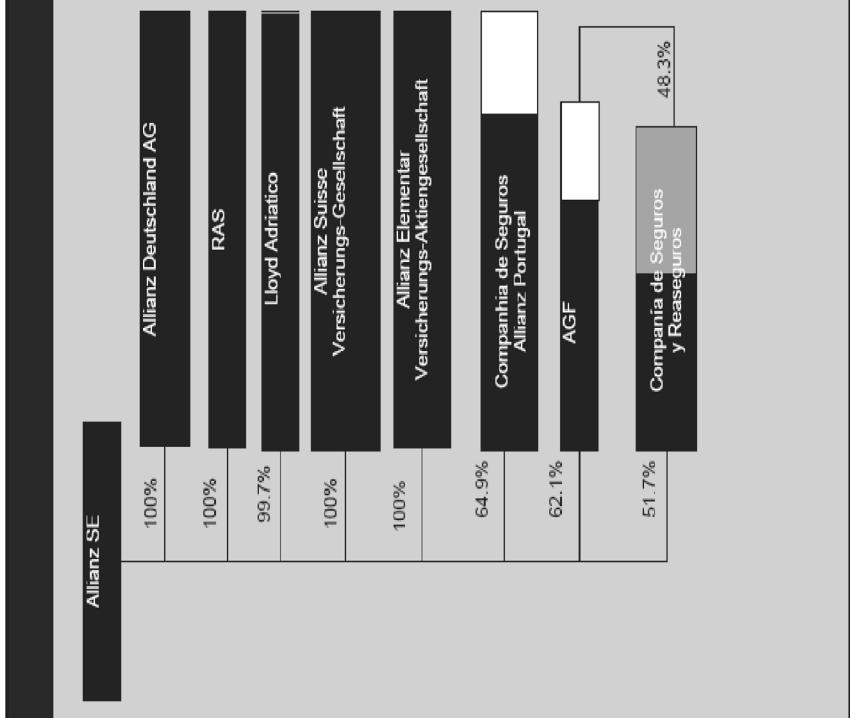
Dr. H.-K. Ress
Chef du service juridique – fusions-acquisitions

AVANT

(Source : Allianz SE)



APRÈS



2. Contribution d'Elcoteq SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. L'impact du volet social de la SE sur son attractivité

La plupart des sociétés remplissant les conditions de constitution d'une SE ou intéressées par cette dernière rentreraient de toute manière dans le champ d'application des dispositions de la directive relative aux comités d'entreprise européens. Je ne crois pas que cela pourrait réduire ses attraits de manière significative.

II. La constitution de la SE

a. La constitution d'une SE *ex nihilo*

Je pense qu'il serait très important de donner la possibilité de former une SE *ex nihilo*. Cela contribuerait au succès de cette forme sociale.

b. Le contrôle de la légalité

En Finlande, la légalité de la formation par fusion a été garantie par la promulgation de dispositions protégeant les actionnaires et créanciers de la société qui fusionne, tel que stipulé dans le règlement SE, article 24. En application du «*Finnish European Company Act*», articles 4 et 5, un actionnaire a le droit de se faire rembourser ses actions, et tous les créanciers de la société ont le droit de s'opposer à la fusion. Le processus de remboursement et le droit d'opposition des créanciers obéissent aux mêmes dispositions que celles adoptées dans le «*Finnish Companies Act*» concernant une fusion.

c. Un registre européen des SE voire des entités européennes

La création d'un registre européen des SE contribuerait à la transparence et permettrait une meilleure compréhension des problèmes potentiels liés à chaque pays concernant la constitution. Il contribuerait également à la visibilité et à l'image paneuropéenne de cette forme sociale.

III. Le fonctionnement de la SE

a. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

Cela est la clé même du succès de la SE. S'il n'y a pas davantage d'harmonisation, il n'y aura que peu d'intérêt pour cette forme sociale dans la mesure où la plupart des opérations qu'elle facilite peuvent déjà être réalisées par d'autres moyens (par exemple les fusions transfrontalières).

b. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

Dans l'environnement économique mondial actuel, le concept d'administration centrale/siège social a de moins en moins d'importance. J'estime qu'il n'y a aucune raison d'exiger d'une quelconque société d'avoir son siège dans l'Etat d'immatriculation dans la mesure où beaucoup de sociétés n'ont plus d'administration centrale dans le sens traditionnel du terme de toute manière. Par ailleurs, le concept n'est pas clairement défini par la législation européenne.

c. L'impact de l'approche du siège retenu et la mobilité de la SE

La mobilité de la SE est un élément fondamental de sa raison d'être. Elle ne devrait être limitée en aucune façon.

d. Le «*Law Shopping*»

Le «*Law Shopping*» devrait être encouragé, puisqu'il crée de la concurrence entre les pays d'Europe, rendant ainsi (il faut l'espérer) toute l'Europe plus concurrentielle.

IV. La problématique fiscale

a. Le projet ACCIS

Il s'agit d'un pas dans la bonne direction. Cela faciliterait également la vie des SE si cette mesure était adoptée.

b. La SE et les mesures incitatives fiscales

Ce serait une bonne idée. Les SE pourraient servir de cobayes dans le cadre d'un projet pilote d'harmonisation de l'assiette fiscale.

V. Évolutions et perspectives

a. L'appréciation générale portée sur le dispositif de la SE

Si les SE devaient pleinement bénéficier d'un véritable marché commun, cela exigerait une harmonisation de l'assiette fiscale et des méthodes comptables. Actuellement, une SE exploitant son activité dans plusieurs pays est considérée comme une seule entité du point de vue du droit des sociétés, mais du point de vue fiscal et comptable, toutes les succursales nationales sont considérées comme des entités à part entière. C'est le principal obstacle pour l'utilisation de la forme sociale paneuropéenne SE.

VI. Elcoteq SE et son projet de transfert de siège

a. Les motivations

Conformément à la stratégie de globalisation d'Elcoteq, la société a continuellement cherché à être proche de ses clients actuels et de nouveaux clients potentiels, et à décentraliser le management de la société de manière à le localiser à proximité de ses principaux sites d'exploitation. Parallèlement, le centre de prise de décisions opérationnelles de la société a été transféré depuis la Finlande vers les zones géographiques et le siège international du groupe à Zug, Suisse. Le transfert du siège social vers un site central en Europe est une suite naturelle à ces mesures, et contribuera à l'image de la société en tant que société européenne. Le Luxembourg est un point central par rapport aux clients de la société. L'une des principales raisons du transfert de siège est de mettre en œuvre la stratégie de globalisation de la société et de créer une structure effective afin de s'assurer de l'amélioration constante de sa compétitivité.

b. Les conditions requises par le droit finlandais en matière de transfert de siège et la théorie du siège retenue

En Finlande, des exigences spécifiques ont été imposées concernant la protection des actionnaires d'une société qui transfère son siège vers un autre État membre conformément à l'article 8-5 du règlement SE. Conformément à l'article 10 du *Finnish European Company Act*, un actionnaire votant à l'encontre de la décision de transfert du siège de la société dans le cadre de l'assemblée générale décidant du transfert a le droit de demander à la société de rembourser ses actions. Un détenteur d'options de souscription ou d'autres droits particuliers donnant accès au capital dispose du droit de remboursement au même titre qu'un actionnaire de la société. La procédure de remboursement obéit aux mêmes dispositions que celles du *Finnish Companies Act* relatives à un remboursement en cas de fusion.

En Finlande, la doctrine de la loi d'incorporation est appliquée. En matière de droit des sociétés, le principe d'immatriculation est décisif.

c. Nécessité d'une autorisation du transfert délivrée par le gouvernement finlandais ?

À l'exception des décisions fiscales et des discussions avec l'autorité finlandaise de supervision financière, aucune décision n'a été nécessaire.

Minna Aila
Project Director

3. Contribution de France Télécom sur les voies d'amélioration de la société européenne

La société européenne (SE) présente des avantages indéniables, mais également plusieurs inconvénients qui freinent la constitution de ce type de société. Aussi, il est important d'apporter les aménagements nécessaires afin de rendre cette structure plus attractive en France comme dans les autres États membres.

I. Les avantages et les inconvénients du statut de la SE

A. Les avantages

a. Un instrument de restructuration des groupes au sein de l'Union européenne

La SE est à ce jour, le seul outil juridique qui puisse permettre à des sociétés constituées dans des États membres différents de fusionner, de former une société holding ou une filiale commune, tout en évitant les contraintes juridiques et pratiques qui résultent des ordres juridiques de chaque État membre.

Toutefois, afin d'opérer certaines restructurations très opérationnelles, il convient d'apporter encore certains aménagements et notamment de permettre la possibilité de procéder à des apports partiels d'actif dans une SE constituée ou à créer.

b. Un instrument de gouvernance

La SE est un excellent outil en termes de gouvernance. En effet, en remplaçant les filiales par des succursales, chaque décision prise par le siège social est directement effective dans l'ensemble des succursales dispersées dans chacun des États membres.

En effet, alors qu'une filiale dispose de ses propres règles de gouvernance liées à la personnalité morale de l'entité et à ses propres organes de gestion et de direction, la succursale ou l'établissement secondaire est directement rattaché au siège social et permet ainsi des modes de fonctionnement plus simples, des synergies (plus de nécessité d'établir des comptes consolidés, plus besoin d'opérer des refacturations entre filiales et holding, simplification de l'organisation administrative qui permettra l'utilisation de systèmes informatiques communs plus standardisés et donc moins coûteux).

c. La mobilité de la SE au sein de l'Union européenne

Le siège de la SE, fixé par les statuts (siège statutaire) doit correspondre au lieu où se trouve son administration centrale, c'est-à-dire à son siège réel. La SE peut également procéder au transfert de son siège à l'intérieur de la Communauté sans devoir, comme c'était le cas avant l'adoption du règlement sur la SE, disoudre l'entreprise dans un État membre pour en créer une nouvelle dans un autre État membre.

d. La SE permet de renforcer l'identité européenne d'un groupe

La SE peut apparaître comme un outil de marketing et permettre ainsi d'afficher et de renforcer l'identité européenne d'un groupe.

e. Un meilleur engagement des institutions représentatives du personnel

La SE peut être l'outil qui peut offrir aux institutions représentatives du personnel une vision élargie des enjeux dans un groupe, une meilleure compréhension des difficultés et des opportunités du groupe sur un espace plus large. Par ailleurs, l'implication plus grande des institutions représentatives du personnel par le biais de la SE doit permettre également de renforcer le dialogue social en sortant des antagonismes historiques et nationaux.

f. Une grande liberté statutaire concernant les clauses d'actionnariat de la SE

Comme cela avait été précédemment fait pour la SAS (article L. 227-1 et suivants du Code de commerce), le législateur, avec la loi de transposition, a introduit dans notre droit des dispositions novatrices permettant aux actionnaires de la SE qui souhaitent donner un fort *intuitu personae* à leur société, de restreindre le recours au pacte d'actionnaires en insérant dans les statuts diverses clauses régissant leurs relations (articles 229-11 et suivants du Code de commerce).

B. Les inconvénients

Nous n'évoquerons pas les difficultés qui peuvent être rencontrées à l'occasion de la constitution du groupe spécial de négociation (GSN) et celles liées d'une

manière générale à la consultation des instances représentatives du personnel qui peuvent apparaître comme des obstacles à la constitution d'une SE.

a. La dissociation de l'administration centrale du siège statutaire

L'article L. 229-1 du Code de commerce précise que la SE est soumise aux dispositions de l'article L. 210-3 et que le siège statutaire et l'administration centrale ne peuvent être dissociés.

Cette interdiction de dissocier le siège statutaire de l'administration centrale pourrait apparaître comme un obstacle à la constitution d'une SE. Il serait souhaitable d'offrir une plus grande liberté dans le choix qui pourrait être proposé aux entreprises.

b. Réduire le montant du capital social

La SE doit être constituée avec un capital minimal de 120 000 euros. Un capital minimum moins important pourrait être mieux adapté aux PME (80 % du tissu économique en France) et rendre la SE plus attractive afin de faciliter son développement en Europe.

c. Un lourd contrôle de légalité en cas de transfert de siège qui paralyse cette disposition

Le partage du contrôle de légalité entre le notaire et le greffier apparaît comme relativement lourd et peut dissuader les sociétés d'opérer ce type de transfert.

Enfin, le notaire ne semble pas la personne la mieux préparée pour opérer ce type de contrôle. Le greffier du tribunal de commerce (ou le juge commis au registre du commerce et des sociétés sont des interlocuteurs plus naturels).

d. La SE semble trop dépendante du droit des sociétés de chaque État membre

On peut regretter qu'il y ait actuellement autant de types de SE qu'il y a d'États membres.

Chaque SE semble trop dépendante du droit des sociétés de l'État membre dans lequel elle est constituée. Ce qui peut entraîner à terme, à défaut d'une harmonisation, un «effet Delaware».

Il faudrait peut-être proposer des statuts-types de SE communs au niveau de l'Union européenne.

II. Les propositions en vue d'améliorer le statut de la SE au niveau national et/ou au niveau européen :

A. Permettre la constitution de la SE «*ex nihilo*»

La SE est aujourd'hui le seul outil de restructuration des groupes au sein de l'Union européenne. Aussi, après la transposition de la directive sur les fusions transfrontalières, l'adoption et la transposition de la 14^e directive sur le transfert de siège social, la création de la SE «*ex nihilo*» présentera un atout indéniable pour permettre aux entreprises de revendiquer l'identité européenne.

B. Permettre des apports partiels d'actif à la SE existante ou à constituer

Il serait souhaitable de modifier le règlement sur la SE, afin de permettre la possibilité d'opérer des apports partiels d'actif à la SE déjà constituée ou à créer.

En effet, ce type d'opérations doit rendre la SE encore plus attractive et permettre des restructurations plus opérationnelles en apportant à la SE (constituée ou à créer) des branches d'activités d'un même domaine réparties au sein de plusieurs filiales d'États membres différents et non l'ensemble des actifs de ses sociétés.

III. Quelles seraient les dispositions fiscales souhaitables pour la SE ?

A. Une fiscalité propre à la SE

Il serait souhaitable de parvenir à une plus grande harmonisation fiscale et de supprimer les obstacles fiscaux à l'activité transfrontalière (élimination des doubles impositions sur les prix de transfert, prise en compte des pertes transfrontalières, mobilité des personnes...).

B. La fiscalité des actionnaires

Les retenues à la source sur dividendes versés par des SE à leurs actionnaires résidents de l'Union européenne pourraient être supprimées, quels que soient leur qualité et le pourcentage de détention. Le premier État membre qui procéderait à la suppression de ces retenues à la source créera une très forte incitation à la localisation des SE sur son territoire.

Direction juridique

4. Contribution de PSA Peugeot Citroën

L'ensemble des textes régissant la société européenne (SE) étant désormais adopté, tant au regard du droit des sociétés que du droit social, la SE peut maintenant être immatriculée en France au registre du commerce et des sociétés.

Nous nous sommes posé la question de savoir :

- Si nous voyions un intérêt à l'adoption de cette nouvelle forme juridique au sein du groupe PSA Peugeot Citroën ;
- Plus généralement, quelles propositions nous paraissaient pouvoir être formulées pour renforcer l'attractivité de la SE vis-à-vis des entreprises françaises.

I. Intérêt de la SE pour le groupe PSA Peugeot Citroën. Bilan avantages/inconvénients

Tout d'abord, comme cela a été souligné par tous les commentateurs, le champ d'application potentiel de la SE est limité.

Cela tient aux situations dans lesquelles la création de la SE est possible (article 2 du règlement).

Le plus important est la fusion de sociétés.

Mais on peut regretter à cet égard que le règlement n'ait pas visé les scissions et apports partiels d'actif, qui constituent des instruments fréquents de réorganisation des groupes d'ailleurs pris en compte dans les directives fiscales.

La constitution d'une SE, en dehors des cas limitativement énumérés par le règlement, n'est pas possible. On expliquera sans doute cette timidité du législateur européen par le souci de résERVER cette forme juridique aux entreprises exerçant dès le départ leurs activités sur plus d'un État membre. On peut le regretter, dès lors que nous demeurons dans le régime du volontariat.

La SE n'a par ailleurs pas vocation à se substituer, en l'état actuel des textes, aux formes de sociétés les plus répandues dans les législations des États membres :

En effet, la SE ne peut être constituée qu'à partir de sociétés anonymes, *Società per azioni*, *Aktiengesellschaften* ou *Public Limited Company* ou leur équivalent, dans le cas de création par voie de fusion.

Le règlement exclut donc les fusions de sociétés de type SAS, SARL, GmbH et *Limited Company*. Or ces formes juridiques représentent une part très importante du tissu économique européen. Si l'on prend l'exemple de l'Allemagne, les GmbH sont très souvent des entreprises de taille significative et elles ne sont pas aussi fortement connotées à la notion de petite entreprise que ne l'est la SARL du droit français.

En ce qui concerne le groupe PSA Peugeot Citroën, la grande majorité des filiales, commerciales, industrielles ou financières, créées au sein de l'Union européenne (en dehors de la France, de l'Italie et de l'Espagne, traditionnellement attachées à la SA) a été constituée sous des formes juridiques qui ne leur permettraient pas de se regrouper par voie de fusion au sein d'une SE, en l'état actuel des textes.

La création d'une SE par voie de transformation n'est également accessible qu'aux sociétés anonymes.

L'analyse globale que nous faisions de la SE ne conduit pas non plus à préconiser, comme cela a parfois été suggéré par certains commentateurs, de transformer préalablement ces filiales en SA, avant d'engager la procédure de conversion en SE. On arriverait en effet à des délais extraordinairement longs, puisqu'il faudrait prendre en compte le délai d'attente de deux ans visé à l'article 2-4 du règlement. Les entreprises seraient également exposées à des coûts de transformation non négligeables. Par ailleurs le schéma ne serait guère explicable aux partenaires sociaux.

Notons que le règlement admet un élargissement au profit des SARL, dans le cas de la création d'une SE holding (article 2-2). Le groupe n'a cependant pas de projet particulier conduisant à la création d'une holding répondant aux critères de l'article 2.

On relèvera que les SAS restent curieusement exclues de cette extension, sans doute parce que cette forme juridique n'a connu son plein développement en France qu'après 2001.

Nous devons cependant remarquer que le règlement élargit à toutes les sociétés visées à l'article 48 du Traité CE la possibilité de créer une SE filiale, dès lors qu'elles relèvent d'au moins deux États membres différents ou qu'elles ont une filiale ou un établissement dans au moins deux États membres. La SE pourrait ainsi présenter un intérêt non négligeable dans le domaine des coopérations transfrontalières, eu égard notamment aux solutions retenues par la SE française concernant le régime des actionnaires. Mais il n'est pas certain que l'on puisse clairement dégager un avantage spécifique de la SE par rapport à la SAS, au-delà d'un bénéfice de communication.

En dehors de cette hypothèse de création de SE filiale, nous ne voyons pas, à ce stade, de situation nous permettant de recourir à la SE au sein du groupe. Là encore, le champ du règlement est trop restrictif, puisqu'il ne pourrait s'agir que de filiales nouvelles. Or le groupe est déjà implanté dans tous les pays de l'Union européenne. Observons également que la très grande majorité de nos filiales est gérée sous forme de sociétés unipersonnelles, ce qui est une grande source de simplification. Or le régime de la SE n'autorise pas la détention de son capital par un seul actionnaire, sauf dans le cas de la SE filiale de la SE. On peut clairement le regretter.

Nous discernons ainsi le deuxième handicap de la SE, à savoir sa complexité excessive, qui en fait véritablement une affaire de spécialistes. On voit mal des sociétés de taille simplement moyenne se lancer dans l'aventure de la SE, spécialement avec les quelques «pièges» qu'elle recèle et sur lesquels nous reviendrons.

Cette complexité juridique se retrouve dans le statut applicable à la SE. Il s'agit de l'article 9 du règlement, abondamment commenté. Cet article a été vivement critiqué. On peut comprendre ces critiques, dans la mesure où l'enchevêtrement des textes, auquel le règlement aboutit, est source d'insécurité juridique. En tout état de cause, cette complexité ne peut qu'exercer un effet négatif quant à l'attractivité de la SE.

J'y verrais cependant un effet secondaire plutôt favorable, mais qui ne suffit pas, à mon sens, à justifier le texte. C'est la reconnaissance de l'idée que dans les domaines définis par le règlement la liberté statutaire prévaut sur les dispositions même impératives de la loi nationale.

Cette complexité se retrouve en second lieu, au niveau de la constitution de la SE au regard notamment du GSN, mais également du droit des sociétés, avec l'intervention d'experts indépendants désignés par une autorité judiciaire ou administrative et surtout d'un notaire, chargé de certifier la régularité des opérations, y compris sur le volet social, opérations auxquelles cependant il n'aura pas pu participer.

Si l'objectif est bien celui de l'amélioration de la compétitivité des entreprises, tel qu'il a été réaffirmé par la conférence de Lisbonne, la SE apparaît à cet égard aux entreprises en décalage par rapport aux contraintes auxquelles elles sont

confrontées, au demeurant légitimes, en matière de contrôle de gestion et de maîtrise des coûts.

Les entreprises sont, je pense, unanimes à considérer que l'intervention d'un notaire dans le domaine de la certification de la régularité juridique et sociale du passage en SE sera largement dissuasive, en l'état actuel du régime de la SE et tant que les modalités d'intervention des notaires n'auront pas été précisées.

Comme on attache des conséquences juridiques importantes à ce certificat, on peut craindre des problèmes de délai pour l'obtention de ces certificats, puisqu'il y aura potentiellement un problème de responsabilité pour la profession, mais aussi de coût. Si les entreprises soulèvent la question, c'est parce qu'elles ont déjà à faire face à des coûts notariaux très élevés, même à l'échelle des grandes entreprises, lorsqu'elles procèdent à des fusions et que la société absorbée détient des actifs immobiliers. C'est clairement pour les entreprises un élément qui sera pris en compte dans ses aspects les plus concrets.

L'intervention d'un commissaire à la transformation est-elle réellement utile, dès lors que les comptes de la société concernée ont été établis conformément à un référentiel accepté, et certifiés par des commissaires aux comptes indépendants ? Si on a des doutes sur la qualité des comptes de la société en cause, cette vérification ponctuelle de la situation nette par un expert indépendant ne paraît pas une réponse suffisante au regard d'une exigence légitime en matière de transparence financière et de sécurité des tiers. Dans cette hypothèse, la solution ne serait-elle pas plutôt d'aller vers un renforcement ou un resserrement de l'harmonisation comptable ou du droit des sociétés, afin d'éviter des déséquilibres entre les États membres ?

Il semble qu'en tout cas on aurait pu confier cette mission au(x) commissaire(s) aux comptes de la société, comme dans le cas de la transformation d'une SA en SAS.

Le volet social apparaît aussi comme un facteur de complexité et d'incertitude. Outre que le principe d'implication des salariés dans l'entreprise apparaît étranger à de nombreux systèmes juridiques, au sein de l'Union européenne, le passage en SE signifie des délais de négociation très longs et le principe « Avant/Après » risque d'être perçu comme conduisant à un alignement vers le haut du statut collectif et à la généralisation de la cogestion. La SE peut également faire craindre de devoir rouvrir périodiquement la procédure de négociation collective et à rétablir un GSN, lorsque certains seuils seront atteints. Cette mesure risque d'apparaître comme un frein au développement de la SE.

Cette procédure peut ainsi apparaître comme lourde et contraignante, même si on ne remet pas en cause le principe du dialogue social. On peut en outre s'interroger sur la coexistence de cette procédure avec le comité de groupe.

Autre difficulté de la SE : la nécessaire superposition du siège social, retenu pour les besoins de l'immatriculation, et du centre de décisions effectif. Compte tenu de la sanction qui s'attache à cette règle, à savoir la nullité, les juristes ne pourront que recommander la plus grande prudence avant que la décision de création d'une SE ne soit prise. En effet, on pourrait hésiter dans certains cas sur la localisation du centre de décisions effectif, compte tenu de l'éclatement géographique de certaines grandes directions. La solution retenue par le règlement

est ainsi source d'insécurité juridique ou en tout cas impose une organisation de la direction générale très centralisée qui ne correspond plus totalement à la réalité actuelle de toutes les entreprises.

La SE comporte également à notre sens quelques «pièges», qui sont liés aux options laissées par le règlement aux législateurs nationaux. On pourra bien sûr y voir une chance pour le droit national de renforcer son attractivité par rapport à celui des autres États membres. On a cité le cas pour la France de la souplesse introduite dans le domaine des droits des actionnaires. Mais outre l'inévitable complexité suscitée par ce régime, cela permet aux législateurs nationaux de prendre des dispositions qui peuvent entraver le développement de la SE et se retourner contre les entreprises.

Il s'agit tout d'abord du droit d'opposition à la fusion et au transfert de siège reconnu à certaines autorités administratives (pour la France : CECEI, CEA, AMF) pour des «raisons d'intérêt public», ce qui autorise beaucoup d'interprétations. Je vois mal les entreprises prendre l'initiative de lancer une opération devant mobiliser autant d'énergie, de temps et donc d'argent, suscitant au besoin des attentes sur le plan social, au risque de voir l'opération refusée sur la base de règles non prévisibles. Cette disposition témoigne d'une prudence excessive envers une conception pleinement assumée et volontaire de l'Europe. Elle permettrait certes de tenter de faire valoir le moment venu une solution nationale sur la base du principe de «patriotisme économique». Mais on a un peu de mal à concilier cette disposition avec les principes du marché unique, tel qu'il a été notamment confirmé par la CJCE. Et comment ne pas redouter de la part des autres États membres des mesures symétriques et défavorables aux entreprises françaises ? En outre, ce type de disposition, essentiellement défensive, est source d'insécurité juridique.

La possibilité d'un recours contentieux contre une décision administrative de rejet ne semble pas constituer une solution complètement adaptée aux besoins des entreprises, ne serait-ce que par les délais de cette procédure.

Il s'agit en second lieu du droit pour chaque État membre de prendre des dispositions en vue d'assurer une protection appropriée des actionnaires minoritaires qui se seraient prononcés contre la fusion ou le transfert de siège.

Il serait prudent, avant d'engager de telles procédures, de vérifier les dispositions du droit étranger concerné. Si la France n'a pas décidé d'utiliser cette option pour les fusions, elle l'applique au contraire pour les transferts de siège. Dans ce dernier cas, les actionnaires hostiles au transfert pourront obtenir le rachat de leurs titres.

D'autres législations ont pu introduire des dispositions comparables dans leur droit interne, avec des conséquences financières éventuellement non négligeables. C'est le cas notamment de la loi espagnole 19/2005 du 14 novembre 2005, qui reconnaît un droit de retrait aux minoritaires hostiles à la fusion ou au transfert de siège.

On pourrait discuter de l'opportunité de telles dispositions de droit interne.

Certes, le changement de loi applicable à la société a toujours été considéré par la doctrine comme nécessitant l'unanimité et on peut tout à fait concevoir qu'à l'occasion de ces opérations se présentent des conflits d'intérêt réels auxquels il faut apporter une réponse appropriée. Cette réflexion est parfaitement légitime.

Mais le principe de l'unanimité ne devrait-il pas être fortement atténué, dès lors que le nouveau droit applicable, au sein de l'Union européenne, est substantiellement équivalent au droit d'origine, par suite notamment de l'harmonisation entreprise par l'Union européenne, qu'il s'agisse de l'information des actionnaires, des nouveaux modes de participation aux décisions sociales par voie télématique, de l'établissement ou de la publication des comptes ? A-t-on assez pris en compte, sur ce terrain comme sur d'autres, l'acquis de cinquante ans de droit communautaire ? La question de la langue a en outre été traitée dans le règlement Prospectus. Enfin, la technologie moderne nous offre des moyens simples, et en tout cas qui progressent rapidement, pour permettre aux actionnaires d'exercer leur «*affectio societatis*», s'ils le souhaitent.

Quoi qu'il en soit, on voit que le régime applicable à la SE comporte beaucoup d'incertitudes quant à la mise en œuvre de ces opérations et quant au coût final de celles-ci. Ni le règlement ni la loi ne précisent les conditions dans lesquelles devraient s'opérer ces retraits d'actionnaires.

Certains ont toutefois mis en avant en faveur de la SE trois avantages qui pourraient être importants :

- L'harmonisation des grands groupes européens avec le passage de leurs filiales sous le statut unique de SE.

On ne peut réellement soutenir que cela se traduirait par une simplification de la gestion de ces sociétés, puisque la SE, à la différence des GEIE, n'est qu'une forme juridique nationale de plus et non pas une forme nouvelle qui serait uniforme dans toute l'Union européenne. La souplesse introduite dans la SE française en matière de droits des actionnaires n'est pas douteuse, mais est-il réellement nécessaire de passer par la SE pour atteindre cet objectif ? La SAS, et aussi d'autres formes juridiques équivalentes en Europe, le permettent également à moindres coûts.

On a vu par ailleurs que la SE ne pourrait réellement servir de forme unique aux filiales existantes, puisque la transformation en SE n'est possible qu'à partir de SA. On ne voit donc pas d'avantage particulier à la SE en termes de simplification des groupes.

- On a également mis en avant la possibilité d'opérer un transfert de siège social au-delà des frontières d'un État membre, sans perte de la personnalité morale et donc sans création d'un être moral nouveau. Cela constituerait un apport théorique non négligeable de la SE. Mais nous voyons assez difficilement les circonstances pratiques qui conduiraient à une telle décision, étant entendu naturellement que toute stratégie purement fiscale de l'entreprise ou de ses dirigeants devrait être absente d'une telle décision. Le fait de passer sous l'empire d'une autre législation d'un État membre justifie-t-il un transfert de siège, alors que la liberté d'établissement et celle des mouvements de capitaux sont confirmées ? On peut s'interroger sur une telle mesure, eu égard au fait en particulier qu'un transfert de siège en dehors de France autoriserait les actionnaires qui se seraient prononcés contre ce transfert à obtenir le rachat de leurs titres, comme on l'a vu plus haut. Dans le cas de notre groupe, je n'ai pas connaissance que cette réflexion ait été engagée. Le transfert de siège paraît donc représenter pour nous une perspective purement théorique. Mais on peut en concevoir l'intérêt dans

certains groupes plus éclatés, mais avec la réserve signalée plus haut quant au problème de la superposition du centre de décisions réel et du siège social.

– Enfin, on a souligné l'intérêt de la SE au regard du droit des fusions, en permettant la constitution de sociétés transfrontalières, disposant d'établissements secondaires dans plusieurs pays de l'Union.

C'est peut-être en définitive l'intérêt principal, mais relatif, de la SE.

On objectera sans doute que la directive «Fusions» du 26 octobre 2005 applicable cette fois à toutes les sociétés de capitaux en limite l'intérêt. Cette directive doit en effet être transposée au plus tard le 15 décembre 2007, soit donc avant qu'un processus de transformation en SE, s'il était engagé maintenant, ait probablement abouti. Dans ces conditions, pourquoi la SE ?

Certes la directive «Fusions» se montre en retrait par rapport aux attentes que l'on pouvait former. Elle n'est ainsi pas applicable aux opérations connexes, telles que les scissions, apports partiels d'actif (ou encore aux «*escisiones parciales*» du droit espagnol), qui représentent une part importante des restructurations de groupe.

Mais on a vu plus haut que le règlement SE n'avait pas un domaine d'application plus large. Par ailleurs, la directive ne vise qu'à faciliter les fusions transfrontalières dans les pays qui reconnaissaient celles-ci en droit interne. Elle assure donc seulement une égalité de traitement entre les fusions transfrontalières et les opérations purement domestiques. Elle ne consacre en particulier pas de manière générale la reconnaissance du principe de la transmission universelle ou à titre universel. On pourrait nous opposer que la directive pouvait s'en dispenser, puisque la 3^e directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, en matière de fusions, en avait reconnu le principe. La difficulté tient cependant au fait que cette dernière directive ne concernait que les sociétés anonymes, à l'exclusion des autres sociétés de capitaux.

Il n'y a donc pas de différence significative entre le règlement SE et la directive «Fusions» de 2005 pour ce qui concerne la reconnaissance des fusions transnationales.

Regrettions à ce titre que les entreprises ne disposent pas au niveau communautaire des moyens leur permettant de réaliser les fusions et opérations assimilées (apports partiels d'actif ou scissions) sur la base d'un principe de transmission universelle ou à titre universel qui serait reconnu au niveau communautaire pour toutes les sociétés de capitaux.

Au demeurant, l'absence de texte européen, autre naturellement que la directive fiscale sur les fusions, ne nous a pas empêchés de réaliser, sans obstacle dirimant mais non sans complexités naturellement dans le cours de leur réalisation, à partir de 1996 les fusions transfrontalières que le groupe souhaitait opérer dans le domaine des banques et sociétés financières, sous l'égide en particulier de la directive sur la reconnaissance mutuelle en matière d'établissements de crédit.

Nous avons pu ainsi réaliser ces opérations au Portugal, en Espagne, en Italie qui disposent de lois sur les fusions assez proches de la loi française et qui reconnaissent en conséquence, comme la France, le principe de transmission universelle du patrimoine, mais également en Allemagne par la voie de la transmission

universelle du patrimoine ou dissolution confusion réalisée en septembre 2005. Le seul pays où nous aurions peut-être rencontré un obstacle, si nous en avions eu le projet, eût été le Royaume-Uni, mais pour des raisons essentiellement de communication.

L'arrêt « Sevic » de la CJCE du 13 décembre 2005, pour ne citer que celui-ci, est venu conforter au demeurant cette pratique.

Il faut souligner de toute manière que, quelle que soit la procédure utilisée pour la réorganisation d'entreprises, il n'est le plus souvent pas possible d'imposer le transfert des contrats conclus *intuitu personae*. Les solutions devront donc varier au cas par cas, en fonction du contexte particulier de chaque affaire.

Néanmoins, nous devons observer que les fusions transnationales ainsi réalisées par le groupe PSA Peugeot Citroën ont concerné des sociétés intégralement contrôlées. Le problème du changement de nationalité de la société auquel auraient peut-être pu s'opposer des actionnaires minoritaires ne s'est pas posé en pratique.

La SE conserverait donc un avantage par rapport aux solutions antérieures, puisqu'elle permettrait de surmonter le problème éventuel du vote hostile de minoritaires, pour autant qu'il s'agisse naturellement de sociétés anonymes et sous les réserves indiquées plus haut quant à l'existence d'options nationales.

L'avantage est, on le voit bien, assez limité pour un groupe tel que PSA Peugeot Citroën, puisque nous n'avons que très peu d'actionnaires minoritaires dans les filiales.

En définitive, on assisterait sans doute à un développement de la SE, si les groupes décidaient de constituer des entreprises « paneuropéennes » dans lesquelles les établissements secondaires seraient substitués aux filiales. Mais est-on prêt à renoncer à ce degré de sécurité juridique et financière que représente la société de capitaux par rapport à une exploitation directe ?

En dehors de ce contexte bancaire particulier, il faudrait sans doute que l'on soit conforté dans une équivalence de risques, en matière notamment de délégation de responsabilités.

Enfin, il faut noter que tous les groupes ont mis en place au profit de l'ensemble de leurs filiales, des services centralisés dans différents domaines, tels que la trésorerie, l'assistance juridique ou financière, ce qui atténue sensiblement les inconvénients découlant de la coexistence d'entités juridiques distinctes.

Quels que soient les mérites de ces conventions intragroupes, pourquoi ne développerait-on pas à l'échelon européen des solutions reconnues comme valides sur le plan national ?

Ainsi, nous avons procédé au cours des dernières années à une sensible évolution des structures du groupe, en ce qui concerne les filiales de vente, distribution et réparation automobile du groupe. Après avoir dans un premier temps transformé ces filiales de SA en SAS, chaque fois que cela était possible au regard de leur actionnariat, ce qui était déjà une étape importante en termes de simplification, nous avons engagé un processus de fusion de filiales commerciales, désormais regroupées au sein d'une entité unique, qui est d'ailleurs une SAS. Nous en attendons une simplification du groupe, mais également une plus grande dis-

ponibilité des équipes commerciales et une professionnalisation renforcée de certaines fonctions de l'entreprise.

Pourquoi n'en serait-il pas de même à l'échelon de nos filiales européennes, qui sont aussi confrontées à des questions de secrétariat juridique, de contrôle interne, de gouvernance ou encore de gestion des capitaux propres ? On voit bien le parti que l'on pourrait tirer de la SE, dès lors que l'on serait assuré de pouvoir la mettre sur pied dans des conditions de sécurité juridique et de coûts acceptables.

En conclusion de ce bilan sur les avantages et inconvénients de la SE, nous n'avons pas décelé à ce jour les raisons qu'aurait le groupe PSA Peugeot Citroën de recourir à la SE, mais on perçoit aussi que cette approche pourrait s'inverser, si les textes qui la régissent évoluaient.

II. Quelles propositions pourraient être faites pour améliorer l'attractivité de la société européenne ?

La première pourrait consister dans l'élargissement des conditions dans lesquelles pourrait être créée une SE.

Non seulement il conviendrait de pouvoir créer une SE *ex nihilo*, dès lors que son ou ses fondateurs exercent leurs activités dans plus d'un État membre, soit directement soit indirectement au travers de filiales, sans pour autant exclure les cas prévus actuellement par le règlement.

En second lieu, il faudrait permettre à toutes les sociétés de capitaux de créer ou de participer à la création d'une SE, par transformation ou fusion notamment.

En troisième lieu, il serait souhaitable d'élargir le régime des fusions aux opérations connexes, telles que l'apport partiel d'actif ou la scission.

La deuxième proposition qui conduirait au développement de la SE consisterait à simplifier son régime. Cette simplification pourrait être reconnue à plusieurs niveaux.

Le premier aspect de cette simplification résiderait dans l'adoption d'un statut radicalement communautaire et donc très largement déconnecté des droits nationaux. Cela assurerait à la SE un statut unifié, qui serait très lisible pour les entreprises, mais également pour tous ses partenaires, sociaux, actionnaires, fournisseurs ou clients, et de manière générale tous les *stakeholders* de l'entreprise.

Cela supposerait une refonte de l'article 9 du règlement et une remise en cause du principe des options laissées aux États membres et qui ont été discutées dans la première partie.

Dans ces conditions, la SE ne serait plus perçue comme une structure aussi complexe et manquant de sécurité juridique.

Le deuxième aspect qui s'attacherait à cette recherche de simplicité porterait sur le mode de création et de fonctionnement de la SE.

La réduction des délais et des coûts de constitution jouerait un rôle important dans le développement de cette nouvelle forme sociale. Nous nous sommes

expliqué dans la première partie sur ce sujet. Retenons que l'on pourrait réduire de un an à six mois le délai de négociation du statut social et réexaminer la question de l'implication des salariés dans la gestion au regard des règles relatives au comité de groupe.

Sur le plan du fonctionnement, la SE pourrait avantageusement, pensons-nous, opérer une distinction plus radicale entre les sociétés qui font appel public à l'épargne et les sociétés « privées », créées soit dans le cadre de coopérations soit encore de filiales intégralement contrôlées. Les intérêts en cause ne sont en effet pas les mêmes dans les deux cas. Il serait souhaitable que les solutions fournies par le législateur soient adaptées le plus étroitement possible aux véritables questions à résoudre. Dès lors que nous ne sommes plus dans le contexte de l'appel public à l'épargne et que n'est pas en cause la sécurité juridique et financière des tiers, pourquoi ne pas laisser une très grande liberté statutaire aux fondateurs ? La généralisation de la SAS et de la *Limited Company* anglaise témoignent de l'importance de ces considérations.

Il faudrait à ce titre reconnaître pleinement la société unipersonnelle.

Dans ce contexte, il faudrait également résoudre dans le sens des solutions dégagées par la CJCE le problème du siège de la SE, évoqué plus haut.

En ce qui concerne le niveau du capital social (120 000 euros), on peut penser que la SE s'adressera soit à des entités sans personnel soit à des sociétés importantes comportant déjà de nombreux salariés et pour lesquelles cette forme juridique nouvelle permettra de renégocier un statut social déjà très lourd. Dans le premier cas, ce chiffre apparaîtrait peut-être trop élevé. Observons toutefois que les fondateurs disposeraient de dispositions souples quant à la libération des fonds. Ce point n'est donc sans doute pas le plus important.

Mais on aurait pu imaginer des solutions plus innovantes, soit un montant modulé en fonction de l'activité (solution de type français pour les établissements de crédit par exemple), mais qui a clairement aussi ses limites, soit plutôt, comme dans certaines législations étrangères, des tests de solvabilité, les deux pouvant être combinés. De toute manière, le niveau absolu de capital comme le principe de fixité du capital ont une signification très relative.

Dans le prolongement de la SE, il nous paraîtrait également tout à fait intéressant d'organiser une véritable immatriculation communautaire auprès d'un registre européen central, ce qui serait de nature à améliorer la communication dans l'ensemble de l'Union européenne des documents sociaux (statuts, actes de sociétés, comptes sociaux) au bénéfice des tiers et de toutes les personnes intéressées. Cela simplifierait les obligations déclaratives pesant sur les succursales étrangères et renforcerait significativement l'information disponible en matière de sociétés.

La technologie moderne pourrait d'ailleurs conduire à l'adoption de systèmes rapides et économiques.

Conclusion

Il nous semble que, si la SE pouvait connaître les évolutions de statut décrites dans la présente note afin d'atténuer le caractère pénalisant ou restrictif qui la caractérise aujourd'hui, on ne manquerait pas alors d'enregistrer une progression du nombre de ces sociétés.

Pour ce qui concerne le groupe PSA Peugeot Citroën, ce serait alors une solution que nous préconiserions, à l'instar du choix que nous avons effectué de créer deux GEIE dès 1992.

Gilles Requillart
Responsable droit financier sociétés

5. Contribution de Renault

La création d'une société européenne (SE) est un formidable défi juridique qui s'inscrit dans les mutations profondes auxquelles nous assistons dans le monde des affaires.

Dans ce monde-là, force est de constater que l'ingénierie juridique transfrontalière et les capitaux circulent plus vite que la «nation» Europe, si nécessaire pourtant, ne se crée. Les mutations sociétales induites par la révolution numérique et l'Internet sollicitent tous les jours un peu plus nos modes classiques de raisonnement. Notre industrie automobile n'échappe pas à ces mutations. Nous affrontons par le fait même des conflits de normes d'un pays à l'autre et plus généralement des logiques contradictoires d'origine culturelle ou politique. Le développement, au-delà des disparités des règles de droit, d'un schéma cohérent et adapté à l'activité internationale d'un groupe comme notre alliance Renault-Nissan, figure nécessairement parmi nos principaux objectifs.

La SE serait une percée conceptuelle de premier ordre, encore faudrait-il que sa portée opérationnelle soit tangible. Or les difficultés pratiques, sans être dirimantes, ne sont pas négligeables, ne les éludons pas, parlons-en de manière résolue.

La première difficulté est liée à la complexité du régime juridique applicable à la SE : la multiplicité des sources de droit applicables à la SE et les nombreux renvois aux droits nationaux peuvent créer potentiellement autant de variantes de SE qu'il existe d'États. Le concept de transnationalité y perd ainsi de sa substance en ce qu'il renvoie nécessairement à une étude approfondie de chaque législation nationale.

Il n'est pas de bonne coopération transnationale sans liberté contractuelle : en renvoyant en grande partie au régime contraignant de la société anonyme, le règlement du 8 octobre 2001 a un peu atténué l'attrait de la structure européenne, notamment en matière de souplesse de gestion des instances sociétaires. Les premières ébauches de la loi Breton transposant le règlement, suggéraient en ce sens d'utiliser la SAS comme référence pour la SE. Une évolution du régime actuel de la SE vers un format juridique de ce type permettrait un recours plus important à ce schéma sociétaire.

L'absence de dispositions fiscales harmonisées constitue, par ailleurs, un frein important au recours à la SE. Cette dernière n'offrira guère d'avantages économiques significatifs en l'absence d'accord sur un régime fiscal adapté.

Il faut enfin impérativement mentionner les dispositions relatives à l'implication des travailleurs qui rendent la procédure de constitution d'une SE difficile à mettre en œuvre, notamment en raison de la complexité et de la durée des négociations au sein du groupe spécial de négociation. Il apparaît que les SE déjà créées au sein de l'Union sont en effet dans la plupart des cas dépourvues de salariés, ce qui tendrait à conforter notre opinion.

Bref, les difficultés pratiques existent, mais il suffit d'une « poignée de braves déterminés » pour donner un élan à ce projet. Ceux qui le portent en France ont notre soutien.

Christian Husson

Directeur juridique du groupe Renault

6. Contribution du groupe SCOR

Le groupe SCOR, société de réassurance cotée à Paris et à New York, dont l'activité s'exerce principalement – au moins au titre de la réassurance de dommages – en Europe, a fait le choix de constituer trois sociétés européennes (SE), dès le début de 2006. Ces sociétés reprennent les activités de la société de tête cotée et de chacune des deux sociétés opérationnelles récemment créées et spécialisées dans la réassurance de dommages et la réassurance vie. Ces trois sociétés sont en cours de constitution, le processus s'achevant normalement en mai-juin 2007, avec les assemblées générales des trois sociétés.

La « *Societas Europaea* » est un cadre logique pour l'exercice d'une activité internationale du type de la réassurance, d'autant plus que la réglementation européenne qui s'applique ou se développera à l'égard de ce secteur d'activité y pousse ou y constraint.

Pour notre groupe, cette forme de société manifeste l'ancrage de notre activité dans le grand marché européen et présente notre démarche commerciale comme véritablement européenne, avec une capacité à proposer des solutions d'assurance et de réassurance transfrontalières. En termes d'image, cela contribue à atténuer l'impression que le groupe est seulement tourné vers le marché français où il exercerait une position dominante – ce n'est pas le cas –, mais limitée à ce seul marché.

La réassurance est désormais soumise à une réglementation européenne, qui s'applique à chacune de nos filiales en Europe, et donc multiplie les contrôles nationaux. Combinée au développement de l'exercice « Solvency II », fixant à terme de nouvelles obligations de niveau et de localisation du capital dans les sociétés d'assurance et de réassurance exerçant en Europe, cette réglementation crée une charge lourde de contrôles multiples et surtout rend indisponible une partie des fonds propres. Cela, sans insister sur l'alourdissement régulier des contraintes comptables locales (comptes statutaires vs comptes consolidés, char-

ges liées à la fiscalité, pour ne citer que les plus simples), nous incite à rechercher des solutions facilitatrices dans le respect de la réglementation européenne, qui assurent la flexibilité de notre allocation de capital.

La *Societas Europaea* permet d'atteindre deux objectifs :

- Recentrer le contrôle de la réassurance sur le groupe, en utilisant le passeport unique prévu par la réglementation européenne et donc en valorisant le contrôle du groupe par l'ACAM, Autorité française de contrôle des assurances, par opposition au contrôle de chaque filiale de SCOR en Europe par les diverses autorités de contrôle ;
- Permettre une gestion souple de l'allocation de capital entre les entités du groupe, de façon à éviter une application rigide et coûteuse de «Solvabilité II» par entité, tout en assurant le respect des règles de solvabilité au niveau du groupe européen.

Le processus de création de la SE est conceptuellement simple, mais d'exécution lente et relativement lourde. La « transformation » est relativement aisée, mais la « fusion-absorption » des filiales européennes de SCOR Vie et Non Vie (dénommées SCOR Global Life et SCOR Global P&C) du fait des règles nationales et de l'application inégale de la directive « Réassurance » par chaque autorité de contrôle peut se révéler semée d'embûches successives, parfois inattendues et surtout longues à contourner.

La nécessité d'une vaste consultation sociale, très inspirée du droit français et des structures instituées en Allemagne ne manque pas de surprendre les salariés des autres pays européens. D'où des lenteurs et des incompréhensions qui sont surmontables, mais avec le temps.

En réalité, le principal obstacle à la SE est aujourd'hui la lenteur d'un processus qui pour SCOR aura duré un an et demi et nécessité des démarches dans de nombreux pays auprès d'administrations nationales, dont les intérêts ne sont pas nécessairement de favoriser la mise en œuvre du projet et dont la compétence sur le sujet n'est pas naturellement très affûtée.

La création de *Societas Europaea* n'emporte aucune conséquence fiscale, ce qui implique que les résultats de nos futures entités européennes (succursales) seront taxés localement. Cet obstacle, certain pour la réassurance, à la gestion centrale de nos risques, de nos fonds propres et de nos résultats, introduira d'inévitables distorsions. Les sièges sociaux des SE tendront à se localiser plus aisément dans ceux des pays européens où la fiscalité est la plus légère. Dans l'industrie de la réassurance, la concurrence est immédiatement mondiale, avec des pays de siège social tels que les Bermudes où le taux d'imposition est très faible. La concurrence fiscale intraeuropéenne est inéluctable et la « société européenne » n'y apporte pas de solution. Elle pourrait toutefois pousser à des solutions d'uniformisation de taux et de conditions de taxation favorables au maintien sur le sol européen d'activités de services, telles que les nôtres, de plus en plus aisément délocalisables.

Le groupe SCOR a fait le choix de la forme SE pour l'ensemble de ses activités puisque nos filiales hors d'Europe seront filiales de la société de tête SCOR SE. Nous considérons cette démarche comme facilitatrice et simplificatrice et nous en attendons des profits en termes de fluidité juridique et de facilitation du contrôle admi-

nistratif de notre activité. Mais, naturellement, le choix de cette forme de société est surtout la manifestation de notre enracinement dans le grand marché européen, qui est aujourd’hui le cœur de métier et de compétence de SCOR.

Patrick Thourot
Directeur général délégué

7. Contribution de la Société générale sous la forme de réponses au questionnaire sur la SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. L’efficacité de l’outil SE

Les objectifs de la SE sont positifs, mais en raison des contraintes sociales lourdes à sa constitution et au cours de son existence, la SE ne peut être utile que si son utilisation est destinée à faciliter une opération importante sous-jacente, par exemple une fusion.

Dans ce cadre, son autre atout est de permettre aux sociétés d’adopter une approche internationale à l’égard des clients, des salariés et des fournisseurs et donc de se positionner en termes d’image comme une société déconnectée de tout ancrage national.

b. Les secteurs d’activités de prédilection pour la SE

A priori, l’intérêt de la SE pour les banques lié à la transformation de filiales en succursales n’est pas immédiat.

La Société générale a su s’organiser pour exercer ses activités, directement si nécessaire, par le biais de succursales et procéder, le cas échéant, à la transformation de ses filiales européennes en succursales, en particulier pour ses activités de banque de financement et d’investissement, très consommatrices en fonds propres. Pour ses activités de banque de détail, les filiales situées au sein de l’Union européenne comportent des actionnaires minoritaires dont la sortie n’est pas souhaitée, pour des questions financières (coût de sortie des minoritaires) et politiques (bonne intégration locale).

L’autre avantage attaché à la mobilité des SE en Europe n’apparaît pas de première importance pour les groupes bancaires.

Pour la Société générale, l’activité de banque de détail est essentiellement locale et donc peu encline à une mobilité en Europe. L’activité de banque d’investissement passe soit par des filiales installées là où elles conduisent leurs activités soit, comme nous venons de l’indiquer, par des départements de la Société générale elle-même qui le cas échéant créent des succursales.

c. La SE, un facteur de dialogue social ?

Il faut avant tout relever la lourdeur du processus social dans la création des SE. Par ailleurs, l’implication des travailleurs pourrait être un facteur de dialogue social, sous réserve que le dialogue social ait atteint un certain degré de maturité.

Contrairement à certains de leurs homologues européens (allemands, hollandais, danois, notamment), les représentants du personnel français voient dans ce type de structure une tribune dans laquelle ils feront valoir des revendications et non une instance de dialogue.

On peut espérer toutefois que la confrontation des approches et des positions dans ces instances transnationales (instances de dialogue propres à la SE, mais également comité d'entreprise européen) aura une vertu pédagogique.

II. La constitution de la société européenne

a. L'attractivité des différentes modalités de constitution

L'intérêt de surmonter les lourdeurs prévalant à la constitution de la SE ne peut résider que dans la poursuite d'un objectif fort qui sous-tende sa création.

D'un point de vue juridique, cet objectif pourrait résider dans l'intérêt de procéder à une fusion transfrontalière, impossible tant que la directive y afférente n'a pas été transposée en Europe.

Cependant, l'inconvénient majeur de la fusion transfrontalière par rapport aux rapprochements de type boursier réside dans le temps nécessaire à la réalisation de l'opération. Sauf s'il s'agit de fusionner avec des filiales, le rapprochement transfrontalier par voie de fusion comporte trop de difficultés. Si l'on ajoute à cela le volet social, cela devient complètement dissuasif.

b. La création d'une SE *ex nihilo* ?

Nous ne voyons pas, *a priori*, l'intérêt de constituer une SE *ex nihilo*.

Comme indiqué précédemment, en raison des lourdeurs liées à la constitution de la SE, l'intérêt de constituer une telle société ne peut exister que pour faciliter certaines opérations qui se justifient par ailleurs. En ce sens, il pourrait être intéressant de prévoir également la possibilité de constituer une SE par apport partiel d'actif.

c. La protection des actionnaires et des créanciers obligataires et non obligataires

(i) La constitution d'une SE par voie de holding

Le législateur a exercé l'option accordée par l'article 34 du règlement concernant la protection des obligataires et des créanciers non obligataires. Ce faisant, il a procédé par renvoi aux dispositions applicables aux fusions. Cette manière de procéder est source de confusion.

En effet, s'agissant de la réunion des obligataires, l'article L. 236-13 du Code de commerce prévoit :

« Le projet de fusion est soumis aux assemblées d'obligataires des sociétés absorbées, à moins que le remboursement des titres [ne soit proposé]. Lorsqu'il y a lieu à remboursement [...] la société absorbante devient débitrice des obligataires de la société absorbée. Tout obligataire qui n'a pas demandé le remboursement [...] conserve sa qualité dans la société absorbante [...] ».

Si l'on comprend que les «sociétés absorbées» sont les sociétés initiatrices de la SE holding, l'assimilation de la société absorbante à la SE holding apparaît plus problématique. En effet, il n'y a pas de justification au fait que la SE holding devrait être débitrice des obligataires des sociétés initiatrices en cas de remboursement. De la même façon, il n'apparaît pas fondé qu'à défaut de remboursement les obligataires des sociétés initiatrices conservent leur qualité dans la société holding.

La même problématique existe pour les créanciers non obligataires lorsque l'article L. 236-14 du Code de commerce prévoit que «la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci». Ce principe posé dans le cas d'une fusion qui voit disparaître la société absorbée ne trouve pas de sens lorsqu'il s'agit de la création d'une SE holding par des sociétés qui ne disparaissent pas à l'issue de l'opération.

(ii) La constitution d'une SE par voie de fusion

Le législateur français n'a pas exercé l'option de l'article 24-2 du règlement permettant d'assurer une protection particulière aux actionnaires qui se sont prononcés contre l'opération, évitant de renchérir le coût lié à l'éventuel rachat de leurs titres. Ce sont les dispositions françaises applicables aux fusions nationales et assurant la protection des créanciers (obligataires et non obligataires) et des actionnaires qui s'appliquent.

Le cas de dissolution de la SE constituée par voie de fusion, introduit par le législateur et non prévu par le règlement, devrait être supprimé. En effet, le règlement prévoit uniquement que l'absence de contrôle de la légalité de la fusion peut constituer une cause de dissolution de la SE. Or, le législateur français a introduit un cas de dissolution de la SE non prévu par le règlement : l'article L. 229-3 du Code de commerce dispose que «les causes de nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé de l'opération de fusion conformément au droit applicable à la société anonyme [...] constituent une cause de dissolution de la SE» sur demande de tout intéressé. À ce titre, on peut se demander si le législateur pouvait valablement ajouter un cas de dissolution non prévu par le règlement.

Par ailleurs, le règlement apparaît plus strict que la directive sur les fusions transfrontalières qui indique expressément que la nullité d'une fusion transfrontalière ayant pris effet ne peut être prononcée et ne prévoit aucun cas de dissolution de la société issue de la fusion.

(iii) Le transfert de siège d'une SE une fois constituée

Le législateur français n'aurait pas dû exercer l'option de l'article 8-5 du règlement européen, qui permet aux actionnaires opposés au transfert de demander le rachat de leurs actions (article L. 229-2 du Code de commerce).

L'obligation de racheter les actions des minoraires constituera, dans la plupart des cas, compte tenu du coût engendré par cette opération, un obstacle au transfert du siège de la société, ce qui va à l'encontre de la logique du règlement qui a souhaité permettre la mobilité des sociétés à l'intérieur de l'Union.

De plus, la transposition en droit français s'est faite de telle façon que *tous* les actionnaires peuvent se déclarer opposants, postérieurement à la décision d'as-

semblée générale décidant le transfert, et en conséquence demander *a posteriori* le rachat de leurs actions. Les sociétés ne peuvent donc pas maîtriser le nombre d'actions qu'elles pourraient être amenées à racheter.

Les règles de protection des obligataires de la SE qui transfère son siège sont sources de confusion. La SE transférant son siège peut soit soumettre le projet aux obligataires soit leur offrir de rembourser leurs titres sur simple demande. Si la SE décide de soumettre le projet à l'assemblée des obligataires, le législateur français a renvoyé à un article relatif à la fusion de SA pour définir les conséquences d'un refus des obligataires de la SE (article L. 228-73 du Code de commerce). Ce renvoi porte à confusion, puisque cet article prévoit qu'en cas de refus la société peut passer outre, et «les obligataires conservent alors leur qualité dans la *société absorbante* [...]».

d. Le contrôle de la légalité

Il faut veiller à ce que l'autorité qui est chargée du contrôle de la légalité soit réellement en mesure d'y procéder en raison des conséquences éventuelles attachées à un manquement à ce contrôle (dissolution de la SE : article L. 229-3 II du Code de commerce).

En effet, lors de la constitution de la SE par voie de fusion, le législateur français a choisi d'opérer un partage de compétence entre le greffier et le notaire. Ce dernier doit contrôler la légalité de la fusion pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion et à la constitution de la SE (article L. 229-3 du Code de commerce). Ces attributions nécessitent des connaissances techniques pointues et l'on peut craindre que les notaires puissent ne pas être préparés. Dans ce cas, on peut penser qu'ils devront prendre conseil auprès de cabinets d'avocats.

On peut noter que le législateur n'a pas prévu l'instrument qui devrait matérialiser ce contrôle, à savoir par exemple un certificat délivré par le notaire. Or, ce point apparaît d'autant plus important que les manquements au contrôle de légalité constituent une cause de dissolution de la SE.

e. L'immatriculation de la SE et la procédure de négociation

L'obligation de négocier les conditions de l'implication des salariés préalablement à l'immatriculation de la SE est extrêmement dissuasive.

La procédure à suivre est en effet lourde, longue et complexe. Elle est en outre aléatoire dans son résultat en raison des problèmes d'interprétation qui peuvent se poser (cf. exemple ci-dessous), susceptibles d'engendrer des blocages.

Le résultat de cette procédure n'est pas pérenne puisque les parties doivent relancer une nouvelle négociation, précédée de la création d'un nouveau GSN (article L. 439-50 du Code du travail), lorsque des changements interviennent dans la *structure de l'entreprise*, la *localisation de son siège* ou le *nombre de travailleurs qu'elle occupe*, susceptibles d'affecter *substantiellement* (notion pouvant prêter à contestation) la composition du comité de la SE ou les modalités déjà négociées d'implication des travailleurs.

En raison de ces contraintes fortes, ce ne sera que si l'enjeu poursuivi est majeur que les groupes décideront de constituer une SE.

• Pistes d'amélioration

La complexité pour constituer le GSN devrait militer pour des recours à des solutions alternatives plus simples :

- Par exemple la possibilité pour une entreprise déjà dotée d'un comité d'entreprise européen de mener la négociation préalable à l'immatriculation uniquement avec ce *comité d'entreprise européen* ;
- Ou bien, mais il s'agirait d'une réforme importante du dialogue social, reconnaître la possibilité de négocier valablement sur la question de l'implication des travailleurs avec *des syndicats constitués au niveau européen*, en évitant ainsi également la constitution du GSN.

Le GSN a la possibilité de se faire assister par des experts (article L. 439-40 du Code du travail). Certes, le législateur français a limité la prise en charge des frais d'expertise, mais sans autre précision, ce qui conduira nécessairement l'entreprise à devoir porter devant le tribunal les contestations relatives au montant des honoraires de l'expert. Les textes devraient mieux encadrer cette faculté sur ce point pour éviter les contestations.

L'article L. 439-43 du Code du travail dispose de la possibilité par accord collectif notamment de supprimer ou de modifier le fonctionnement des instances représentatives du personnel des sociétés situées en France participantes à la SE et qui perdraient leur autonomie juridique. Il faut en premier lieu noter que la nécessité d'obtenir un accord collectif («au niveau approprié» selon les termes de la loi, ce qui pose une question d'interprétation supplémentaire) rendra quasi-méthimpossible la suppression d'instances représentatives du personnel.

Cette disposition est en outre peu claire quant à son domaine d'application. Peut-on ainsi être dans un cas de figure où toutes les sociétés situées en France participantes à la SE perdraient leur autonomie juridique, et être dans une situation, au moins en théorie, où aucune instance représentative du personnel autre que l'instance d'implication ou le comité de la SE n'existerait plus ? Cela semble difficilement concevable ne serait-ce qu'au regard des attributions que la loi confère au comité d'entreprise sur les activités sociales et culturelles.

Il serait souhaitable de clarifier les règles de disparition du *comité d'entreprise européen*, quand il existe dans la société d'origine, une fois la SE constituée.

Pour éviter la multiplication des instances du personnel, la loi devrait prévoir également que la mise en place d'une instance d'implication ou du comité de la SE conduit également, selon des modalités claires, à la suppression du *comité de groupe*.

f. Un registre européen des SE voire des entités européennes

L'intérêt d'un registre européen d'immatriculation serait de favoriser une certaine unicité dans les interprétations du régime juridique de la SE qui seraient données par un seul registre, là où aujourd'hui il est à craindre qu'il existe autant de positions que de greffes d'États membres.

Cependant, nous ne pensons pas que cette mesure soit cohérente au regard du régime juridique de la SE pour partie constitué du droit des SA applicable dans l'Etat membre dans lequel la SE a son siège. En effet, cette règle de subsidiarité

du régime juridique de la SE doit, nous semble-t-il, avoir pour corollaire de donner compétence aux autorités judiciaires et administratives dudit État pour contrôler les actes de la SE.

III. Le fonctionnement de la société européenne

a. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

Le choix d'un régime juridique de la SE adossé aux droits nationaux est un choix par défaut dicté par la nécessité d'aboutir. Ce choix vide une partie de l'intérêt d'une SE dont le régime aurait été homogène à travers toute l'Europe.

Il sera cependant intéressant de suivre de près la voie utilisée par le législateur européen pour la société privée européenne, le Parlement européen ayant émis le souhait que le régime de la société privée européenne soit assis sur une seule série de règles européennes, à l'exclusion de toute référence au droit national.

b. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

La SE étant par nature une société à vocation supranationale par le rapprochement qu'elle opère entre sociétés d'États membres différents, il est dissuasif d'empêcher une SE d'avoir son siège statutaire et son administration centrale dans deux États membres distincts.

À cet égard, la SE ne peut transférer son siège statutaire dans un autre État membre que si elle transfère concomitamment son administration centrale (c'est-à-dire le siège de sa direction effective), à peine de dissolution. La SE subit le paradoxe suivant : elle est, aujourd'hui, la seule société en Europe dotée d'une mobilité par la possibilité qui lui est reconnue de transférer son siège social, mais subit des contraintes plus strictes que celles applicables à toutes sociétés en Europe, en vertu de la jurisprudence de la CJCE, s'agissant de la possibilité de dissocier son siège statutaire et son siège réel.

c. L'approche française retenue en matière de siège de la SE

S'agissant de la France, on peut regretter que le législateur ait décidé d'exercer l'option de l'article 7 du règlement lui permettant d'imposer que le siège statutaire et l'administration centrale de la SE soient situés au même endroit.

Cela reste plus sévère que pour les SA, et constitue à ce titre une rigidité excessive, dénuée de tout fondement et qui porte atteinte à l'attractivité de la SE.

d. L'impact de la jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement des sociétés

Il s'agit d'une question ayant trait plus généralement aux principes fixés par chaque État membre pour régir la reconnaissance juridique des sociétés sur son sol. Nous pensons que, quels que soient ces principes, la SE et toute forme sociale européenne future doivent être autorisées à dissocier leur siège statutaire et leur siège réel.

La théorie de l'incorporation par opposition à la théorie du siège réel est la formule la plus souple pour les rapprochements transfrontaliers en Europe, car elle permet aux sociétés de localiser très librement leurs directions sans risque de se voir opposer le transfert du siège réel : moitié des services dans un pays, moitié

dans un autre, etc. Comme indiqué précédemment, il faut que le législateur européen accorde aux sociétés le maximum de souplesse dans ce cadre.

e. La proposition allemande d'abandonner au niveau européen la théorie du siège réel

Même réponse que ci-dessus.

f. L'immatriculation des sociétés au Royaume-Uni

Après vérification, il n'est pas possible d'obtenir des informations concernant le nombre de sociétés étrangères immatriculées au Royaume-Uni. À notre connaissance, une seule SE a été immatriculée au Royaume-Uni.

g. Le «*Law Shopping*»

La SE étant adossée au régime juridique national de l'État membre dans lequel elle a son siège social, toute création et tout transfert d'une SE devront être précédés d'une étude complète de l'ordre juridique du pays d'accueil, ce qui peut amener les sociétés à choisir le pays le plus accueillant pour la SE.

Cependant, une société qui décide de déplacer son siège social le décide avant tout pour des raisons d'optimisation de sa gestion, et non pour des raisons juridiques. Il faut que le pays d'accueil soit «*business friendly*» et dans ce cadre, ce sont surtout les problématiques fiscales, la régulation et accessoirement le droit social qui prévaudront.

h. L'«effet Delaware» en Europe?

Si la SE pourrait dans une certaine mesure favoriser le «*Law Shopping*», ce sont surtout les problématiques fiscales ou de droit du travail qui pourraient influer sur le choix d'implantation de la SE.

Enfin, si la SE peut être à l'origine d'un mouvement de «*Law Shopping*», cela pourrait amener dans le même temps les pays à réagir dans le sens d'une harmonisation des législations restreignant d'autant toute possibilité de «*Law Shopping*». Cependant, il ne faudrait pas, selon nous, que cette harmonisation se fasse par un alignement vers le régime le plus souple lorsque celui-ci en particulier n'est pas assez protecteur des intérêts des tiers (notamment *les créanciers*). Auquel cas, le législateur européen devrait intervenir pour fixer des règles minimales.

i. Les règles de gouvernance et l'attractivité du droit français

Comme indiqué précédemment, il nous semble que, sauf s'il existe des écarts considérables entre les régimes juridiques, ce sont surtout les problématiques fiscales et du droit du travail qui pourraient influer sur le lieu d'implantation de la SE.

Nous ne pensons pas que le choix des fondateurs d'une SE concernant sa localisation ou concernant un possible transfert de siège social se détermine en fonction de règles juridiques telles que les règles de responsabilité, d'abus de majorité et de gouvernance.

IV. La problématique spécifique des fusions transfrontalières de SE déjà constituées

a. Les améliorations souhaitables

Les améliorations devraient passer par deux modifications du règlement :

- Prévoir expressément la possibilité pour des SE déjà constituées de fusionner sur le fondement du règlement ou de créer des SE holdings ou filiales (autre qu'unipersonnelles), car à la lecture du règlement, on peut s'interroger sur cette possibilité. Et, dans ce cas, simplifier au maximum les contraintes sociales lors de l'opération.
- Prévoir en cas de fusion simplifiée qu'il n'est pas nécessaire de réunir d'assemblée générale dans la société absorbée à l'instar du droit français.

b. La directive 2005/56/CE, une solution plus adéquate ?

Oui, sauf à rendre plus explicite l'application de la directive, une fois transposée, aux SE.

En effet, la directive prévoit qu'un État membre doit autoriser la fusion transfrontalière d'une société de capitaux avec une société de capitaux d'un autre État membre si la législation des Etats membres concernés permet *les fusions entre ces types de sociétés* (considérant 1 paragraphe 2 ; article 4.1. a)). Or, les Etats membres ayant intégré la SE à leur législation ne permettent la fusion de sociétés que dans le but de créer une SE, mais restent silencieux sur les fusions de SE une fois constituées. La possibilité d'appliquer la directive aux fusions de SE devrait donc être prévue expressément pour éviter toute ambiguïté.

Par ailleurs, dans le cadre de la directive, des procédures sociales existent également concernant la participation des travailleurs, avec la création d'un groupe spécial de négociation (même si certaines exceptions existent), ce qui constitue autant de lourdeurs à une opération de fusion impliquant une SE ayant déjà eu à traiter de ces aspects.

c. Le lien organique entre le droit des sociétés et le droit des travailleurs

Cela constitue une lourdeur supplémentaire. Outre un assouplissement de ces règles qui serait utile pour favoriser les opérations concernées (création de SE, fusion transfrontalière), il est regrettable que *l'immatriculation* de la SE soit subordonnée à la mise en place de modalités relatives à l'implication des travailleurs et non à *l'ouverture des négociations* à cet effet.

V. La problématique fiscale

a. Le « Tax Shopping »

L'attractivité fiscale demeure à ce jour une notion purement nationale. Il est donc particulièrement important que la France dispose d'un régime fiscal compétitif, notamment en ce qui concerne le régime d'imposition des holdings (régime d'imposition des plus-values, des dividendes...).

En effet, il n'existe pas actuellement de régime fiscal spécifique à la SE. Chaque État conserve une pleine compétence en matière d'imposition directe pour les

activités présentes sur son territoire. L'activité transfrontalière au sein d'une SE peut générer des frottements fiscaux (retenues à la source et/ou double imposition en cas de non-application des conventions...).

b. La SE et les arrêts de la CJCE «Marks & Spencer» (2005) et «Cadbury Schweppes» (2006)

Seule une concrétisation d'un projet de base commune européenne en matière d'impôt direct permettant une telle compensation constituerait un cadre fiscal de la SE et par là même une réelle avancée.

Les arrêts mentionnés concernent le respect des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination prévus par le Traité. Ils ont pour conséquence d'éliminer certains obstacles fiscaux aux activités transfrontalières tout en maintenant le droit pour les États membres de remettre en cause les situations constitutives d'abus.

Le premier arrêt précise que les pertes subies par une filiale établie dans un État différent de celui de sa société mère peuvent s'imputer sur les bénéfices de la société mère – dans des conditions relativement restrictives – dès lors que cela aurait été possible si la filiale et la société mère avaient été implantées dans le même État. Cependant, les conditions d'application restrictives rendent en pratique impossible la compensation des pertes et des profits au sein de l'Union européenne.

Le second a pour objet de préciser qu'un État ne peut appliquer sa législation anti-abus qu'en présence de montages purement artificiels.

c. Le projet ACCIS

Les travaux en cours nous paraissent aller dans le bon sens.

Du côté français, l'administration fiscale se montre très favorable à la recherche de solutions pour mener à bien ce projet. La recherche d'une position française uniforme devra passer par la mise en place de groupes de travail administration fiscale-entreprises.

d. La promotion de la SE : une incitation fiscale est-elle nécessaire ?

Oui, voir les réponses précédentes.

VI. Évolutions et perspectives

a. Le droit communautaire des sociétés

Il nous semble que, après une importante activité législative intéressant le droit des sociétés, cet édifice devrait être complété avec un mouvement d'harmonisation fiscale qui reste pour l'instant pendant.

b. Les réformes attendues

La Commission européenne a annoncé le 25 octobre 2005 la codification ou la refonte complète des directives concernant le droit des sociétés en 2006/2007.

La codification ou refonte des directives qui pour beaucoup ont déjà été transposées dans les droits nationaux pourrait s'avérer lourde de conséquences pour

les entreprises, si cela s'accompagnait de la modification desdites directives, mettant à la charge des États membres l'obligation de modifier de nouveau leurs droits nationaux. Pour cette raison, nous ne sommes pas persuadés de la nécessité de procéder actuellement à une telle codification.

La Commission souhaite relancer les travaux concernant la mobilité des sociétés en Europe avec une proposition de directive sur le transfert de siège social et un projet à venir de société privée européenne. Nous ne voyons pas d'autre projet urgent à mettre en œuvre en dehors de ces travaux.

c. L'opportunité d'une plus grande harmonisation du droit européen des sociétés

Il n'est pas réaliste d'harmoniser le droit des sociétés alors que beaucoup de sociétés fonctionnent dans un cadre connu et adéquat.

Au demeurant, le droit des sociétés n'est pas le fer de lance de l'économie. Le droit suit les opérations. Il faut un régime qui facilite les opérations des grands groupes transnationaux sans que cela bouleverse les autres sociétés plus réduites.

d. Les règles de droit international privé en droit communautaire des sociétés

Dès lors que le droit international privé ne permet pas de résoudre tous les conflits de lois pouvant émerger, une règle européenne de conflit de lois pourrait avoir un intérêt certain.

En effet, la législation européenne s'est dotée ou va se doter de textes (SE, directive sur les fusions transfrontalières, projet à venir de directive de transfert de siège social) qui ont vocation à assurer la mobilité des sociétés en Europe. Dans la mesure où, s'agissant de la SE, celle-ci est régie pour une grande partie par le droit national de l'État de son siège statutaire, tout transfert de son siège vers un autre État membre est susceptible d'entraîner des conséquences importantes en provoquant le changement d'ordre juridique dans lequel s'inscrit la société.

Sur la possibilité pour les sociétés de choisir leur juridiction, les banques ne sont pas *a priori* intéressées, car d'une part il n'est pas envisageable d'être en contentieux avec les autorités de tutelle et d'autre part sur les contentieux clients, il s'agit essentiellement de recouvrer des créances par le biais de voies d'exécution d'origine essentiellement nationale.

e. La SE en concurrence avec les autres instruments communautaires de mobilité des sociétés

La SE constitue un outil supplémentaire à la disposition des sociétés en Europe pour procéder à des rapprochements ou des réorganisations d'activités, sous réserve des difficultés et lourdeurs sociales évoquées ci-dessus.

La SE, la directive sur les fusions transfrontalières tout comme le projet de directive sur les transferts de siège constituent autant d'outils qui permettront de parachever la mobilité des sociétés dans l'Union européenne.

f. Les améliorations souhaitables du dispositif SE

Les améliorations viennent surtout des modalités de transposition du règlement en droit français, soit que le législateur a procédé par renvoi malencontreux soit

qu'il a exercé des options inopportunies. Dans cette perspectives les améliorations seraient :

- La clarification du régime de la protection des obligataires et des créanciers non obligataires dans le cadre de la création d'une SE holding ;
- La suppression du cas de dissolution de la SE non prévu par le règlement introduit à l'article L. 229-3 du Code de commerce (les causes de nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé de l'opération de fusion conformément au droit applicable à la société anonyme) ;
- La suppression du droit pour les actionnaires d'exiger le rachat de leurs titres ;
- La précision des secteurs que les pouvoirs publics entendent protéger et pour lesquels existe un droit d'opposition du parquet en cas de transfert de siège social ;
- L'assouplissement de la règle selon laquelle la SE doit avoir son siège statutaire et son administration centrale au même endroit afin de permettre, conformément à la jurisprudence communautaire, la dissociation du siège statutaire et du siège réel dans des États membres différents ;
- La suppression dans le régime des SE du renvoi aux dispositions relatives aux conventions réglementées applicables aux SA. Le règlement européen prévoit que ce sont les statuts de la SE qui énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation par l'organe d'administration ou de surveillance, sauf option des États membres leur permettant de déterminer les opérations devant figurer dans les statuts. Cela aboutit à faire délibérer l'assemblée générale alors que le règlement ne prévoit que l'autorisation préalable de l'organe d'administration ou de surveillance.

S'agissant en particulier de la question de la contractualisation des règles de gouvernance de la SE, ce sujet intéresse principalement les sociétés dite fermées. En effet, le droit des sociétés cotées n'a eu de cesse de s'alourdir ces dernières années et toute proposition dans le sens d'un assouplissement des règles de gouvernance de ces sociétés entraînerait certainement un combat difficile dont les seules avancées risqueraient d'être contrebalancées par des rigueurs nouvelles.

Cependant, toute proposition d'assouplissement n'est pas à exclure, et des modifications pourraient être introduites aux niveaux français et communautaire pour octroyer une certaine souplesse aux sociétés fermées, à savoir :

- Supprimer le délai minimal de trois mois prévu par le règlement (article 44) entre les réunions du conseil d'administration ;
- Assouplir le droit des SA pour intégrer dans leur régime les clauses relatives au capital insérées par le législateur français dans le régime des SE (clauses restreignant la libre négociabilité, clause de cession forcée et clause d'exclusion). Outre qu'un assouplissement en ce sens serait le bienvenu, on peut douter de la possibilité qu'avait le législateur de permettre aux statuts d'une SE d'insérer de telles clauses qui ne seraient pas valables dans une SA, ou seulement à des conditions plus restrictives ;
- Supprimer l'exigence d'un nombre minimal d'actionnaires pour la constitution d'une SE : le règlement est muet sur ce nombre, mais prévoit cependant

qu'une SE peut être unipersonnelle dans le cas où celle-ci est détenue par une autre SE (article 3-2). Cela semble signifier que, hors ce cas particulier, la SE ne peut être unipersonnelle et que le nombre minimum d'associés est alors fixé par le droit des SA. Celui-ci prévoit l'obligation d'avoir au moins sept actionnaires. Le droit français pourrait être modifié pour permettre la création de SA sans nombre minimal d'associés, voire unipersonnelles, ce qui impliquerait également une modification du règlement sur ce point.

– Permettre l'admission, sur option des statuts, d'un nouveau mode de gestion sans conseil d'administration, la société étant alors dirigée par un administrateur unique, choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux : le règlement prévoit déjà la possibilité d'un organe d'administration composé d'un seul membre (article 43-3), mais le législateur français a exercé l'option lui permettant de fixer un nombre minimal et maximal de membres, en renvoyant directement aux dispositions régissant le conseil d'administration des SA. Dans le cas particulier d'une SE unipersonnelle filiale d'une autre SE, cela aboutit à ce que la première société, bien que composée d'un seul actionnaire, soit administrée par un conseil d'administration composé de trois membres minimum.

Il conviendrait donc de modifier le droit des SA sur ce point pour introduire la notion d'administrateur unique. Même si le règlement prévoit la possibilité d'un conseil d'administration composé d'un seul membre, il serait préférable également de le modifier pour rendre plus explicite cette possibilité et introduire également cette notion.

– Permettre aux statuts de déterminer si les administrateurs doivent avoir ou non la qualité d'actionnaire : le règlement étant muet sur ce point, c'est le droit des SA qui s'applique et qui devrait être modifié en ce sens.
– Permettre aux actionnaires de prendre les décisions collectives par voie de consultation écrite ou dans un acte exprimant leur consentement unanime : le règlement devrait être modifié en ce sens et le droit français, adapté pour accueillir ce nouveau mode de prise de décision.

Ces propositions de modification vers une plus grande souplesse des SE fermées s'accompagnent d'une nécessaire adaptation du droit français des SA qui constitue le régime subsidiaire de la SE dans les matières non réglées par le règlement. La plupart de ces propositions ne sont pas nouvelles et ont déjà été avancées, entre autres, par le sénateur Marini dans son rapport sur la modernisation du droit des sociétés en 1996, ou la CCIP.

g. La SE, un modèle de gouvernance

Pas plus que la SA classique dont sont issues aujourd'hui la plupart des règles de fonctionnement, à l'exception des points visés ci-dessus et qui devraient selon nous être modifiés ou supprimés.

h. La SE, un vecteur d'harmonisation

Oui, mais de manière limitée dès lors qu'on peut penser que l'intérêt premier pour la localisation d'une SE dans un État membre dépendra d'abord des règles fiscales et du droit du travail.

Gérard Gardella
Directeur des affaires juridiques

8. Contribution de Total

L'institution du statut de la SE avait pour principale ambition, dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, de créer un espace sans frontières pour les sociétés et de permettre leur mobilité au sein de l'Union européenne, par la réalisation de fusions transfrontalières ou la possibilité de transférer le siège social d'un État membre à l'autre. Par ailleurs, l'adoption de cette forme sociale peut permettre à la société de simplifier ses structures (en supprimant des holdings intermédiaires par exemple) et d'être mieux perçue pour sa dimension communautaire.

Total, implantée dans de nombreux États européens, dont l'actionnariat est en majorité européen, souscrit bien évidemment à ces motivations.

Toutefois, les dispositions mises en place pour adopter le statut de SE demeurent complexes (référence aux droits nationaux des États membres et existence d'un type de SE pour chaque État) et font apparaître, sur certains points, une complexité et une rigidité excessives.

Parmi les assouplissements qui pourraient être envisagés pour développer la création de SE, on pourrait considérer les points suivants :

- Possibilité de créer une SE *ex nihilo*, par souscription directe au capital de personnes relevant de différents États membres et pour développer une activité qui concernerait plusieurs États membres.
- Dans le cadre de la constitution d'une SE par voie de fusion, allègement du processus de contrôle de légalité de réalisation, actuellement confié à un notaire, ce qui allonge et alourdit le processus, par une remise au notaire de documents par ailleurs remis au tribunal de commerce.
- La constitution d'une SE holding ainsi que la transformation d'une société anonyme existante en SE supposent l'existence, depuis au moins deux ans, d'une filiale relevant du droit d'un autre État membre. On peut regretter que, dans la transposition en droit français, seule la notion de filiale ait été retenue, ce qui limite les possibilités aux seules sociétés dans lesquelles la société anonyme détient directement la majorité du capital. Un élargissement aux sous-filiales et à la détention indirecte de la majorité du capital permettrait un recours à la forme de SE d'un plus grand nombre de sociétés, sans modifier l'esprit des textes.
- Parmi les opérations qui peuvent être réalisées par une SE, il serait utile de préciser la possibilité pour une SE de procéder à une fusion-absorption d'une autre société, que cette dernière ait ou non le statut de SE (les textes actuels ne traitent pas la question) et en cas de fusion par création d'une société nouvelle, il serait utile d'indiquer que la SE participant à la fusion peut constituer une autre SE.
- Le règlement communautaire impose que le siège statutaire de la SE soit situé dans le même État membre que son administration centrale, en prévoyant, pour les États, la faculté d'exercer une option plus rigoureuse, spécifiant que le siège statutaire et l'administration centrale doivent être situés au même endroit. La France a choisi d'exercer cette option, ce qui, en l'absence de définition restreinte de la notion d'administration centrale pourrait constituer un obstacle à la liberté d'organisation de l'administration de la société (il existe déjà, au sein d'une entreprise de droit français, des décentralisations, dans différentes régions

françaises, de certaines directions administratives : comptabilité, informatique, juridique, par exemple...). La contrainte de maintenir toute l'administration centrale au même endroit peut être un frein à la mobilité des entreprises et au choix de la France comme pays d'immatriculation de futures SE.

– Les règles relatives à la SE sont très complexes dans la mesure où il est nécessaire, pour les appréhender, de se référer à un règlement et à une directive communautaires, aux sections *ad hoc* du Code de commerce et du décret sur les sociétés commerciales, au Code du travail, et, par défaut, à la législation générale sur les sociétés anonymes. Un travail de simplification du cadre juridique régissant la SE devrait donc être entrepris.

Enfin, les options laissées aux États membres accroissent les transpositions différenciées d'un pays à l'autre, tandis que le pouvoir de contrôle reconnu aux autorités publiques peut entraîner des divergences d'application au sein de l'Union. Un cadre législatif allégé et plus homogène, qui laisserait une plus grande place à la liberté statutaire, serait donc préférable et donnerait à ce nouvel outil mis à la disposition des entreprises toutes ses chances de développement.

Thierry Reveau de Cyrières
Directeur des affaires juridiques holding

Libres opinions sur le volet social de la SE

1. Contribution de Jean-Jacques Cette : création d'une société européenne par l'assureur allemand Allianz, actionnaire majoritaire de l'assureur français AGF

La transformation de la compagnie d'assurance allemande Allianz AG en société européenne, incluant de fait sa filiale française AGF, est à bien des titres un événement.

L'analyse et l'exploitation de cette expérience nécessitent avant toute chose d'en situer le contexte.

- **Politique**

L'annonce de la décision prise par la direction générale d'Allianz est faite en décembre 2005 soit à peine quelques mois après le retentissant «non» français au référendum sur l'Europe.

- **Juridique**

La loi d'adaptation de la directive européenne est très récente, sa mise en œuvre est une première. Personne ne s'est encore approprié ces textes.

- **Professionnel**

Le secteur de l'assurance émerge à peine de la crise de 2001, il est en pleine compétition.

- **Entreprise**

- Allianz tente de se défaire d'une période où elle a affiché pour la première fois des résultats négatifs, mal digéré une fusion avec la Dresdner Bank et s'apprête à fusionner avec l'Italien de la RAS. La direction à Munich vient d'annoncer un plan de restructuration en Allemagne conduisant à des fermetures de sites et probablement à 7 500 suppressions d'emploi entraînant de fortes tensions avec les représentants des salariés allemands.

- AGF, dont Allianz détient 57% des actions, connaît, après deux années délicates en 2001 et 2002, d'excellents résultats. Les salariés fortement impliqués

et sollicités dans ce redressement des résultats techniques espèrent, enfin, une pause et attendent un retour sur leur investissement.

- Vingt-quatre autres sociétés dans les autres pays européens doivent également participer à cette aventure. La taille des entreprises concernées oscille entre moins de 200 et plus de 80 000 salariés. Il n'existe pas toujours de représentation syndicale, tous les pays n'ont pas encore adopté la directive européenne.
- Il existait bien un comité de groupe européen chez Allianz, mais qui n'était pas tout à fait conforme à la directive européenne. Ses attributions étaient pour le moins succinctes et ne permettaient pas de travaux sérieux.

• **Syndical**

- Nos collègues allemands sont confrontés à une annonce de plan social.
- Des élections professionnelles se profilent aux AGF (janvier, février 2006). Là aussi les positions prises par les différentes centrales lors du référendum sur le oui ou le non à l'Europe sont toutes fraîches.

Les salariés français, à qui régulièrement on explique que tous les efforts et sacrifices consentis ont pour origine l'actionnaire et qui sont bien entendu au courant des problèmes rencontrés par leurs collègues allemands, sont dubitatifs devant cette annonce.

Enfin, Allianz décide que le siège social de cette société sera implanté à Munich et que le principe de cogestion prévu dans la loi allemande sera maintenu.

* * *

Négociation et mise en œuvre de la SE

Cette négociation fut intense et difficile pour de nombreuses raisons. Il y aurait beaucoup à dire, nous allons tenter d'en retenir l'essentiel.

Allianz n'avait pas, comme ses concurrents directs, l'image d'un grand groupe, mais plutôt celle d'un conglomérat de sociétés éparsillées à travers différents pays. Elle souffrait de cette situation notamment vis-à-vis des analystes financiers.

Le règlement des SE semblant plus favorable à la réalisation de fusions, Allianz a donc saisi cette opportunité pour répondre à deux de ses préoccupations :

- Réaliser sa fusion avec la RAS dans les meilleures conditions ;
- Créer en Europe un socle fort pour sa société lui permettant d'être un compétiteur mondial.

C'est *a priori* essentiellement pour ces raisons que, en décembre 2005, Michael Diekmann, président du directoire, a fait l'annonce de la création de cette société. Dès lors, le processus était enclenché.

Pour ce qui concerne le volet social, il fallait rapidement constituer un groupe spécial de négociation (GSN) qui devait, comme le prévoient les textes, négocier pour la partie relative au comité d'établissement de la société européenne (CE).

SE) et à la représentation des salariés au conseil de surveillance, la direction d'Allianz ayant décidé de maintenir le principe de cogestion.

La première difficulté rencontrée fut de constituer ce GSN, quelques pays n'ayant pas encore adopté la directive européenne ou ne bénéficiant pas de représentation syndicale.

En France, la loi était promulguée. En fonction du nombre de ses salariés, sur les trente-cinq postes prévus au GSN, il en fut attribué deux à la France. Au regard des résultats aux dernières élections de notre groupe, c'est la CFDT qui obtint ces deux postes.

Les réunions du GSN démarrèrent dès le mois de janvier 2006. Vingt-quatre pays y étaient invités. Ces trente-cinq membres représentant environ entre 170 000 et 180 000 salariés.

Nous avons pu à cette occasion mesurer ce que serait désormais la dimension de notre groupe. En revanche, immédiatement avant même de devoir négocier avec les dirigeants, nous nous sommes vite rendu compte de ce que serait la difficulté d'établir un axe revendicatif tant il pouvait y avoir de différences sociales et culturelles entre tous ces représentants. Évidemment, la barrière de la langue ne simplifiait rien.

Nous mesurions à quel point il était nécessaire de construire l'Europe, mais combien il serait difficile d'y parvenir !

Face à ces difficultés, le GSN prit la décision de définir ses choix en séance plénière et de missionner une équipe composée de six représentants pour aller les négocier avec la direction. Elle était composée de deux représentants allemands, d'un italien, d'un anglais, d'un français et d'un expert.

Nous étions nombreux à penser que les prérogatives du comité d'établissement européen, telles que prévues par la directive notamment en termes de moyens (nombre de réunion, pouvoir d'investigation...) et d'information (trop de données insuffisamment précises ou communiquées *a posteriori*...), étaient insuffisantes, mais encore fallait-il parvenir à s'accorder sur les priorités et à trouver une démarche de négociation commune pour faire évoluer ce dossier.

Si le droit social allemand et le droit social français ont sans problème rapidement servi de référence, l'approche syndicale de nos deux pays était bien différente. Nos collègues allemands, largement majoritaires, étaient quelque peu perturbés par la situation sociale qu'ils vivaient en Allemagne. Le modèle de cogestion qu'ils connaissaient et maîtrisaient venait de montrer ses limites, mais il était leur seul référent. Leur attitude consistait surtout à vouloir négocier le cadre des futures instances plutôt que ses objectifs et ses moyens ; pour notre part, nous pensions le contraire.

De même, si nous étions enthousiastes à l'idée de construire une SE, nous étions totalement opposés à participer à la construction d'une société allemande qui dominerait l'Europe ; nous le leur avons dit.

Modifier son approche et sa méthode fut long et difficile, les travaux n'avancant guère durant cette période.

Parallèlement, la direction faisait un certain nombre de propositions, mais toujours de nature à ne pas vraiment l'engager. Nous doutions de sa bonne volonté dans cette affaire du fait de sa conduite dans la réduction du nombre de membres au conseil de surveillance. En effet, quelques mois auparavant, contre l'avis des représentants des salariés allemands, elle avait fait voter en assemblée générale des actionnaires la réduction du nombre de membres de vingt à douze.

Nos collègues allemands souhaitant revenir sur cette décision, la direction nous indiqua que cela était impossible, car il faudrait repasser devant l'assemblée générale. Si la direction avait eu une réelle volonté de cogestion, elle aurait d'abord soumis cette discussion à la négociation avant de la présenter à l'assemblée générale.

Il s'agissait donc là de la politique du fait accompli. La raison invoquée par la direction pour la réduction du nombre de membres à douze (six représentants des actionnaires et six représentants des salariés) reposait sur le fait qu'elle permettrait d'être plus réactif avec une participation active de tous, supprimant ainsi bon nombre de commissions. Il fut surprenant par la suite, dès la première réunion de constitution du conseil de surveillance en décembre 2006, d'entendre son président réclamer la mise en place de ces mêmes commissions !

Parallèlement, la direction nous avait évoqué l'impératif besoin de ne pas perdre de temps dans la construction de la SE et fait savoir qu'elle ne reconduirait pas, comme le prévoit éventuellement la directive européenne, la prolongation des négociations pour une nouvelle période de six mois en cas de désaccord. C'était pour nous une contrainte, et à la fois un atout qui s'avéra précieux pour la suite des négociations.

Un point fondamental fut que si, avec nos collègues, nous ne nous comprenions pas toujours sur l'approche, nous nous apprécions et respectons mutuellement. Cette donnée particulièrement importante nous conduisit à mieux nous rapprocher sur le fond afin de former une équipe cohérente, riche de ses différences et non pas divisée par elles. Nous avons dès lors porté à la négociation un certain nombre de points qui nous semblaient peu ou mal pris en compte :

- Le domaine de validité de la convention ;
- La composition et les membres du CE. SE ;
- Le nombre de sessions du CE. SE et la possibilité de convoquer des sessions extraordinaires et ses modalités ;
- La possibilité de créer des commissions au sein du comité ;
- Les informations, la nature des informations et le délai de leur mise à disposition pour le CE. SE, notamment pour ce qui concerne les informations issues du conseil de surveillance ;
- Les possibilités d'intervention du CE. SE dans chacun des pays avec leur accord pour ce qui concerne les affaires transnationales ;
- Les conditions de travail des membres du CE. SE.

D'autres sujets ont été évoqués et négociés ; ils apparaîtraient ici comme des points de détail, aussi nous ne les retiendrons pas dans ce rapport.

Nous avons œuvré tout au long des semaines qui ont suivi pour obtenir des avancées significatives dans ces domaines.

Si au départ nous nous sommes heurtés à une position figée de l'entreprise sur ces sujets, la date butoir du terme des négociations, fixée par elle-même, devait pour nous un atout de jour en jour plus important.

Cette situation nous permit d'évoluer dans les négociations et d'arriver enfin à un niveau où nous pouvions les considérer comme acceptables.

Certes, l'accord ne serait pas aussi référant que ce que nous avions souhaité au départ pour un accord de ce type, le premier en Europe, mais il permettait de pouvoir poser de sérieuses bases de travail qu'il nous resterait à faire évoluer plus tard.

Évidemment, ce que les pays les plus avancés socialement considéraient comme inacceptable au début était déjà largement au-delà de ce qui existait souvent chez d'autres. Il s'agissait donc de trouver le bon compromis qui, sans atteindre les prérogatives des lois allemandes ou françaises, tirerait l'ensemble vers le haut.

Cela étant fait, il nous restait à entreprendre une démarche semblable pour le conseil de surveillance sachant que la principale revendication portée par nos collègues allemands était de revenir sur le nombre de représentants au conseil de surveillance et avait peu de chance d'aboutir. De fait elle n'aboutit pas.

Il fut donc question essentiellement du véritable rôle joué par les représentants des salariés dans cette institution. Notre volonté était de devenir de véritables acteurs et non pas des spectateurs privilégiés de cette instance. Dans cette partie de négociation, nos collègues allemands qui possédaient déjà une expérience des conseils de surveillance que nous n'avions pas, furent souvent à l'initiative des discussions. Le fait que désormais ce conseil ne serait plus composé seulement de représentants allemands est une grande innovation. Il y aura dans celui-ci un Anglais et un Français parmi les six représentants des salariés. Durant ces discussions, mon collègue anglais et moi-même avons adopté, ce qui semble de mise lorsque l'on découvre un sujet, une approche assez circonspecte. Nos interrogations, qui paraissaient quelquefois candides mais nécessaires à notre bonne compréhension du fonctionnement, ont parfois déclenché des réflexions pertinentes quant à des situations qui, bien qu'historiques, étaient quelque peu incohérentes. Le phénomène de l'habitude avait sans doute fini par le masquer.

Nous sommes parvenus à faire intégrer quelques-unes des demandes relatives à notre rôle et nos attributions.

Il n'en demeure pas moins que le principe de la double voix du président au conseil de surveillance qui départage en cas d'égalité, fait essentiellement repose le fonctionnement de cet organe sur la bonne volonté de la direction et des actionnaires de jouer le jeu de la cogestion.

La négociation, au bout de six mois, aboutit à une adoption quasi unanime des textes proposés par le groupe spécial de négociation. La direction pouvait, dès lors, enclencher les opération suivantes.

Je ne pense pas qu'à ce stade nous puissions encore parler d'expérience, mais cette aventure participera sans aucun doute à en constituer une.

* * *

En nous gardant de tout jugement et à la simple observation des faits, nous constatons aujourd’hui que nos dirigeants ne sont plus, ou rarement, des entrepreneurs. Ils sont devenus des gestionnaires qui réalisent le résultat de leur entreprise essentiellement sur le court terme et donc le plus souvent sur la réduction des coûts, cela en raison de la pression des actionnaires.

Ces actionnaires, sous influence anglo-saxonne, n’ont plus de vision patrimoniale de leurs investissements. Ils recherchent les meilleures rentabilités annuelles quitte à ce que ce soit au prix de néfastes effets. L’entreprise avance donc aujourd’hui à un rythme bien différent de celui des pays.

En revanche, ces pays sont les gestionnaires de plus en plus impuissants des dégâts collatéraux causés par de telles situations. Dans ce cadre, la SE peut devenir l’une des réponses à ce problème et ce pour plusieurs raisons.

Tout d’abord commercialement. Par l’effet de taille, elle peut devenir un véritable compétiteur mondial du fait de sa meilleure capacité à harmoniser une politique commerciale et de gestion à une échelle lui offrant plus de rentabilité que l’ensemble des entités prises indépendamment (exemple de l’informatique et des achats).

Ainsi, mieux armée, une stratégie de développement et de croissance a de meilleures chances d’émerger et d’aboutir.

Mais plus l’édifice à construire est important, plus ses fondations doivent être solides. Si le temps est aujourd’hui un facteur clé dans l’économie, il ne faut toutefois pas confondre vitesse et précipitation. C’est en ce sens que la cogestion peut devenir un atout.

En effet, les dirigeants trouveront rarement appui auprès des actionnaires dans les conseils de surveillance lorsqu’ils souhaiteront entreprendre des actions à moyen et long terme, car elles amoindrissent forcément le résultat annuel. Pourtant les dirigeants ont un besoin impératif de le faire dans l’intérêt de la société.

En revanche, ils trouveront ce soutien auprès des représentants des salariés qui verront dans cette opportunité le moyen de consolider les emplois. Il s’agit là d’un argument non négligeable à développer auprès de ceux qui, d’emblée, appréhendent la cogestion. Les représentants des salariés peuvent être des alliés objectifs dans la bonne conduite du groupe pour préparer l’avenir ; il y a là des intérêts convergents.

Dans cette situation de cogestion, les représentants des salariés peuvent également faire part au plus haut niveau de la réalité quotidienne de l’entreprise souvent mal ou peu connue des dirigeants et bien mal décrite par les cabinets de conseil dont ce n’est pas l’intérêt premier. D’ailleurs, si les dirigeants et ces cabinets détenaient l’exclusivité du bon sens, cela se saurait et aurait évité bien des déboires à de nombreuses entreprises.

Cette donnée sur la réalité du groupe est essentielle pour la mise en œuvre de stratégies et d’organisations efficaces et réalistes. Avoir à ouvrir le dialogue sur ces sujets dès lors qu’ils ne s’étendent plus sur des considérations qui n’ont pas lieu d’être ne peut être que positif. En effet, pour les représentants des salariés, il

s'agit d'une manière plus pragmatique de se heurter aux réalités économiques et aux enjeux auxquels l'entreprise est confrontée tous les jours sur le marché.

Il y a des réalités, qu'elles nous plaisent ou non. L'une d'entre elles est que les métiers d'aujourd'hui ne seront plus les métiers de demain. Il est donc impératif de l'admettre, mais aussi de s'y préparer, car notre objectif doit être en revanche que les salariés d'aujourd'hui soient ceux de demain.

Si l'intérêt général ne se résume pas à celui de l'actionnaire, le principe de la cogestion peut nous faire tendre vers cela. Mais la cogestion n'a pas de vertu sacramentelle. Les hommes sont les hommes et le marché restera égal à lui-même, aussi la tentation sera-t-elle grande d'aller vers la facilité. Une cogestion dans laquelle le rapport de force nécessaire à l'équilibre n'existerait pas conduirait à un simple simulacre. En effet, dans tous les cas, le président du conseil de surveillance dispose d'une double voix, c'est-à-dire qu'en cas d'égalité la balance penchera donc toujours du même côté. Dans un tel cas, la cogestion n'existe plus, et le conseil de surveillance devient simplement un outil d'information de premier ordre pour les représentants des salariés. Cela est mieux que rien, mais bien loin des objectifs recherchés. Eu égard à tout ce qui précède, il est à craindre que dans la réalité, ce ne soit souvent le cas.

Il serait donc nécessaire que la directive européenne soit plus «directive» pour être au minimum une boîte à outils permettant d'affronter les enjeux fondamentaux pour l'entreprise et ses salariés. Nous avons vu par exemple l'importance de l'évolution des métiers et la nécessité de s'y adapter si l'on ne veut pas qu'ils soient délocalisés hors de l'Europe. Dans ce cas, l'anticipation de ces évolutions au travers de la formation professionnelle par exemple, doit être plus incitative dans la directive.

De meilleurs moyens et prérogatives doivent être attribués au comité d'établissement de la SE et assortis bien évidemment des informations économiques et stratégiques qui y affèrent. Ne serait-ce que pour cela et pour la nécessité d'agir vite, une seule réunion annuelle n'est pas réaliste.

L'idée pourrait donc être d'améliorer le texte de base tout en laissant six mois – et ils sont nécessaires – aux partenaires sociaux de l'entreprise concernée pour adopter un autre projet d'accord d'entreprise qui, pour atteindre les objectifs, se doterait d'une organisation plus appropriée à ses réalités. Il s'agirait en quelque sorte d'une garantie minimum pour la relation contractuelle.

Le jeu ne peut se dérouler sans garde-fou et sans arbitre sous peine de voir grossir, et cette fois à dimension européenne, le flot de salariés laissés-pour-compte dans les réorganisations.

Les instances nationales vers lesquelles ils se tourneront et les politiques qui les ont en charge auront de plus en plus de mal à trouver des solutions alternatives. Ils auront également de plus en plus de mal à répondre à ces besoins par la solidarité nationale puisque le système solidaire ne peut perdurer que s'il est alimenté. Il s'agit là d'un cercle vicieux puisque la ressource provient pour l'essentiel... des salariés !

En conclusion, la SE peut être porteuse de solutions économiques pour l'entreprise et sociales pour ses salariés. La cogestion est l'une de ces solutions, mais elle a surtout prévalu par le passé en Allemagne grâce à un certain état d'esprit

de toutes les parties. Les temps ont bien changé, les mentalités aussi. Il est à craindre qu'il ne soit plus tout à fait de mise.

Ceux qui sauront s'approprier la cogestion avec bonne volonté seront certainement efficaces, probablement redoutables.

En revanche, en cas de simulacre, les conséquences sociales se feront cette fois à une bien plus grande échelle. Il convient donc, sans l'étouffer, d'y apporter un service minimum puisque ce terme est apprécié aujourd'hui et souvent évoqué par les dirigeants.

Cette opportunité n'est donc pas sans risque, mais elle est à saisir, justement au regard des enjeux.

Pour ce qui nous concerne, c'est avec enthousiasme et détermination que nous participerons à relever ce défi.

Jean-Jacques Cette

Élu CFDT, secrétaire du comité d'entreprise commun des AGF

Membre du conseil d'administration des AGF

Membre du conseil de surveillance d'Allianz

2. Contribution de Norbert Kluge, chercheur senior ETUI-REHS et Michael Stollt, chercheur ETUI-REHS : La société européenne (SE) – Premières expériences de l'application de ce nouvel élément du droit européen des sociétés. Examen du point de vue des salariés sur la base des conclusions du projet SEEUROPE du European Trade Union Institute (ETUI-REHS) (réponses au questionnaire SE sur le volet social)

I. De votre point de vue, dans quelle mesure le compromis de 2001 sur l'implication des travailleurs est-il satisfaisant ?

Le résultat obtenu par le Conseil CE en 2001 représente un compromis historique. Pendant plus de trente ans, le débat relatif à l'introduction d'une réglementation sur la société européenne (SE) avait été bloqué. Au-delà de la problématique fiscale et de la structure des organes de direction, la question la plus débattue était celle de la représentation des salariés au niveau des organes de direction de la SE (implication). Alors que certains pays possèdent une tradition de représentation des salariés au niveau des organes de direction (tels que l'Autriche, l'Allemagne et la Suède), d'autres n'ont aucune tradition à ce niveau (tels que le Royaume-Uni ou l'Italie). Néanmoins, nous pouvons affirmer aujourd'hui qu'une forme de représentation des salariés au niveau des organes de direction existe dans une majorité des États membres de l'Union européenne. Dans au moins treize des trente pays européens appliquant le dispositif SE, la représentation statutaire des salariés au niveau des organes de direction fait partie intégrante du système

national de gouvernement d'entreprise dans le sens où elle existe dans le secteur public aussi bien que dans le secteur privé. Il est intéressant de noter que, dans le processus de réforme de leurs systèmes politiques et économiques, de nombreux pays postcommunistes ont introduit, au début des années 1990, une représentation statutaire des salariés au niveau des organes de direction (Slovénie, République tchèque, Hongrie et Slovaquie ; Pologne pour les entreprises en cours de privatisation)¹. Ces droits nationaux s'inscrivent dans les relations industrielles spécifiques et dans les systèmes de gouvernement d'entreprise de chaque pays. Par conséquent, des pratiques très diverses se sont développées dans les cinquante dernières années, rendant un processus d'harmonisation particulièrement difficile et empêchant pendant une longue période le moindre progrès dans l'adoption du dispositif SE. S'il a finalement été possible d'éviter le blocage, cela a été rendu possible largement grâce aux facteurs suivants :

- L'adoption de la directive relative à l'institution d'un comité d'entreprise européen en 1994 qui comportait une nouvelle approche basée sur les négociations au sein de la société (plutôt qu'une approche basée sur une mesure uniforme pour tous) et des dispositions subsidiaires minimales (règles standards).
- L'introduction du principe «Avant/Après» qui cherche à s'assurer, d'une part, que tous les droits existants des salariés soient préservés, et d'autre part qu'aucune société (ou pays) pour laquelle la participation est inconnue, n'ait à «importer» cette caractéristique involontairement.
- L'introduction d'une clause d'exemption (*opt-out*) relative à l'application des droits fondamentaux relatifs à la participation dans le cadre d'une fusion a été une concession majeure obtenue par le gouvernement espagnol au moment des décisions politiques finales relatives aux textes communautaires sur la SE en 2001. Néanmoins, contre toute attente, la clause n'a pas eu de conséquence pratique : en fin de compte, aucun pays n'a décidé de l'exercer.

Depuis le début, les syndicats européens ont accueilli le compromis obtenu favorablement et ont soutenu sa mise en place. Le résultat ne fut pas perçu comme parfait, mais dans l'ensemble comme un juste compromis. La perception positive de la nouvelle possibilité de participation des salariés dans les organes de direction des SE fut temporairement l'étape finale d'un débat interne de longue durée. Alors que le congrès d'Helsinki de l'ETUC en 1999 décrivait la possibilité pour les salariés d'exercer une influence sur la prise de décision au plus haut niveau comme «un nouveau droit au travail», le plan d'action du congrès de Prague en 2003 a déclaré que l'ETUC et les organisations syndicales européennes feraient ensemble tout leur possible afin d'obtenir le plus haut niveau de participation des travailleurs dans les SE. Il a suggéré d'interpréter les mandats des salariés auprès des conseils de surveillance ou d'administration de SE comme des «mandats européens»².

1. Norbert Kluge et Michael Stollt (éd.), *The European Company – Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU*, Bruxelles, ETUI-REHS et SDA, 2006.

2. Norbert Kluge, *Europe – Space for workers' participation*, Bruxelles, ETUI-REHS, 2006.

Du point de vue des syndicats européens, les aspects suivants sont particulièrement significatifs :

- **Respect de la diversité des systèmes et des traditions** : le compromis trouvé respecte les variétés existantes et les traditions des systèmes nationaux de syndicalisme et de représentation. Les syndicats acceptent l'approche consistant à soumettre l'implication des salariés dans les SE à des négociations avec la direction, bien qu'ils soient plutôt en faveur d'une mise en place de la représentation des salariés au niveau des organes de direction en tant que mesure harmonisée et obligatoire prévue par la législation européenne. Ils sont d'accord sur le fait que le dispositif SE ouvre la porte à des solutions taillées sur mesure pour chaque SE bien que cela remette en cause les styles et les pratiques de représentation syndicale utilisés jusqu'à présent.
- **La sauvegarde des droits existants est globalement assurée** : le mélange certes plutôt sophistiqué de négociations libres, règles subsidiaires minimales garanties, seuils pour l'application automatique des règles minimales concernant la participation en cas d'absence d'accord, conditions de vote particulières pour la réduction des droits de participation, règles spécifiques relatives au cas problématique d'une transformation en SE et introduction d'une clause d'abus démontrent clairement la volonté du législateur européen d'éviter la réduction ou la suppression pure et simple des droits de participation des travailleurs existants. Par conséquent, il semble plutôt improbable qu'un nombre important de sociétés tentent d'utiliser le dispositif SE pour se débarrasser des droits de participation nationaux, voire de les éluder. Cette opinion est également soutenue par les premières SE dans lesquelles des négociations ont eu lieu. Dans aucun de ces cas les droits de participation n'ont été réduits. Bien entendu, cela peut ne représenter qu'une conclusion préliminaire.
- **La perspective de donner une voix aux organes de direction à davantage de salariés** : l'utilisation du principe « Avant/Après » a clairement représenté un éloignement du but initial qui était d'introduire une véritable forme sociale européenne comportant une représentation des salariés dans les organes sociaux de la société pour chaque SE (comme prévu par exemple dans les propositions de la Commission dans les années 1970)¹. Néanmoins, la directive SE ouvre la voie à un élargissement des droits de participation à des pays et à des sociétés que ces règles ne couvraient pas encore. La nomination d'un travailleur britannique en qualité de représentant auprès du conseil de surveillance d'Allianz SE est une première indication d'un développement possible dans cette direction.
- **Une définition européenne de la représentation des salariés au niveau des organes de direction (participation)** : pour la première fois, une définition européenne de la participation a été donnée et a été intégralement incluse dans les négociations européennes relatives au « triptyque » des droits d'implication des travailleurs (information, consultation et participation).
- **Une meilleure définition des droits d'information et de consultation comparée à la directive relative au comité d'Entreprise européen** : le texte de la directive SE ne laisse la place à aucun doute sur le fait que les obligations d'in-

1. Évelyne Pichot, *Employee representatives in Europe and their economic prerogatives*, Commission européenne, Luxembourg, 2001.

formation et de consultation doivent être prises très au sérieux par l'employeur. Bien entendu, l'information et la consultation n'ont de sens que si une décision de la société n'a pas encore été prise et que l'opinion des représentants des salariés peut encore être prise en compte. Le dispositif relatif à la SE promet une sorte de « comité d'entreprise SE amélioré », ce qui signifie qu'il est basé sur une loi sensiblement meilleure que celle relative au comité d'Entreprise européen, avec une possibilité supplémentaire de présence au cœur de la direction et du contrôle d'une société le cas échéant.

- **Un rôle renforcé pour les syndicats :** le dispositif a permis aux États de prévoir que des représentants syndicaux pourront être membres du groupe spécial de négociation et de l'organe d'administration ou de surveillance de la société même s'ils ne sont pas des salariés de la société. Par ailleurs, la directive fait expressément référence à l'importance de l'implication des « organisations syndicales au niveau communautaire » en qualité de spécialistes. Cela reflète la contribution importante et positive que les syndicats peuvent apporter tant au niveau national qu'europeen à un système productif d'implication des travailleurs au bénéfice des deux parties.

- **L'internationalisation de la composition du conseil :** les membres du conseil désignés par les actionnaires reflètent souvent les activités internationales de la société alors que ceux désignés par les travailleurs proviennent jusqu'à présent dans presque 100% des cas du pays d'accueil et ce même si la société emploie une partie importante de son personnel dans d'autres pays de l'Union européenne. La SE ouvre la voie à une véritable représentation européenne au niveau des organes de direction avec des représentants des salariés provenant de plusieurs États membres, exerçant des mandats européens et non pas nationaux. Néanmoins, cela représente sans nul doute un défi majeur pour les représentants des salariés et leurs syndicats, une meilleure coordination des positions adoptées par les travailleurs étant une condition préalable à une bonne représentation de leurs intérêts.

Bien qu'il soit trop tôt pour tirer des conclusions finales, certains aspects concernant le *statu quo* de la directive SE sont critiquables. Les défauts suivants semblent particulièrement édifiants :

- **Absence de règles relatives aux restructurations :** le dispositif relatif à la SE ne traitant que de la situation initiale de création d'une SE, une question cruciale reste ouverte : que se passe-t-il si une SE est soumise à des restructurations qui affectent également les droits de participation ? La directive laisse aux parties négociantes la faculté de trouver une solution appropriée dans l'accord – ce qui clairement n'est pas une solution satisfaisante. Malheureusement, seuls quelques États membres tels que l'Autriche, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas ont clarifié ce point en incluant dans leurs lois de transposition nationales des règles prévoyant expressément que les salariés peuvent demander une renégociation de l'accord si des changements structurels substantiels, qui ont des effets considérables sur la participation des salariés, interviennent postérieurement à la création de la SE¹.

1. Lionel Fulton, «Anchoring the European Company in National Law», in Norbert Kluge et Michael Stollt (éd.), *The European Company – Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU*, Bruxelles, ETUI-REHS, 2006, p. 31-42.

- **Absence de règles relatives à la participation en cas de dépassement des seuils de salariés nationaux à un stade ultérieur à la création** : comme indiqué précédemment, la directive ne régit que la situation initiale de la SE lors de sa création. Cela signifie que si une société ne remplit pas les critères nationaux d'introduction de droits de participation au début, elle n'a aucune obligation d'introduire des droits de participation à la SE par la suite. La directive devrait contenir une clause indiquant que de nouvelles négociations auront lieu dès lors que les critères nationaux (dans l'un des pays dans lesquels la SE emploie des salariés) sont remplis postérieurement (par exemple en cas de franchissement du seuil de salariés).
- **Critère décisif du principe «Avant/Après»** : droit de participation existant plutôt que régime de participation existant : conformément à la réglementation nationale de certains États membres de l'Union européenne tels que la Finlande ou la Suède, il n'y a pas toujours d'obligation automatique de prévoir des droits de participation aux organes de direction. Dans ces situations, ces droits doivent être demandés par les salariés. Même lorsqu'une procédure automatique existe formellement, la représentation n'est pas toujours mise en place. Concernant le droit du groupe spécial de négociation (GSN) à demander la mise en place des règles standards relatives à la participation, la question devrait être si un (ou plusieurs) groupe(s) de salariés a *légalement le droit* de demander une représentation au niveau des organes de direction indépendamment du fait que les salariés aient déjà demandé l'application de ce droit avant, ou non.
- **Que deviennent les SE «coquilles vides» et les SE «en sommeil»** : depuis octobre 2004, au moins soixante-cinq SE ont été constituées (Schwimbersky, *SE-Fact Sheets*, février 2007, voir www.seeurope-network.org). Néanmoins, une majeure partie d'entre elles n'a pas de salariés (SE «coquilles vides») et certaines n'ont apparemment pas été constituées dans un but spécifique, mais seront par la suite cédées à des sociétés de manière à leur permettre de démarrer une activité très rapidement (les SE dénommées «en sommeil»). D'une part, la légalité de la constitution d'une SE sans salariés par rapport à la législation relative à la SE est contestée¹. D'autre part, et de manière probablement plus cruciale, l'on peut se demander ce qui se passe si ultérieurement, des salariés sont «transférés» vers ces SE coquilles vides qui ont été constituées sans aucun accord relatif à la participation des salariés. Le flou juridique actuel est sans nul doute un défaut important de la directive relative à la SE.
- **Nécessité d'un registre européen des SE incluant les accords relatifs à la participation des salariés** : actuellement, trouver des informations sur la mise en place du GSN et les négociations postérieures demande souvent un travail de recherche. L'Union européenne publie pour l'instant des informations compilées à partir des registres nationaux sur son site Internet, néanmoins celui-ci ne comprend pas d'informations concernant la participation des salariés au sein de ces SE. Les États membres devraient avoir l'obligation de recueillir et de publier les détails du processus de négociation (notamment le nombre de salariés pour chaque pays, la composition du GSN et le texte intégral de l'accord) qui

1. Thomas Blanke, *Vorrats-SE ohne Arbeitnehmerbeteiligung*, Edition der Hans-Böckler-Stiftung 161, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, 2006. Résumé en anglais disponible sur : www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries/cross-borderaspects.html#blanke.

devraient par la suite être mis en ligne par la Commission européenne. Cela afin d'illustrer pour le public le fait que la législation relative à la SE se décline en deux volets obligatoires : le règlement de la SE *et* la directive relative à la SE.

- **Pas de diminution des règles de participation standards de la SE dans la législation ultérieure :** comme expliqué ci-dessus, le mécanisme d'implication des salariés représente un compromis équilibré respectant les traditions nationales et les intérêts des employeurs et des employés. Pour cette raison, il est essentiel de préserver les standards définis par le dispositif de la SE dans toute mesure ultérieure dans le domaine du droit des sociétés. Ces standards ont déjà été diminués en partie par la directive relative aux fusions transfrontalières (10^e directive de droit des sociétés), en particulier par l'augmentation des seuils existants relatifs aux salariés. Le danger serait de voir les règles standards de la SE encore davantage vidées de leur substance dans de futures initiatives. À cet égard, il est essentiel de s'assurer que les projets de 14^e directive de droit des sociétés relative au transfert transfrontalier de siège statutaire et d'introduction d'un statut de société privée européenne (SPE) ne soient pas sciemment utilisés pour réduire davantage les règles standards de la SE. En particulier, il ne devrait pas être possible que l'application de la directive relative aux fusions ait pour résultat la révision à la baisse des droits de participation préexistants dans le cas d'une SE faisant l'objet d'une fusion transfrontalière ultérieure.
- **Expériences de la mise en place de l'implication des salariés dans les premières SE constituées :** les premiers accords relatifs à la participation des salariés basés sur la directive SE (tels ceux de Elcoteq SE, Strabag SE, Plansee SE, Allianz SE ou MAN Diesel SE) ne confortent pas la théorie selon laquelle les dispositions relatives à la SE manqueraient d'attrait en raison du caractère obligatoire (et, selon certains commentateurs, compliqué et bureaucratique) du processus de négociation de l'accord nécessaire relatif à l'implication des salariés. Contrairement à certaines craintes principalement exprimées par les employeurs, la direction n'a pas été réticente à accepter une représentation substantielle des salariés via un comité d'entreprise de SE doté des pouvoirs appropriés ainsi qu'une représentation au niveau des organes de direction en fonction de l'origine de la SE et conformément à la réglementation du pays de constitution. Avec Allianz SE, pour la première fois, une société majeure (employant quelque 160 000 salariés dans pratiquement tous les États membres de l'Union européenne) a expressément adhéré à un système de management européen incluant une participation significative et obligatoire des salariés. En conséquence, l'ETUC a conclu que la participation obligatoire des salariés n'est pas un modèle historiquement obsolète. Il est intéressant de remarquer que la SE apporte sa contribution à une innovation dans une proportion raisonnable concernant la représentation des salariés au niveau des organes de direction. Contrairement aux dispositions nationales, il est fréquent de composer des organes de direction de SE de membres de différentes origines. Dans le cas d'Allianz SE, l'idée d'un « mandat européen » est également réalisée : le vice-président d'UNI-Finance a rejoint le conseil de surveillance de la nouvelle SE.

Un autre résultat intéressant pourrait être le fait que les sociétés utilisent la SE pour se restructurer (passer d'un système dualiste à un système moniste comme dans le cas de Austrian Plansee SE), ou dans le but de transférer leur siège social après avoir constitué la SE (comme dans le cas d'Elcoteq SE qui a transféré son siège social depuis la Finlande vers le Luxembourg). Le système de représenta-

tion des salariés convenu ne constitue pas un obstacle par rapport à ces objectifs. De plus, il est important de noter qu'un changement dans la structure de direction ne justifie en rien une réduction des règles de participation standards préexistantes. Dans le cas de Plansee SE, le changement vers une structure moniste a même conduit à l'augmentation du pourcentage de membres représentant les salariés.

II. Que répondriez-vous aux critiques provenant des sociétés concernant la durée du processus de négociation (la formation d'un groupe spécial de négociation prend plusieurs mois, ainsi que le processus lui-même) ?

Certes, les négociations peuvent prendre des mois voire même jusqu'à un an, néanmoins dans ce dernier cas, uniquement si les deux parties sont convenues de les prolonger. Dans le cas contraire, la durée maximale est de six mois. Cela paraît raisonnablement court, dans la mesure où il est inévitable que cela prenne du temps de constituer un groupe spécial de négociation, tout particulièrement lorsque la société est représentée dans plusieurs États membres.

Néanmoins, les négociations peuvent être accélérées par la direction en fournissant aux salariés et à leurs représentants des informations détaillées sur le processus de constitution et les informations nécessaires afin de mettre en place le GSN. L'atmosphère dans laquelle les négociations ont lieu peut également avoir une influence sur le délai dans lequel un accord peut être trouvé.

Néanmoins nous devons garder à l'esprit le fait que le législateur européen a expressément lié la création d'une SE à l'existence d'un accord sur l'information et la consultation des salariés, et le cas échéant, sur les droits de participation. Les négociations ne sont pas qu'un processus technique, long et pesant représentant une condition préalable à la constitution. La SE démontre l'engagement de l'Union européenne en faveur d'un modèle européen spécifique de relations industrielles et de gouvernement d'entreprise qui donne aux salariés un droit de participation aux décisions de la société qui les concernent conformément à un cheminement européen qui date de l'époque pionnière de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1952. Les actionnaires ne sont pas les seuls à avoir un intérêt dans le bien-être de la société ; les salariés ont également un droit légitime à être impliqués. À ces fins, le délai de six mois ne semble pas être déraisonnable pour trouver une solution respectant les intérêts de toutes les parties impliquées dans les décisions concernant leurs lieux de travail à tous les niveaux et basée sur la législation européenne. Par ailleurs, dans beaucoup de cas les négociations ne sont pas à l'origine du retard pris dans le processus de constitution. C'est par exemple le cas du groupe de services financiers scandinave Nordea, pour lequel des incertitudes juridiques relatives au transfert de dépôts ont pour l'instant empêché la société de continuer sa constitution de SE.

Notre recommandation aux sociétés serait donc de considérer la période de négociation comme un investissement dans la culture européenne de la société et comme une condition préalable afin de bénéficier plus tard des avantages d'une véritable solution européenne d'implication des travailleurs. Dans une structure de prise de décision plus transparente, la bonne organisation de la représentation des travailleurs au niveau de la direction de la société sera également un avantage pour une mise en place plus souple de processus de restructuration à un niveau transfrontalier. Un comité d'entreprise de SE devrait donc potentiellement acquérir un rôle plus important au détriment des organes de représentation nationaux.

III. Que répondriez-vous aux sociétés qui refusent d'adopter le statut de la SE de peur de se voir dans l'obligation d'appliquer le modèle de participation des salariés ?

Clairement à l'encontre des objectifs initiaux des syndicats, le règlement SE ne garantit que la préservation de droits préexistants de participation statutaire via le principe «Avant/Après». Mais la loi n'est pas conçue dans le but d'introduire un régime substantiel et harmonisé de participation des salariés (bien qu'elle n'empêche personne de le faire dans la pratique).

Par ailleurs, la participation au conseil de surveillance ou au directoire de la société ne constitue en rien une «expropriation» des actionnaires. Dans aucun des États de l'Union européenne les représentants des salariés ne sont en situation d'empêcher en dernier recours la prise de décision dès lors que les membres représentant les actionnaires parlent d'une même voix (même pas en Allemagne où 50% des sièges au conseil de surveillance sont réservés aux représentants des salariés puisque la voix du président est prépondérante en cas de partage des voix). La recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005, relative au rôle des administrateurs non exécutifs ou des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et aux comités du conseil (de surveillance), énonce clairement que les représentants des salariés sont admis aux conseils (de surveillance) en qualité de «membres indépendants non exécutifs» dans le cadre du contrôle des activités de la société. Même les principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE en date de 2004 concèdent expressément aux représentants des salariés le rôle de partie prenante à la société au niveau des organes de direction de cette dernière¹.

Troisièmement, les recherches indiquent clairement que l'existence de droits de participation n'a, de manière générale, aucune conséquence économique négative pour la société. Cela a été récemment mis en évidence par exemple en Allemagne. Les chercheurs indépendants de la «commission sur la réforme du système de participation allemand» (*Unternehmensmitbestimmung*) ont conclu dans leur rapport final que les recherches menées n'ont relevé aucune preuve de conséquences négatives de la participation au niveau des organes de direction sur les résultats économiques de la société. Nous n'avons pas connaissance d'études similaires dans d'autres pays. De plus, l'analyse suggère à partir d'éléments empiriques que les pays mettant en place une obligation légale de représentation des salariés au niveau des organes de direction dans le cadre de leurs systèmes de gouvernement d'entreprise sont économiquement plus performants que d'autres sans cette caractéristique².

Enfin, les sociétés devraient plutôt prendre en considération les avantages qu'elles peuvent tirer de la présence de représentants des salariés au niveau des organes de direction. En quelques mots, il s'agit des avantages suivants :

- Promotion d'une atmosphère paisible sur le lieu de travail, et plus grande facilité d'introduction de restructurations via une plus grande légitimité des décisions de la société (par exemple beaucoup moins de grèves).

1. OCDE, *OECD Principles of Corporate Governance 2004*, OCDE, Paris, 2004.

2. ETUI-REHS et ETUC (éd.), *Benchmarking Working Europe 2006*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2006.

- Davantage de motivation des salariés dans la mesure où ils sont traités comme des «partenaires de travail» dont l'opinion compte. La préoccupation de leurs représentants au conseil (de surveillance) correspond aux exigences d'un «personnel hautement performant» qui est impliqué et engagé au service de la société. Ce type de personnel caractérise la «méthode européenne» de recherche de la compétitivité conformément à la stratégie de Lisbonne.
- Canaliser le savoir et l'expérience depuis l'atelier jusqu'au processus de prise de décision. De plus, les salariés ont un intérêt spécifique à la pérennité du bien-être de la société qui pourrait contrebalancer la dangereuse vision à court terme exigée par certains actionnaires.
- Un engagement de la part de la société à impliquer ses salariés dans la prise de décision depuis l'atelier jusqu'au processus de prise de décision, et comprenant une représentation au niveau des organes de direction démontre que la société souhaite considérer ses salariés comme des citoyens sur leur lieu de travail. Un régime participatif fort et sincèrement voulu est un signal clair de responsabilité sociale.

La contribution d'une telle approche participative et démocratique au futur succès des SE dans le contexte de marchés internationalisés et de globalisation a également été soulignée par le groupe de haut niveau dirigé par Étienne Davignon dans son rapport final relatif aux systèmes européens d'implication du personnel (*Final Report on European Systems of Workers Involvement*) : «On ne peut attendre du type de personnel dont les entreprises européennes ont besoin – qualifié, mobile, engagé, responsable, capable d'utiliser les innovations techniques et de s'identifier à l'objectif de l'augmentation de la compétitivité et de la qualité – qu'il ne fasse qu'obéir aux instructions de son employeur. Les travailleurs doivent être étroitement et en permanence impliqués dans la prise de décision à tous les niveaux de la société.»

IV. Dans ce cadre, serait-il souhaitable de faire des propositions de manière à surmonter les appréhensions des sociétés relatives au statut de la SE, notamment en ce qui concerne le chantier de la société privée européenne ?

Tout comme l'ETUC dans sa prise de position en date du 18/19 octobre 2006, nous ne nous prononcerons pas sur le caractère nécessaire et souhaitable d'une SPE, ni sur les dispositions statutaires minimales relatives à sa personnalité juridique, son capital social, sa structure de direction, sa constitution, les droits des minoritaires, ses comptes, etc. Nous nous prononcerons à ce sujet uniquement si et lorsque un projet concret sera sur la table. En particulier, le débat relatif à la participation des salariés et aux mythes existants à ce sujet devrait avoir lieu de manière rationnelle. Néanmoins, quel que soit le résultat des tentatives récentes d'introduire cette idée, il devrait être clair dès le départ que toute proposition relative à une SPE devrait convenablement traiter le sujet des droits d'information de consultation et de participation des salariés à la vie et au processus de prise de décision de la société privée européenne. À défaut, elle ne pourra être reconnue comme une véritable disposition européenne.

De plus, on peut s'interroger sur la nécessité d'une solution spécifique à la participation. Rien ne démontre que la solution de la SE n'est applicable qu'à des sociétés de grande taille. À cet égard, la proposition d'introduire un seuil minimum de 500 salariés pour la mise en place de droits de participation semble injustifiée, d'une part

parce que la directive SE ne contient aucun seuil minimum de cette nature; d'autre part, et peut-être de manière encore plus importante, à l'exception de l'Allemagne, du Luxembourg et de la Slovénie, aucun pays prévoyant une obligation légale de représentation des salariés ne limite l'applicabilité de cette mesure aux sociétés de plus de 500 salariés. En Suède, la loi nationale permet la présence de salariés au sein des organes de direction à partir de 25 salariés¹.

V. Votre opinion sur le futur du statut de la SE ?

Plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la législation relative à la SE, on n'observe toujours pas de grand succès pour cette dernière. Néanmoins l'intérêt des sociétés envers cette nouvelle forme sociale a grandi depuis. En particulier, la décision d'Allianz de se constituer en SE a été un jalon pour l'acceptation de la SE dans le monde des affaires. Sans nul doute, les critiques envers le statut de la SE ont diminué depuis lors bien qu'elles n'aient pas totalement disparu en ce qui concerne les défauts bien connus de ce dernier. À cet égard il est absolument essentiel de clarifier les incertitudes juridiques existantes (par exemple eu égard aux réserves cachées) qui retiennent encore les sociétés d'utiliser le statut de la SE.

Dans le futur, le statut de la SE sera une structure parmi d'autres permettant plus de mobilité transfrontalière pour les sociétés en Europe. L'entrée en vigueur de la directive relative aux fusions transfrontalières (décembre 2007) et l'adoption probable de la directive relative au transfert transfrontalier du siège statutaire de la société compléteront le droit des sociétés européen. Néanmoins, concernant la situation des salariés, aucun retour en arrière par rapport aux règles substantielles posées par la directive relative à la SE ne devrait être permis. Récemment, le gouvernement d'entreprise est devenu sujet à discussion en Europe. Cela ne devrait pas être aggravé par des différences entre les directives européennes relatives au dumping social. Si l'on souhaite que la SE devienne effectivement ce que certains économistes ont appelé le «porte-drapeau du droit européen des sociétés», un système européen de participation des salariés à tous les niveaux doit rester l'un des piliers de cette dernière.

Concernant les droits de participation des salariés, les premiers exemples de SE ont démontré que l'obligation de donner des droits de participation ne constitue manifestement pas un obstacle pour beaucoup de sociétés dans leur projet de SE.

Norbert Kluge
Chercheur senior ETUI-REHS

Michael Stollt
Chercheur ETUI-REHS

1. Kommission zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung, *Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission*, 2006.
http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Artikel/2006/12/2006-12-20-betriebliche-mitbestimmung-modernisieren.html.

Contributions des experts

1. Contribution du professeur Bartman sous la forme de réponses au questionnaire sur la SE

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. La SE, un instrument efficace pour la restructuration des groupes ?

Non, la SE est un instrument trop complexe et diversifié pour restructurer un groupe, notamment si l'on considère les règles de droit des sociétés nationales applicables. Elle pourrait fonctionner au niveau de la holding, mais certainement pas au niveau des filiales.

b. Quels sont les secteurs d'activités de prédilection pour la SE ?

Je n'ai pas d'opinion tranchée à cet égard, dans la mesure où je ne vois pas de caractéristiques de la SE qui feraient d'elle une société particulièrement adaptée à un secteur spécifique. Voir néanmoins l'article du professeur Eric Werlauff, in *European Company Law in Accelerated Progress*, Kluwer Law International, 2006, p. 159 et s., dans lequel ce dernier affirme que la SE peut être particulièrement utile aux secteurs de la banque et de l'assurance, du moins dans les pays nordiques.

c. L'impact de la procédure d'implication des travailleurs sur l'attractivité de la SE

La directive SE relative à l'implication des travailleurs pourrait pendant un temps donné et dans une certaine mesure provoquer un dialogue social à grande échelle, par exemple entre universitaires, syndicats et organisations patronales, mais à mon avis pas dans le cas où une décision concrète d'utilisation de la SE doit être prise. La complexité de ces règles et le danger inhérent d'«importer» un ensemble de règles étrangères de codétermination, par le biais des normes de référence, risquent dans la pratique d'effrayer la plupart des entrepreneurs. D'un autre côté, les règles d'implication des travailleurs de la SE créent, ne serait-ce qu'en théorie, également une occasion pour des sociétés hollandaises ou allemandes par exemple, de se «débarrasser» de leurs règles nationales de participation à la suite d'une fusion transfrontalière avec une SE constituée dans une autre juridiction, eu égard aux seuils respectifs de 25 % et 50 % de la directive et de l'annexe. J'ignore si cette opportunité aurait un poids quelconque dans la prise de décision, en pratique, concernant l'utilisation d'une SE.

II. La création d'une société européenne

a. L'attractivité des différents modes de constitution de la SE

Je pense que la constitution d'une SE holding sera le mode qui aura le plus de succès, dans la mesure où il peut être un instrument de coopération transfrontalière, tout en laissant subsister les sociétés mères qui coopèrent, ce qui peut être intéressant pour des raisons fiscales, contractuelles, et en matière d'agréments.

b. L'opportunité de la création d'une SE ex nihilo

Je présume que par «constituer une SE *ex nihilo*» vous faites référence à la constitution d'une SE par une seule société ou personne physique, ce qui implique l'abandon de la dimension communautaire comme condition préalable pour la constitution. Cela pourrait effectivement contribuer à la flexibilité et au succès de la SE en tant qu'alternative à une société cotée nationale.

c. Le maintien du capital social minimum ou l'application de tests alternatifs de solvabilité

À mon avis, la SE devrait être réservée à un usage de société cotée, alors que la société privée européenne (SPE) devrait être réservée à un usage de société privée qui ne pourrait faire appel public à l'épargne. À cet égard, je crois qu'un test de solvabilité serait plus approprié à une SPE qu'à une SE.

d. Les garanties des actionnaires et aux créanciers obligataires et non obligataires

Aux Pays-Bas, seuls les créanciers risquent de s'opposer au transfert de siège social et rechercher des garanties supplémentaires pour leurs créances. Les actionnaires n'ont aucun droit similaire.

e. Le contrôle de légalité

En plus du droit d'opposition des créanciers en cas de projet de transfert du siège social, le ministre de la Justice des Pays-Bas a la faculté de s'opposer à une fusion SE pour des raisons d'intérêt public. Je doute du fondement et de l'efficacité de ce droit d'opposition. Il me semble superflu et devrait être supprimé.

f. L'immatriculation de la SE et la conclusion de la procédure de négociation

À mon avis, cette condition préalable constitue une entrave significative à l'utilisation de la SE. Je préférerais que la réglementation de l'implication des travailleurs soit laissée à l'appréciation des législateurs nationaux. Les organes législatifs européens pourraient également proposer un modèle de règles de codétermination à utiliser dans le cas où aucun accord ne serait trouvé entre les constituants et les représentants des travailleurs, mais il ne devrait pas être obligatoire pour les parties en tant que condition préalable pour la constitution.

g. Un registre européen des SE voire des entités européennes

Un registre européen central et accessible en ligne qui enregistrerait toutes les sociétés européennes me semblerait utile.

III. Le fonctionnement de la société européenne

a. L'harmonisation et les renvois aux droits nationaux

L'applicabilité du droit des sociétés national prive sans doute la SE d'une grande partie de son intérêt. Cette approche devrait en tout cas être évitée s'agissant de l'élaboration des dispositions relatives à la SPE (voir le dernier texte de ce règlement dans *European Company Law*, édition 2006/6, p. 279).

b. La non-dissociation du siège réel et du siège statutaire

Cette règle devrait être modifiée. Elle contribue à l'immobilité de la SE, ce qui est en contradiction avec son objectif même. De plus, on pourrait avancer que ce choix du règlement SE en faveur de la théorie du siège réel n'est pas compatible avec, par exemple, les arrêts de la CJCE «Überseering» et «Inspire Art», et qu'en conséquence ce choix est déjà rejeté par la jurisprudence.

c. L'impact de la jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement des sociétés

Voir réponse ci-dessus (III. b.).

d. La proposition allemande d'abandonner au niveau européen la théorie du siège réel

Ce débat devrait être conclu rapidement en faveur de la loi d'incorporation.

e. Le «*Law Shopping*»

La jurisprudence de la CJCE en particulier va certainement provoquer du *Law Shopping*. Néanmoins, il est très difficile d'en estimer la portée.

f. L'«effet Delaware» en Europe

Toutes choses étant égales par ailleurs au niveau européen, je crois que le succès de la société *Limited* britannique va augmenter dans toutes les juridictions européennes. À mon avis, cela rend la question de la rédaction d'un règlement spécifique à la SPE, applicable dans toutes les juridictions de l'Union européenne, d'autant plus urgente. C'est particulièrement important pour les entrepreneurs des nouveaux pays membres d'Europe de l'Est d'avoir la possibilité d'opter pour une forme sociale ayant une «aura européenne».

g. La souplesse du dispositif SE et les conventions réglementées

Toute mesure favorisant la flexibilité de la SE devrait être adoptée.

IV. La problématique spécifique des fusions de SE déjà constituées à défaut de disposition prévue en ce domaine

a. Les améliorations souhaitables

Voir entre autres la rubrique (II. b.) ci-dessus.

b. La directive 2005/56/CE, une solution adéquate ?

Je crois que la directive «Fusions transfrontalières» propose en effet une solution à ce problème. Il en est de même de l'arrêt «Sevic», puisque le résultat de la fusion (transfrontalière) de deux entités dont la fusion est autorisée en vertu de leurs règles nationales applicables (y compris le règlement SE, tel qu'il est en vigueur dans un État membre) doit être reconnu par les autorités de tout État membre de l'Union européenne.

Professeur Steef M. Bartman
Professeur de droit des sociétés
Faculty of Law Leiden University

2. Contribution des professeurs Benedettelli et Rescio (avec la participation de Vittorio Salvadori¹)² : rapport italien adressé à Noëlle Lenoir dans l'intérêt du ministère de la Justice français et réalisé sur la base du questionnaire sur la SE

Avant-propos

La République italienne a transposé la directive 2001/86/CE sur l'implication des travailleurs dans la SE par le décret législatif n° 188 du 19 août 2005, mais aucun instrument n'a encore été adopté pour l'adaptation des diverses dispositions du règlement CE n° 2157/2001 sur le statut de la SE qui ne sont pas d'application directe.

Selon les divers auteurs de la doctrine (parmi lesquels les auteurs de ce rapport), cette lacune législative pourrait être surmontée dans la plupart des cas par une interprétation extensive des règles du droit des sociétés déjà en vigueur, et sur la foi du principe retenu par la Cour de justice des Communautés européennes suivant lequel le droit des États membres doit être interprété de la manière la plus large possible afin d'éviter tout contrariété avec le droit communautaire. En

1. Avocat, Freshfields Bruckhaus Deringer, Milan.

2. Bien que les auteurs se soient concertés et mis d'accord sur le contenu de la présente contribution, Massimo Benedettelli s'est chargé plus spécifiquement des Sections III et VI, Giuseppe Rescio des Sections I, II et IV et de la Section VI, et Vittorio Salvadori (qui est spécialisé en matière fiscale) de la Section V. Pour une analyse plus développée des problématiques évoquées de manière succincte dans le présent rapport, voir Massimo V. Benedettelli, «Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario», in Paolo Picone (éd.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004, Padoue, p. 205-282 et Giuseppe A. Rescio, «La Società europea tra diritto comunitario e diritto nazionale», *Rivista delle Società*, 2003, p. 965; *idem*, «La partecipazione di società italiane alla costituzione di SE (società europee)», approuvé par la CAEI (Commission pour les affaires européennes et internationales) du Consiglio nazionale del notariato, *Le Società*, 2007, à paraître.

particulier, le défaut de transposition ne devrait pas être un obstacle à la création d'une SE impliquant des sociétés italiennes que le siège statutaire de la SE soit situé en Italie ou en dehors de l'Italie (à l'exception, dans ce dernier cas, de l'établissement d'une « SE holding », puisqu'il semble difficile de trouver une opération comparable dans le régime ordinaire du droit des sociétés italien).

Alors qu'il y a eu quelques cas de SE ayant leur siège statutaire dans un autre État membre qui ont impliqué des sociétés italiennes, il n'y a, à la connaissance des auteurs, pas encore eu de cas de SE immatriculée en Italie.

I. La SE, un outil au service des groupes européens

a. Le règlement SE peut faciliter à la fois la concentration des entreprises (par les fusions transfrontalières) et la constitution de groupes européens par intégration verticale («SE holding») ou par création d'une entreprise commune («filiale SE»). En raison du label européen et des règles partiellement uniformes, le règlement SE peut également faciliter l'intégration économique. Tous ces éléments pris ensemble concourent à renforcer la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés internationaux.

Surtout, la SE peut être vue comme instrument utile pour des opérations de restructuration dans la mesure où elle permet la réalisation de fusions transfrontalières (cela s'avère particulièrement utile aussi longtemps que les droits des États membres dans ce domaine n'auront pas été entièrement harmonisés) et elle semble permettre la réalisation de «fusion entre égaux» à travers l'utilisation d'une SE qui ne possède pas la «nationalité» de l'un quelconque des États membres (naturellement, il s'agit plus d'une question d'«image», puisqu'une SE dont le siège statutaire est situé dans un État membre donné est largement tributaire de son droit des sociétés s'agissant de l'encadrement de ses affaires internes et des autorisations des autorités de régulation nationales).

b. Les SE immatriculées jusqu'à présent sont actives dans différents secteurs. Les secteurs financier, des assurances et des banques sont bien représentés, mais il y a également des sociétés actives dans les secteurs des services immobiliers, du transport, de la construction, du commerce, de l'électronique, des produits de beauté, de la nourriture, de l'industrie métallurgique, de la santé, de la technologie médicale, du conseil¹. À notre avis il n'y a aucun secteur particulier pour lequel la SE pourrait être suggérée. Les prestataires de services financiers, les banques et les sociétés d'assurance sont probablement mieux disposés que les autres pour comprendre les opportunités offertes par le règlement SE. Du point de vue de la gouvernance, le choix de la SE devrait être déterminé par comparaison avec les modèles disponibles dans la législation nationale des États membres pour des sociétés SA/SARL.

c. Bien que sur le long terme la participation des travailleurs dans la SE puisse favoriser le dialogue social et augmenter la compétitivité de l'entreprise, à plus court/moyen terme, il constitue sûrement un élément qui réduit l'attractivité de la SE pour des raisons de «passage obligé». Les entreprises qui opèrent dans des États où la cogestion n'est pas pratiquée refusent généralement l'implication

1. Voir www.seeurope-network.org.

des travailleurs, en particulier lorsqu'elle emprunte la forme d'une participation des travailleurs au sein des organes de direction/surveillance de la société. Il convient de noter que non seulement les propriétaires – les actionnaires contrôlants n'aiment pas partager les décisions stratégiques avec les travailleurs, en particulier si elles ont un impact sur le nombre et la localisation des salariés –, mais souvent les travailleurs et les syndicats eux-mêmes peuvent être opposés à une participation directe des salariés dans la gestion de la société (les syndicats italiens pourraient préférer une prise de participation des travailleurs au capital de la société afin d'établir une relation plus étroite entre les salaires et la profitabilité de la société)¹.

II. La création de la SE

a. L'utilité des différents modes de constitution de la SE dépend des raisons économiques justifiant sa création, le nombre de sociétés impliquées dans la création et les problèmes légaux rencontrés qui peuvent être différents d'un État membre à un autre (la SE holding et les fusions sont normalement plus compliquées que la transformation ou la création d'une filiale). Quoi qu'il en soit, la transformation et la fusion semblent être les modes les plus utilisés, l'utilisation de la SE holding est très rare.

Naturellement, le choix du mode de création peut être fortement influencé par le secteur d'activités dans lequel la SE va être active : par exemple, la SE holding peut être préférée dans le cas où l'intérêt de l'entrepreneur est de céder/d'acquérir des participations avec pour objectif la réalisation de plus-values et où la SE est située dans État membre avec un bas niveau d'imposition.

b. À notre avis, la SE devrait être accessible non seulement pour les sociétés (choisies), mais également pour toutes les personnes physiques et morales. N'importe quelle condition maintenant exigée pour la création de la SE (négociation de la participation des salariés ou exercice d'activités dans plus d'un État membre, par exemple) – et qui peut avoir justifié le choix de créer une SE comme société de «deuxième niveau», créée seulement par les sociétés préexistantes –, pourrait être remplie de toute façon par une SE de «premier niveau» au moyen de sanctions appropriées et/ou de sa liquidation.

c. Le capital social minimum de 120 000 euros semble en droite ligne avec ce qui est prévu dans la plupart des droits des sociétés européens (la s. p. a. italienne exige le même capital social minimum). Abandonner le principe d'un capital social minimum et, surtout, l'idée de conserver une certaine intégrité, conformité pour les tests de solvabilité et/ou en matière de bilan comptable peut être risqué : ces tests pourraient plutôt alors être introduits en complément, et ce non seulement pour la SE, mais pour toutes les sociétés anonymes.

d. S'agissant de la question des garanties des actionnaires et des créanciers dans le cadre de la SE, le règlement SE souvent ne prend pas parti, laissant le champ libre aux options nationales dans la mesure où celles-ci ne sont pas limitées par

1. Voir Pessi, «Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali e indirizzi comunitari», in Giuffrè Ficari (sous la direction de), *Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, 2006, p. 51-62.

des directives européennes. Ce qui n'est pas un mauvais choix en théorie, mais quelques problèmes peuvent surgir dans le cas où aucun choix national précis n'a été fait (voir ci-dessus la situation italienne). Par exemple, les actionnaires d'une SA italienne (s. p. a.), désapprouvant la création de la SE par fusion ou par transformation de la société (qui maintiendrait son siège statutaire en Italie), pourraient exercer leur droit de retrait si l'on considère que ce cas est compris dans la notion de transformation, définie aux articles 2498 et suivants du Code civil italien : mais cette interprétation est douteuse.

e. À défaut de règles spécifiques d'adaptation (voir ci-dessus) et à la lumière de la directive récente de fusions transfrontalières, il ne fait aucun doute qu'en Italie le contrôle minutieux de la légalité de la création de la SE (et du transfert) revient à la même autorité qui vérifie la légalité de l'immatriculation des SA italiennes, c'est-à-dire le notaire (dont la rigueur et l'efficacité en la matière sont reconnues). En cas de fusion ou de transformation, si le notaire refuse de donner son autorisation, la société peut exercer un recours auprès de la juridiction compétente.

f. Voir la section II. b. s'agissant de la possibilité que le non-respect de la procédure sur la participation des travailleurs soit un obstacle à l'immatriculation de la SE ou une cause de liquidation.

De manière plus générale, on pourrait se demander si le choix de la Commission de suivre l'approche allemande et de considérer que la question de la codétermination soit réglée par le droit qui régit la société (cf. article 6 de la directive 2001/86), plutôt que par le droit de l'État membre dans lequel les employés travaillent, était sage. En fait, si ces deux États ne coïncident pas, le résultat pourrait conduire à n'accorder aucune protection du tout aux salariés situés dans un État dont la législation interne entend les protéger (cela pourrait être le cas, par exemple, si aucune des sociétés impliquées dans la création d'une SE ne vient d'un État membre avec un système de codétermination, mais qu'une ou plusieurs de leurs succursales importantes se situent dans un autre État membre qui protège les intérêts des employés), ou, vice versa, à imposer la participation des salariés dans le cadre de la création d'une SE ou même dans sa gouvernance lorsque aucun des salariés ne travaille ou ne réside dans un État membre qui a adopté un système de codétermination (cela pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'une des sociétés participant à la création d'une SE est soumise au système de la codétermination mais est une simple holding).

g. Bien plus qu'un registre européen des SE ou des entités européennes, il serait approprié de proposer un registre européen général – dans lequel figureraient le même genre d'informations avec les mêmes effets, reliant et intégrant ainsi les registres nationaux des entreprises et des sociétés – pour toutes les sociétés immatriculées en Europe ou sujettes au droit d'un État membre.

III. Le fonctionnement de la société européenne

a. La question de savoir si et dans quelle mesure le règlement SE doit dépendre du contenu du droit des sociétés en vigueur dans l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire dépend de la réponse à donner à la question plus générale de savoir si le droit communautaire doit viser à réaliser un niveau plus élevé d'harmonisation dans le domaine du droit des sociétés, ou laisser les États mem-

bres libres de définir leurs différents droits des sociétés et la concurrence entre ces droits au sein du marché commun comme modèle alternatif à l'organisation entreprenariale. Naturellement, la SE semble être inspirée davantage par la dernière approche, en raison du large renvoi fait (aux différents) droits des sociétés en vigueur dans les États membres. On se demande néanmoins si la hiérarchie des sources différentes desquelles le régime de la SE est dérivé – le règlement SE lui-même, la loi nationale, la liberté contractuelle des parties exprimée dans les statuts de la SE (cf. article 9-1 du règlement) – ne devrait pas être mieux clarifiée, en particulier en indiquant expressément (i) les dispositions du règlement SE qui sont exhaustives, (ii) celles du règlement SE et de la loi nationale applicable qui peuvent être intégrées/auxquelles il peut être dérogé par les parties dans les statuts de la SE, (iii) en cas de relations entre sociétés incorporées dans des droits différents (par exemple, en ce qui concerne la procédure de fusion pour la création d'une SE), la loi nationale applicable pour régler n'importe quelle question donnée et la façon dont les conflits de lois sont résolus le cas échéant.

b. Le fait que le règlement SE soit basé sur la « théorie du siège réel » est contestable. En fait, avec cette formule, la doctrine et la jurisprudence se réfèrent normalement à la doctrine de droit international privé suivant laquelle la loi applicable aux sociétés est la loi de l'État dans lequel est située l'administration centrale (c'est-à-dire le lieu où les organes de direction de la société se réunissent pour prendre les décisions importantes). En tant que critère de rattachement à utiliser afin d'identifier la *lex societatis* applicable, le siège réel n'a aucun lien avec le contenu de ladite *lex societatis* qui peut (ou non) rendre obligatoire, au moyen d'une règle de droit substantiel (plutôt qu'une règle de droit international privé), la localisation de l'administration centrale dans le même État membre (voire même dans la même localité) que le siège social.

Du point de vue du droit international privé, le règlement SE semble plutôt suivre la « théorie de l'incorporation ». Cela est également démontré par les dispositions régissant la question du lieu de l'administration centrale de la SE : en réalité, en cas de manquement à la règle (de droit substantiel) disposant que l'administration centrale doit être située au même endroit que le siège social (article 7), l'État compétent pour réglementer les conséquences dudit manquement n'est pas l'État où se situe l'administration centrale, mais plutôt (toujours) l'État du siège social (article 64).

Le fait de savoir si la règle de droit substantiel de l'article 7 du règlement SE devrait être modifiée constitue un autre problème. Dans un environnement qui rend possible, en raison des avancées technologiques, la tenue des réunions des organes de direction par visioconférence, la localisation « physique » de la direction d'une société semble un critère de moins en moins pertinent pour en faire dériver une quelconque conséquence juridique significative.

c. La jurisprudence « Centros-Überseering-Inspire Art-Sevic » *per se* ne remet pas en cause la validité, dans le domaine du droit communautaire, du « siège réel » en tant que théorie de droit privé international¹. Elle oblige plutôt chaque État membre, tout en restant libre de déterminer le champ d'application de son

1. Nous comprenons que par « siège réel », le questionnaire fait référence au véritable siège administratif de la société.

droit des sociétés *en ce qui concerne les sociétés régies par ce droit*, à reconnaître la pleine capacité juridique aux sociétés qui ont été créées conformément au droit d'un autre État membre, quel que soit le critère de rattachement que ledit État membre a utilisé.

La jurisprudence «Centros-Überseering-Inspire Art-Sevic» exige également que les Etats membres ne créent pas de discrimination entre les sociétés nationales et celles créées conformément au droit d'un autre État membre. Cela signifie également que si le transfert du siège social vers un autre État membre est l'outil d'une transformation (c'est-à-dire d'un changement de forme sociale sans dissolution) et que les transformations soient envisagées dans un cadre purement national (par exemple transformation d'une SA en SARL), une disposition légale d'un État membre interdisant le transfert du siège social à l'étranger tout en autorisant des transformations de société nationales serait contraire à la liberté d'établissement et violerait l'article 43 du Traité.

À la lumière de ce qui précède il ne semble pas que les dispositions régissant la mobilité d'une SE, en particulier les dispositions autorisant le transfert du siège social dans un autre État membre mais exigeant que dans ce cas, l'administration centrale soit également transférée, soient contraires aux règles impératives du droit communautaire primaire.

On pourrait plutôt se demander si la limitation stipulée à l'article 66, en vertu de laquelle une SE ne peut être transformée qu'en SA, n'est pas contraire aux principes induits par la jurisprudence «Centros-Überseering-Inspire Art-Sevic» dans la mesure où elle limite la liberté des actionnaires de modifier la forme sociale sans passer par un processus de dissolution, créant ainsi une discrimination vis-à-vis des sociétés «classiques» des États membres, qui dans de nombreux systèmes juridiques ont davantage de liberté à cet égard.

d. Comme le faisait remarquer un auteur il y a quelques années de cela¹, le débat doctrinal allemand relatif à la question du siège semble déformé par certaines hypothèses théoriques qui sont discutables. Il est certain que le droit communautaire dans sa version actuelle interdit à un État membre non seulement de nier l'existence d'une société dûment constituée selon le droit d'un autre État membre, mais également de soumettre ladite société, en totalité ou en partie, à des règles qui porteraient atteinte à son organisation interne alors que cette dernière découle du droit de constitution de cette même société. Cela demeure vrai même lorsque ladite société exerce intégralement son activité dans un État autre que l'État d'immatriculation et a son administration centrale dans cet autre État, *sous réserve que cela soit autorisé par le droit de l'immatriculation* (donc, le droit allemand peut toujours exiger que *les sociétés constituées en Allemagne*, et uniquement ces sociétés, aient leur administration centrale en Allemagne).

e. En ce qui concerne le droit italien, l'opinion qui prévaut chez les auteurs est que la disposition de l'article 25, premier paragraphe de la loi n° 218/1995 – en vertu de laquelle les sociétés ayant leur administration centrale ou leur principale activité en Italie sont régies par le droit italien indépendamment du fait que leur

1. Halbhuber, «National Doctrinal Structures and European Company Law», *C.M.L. Rev.*, 2001, p. 1385.

siège social soit situé en Italie ou à l'étranger – ne s'applique pas aux sociétés constituées conformément au droit d'un État membre de l'Union européenne.

f. [...] Toutes les évolutions récentes du droit communautaire dans le domaine du droit des sociétés (mais également dans le domaine du droit des marchés de capitaux, comme le montre l'article 4 de la directive relative aux OPA) indiquent une tendance allant dans le sens de la concurrence réglementaire entre les États membres et d'un *Law Shopping* (et *Forum Shopping*) « vertueux ».

g. La concurrence des droits peut être un phénomène positif dans la mesure où le « marché du droit des sociétés », comme tout marché qui se respecte, est lui-même régi par un système de règles et de principes.

L'« harmonisation minimale » à laquelle ont recours les institutions communautaires depuis quelque temps devrait être l'instrument approprié pour la création d'un tel marché ordonné en (i) établissant quelques modèles de base de règles fondamentales que tous les États membres devraient adopter dans leur législation nationale, également en vue de la protection des parties « faibles » (salariés, consommateurs, investisseurs non expérimentés, etc.), (ii) distribuant la compétence réglementaire parmi les divers États membres via un système commun de règles (ou principes) de droit international privé relatives à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance de jugements/mesures d'autorités publiques de manière à ce qu'il ne puisse pas y avoir de doute sur l'ordre – ou les ordres – juridique compétent pour régler une question donnée, (iii) laissant la faculté aux États membres, dans les autres cas, de déterminer le contenu de leur législation.

Dans ce contexte, les entrepreneurs devraient donc rester libres de « choisir » le modèle de droit des sociétés/marchés de capitaux qu'ils préfèrent, et ce choix deviendrait l'une des décisions entrepreneuriales sur lesquelles ils seraient « évalués » par/sur le marché.

Cela ne provoque pas nécessairement une « course vers le bas » dans la mesure où des entrepreneurs différents ont des besoins différents et pourraient préférer des solutions plus « coûteuses » (du point de vue réglementaire) mais leur donnant accès à des capitaux plus importants ou à un meilleur « profil ».

IV. Le problème spécifique des fusions transfrontalières de SE déjà constituées

L'article 3 du règlement SE considère les SE et les sociétés anonymes nationales cotées/non cotées par actions de la même manière en ce qui concerne la création de nouvelles SE. Néanmoins, aucune règle n'est donnée concernant la fusion entre SE et d'autres SE ou d'autres sociétés nationales cotées ou non cotées lorsque le résultat de la fusion n'est pas la création d'une nouvelle SE, ou encore dans le cas de l'acquisition d'une société cotée ou non cotée par une SE existante ou vice versa. Dans le dernier cas (acquisition d'une SE par une société cotée/non cotée), la fusion est régie par le droit national des sociétés participantes (et par la directive sur les fusions transfrontalières lorsque la SE et l'autre société sont régies par des droits nationaux différents). En réalité, étant donné l'absence de dispositions différentes dans le règlement SE, une SE doit être considérée dans chaque État membre comme une société anonyme constituée conformément au droit de l'État membre dans lequel est situé son siège social (cf. articles 9-10 du

règlement SE). Néanmoins, en cas d'acquisition d'une SE par une société cotée/ non cotée nationale, l'article 66 du règlement SE devient applicable.

Par conséquent une SE peut participer à une fusion dans les différents cas suivants :

- a) fusion transfrontalière avec création d'une nouvelle SE, régie par le règlement SE et la directive relative à l'implication des travailleurs, et le cas échéant complétée par la directive relative aux fusions transfrontalières ;
- b) fusion transfrontalière par acquisition d'une SE par une autre SE, régie par la directive relative aux fusions transfrontalières (et ses règles d'implication des travailleurs) et par les lois nationales transposant ladite directive ;
- c) fusion transfrontalière par acquisition d'une société autre qu'une SE par une SE, régie par la directive relative aux fusions transfrontalières (et ses règles d'implication des travailleurs) et par les lois nationales transposant ladite directive ;
- d) fusion transfrontalière par acquisition d'une SE par une société autre qu'une SE, régie par l'article 66 du règlement SE et, concernant les autres aspects, par la directive relative aux fusions transfrontalières (et ses règles d'implication des travailleurs) et par les dispositions nationales transposant ladite directive ;
- e) fusion interne par acquisition d'une société autre qu'une SE par une SE, régie par le droit des sociétés national (et le cas échéant le droit d'implication des travailleurs) ;
- f) fusion interne par acquisition d'une SE par une société autre qu'une SE, régie par l'article 66 du règlement SE et, concernant les autres aspects, par le droit des sociétés national (et le cas échéant le droit d'implication des travailleurs)¹.

À notre avis, aucune autre disposition n'est nécessaire au règlement SE afin de renforcer ces résultats satisfaisants, sauf pour confirmer ces derniers, afin d'éviter toute mauvaise interprétation et tout doute relatifs à leur champ d'application.

Concernant le lien organique entre le droit des sociétés et le droit social établi par les règlements SE/SCE et la directive relative aux fusions transfrontalières, des opinions divergentes peuvent être exprimées sur la base des critiques ci-dessus (voir sections I. c et II. f).

V. La problématique fiscale

a. Outre l'absence d'un « chapitre fiscal » dans le règlement SE, il n'y a pas de dispositions italiennes relatives au régime fiscal applicable à une SE italienne. Néanmoins, il est prévu que, lorsque la réglementation italienne « manquante » sera mise en place, la SE italienne sera soumise au même régime fiscal actuellement appliqué aux sociétés italiennes classiques. Une SE italienne devrait donc être redevable de l'impôt sur les sociétés (IRES, actuellement prélevé au taux de 33 %), et à l'impôt local (IRAP, actuellement prélevé au taux de 4,25 % avec des charges additionnelles éventuelles). L'IRES et l'IRAP sont basés sur des

1. Voir G.A. Rescio, « Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione : riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera », *Rivista di diritto societario*, 2007, à paraître.

assiettes différentes. Les établissements permanents en Italie de SE étrangères sont également soumis à l'IRES et à l'IRAP, sur la base d'un compte de résultat spécifique relatif à l'activité italienne desdits établissements permanents.

Le gouvernement italien a signé en décembre un décret transposant la directive du Conseil 2003/123/CE étendant notamment à la SE l'exonération fiscale applicable aux sociétés mères et filiales. Ce décret n'a pas encore été publié au *Journal officiel*.

L'Italie n'a pas encore transposé la directive du Conseil 2005/19/CE, qui modifie la directive CE sur les fusions et, en particulier, inclut la SE dans la liste des sociétés pouvant bénéficier de ses dispositions. On considère généralement que cette disposition de la directive du Conseil 2005/19/CE (c'est-à-dire l'inclusion de la SE dans la liste des entités habilitées) devrait être directement applicable en Italie. Néanmoins, le fait que la directive du Conseil 2005/19/CE n'ait pas encore été transposée crée des inquiétudes (qui ne peuvent être abordées qu'au moyen de l'interprétation) sur le traitement fiscal de certaines modalités «transfrontalières» de constitution d'une SE.

De façon générale, nous estimons que l'absence d'un chapitre fiscal dans le règlement SE n'encourage pas en soi le «*Tax Shopping*». En fait, d'un point de vue italien, une SE italienne devrait être considérée comme une société italienne classique. De plus, à la lumière des dispositions de la directive sur les fusions, toute constitution «transfrontalière» d'une SE impliquant la «migration» depuis l'Italie d'une ou plusieurs entités participantes, exige que les actifs et passifs soient transmis à un établissement permanent italien de la SE étrangère (en d'autres circonstances, la transaction ne serait pas fiscalement neutre).

b. Sous réserve de l'hypothèse que, comme prévu, une SE italienne soit soumise aux même régime fiscal applicable actuellement à une société italienne classique (et qu'un établissement permanent italien d'une SE étrangère soit considéré comme un établissement permanent classique), nous estimons que les arrêts de la CJCE «Marks & Spencer» (2005) et «Cadbury Schweppes» (2006) devraient avoir la même incidence sur une SE que sur une quelconque autre forme sociale.

c. La commission relative à l'«assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés» (ACCIS) semble très loin d'atteindre son but. L'idée que les entreprises exerçant leur activité à travers l'Union européenne devraient pouvoir opter pour une détermination de leur bénéfice imposable sur la base d'un ensemble de règles communes fera l'objet de nombreuses discussions entre les États membres.

d. Du point de vue italien, nous estimons qu'il est essentiel que le législateur transpose les textes (fiscaux et de droit civil) législatifs manquants (dans la mesure où actuellement, la création d'une SE italienne ne semble pas réalisable, ou, du moins, recommandable). Donc, nous ne pensons pas qu'une mesure incitative fiscale destinée à ceux qui adopteraient le statut de SE soit nécessaire afin de promouvoir la SE (la principale question étant de savoir si une telle incitation fiscale serait cohérente avec les traités de l'Union européenne).

VI. Évolutions et perspectives

a. Les règlements SE/SCE, la 10^e directive et la nouvelle proposition de loi actuellement en discussion (relative à des thèmes tels que le transfert du siège social à l'étranger, le gouvernement d'entreprise, les « sociétés privées européennes ») contribuent en effet à la mise en place d'un droit des sociétés européen moderne, centré sur les problématiques de l'efficacité et la concurrence des systèmes réglementaires. La principale question consiste à déterminer comment assurer un « dialogue » constructif entre le droit européen et les différents droits nationaux, et où tracer une frontière clairement reconnaissable entre la compétence de l'UE et celle des systèmes juridiques des États membres. L'insécurité juridique est un obstacle à l'initiative économique.

En réalité, le principal problème des règlements SE/SCE réside dans l'interprétation des « aspects » non couverts (ou de ceux partiellement couverts) par les règles, et qui sont laissés à l'appréciation des droits nationaux¹ : cela justifie des interprétations par moments très différentes, caractérisées par des approches « fragmentaires » (donnant la préférence au droit national) ou d'uniformisation (donnant la préférence au droit communautaire).

En outre, la formation d'une holding SE doit être réglementée de manière adéquate : le caractère incomplet de ce paradigme juridique et son absence de nombreux droits nationaux, dont la marge de manœuvre en la matière n'est pas claire, empêche son utilisation dans des systèmes, tel le système italien, qui n'ont pas encore promulgué les lois de transposition correspondantes.

b. L'adoption de dispositions de droit communautaire relatives au transfert du siège social à l'étranger ne peut être reportée à plus tard dans le scénario défini d'une part par les règlements SE/SCE et la directive sur les fusions transfrontalières, et d'autre part par la jurisprudence de la CJCE. [...]

En général, l'harmonisation du droit des sociétés européen devrait être utilisée afin de tirer la concurrence des droits entre les États membres « vers le haut » afin de renforcer la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés internationaux. En particulier (mais pas uniquement) depuis le premier point de vue, une plus grande harmonisation dans l'identification des « parties faibles » qui méritent d'être protégées (créanciers, minoritaires, autres parties prenantes) et dans les méthodes de protection de ces dernières, serait appréciable, afin d'empêcher le « *Law Shopping* » (et le « *Forum Shopping* ») dont le but est de parvenir à moins de protection de ces intérêts.

Dans ce domaine, l'harmonisation doit être poursuivie activement, même si cela concerne des domaines tels que les devoirs et obligations des sociétés holding, administrateurs, dirigeants, superviseurs, contrôleurs, actionnaires majoritaires, dont l'historique de développement (*path dependence*) constitue un obstacle considérable.

c. À l'heure actuelle, il n'existe pas de vraie alternative à la SE en droit communautaire. La directive sur les fusions transfrontalières et la future directive relative au transfert de siège social à l'étranger pourraient écarter la création d'une SE, dans la mesure où l'unique raison du choix d'une SE est la réalisation d'une fusion transfrontalière ou du transfert d'un siège social. En réalité, la SE

1. Article 9-1 (c) du règlement SE ; article 8-1 (c) du règlement SCE.

offre bien plus : un modèle de droit européen ou un type de société général, avec diverses possibilités de gouvernement d'entreprise, bien que largement complété par le droit des sociétés national et par conséquent créant autant de types de sociétés spécifiques qu'il y a d'États membres.

d. Le règlement SE peut être amélioré sur de nombreux points. Certaines suggestions sont exprimées aux sections II. b, II. c., II. d., II. c, III. a., III. b et IV. D'autres conseils en matière de gouvernement d'entreprise figurent ci-dessous :

- La loi étant silencieuse à propos de la question de la révocation des membres du conseil de surveillance, une incertitude demeure sur le point de savoir si le membre peut ou non être révoqué et, si c'est le cas, s'il peut être révoqué librement ou si cette révocation doit être justifiée (dans le dernier cas, cela devrait être précisé clairement) ;
- L'option relative au droit d'information de chaque membre du conseil de surveillance auprès de la direction, laissée aux États membres par l'article 41-3 du règlement SE, devrait également être envisagée par l'article 41-4, afin de permettre au membre du conseil de surveillance d'entreprendre ou de faire réaliser toute enquête nécessaire ;
- Imposer, dans le statut de la SE, l'énumération des catégories de conventions requérant une autorisation de la part du conseil de surveillance (dans le système dualiste) et une décision expresse du conseil d'administration (dans le système moniste) (article 48), sans identifier de type de transaction correspondant, est plutôt inutile : il serait préférable de stipuler que les actionnaires de la SE sont libres de décider si l'autorisation de l'organe de surveillance ou une décision expresse du conseil sera requise dans certains cas (sous réserve de toute disposition contraire dans un État membre).

Dans la mesure où les remarques ci-dessus peuvent être partagées, tout particulièrement après la directive sur les fusions transfrontalières, la SE devrait être ou devenir un modèle de gouvernance dans un sens plus large, notamment en termes de protection des actionnaires et des parties prenantes.

Le droit communautaire de manière générale peut être un vecteur d'harmonisation dans les domaines du droit des contrats, des obligations, de la faillite, de la protection des créanciers publics et privés, ainsi que dans le domaine du droit des sociétés et des marchés de capitaux. Néanmoins, afin de rester cohérent avec les principes fondamentaux (et «constitutionnels») de subsidiarité et de proportionnalité du droit communautaire, cette harmonisation doit être «minimale», c'est-à-dire, comme indiqué ci-dessus, doit consister en (i) une quantité limitée de règles communes substantielles – en particulier en vue de la protection des catégories de parties «faibles» – ce qui laisse les États membres libres de déterminer le contenu de leur droit national, allié à (ii) des règles communes (ou principes) de droit privé international visant à harmoniser les règles relatives à la compétence, au droit applicable et à la reconnaissance des jugements/mesures prises par les pouvoirs publics de manière que les parties privées puissent identifier l'État/les États ayant un pouvoir exclusif de réglementation sur un principe ou un domaine privé donné.

Appliqué à la SE, cela signifie que c'est à la Commission européenne de clarifier quels sont les aspects relevant du champ d'application du droit des sociétés, et

étant ainsi soumis à la réglementation du règlement SE et à la loi de transposition, et quels aspects n'en relèvent pas, tombant ainsi dans le champ d'application du droit communautaire et du droit des États membres dans l'un quelconque des autres aspects mentionnés ci-dessus (faillites, marchés de capitaux, etc.). En d'autres termes, l'intégration juridique européenne, dans le domaine de la SE comme dans d'autres domaines, signifie que c'est à l'ordre juridique communautaire, plutôt qu'à l'ordre juridique de chaque État membre, de résoudre de manière unitaire cette «bataille des compétences» qui peut résulter de l'interaction entre les divers instruments d'harmonisation de l'Union européenne.

Professeur Benedettelli

Professore ordinario *de droit international*,
université de Bari

Avocat, Freshfields Bruckhaus Deringer, Milan.

Professeur Rescio

Professore ordinario *de droit commercial*,
université catholique de Milan

Notaire à Milan

3. Contribution de maîtres Dammann et Volk : l'introduction de la société européenne en droit allemand

Historiquement, le droit allemand des sociétés a longtemps été une source d'inspiration pour la modernisation de nombreuses législations européennes. Ainsi, le législateur français s'est inspiré de la GmbH allemande lors de la création de la SARL. De la même manière, au moment de la réforme de la loi sur les sociétés commerciales en 1966, la France a introduit comme option l'organisation dualiste de la SA avec directoire et conseil de surveillance, sur le modèle de la SA allemande.

Depuis, au cours des dernières décennies, l'Allemagne a perdu ce rôle précurseur. Elle s'est notamment montrée peu favorable à la mobilité des entreprises en Europe. Cette attitude rappelle d'ailleurs les réticences allemandes à l'égard d'une réforme de la législation européenne sur les OPA¹.

La règle de rattachement de la société à son siège social réel (*Sitztheorie*) en droit international privé allemand empêchait une société de dissocier le lieu de son siège social de celui de son administration centrale². Elle constituait un

1. Voir R. Dammann, U. Volk, «Le patriotisme économique, une réalité des deux côtés du Rhin?», *Dalloz 2006*, Point de vue, p. 1674.

2. Voir *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht*, sous la direction de Sonnenberger, 4. éd. 2005 (MünchKomm), t. X, Einl. IPR Rn. 181.

obstacle infranchissable à la réalisation, sans perte de personnalité juridique, d'un transfert de siège d'une société allemande dans un autre État membre. De même, la participation d'une société allemande à une fusion transfrontalière était impossible¹.

L'Allemagne s'est également opposée à la création d'une SE de droit européen sans rattachement à l'ordre juridique de l'État membre où est situé son siège statutaire réel. La raison réside essentiellement dans la protection de son modèle de cogestion des salariés, la fameuse «*Mitbestimmung*». La loi allemande relative à la participation des salariés à la gestion de l'entreprise (*Drittelparteiengesetz*) prévoit que, dans une société ou un groupe de sociétés ayant au moins 500 salariés, un tiers des sièges de membre du conseil de surveillance est réservé aux représentants du personnel. En cas de dépassement d'un seuil de 2 000 salariés, la *Mitbestimmungsgesetz* (*MitbestG*) prescrit une parité de représentation des salariés. Or, ce concept de cogestion n'a été repris par aucun des autres États membres. On comprend dès lors l'opposition de l'Allemagne à la création d'une SE comme instrument de mobilité des sociétés en Europe, qui aurait pu permettre aux grandes entreprises allemandes de contourner l'application de la *Mitbestimmung*.

Ainsi s'explique le compromis trouvé sur le statut de la *Societas Europaea* – SE. Le règlement retient la théorie du siège social réel. Il prévoit un système complexe de renvoi au droit national, assorti d'une série d'options permettant aux États membres de prévoir des mesures d'adaptation dérogatoires par rapport à la SE de droit commun. Du point de vue de la gouvernance, le règlement retient le système optionnel français entre les structures d'organisation moniste et dualiste. S'agissant de la participation des salariés, la «*Mitbestimmung*» se trouve protégée par le principe «Avant/Après» posé par la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 afin de garantir les droits acquis des salariés en matière de cogestion. La directive met en place un système de négociation obligatoire long et complexe à travers la constitution d'un groupe spécial de négociation («GSN»).

Au cours des dernières années, cependant, la position de l'Allemagne sur la problématique de la mobilité des entreprises a profondément évolué. À la suite de la jurisprudence de la CJCE «Centros-Überseering-Inspire Art» en matière de liberté d'établissement, qui vient d'être complétée par l'arrêt «Sevic» du 13 décembre 2005 étendant ce principe aux fusions transfrontalières, le législateur allemand s'apprête à abandonner officiellement le principe du siège social réel comme règle de rattachement pour déterminer la *lex societatis*.

Cette réforme annoncée du droit international privé allemand en matière de droit des sociétés est susceptible de provoquer un véritable bouleversement pour l'avenir de la SE (II). S'agissant de la transposition de la SE en droit matériel, contrairement au droit français, le législateur allemand n'a pas adopté une démarche visant à assouplir la réglementation applicable aux sociétés anonymes afin d'accroître l'attractivité du droit allemand (I).

1. Voir R. Dammann, «La mobilité des sociétés et localisation des actifs», *JCP E Cahier de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006 p. 41. Voir également, Ch. Teichmann, *Restructuring Companies in Europe – from a German Perspective*, [2004] EBLR 1325 ; J. Rickford, *Current developments in European Law on the Restructuring of Companies : An Introduction*, [2004] EBLR 1225.

I. La réception du règlement par le droit matériel allemand

A. La problématique

À la veille de la transposition de la SE en droit allemand se posait la question de savoir si le législateur devait privilégier le *statu quo* ou procéder à un assouplissement du droit commun de la SA pour rendre le droit allemand plus attractif¹. La discussion se focalisait sur une possible introduction en droit commun des SA d'une organisation optionnelle sous la forme moniste, la réforme de la cogestion et la transposition des différentes options offertes par le règlement.

À l'exception de quelques assouplissements en matière de cogestion et de l'introduction du système moniste, la SE de droit allemand est calquée sur la SA de droit commun dont le régime n'a pas été modifié. S'agissant de la transposition des options, le législateur allemand a mis l'accent sur la protection des actionnaires minoritaires.

B. Les dispositions législatives

Le législateur a incorporé le règlement et a transposé la directive 2001/86/CE sur l'implication des salariés en droit allemand par une loi en date du 22 décembre 2004 (*Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft – SEEG*) qui comprend deux volets : la loi relative à l'introduction du règlement (CE) n° 2157/2001 («*Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – SEAG*») et la loi relative à la participation des salariés dans le cadre d'une SE («*Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft – SEBG*»). La SEAG et la SEBG sont entrées en vigueur le 29 décembre 2004. Par conséquent, depuis cette date, il est possible de créer en Allemagne une SE. Ainsi, le législateur allemand a précédé son homologue français d'environ dix-huit mois.

Le dispositif est complété par des dispositions législatives d'ordre fiscal – la SESStEG – qui ont transposé la directive 2005/19/CE en droit allemand.

C. La technique de transposition et la hiérarchie des normes

La création et le fonctionnement d'une SE ayant son siège statutaire en Allemagne sont régis par plusieurs textes. D'abord le règlement qui est d'application directe, à une valeur supérieure au droit matériel allemand. Ensuite la SEAG ne contient que des dispositions supplétives destinées à mieux insérer la SE dans l'ordre juridique national. Ce principe de la supériorité de la norme européenne se trouve d'ailleurs affirmé dans le paragraphe 1 SEAG. Faute de dispositions spécifiques, une SE ayant son siège statutaire en Allemagne est soumise aux dispositions applicables aux sociétés anonymes de droit allemand. Il s'agit de la loi sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz – AktG*), la loi traitant des transformations (*Umwandlungsgesetz – UmwG*) qui sera modifiée à

1. Sur ce débat voir MünchKomm (Kübler) *AktG*, 2. Aufl. 2006, Einf. Europ. Gesellschaft Rn. 46; H. Kallmeyer, «Europa-AG : Strategische Optionen für deutsche Unternehmen», *Die Aktiengesellschaft*, 4/2003, p. 197; H.-W. Neye, Ch. Teichmann, «Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft», *Die Aktiengesellschaft*, 4/2003 p. 169.

l'occasion de la transposition de la directive «Fusions transfrontalières» et, s'agissant des SE faisant appel public à l'épargne, des lois relatives aux titres négociables (*Wertpapierhandelsgesetz – WpHG*) et aux offres publiques d'achat (*Wertpapiererwebs – und Übernahmegeret – WpÜG*)¹.

Par ailleurs, les statuts de la SE peuvent prévoir des clauses dérogatoires du droit commun des sociétés anonymes allemandes, à condition que de telles dérogations aient été prévues par le règlement. Ces exceptions ne concernent que le système dualiste (directoire/conseil de surveillance) puisque le droit allemand ne permet pas la constitution d'une société anonyme sous la forme moniste en dehors de la SE. Une SE ayant son siège en Allemagne dispose de la même liberté d'établir ses statuts qu'une société anonyme de droit commun.

Les lois relatives à la cogestion des travailleurs (*Drittelparteiengesetz*, *Mitbestimmungsgesetz* et *Montanmitbestimmungsgesetz*) ne sont pas applicables à la SE. Les modalités de l'implication des salariés dans la SE résultent de la négociation d'un accord dans le cadre du GSN, et, à défaut d'accord, des dispositions prévues par la SEBG.

D. L'absence de réforme pour la SA de droit commun

Le législateur allemand n'a pas souhaité adapter le droit commun des SA au statut de SE. Ainsi, le mode d'organisation moniste reste réservé à la SE. Il en est de même du mécanisme de la création d'une SE holding par ses filiales communes, qui n'est pas possible pour la création d'une SA de droit commun.

E. L'organisation moniste de la SE

La SEAG consacre 29 paragraphes sur un total de 52 à l'organisation de la SE de type moniste qui n'est pas prévue pour la SA de droit commun. Les dispositions d'adaptation sont prises en application de l'article 43-4 du règlement.

Les dispositions relatives au fonctionnement du conseil d'administration sont comparables à celles prévues à l'article L. 225-35 du Code de commerce, qui a servi de modèle pour le législateur allemand². Ainsi, le conseil d'administration détermine seul la politique de la société, contrairement au modèle dualiste où cette responsabilité est partagée entre le directoire et le conseil de surveillance.

La détermination du nombre des membres du conseil d'administration correspond à celui du conseil de surveillance³.

La composition du conseil d'administration comprend des représentants des salariés en application des dispositions relatives à la participation des salariés dans la SE, conformément aux paragraphes 34 à 38 SEBG. Ainsi, dans une SA qui avant sa transformation en SE était soumise au MitbestG, en l'absence d'un

1. La WpÜG vient d'être modifiée à l'occasion de la transposition de la 13^e directive n° 2004/25/CE du 24 avril 2004 relative aux OPA, voir R. Dammann, U. Volk, *op. cit.* et K. Hopt, «Les offres publiques d'acquisition en droit français et allemand après la 13^e directive», *Dalloz 2007*, p. 462.

2. Voir § 22 (1) SEAG.

3. Voir article 43-2 du règlement et § 23 SEAG.

accord négocié, les représentants des salariés disposent de la moitié des sièges au conseil d'administration.

En application de l'option ouverte par l'article 43-1 du règlement, le paragraphe 40 SEAG prévoit la possibilité de nommer un ou plusieurs directeurs généraux qui sont responsables de la gestion courante de la société. Le paragraphe 40 SEAG précise qu'il peut s'agir des membres du conseil d'administration à condition que la majorité des membres reste à l'écart de la gestion courante. Il est également possible de nommer des personnes extérieures au conseil d'administration¹. Les directeurs généraux représentent la société à l'égard des tiers (paragraphe 41 SEAG). À travers ces dispositions, le système moniste se rapproche du système dualiste, familier au juriste allemand.

F. L'exercice des options prévues par le règlement

De manière générale, le législateur allemand a exercé les options prévues au règlement afin de faire en sorte que la SE soit régie par des dispositions similaires à la SA de droit commun. Ainsi, contrairement à son homologue français, le législateur allemand n'a pas assoupli les règles régissant les rapports entre actionnaires pour rendre le droit allemand de la SE plus attractif. De la même manière, le droit allemand n'a pas exercé les options prévues aux articles 8-14 et 19 du règlement (opposition par une autorité nationale compétente pour des raisons d'intérêt public au transfert du siège statutaire de la SE ou à sa constitution par voie de fusion). Sur ce point, l'intervention du procureur de la République en application de l'article L. 229-4 du Code de commerce en matière de droit des sociétés ne peut paraître qu'anachronique aux yeux d'un juriste allemand.

Il est intéressant de relever une autre divergence d'approche entre les législateurs allemand et français. En application des options prévues aux articles 8-5 et 24-2 du règlement, le droit allemand «assure une protection appropriée aux actionnaires minoritaires» qui se sont prononcés contre le transfert ou la fusion. Ainsi le paragraphe 7 SEAG prévoit que, en cas de création d'une SE ayant son siège statutaire à l'étranger par voie de fusion, la SA allemande qui sera absorbée doit proposer aux actionnaires ayant voté contre la fusion le rachat de leurs titres en numéraire. Le caractère approprié du prix est déterminé par le commissaire à la fusion. À cet égard, le texte renvoie aux paragraphes 10 à 12 de l'UmwG. Enfin, en application de l'article 25-3 du règlement, le paragraphe 7 alinéas 6 et 7 SEAG prévoit une procédure judiciaire pour fixer le montant approprié de l'indemnisation des actionnaires². Des dispositions analogues sont prévues pour protéger des actionnaires minoritaires qui se sont opposés à la constitution d'une SE holding ayant son siège statutaire à l'étranger, paragraphe 9 SEAG. De même le paragraphe 12 SEAG organise la protection des actionnaires minoritaires contre le transfert transfrontalier du siège d'une SE ayant son siège en Allemagne.

S'agissant de l'option relative au renforcement de la théorie du siège social réel prévue à l'article 7 du règlement, le paragraphe 2 SEAG dispose que les statuts doivent prévoir que le lieu du siège social se trouve à l'endroit où s'exerce l'ad-

1. Sur ce point, § 40 SEAG renvoie au § 76 al. 3 AktG.

2. Le texte renvoie au *Spruchverfahrensgesetz* du 12 juin 2003, BGBl. I, p. 838.

ministration centrale de la SE. Ainsi, il n'est pas possible de dissocier le siège statutaire et l'administration centrale de la société, comme le prévoit d'ailleurs aussi l'article L. 229-1 alinéa 3 du Code de commerce.

L'article 39-3 du règlement prévoit la faculté pour l'organe de surveillance, en cas de vacance, de désigner un de ses membres pour exercer les fonctions de membre de l'organe de direction. Le paragraphe 15 SEAG limite cette période à un an. Cette disposition correspond à la règle applicable aux SA allemandes de droit commun¹.

L'article 39-4 du règlement prévoit que le nombre des membres de l'organe de direction ou les règles pour sa détermination soient fixés par les statuts de la SE, avec la possibilité pour un État membre de fixer un nombre minimal et/ou maximal. Le paragraphe 16 SEAG dispose que l'organe de direction d'une SE avec un capital social supérieur à 3 millions d'euros doit comprendre au moins deux personnes, à moins que les statuts ne prévoient expressément la nomination d'une seule personne. Cette règle est identique pour la SA de droit commun². Il n'est pas dérogé à la nomination obligatoire d'un membre de l'organe de direction chargé du personnel et des questions sociales conformément au paragraphe 38 alinéa 2 SEBG³.

L'article 40-3 du règlement permet à l'État membre de fixer le nombre des membres de l'organe de surveillance ou un nombre minimal et/ou maximal. En application de cette disposition, le paragraphe 17 (1) SEAG transpose le système du droit commun de la SA. Les statuts de la SE peuvent fixer le nombre maximal des membres du conseil de surveillance, à condition que leur nombre soit divisible par trois⁴.

Conformément à l'article 41-3 du règlement, un État membre peut prévoir que chaque membre de l'organe de surveillance peut demander à l'organe de direction des informations de toute nature nécessaires au contrôle qu'il exerce. Le paragraphe 18 SEAG précise qu'une telle information doit être adressée à l'organe de surveillance dans son ensemble. Cette règle reflète le paragraphe 90 alinéa 3 AktG.

L'article 48-1 du règlement laisse aux statuts de la SE le soin de déterminer les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation de l'organe de décision par l'organe de surveillance, dans le système dualiste, ou à décision expresse de l'organe d'administration, dans le système moniste. Conformément à l'article 48-1 deuxième phrase, un État membre peut prévoir que, dans un système dualiste, l'organe de surveillance peut soumettre lui-même à autorisation certaines catégories d'opérations. Le paragraphe 19 SEAG a exercé cette option qui correspond au paragraphe 111 alinéa 4 deuxième phrase AktG⁵.

1. Voir § 105 al. 2 phrase 1 et 2 AktG.

2. Voir § 76 al. 2 AktG.

3. Dans les sociétés relevant d'une participation paritaire des salariés, les paragraphes 31 alinéa 2-4 et 33 alinéa 1 MitbestG prévoient une procédure spéciale de nomination, qui fait défaut dans la SE.

4. Ainsi, il est possible, par dérogation au droit commun, de limiter le nombre des membres du conseil de surveillance, en tenant compte de la représentation obligatoire et proportionnelle des salariés. Cette disposition est considérée comme un avantage de la SE par rapport à la SA de droit commun.

5. Le législateur français a également exercé cette option, voir Code de commerce, article L. 229-7 dernier alinéa.

G. La participation des salariés

La SEBG remplace les dispositions législatives relatives à la cogestion. Il est intéressant de noter que la SEBG est plus flexible que le droit commun. Le législateur allemand a suivi la même approche, à l'occasion de la transposition de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières¹. Les dispositions relatives à la participation des salariés résultant d'un accord négocié ou l'application des dispositions de référence subsistent, même si le nombre des salariés évolue. En quelque sorte, la *Mitbestimmung* est gravée dans du marbre tandis qu'en droit commun des adaptations s'imposent en cas de franchissement de seuil.

En cas de modification structurelle susceptible de porter atteinte aux droits de participation des salariés dans la SE, le paragraphe 18 (3) SEBG prévoit une procédure de négociation simplifiée à l'initiative des organes de gestion de la SE. Ainsi, il n'est pas nécessaire de recourir au processus de négociation avec le GSN. Sur ce point, le législateur allemand a pris quelques libertés par rapport au texte de la directive.

L'introduction d'une plus grande souplesse dans la cogestion d'une SE pourrait être un des principaux arguments pour le succès de la SE «à l'allemande»².

II. L'avenir de la SE comme outil de restructurations transfrontalières

Le règlement se fixe comme objectif de favoriser la réorganisation, le regroupement et la coopération des entreprises en Europe³.

Au moment de sa conception, le droit international privé de la plupart des États membres était peu favorable à la mobilité des entreprises. Ce fut notamment le cas du droit allemand qui, on l'a vu, interdisait tout transfert de siège ou toute fusion transfrontalière.

Sur ce point, la SE fournit un cadre juridique intéressant et sécurisant pour les sociétés allemandes, comme le démontre le cas d'Allianz qui s'est constituée en SE par voie de fusion avec sa filiale italienne RAS Holding s. p. a à Milan et qui s'apprête à absorber également sa filiale française, les AGF. Incidemment, on peut penser que, en dehors des considérations juridiques, l'adoption du statut de SE permet à Allianz d'accentuer son image de grand groupe international.

1. Comme pour la SE, la transposition en droit allemand de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 comprendra deux volets : la loi relative à la participation des salariés lors d'une fusion transfrontalière de sociétés de capitaux (*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – MgVG*) est entrée en vigueur le 21 décembre 2006. Un projet de loi relatif à la modification de la loi sur les opérations de transformation et de fusion de sociétés (*Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetz, Drucksache 16/2919*) a été adopté par la Chambre des députés le 1^{er} février 2007 (v. *Drucksache Deutscher Bundesrat 95/07*). On peut penser que le Bundesrat ne s'opposera pas à ce texte lors de sa prochaine session en mars/avril 2007.

2. V. Rieble, NJW 2006, 2214 (2216).

3. Voir les considérants n° 1 à n° 4 du règlement.

Cela étant, il reste des zones d'ombre dans le règlement. Par exemple, l'application du règlement à la fusion d'une SE avec une société anonyme dont le siège statutaire est situé dans un autre État membre est l'objet d'un débat. Comme le démontre le cas d'Allianz, cette question d'importance n'est pas théorique. L'application du règlement conduirait à soumettre la fusion projetée à la règle de la majorité des deux tiers des actionnaires en France. En revanche, si l'on considère que la fusion-absorption des AGF par Allianz, qui a son siège social en Allemagne, relève exclusivement du droit commun des fusions transfrontalières, en application du droit international privé français et en attendant la transposition de la directive «*Fusions transfrontalières*», l'unanimité des actionnaires serait requise, puisque la fusion entraînerait, *de facto*, un changement de nationalité¹. Cette dernière interprétation est contraire à l'esprit du règlement qui souhaite faciliter les opérations de réorganisation et de regroupement en Europe. Elle conduirait à une discrimination entre les SA de droit commun et les SE qui serait incompatible avec le principe de l'effet utile du droit communautaire. Son résultat serait paradoxal : la fusion *ab initio* entre deux SA de deux États membres aboutissant à la constitution de la SE serait facilitée car soumise au règlement, tandis que la fusion avec une SE qui relève pourtant du règlement et, par effet de renvoi, également de la *lex societatis* de l'État de son siège statutaire, serait pénalisée, car uniquement soumise au droit commun des fusions transfrontalières. Derrière ce débat juridique se cachent en réalité des enjeux financiers, puisque, en cas de constitution d'une SE par voie de fusion, le droit français n'a pas prévu de protection en faveur des intérêts des actionnaires minoritaires, contrairement au droit allemand.

Les difficultés d'interprétation du règlement résultent d'un enchevêtrement des textes applicables avec un renvoi au droit national, assorti de nombreuses options. Ainsi, il n'est pas certain que la SE soit un outil performant de rationalisation des structures juridiques. L'exemple allemand démontre que l'introduction du système moniste n'est pas très appropriée si la société doit faire l'objet d'une cogestion paritaire. La SE «à l'allemande» apparaît également comme une structure très rigide et donc peu attractive sur le plan international.

Le principal mérite de la SE est sans doute son rôle de précurseur. Le compromis trouvé sur les modalités pratiques de la participation des salariés a permis l'adoption de la directive relative à la fusion transfrontalière qui accroîtra la mobilité de toutes les sociétés de capitaux en Europe. De la même manière, la directive relative au transfert transfrontalier du siège social a de bonnes chances d'être remise sur les rails.

La véritable révolution se produira le jour où le législateur européen abandonnera la théorie du siège social réel en faveur du critère du siège statutaire pour déterminer la *lex societatis* applicable à la SE. La règle de rattachement au siège social réel est aujourd'hui devenue incompatible avec la jurisprudence

1. Voir note R. Dammann sous arrêt «Sevic» précité. V. également, H. Nabasque, «L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social», *Revue des sociétés* 2005, p. 95.

de la CJCE précitée¹. L'Allemagne en a tiré les conséquences en proposant à ses partenaires l'établissement d'un règlement communautaire relatif au droit international privé des sociétés au niveau européen². À défaut de son adoption, l'Allemagne basculera officiellement dans le champ libéral des États qui ont adopté comme règle de rattachement la loi de l'État du siège statutaire (théorie de l'immatriculation, aussi appelée «d'incorporation» ou *Gründungstheorie* en droit international privé allemand).

Quelles seraient les conséquences pratiques de ce changement, qui se trouve déjà en filigrane dans l'article 69 du règlement ?

Il deviendra possible pour une SE de dissocier son siège statutaire du lieu de son administration centrale. Par conséquent, les SE pourraient pratiquer du «*Law Shopping*» en retenant pour leur organisation la loi la plus performante. Il y a fort à parier que ce phénomène de «darwinisme juridique» est appelé à se développer dans les années à venir. On peut penser que l'Allemagne n'est pas bien placée pour attirer des sièges de SE à cause des rigidités de son modèle de SA et de la cogestion. Cela étant, la recherche d'une *lex societatis* plus attractive à travers le transfert de siège d'une SE allemande dans un autre État membre pourrait s'avérer coûteux. Le droit allemand prévoit en effet dans ce cas de figure que les actionnaires minoritaires qui ont voté contre un tel transfert bénéficient du droit de se faire racheter leurs titres.

Conclusion

Les grands groupes allemands sont aujourd'hui à la recherche d'une plus grande flexibilité d'organisation et de sécurité juridique pour réaliser des opérations de regroupement et réorganisation internationales. Vue sous cet angle, l'adoption de la SE constitue un progrès certain. Comme le démontre le cas d'Allianz, la transposition de la directive «Fusions transfrontalières» constitue un élément essentiel pour compléter ce dispositif.

Il appartient dès lors au législateur national de chaque État membre d'accompagner ce mouvement en prévoyant des dispositions spécifiques pour «encadrer» ce nouvel espace de liberté. A cet égard, la protection appropriée des créanciers et, dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, des investisseurs minoritaires devrait être au cœur des préoccupations.

1. Voir M. Menjucq, «Rattachement de la SE et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe?», *Dalloz 2003*, p. 2874; M. Menjucq, «Un modèle de mobilité : la société européenne», *JCP E Cahier de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006, p. 35.

2. Voir la proposition de règlement européen visant à unifier le droit international privé des sociétés élaborée par le *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* (Haut Conseil consultatif du gouvernement allemand en matière de droit international privé) en date du 9 février 2006, *Rev. crit. DIP 2006*, p. 712 assorti d'un extrait de motivation sous la plume du président du *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, le professeur H. J. Sonnenberger, et de son assistant M. Bauer. Pour la version intégrale du commentaire voir RIW 2006 Beilage 1 zu Heft 4.

Les rigidités de la SE «à l'allemande» pourraient être résolues grâce à l'introduction de la société privée européenne¹. À cet égard, la SAS de droit français constitue un modèle de flexibilité très intéressant. À terme, la SPE pourrait se substituer à la SE non cotée, comme la SAS a «chassé» la SA ne faisant pas appel public à l'épargne.

Reinhard Dammann

White & Case

Avocat au barreau de Paris

Chargé de cours à Sciences Po Paris

Uta Volk

White & Case

Rechtsanwalt Düsseldorf

4. Contribution de maître Dammann et du professeur Menjucq : l'Union devrait ranger parmi ses priorités l'unification des règles de droit international privé concernant les sociétés commerciales

I. Les difficultés actuelles

A. La diversité des règles de droit international privé des États membres

Depuis longtemps, deux conceptions radicalement opposées existent s'agissant de la loi applicable aux sociétés. Une conception intermédiaire doit aussi être relevée.

D'une part, certains États membres, notamment le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, se réfèrent à la loi d'incorporation. Un nombre croissant d'États au sein de la Communauté européenne optent pour ce système comme l'illustre l'exemple de l'Italie qui l'a adopté en 1995. Cette règle de conflit ne prend en considération qu'un lien purement formel résultant de l'immatriculation, aussi appelée «incorporation», de la société sur un registre. En ce cas, le critère de rattachement de la loi est le siège social tel qu'il est désigné dans les statuts et corroboré par l'immatriculation : le rattachement à la loi d'un État membre s'effectue donc par le «siège statutaire» ou «*registered office*». Le lieu de la direction effective de la société autrement qualifié de siège réel ou «*head office*» n'est en aucune façon considéré, ce qui interdit toute caractérisation de fraude dans le choix par les fondateurs du lieu de constitution de leur société : ce système fait la plus grande place à la volonté des fondateurs puisque l'incorporation est totalement déconnectée de la localisation matérielle du siège de la société.

1. Voir la recommandation de la commission des affaires juridiques du Parlement européen à la Commission européenne sur un texte établissant un statut de société privée européenne, *Revue des sociétés* 2006, p. 928.

D'autre part, plusieurs États membres, notamment l'Allemagne, se réfèrent à la théorie du siège réel qui impose que la société soit constituée dans l'État où se situe son siège réel. Un élément matériel doit donc conforter l'élément formel de l'immatriculation sur un registre, le rattachement de la société ne résultant pas de la seule volonté des fondateurs. À défaut de conjonction de l'élément formel et de l'élément matériel, la société n'est pas valablement constituée. Ce système ne détermine pas seulement une règle de conflit mais au-delà une véritable règle de reconnaissance de la validité de la société.

Enfin, la France adopte une solution intermédiaire. Pour la reconnaissance de la validité de constitution des sociétés, hormis le cas particulier des sociétés anonymes en raison de la loi du 30 mai 1857¹, la jurisprudence se satisfait du siège statutaire, la reconnaissance n'étant refusée que lorsque la localisation en un autre lieu du siège réel révèle une fraude. Concernant la loi applicable aux sociétés, il résulte des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce que doit être soumise à la loi française la société ayant son siège statutaire en France sauf si un tiers se prévaut d'une autre localisation du siège réel ou si cette localisation démontrait une fraude : sous ces deux exceptions, le siège statutaire est donc le facteur de rattachement de principe.

B. Les conséquences de la jurisprudence communautaire sur les règles de droit international privé des États membres

En droit communautaire, la diversité des solutions est inscrite dans le bronze du Traité CE à l'article 48 selon lequel «les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du chapitre (sur le droit d'établissement), aux personnes physiques ressortissantes des États membres». On sait que les trois critères énumérés ne sont pas cumulatifs, ce qui aurait impliqué l'application exclusive du critère le plus exigeant, à savoir l'administration centrale identifiable au siège réel, mais alternatifs, ce qui favorise le critère le plus souple, c'est-à-dire le siège statutaire.

Par trois arrêts des 9 mars 1999 (affaire «Centros»), 5 novembre 2002 (affaire «Überseering») et 30 septembre 2003 (affaire «Inspire Art»), la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé le caractère suffisant du critère du siège statutaire en matière de liberté d'établissement et l'opposabilité de la loi d'incorporation. Elle a en effet quasiment exclu, hormis la réserve très théorique à la fraude, toutes possibilités pour l'État membre d'accueil du siège réel de se prévaloir de celui-ci à l'encontre d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre optant pour la loi d'incorporation. Elle limite donc l'application de la théorie du siège réel à l'égard d'une société créée dans un État d'incorporation.

Cette jurisprudence entraîne cependant des complications importantes. Effectivement, elle ne saurait interdire à un État membre d'exiger pour les socié-

1. Voir J. Béguin, «Un texte à abroger : une loi sur la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères», *op. cit.*, M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat, éd. Montchrestien, 2001, n° 55 et s.

tés qui se constituent sur son territoire que celles-ci y localisent leur siège réel puisque ce ne serait que l'application de l'un des trois critères de l'article 48 CE. Cet État membre de constitution serait aussi en droit de s'opposer à la dissociation du siège statutaire et du siège réel. De plus, en ce cas, il se déduit de la trilogie «Centros-Überseering-Inspire Art» que l'État membre d'accueil du siège réel pourrait, alors même qu'il adopte la théorie de l'incorporation, refuser de reconnaître la société formée dans un État membre recourant à la théorie du siège réel en application de la loi de constitution de la société en cause. En effet, à défaut d'harmonisation communautaire sur le transfert du siège social, l'État membre d'origine de la société influence par sa loi l'exercice de la liberté d'établissement au moyen du transfert du siège réel des sociétés constituées sur son territoire. C'était très exactement le sens de l'arrêt «*Daily mail*» (CJCE 27 septembre 1988, Rec. 1988, aff. 81/87, p. 5483).

En définitive, s'agissant d'une société formée dans un État membre se satisfaisant du siège statutaire, la localisation, *ab initio* ou en cours de vie sociale, du siège réel est totalement libre et l'État membre d'accueil ne peut restreindre en aucune façon cette liberté sous peine de commettre une entrave non justifiée au droit d'établissement communautaire. La jurisprudence communautaire donne donc dans tous les États membres plein effet à la théorie de l'incorporation puisque le siège réel ne peut plus être opposé valablement. En revanche, s'agissant d'une société constituée dans un État adoptant la théorie du siège réel, celle-ci ne pourra aucunement déplacer son siège réel, l'État membre d'origine comme l'État membre d'accueil pouvant s'y opposer en invoquant la loi de l'État de constitution. On saisit alors aisément que pour profiter pleinement de la liberté d'établissement, les sociétés tirent le plus grand avantage à se constituer dans des États membres qui ne considèrent que le siège statutaire. Ainsi, la jurisprudence communautaire joue en faveur des États adoptant le critère du siège statutaire.

De plus, les droits nationaux qui attribuent un rôle au siège réel dans le rattachement juridique des sociétés, comme le droit allemand ou le droit français, doivent modifier leurs règles à l'égard les sociétés relevant d'un État membre adoptant la loi d'incorporation.

En ce sens est parfaitement cohérente la démarche entreprise en Allemagne visant à proposer une refonte des règles de droit international applicables aux sociétés.

II. Les propositions allemandes relatives au droit international des sociétés

Le 9 février 2006, le *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* (Haut Conseil consultatif du gouvernement allemand en matière de droit international privé) a adopté une proposition de règlement européen visant à unifier le droit international privé des sociétés¹.

1. Le texte de cette proposition a été publié par la Revue critique de DIP 2006, 712, assorti d'un extrait de motivation sous la plume du président du *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, le professeur H. J. Sonnenberger, et de son assistant M. Bauer. Pour la version intégrale du commentaire voir RIW 2006 Beilage 1 zu Heft 4.

La proposition allemande vise à tirer les conséquences de la jurisprudence précédée «Centros-Überseering-Inspire Art» qui vient d'être complétée par l'arrêt «Sevic» de la CJCE du 13 décembre 2005 (aff. C-411/03) en matière de fusions transfrontalières.

Le champ d'application du projet de règlement est relativement large. Il s'applique aux sociétés et aux rapports juridiques y afférents qui présentent un lien avec le droit des différents États. Sont concernées non seulement les sociétés civiles et commerciales, mais aussi les sociétés coopératives, les associations, les fondations et les autres personnes morales de droit privé.

La proposition vise à assurer une sécurité juridique aux acteurs économiques sur trois points essentiels. Dans un premier temps, le projet détermine les critères de rattachement pour définir la *lex societatis*. Il prend ensuite soin de délimiter son champ d'application. Enfin, la proposition renforce également la mobilité des entreprises en réglementant les fusions, scissions et transferts de patrimoine transfrontaliers ainsi que le changement de loi applicable en cas de transfert transfrontalier du lieu d'immatriculation.

A. La consécration de la théorie du siège statutaire

La principale règle de rattachement pour déterminer la *lex societatis* est celle de l'État dans lequel la société est inscrite dans un registre public. Cette inscription qui se fait au lieu du siège statutaire, rend la société opposable aux tiers et même souvent lui confère sa capacité juridique. Ainsi, les acteurs économiques peuvent librement choisir la *lex societatis*. La proposition valide donc la possibilité de dissocier la localisation du siège statutaire du lieu de son administration centrale. La société peut dès lors n'exercer aucune activité ou ne posséder aucun établissement dans l'État de son immatriculation. Cette règle de rattachement démontre l'importance accordée aux registres lorsqu'il s'agit de localiser des biens immatériels en droit international privé. Incidemment, ce critère de rattachement se retrouve dans le règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité qui contient, dans son article 2 g), un embryon de règles de rattachement pour localiser des biens et des droits immatériels.

Cette règle de rattachement est complétée par des dispositions subsidiaires pour déterminer la *lex societatis* applicable aux sociétés en formation qui ne sont pas encore immatriculées. Il est proposé de retenir le critère du droit de l'État régissant leur organisation. Si l'existence d'une organisation fait défaut, la proposition renvoie aux règles de conflit de lois relatives aux obligations contractuelles. Enfin, lorsque la société se présente comme relevant d'un droit différent, un tiers de bonne foi peut invoquer ce droit. Cette dernière règle semble s'inspirer de la technique utilisée par l'article L. 210-3 du Code de commerce.

B. La délimitation précise du domaine de la *lex societatis*

La proposition vise ensuite à délimiter le domaine de la loi applicable aux sociétés. Cette question a fait l'objet en doctrine de nombreuses interrogations. La proposition permet d'assurer la sécurité juridique des acteurs économiques en Europe. Le projet prévoit que la *lex societatis* régit notamment la nature juridique, la capacité juridique et d'exercice, la constitution, la transformation, la dissolution, le nom ou la raison sociale, la structure organisationnelle et financière,

le pouvoir de représentation des organes, l'acquisition et la perte de qualité de l'associé et les droits et obligations résultant de cette qualité, la responsabilité de la société, des membres de ses organes et des associés pour les dettes de la société, la responsabilité pour violation d'obligations imposées par le droit des sociétés et l'obligation de présenter des comptes sociaux.

Cette énumération n'est pas limitative, ce qui permettra à la jurisprudence de la compléter. La proposition du règlement n'empêche ni sur le domaine de la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle ni sur celui relatif aux procédures d'insolvabilité.

C. La mobilité accrue des entreprises

Dans une optique libérale, en matière de fusion transfrontalière, la proposition tire les conséquences de l'arrêt « Sevic » du 13 décembre 2005 et du choix de la théorie de l'incorporation. Ainsi, la proposition facilite les restructurations transfrontalières. La *lex societatis* de chacune des sociétés concernées détermine les conditions, la procédure et les effets de la fusion transfrontalière. Sont visées notamment les conditions de la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent ainsi que des associés minoritaires ayant voté contre la fusion. Les mêmes règles de conflit de lois se retrouvent à l'article 4 de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 qui doit être transposée avant le 15 décembre 2007, mais qui ne concerne que les sociétés de capitaux. Les règles de conflit de lois relatives aux fusions transfrontalières s'appliquent, par analogie, à la scission et au transfert transfrontalier de patrimoine.

Dans un même ordre d'idées, la proposition de règlement consacre la possibilité d'un changement de loi applicable à la société consécutif à son transfert de siège dans un autre État. Sur ce point, la proposition se trouve en harmonie avec le projet de 14^e directive relative au transfert du siège social.

Dans un souci de simplification, la proposition allemande d'unification des règles de conflit de lois des sociétés ne concerne pas seulement les opérations intracommunautaires, mais également les relations avec les États tiers. Il s'agit d'une approche intéressante. Dans l'hypothèse où le législateur européen tarderait à retenir cette proposition, le gouvernement allemand a d'ores et déjà indiqué vouloir réformer son droit national (l'EGBGB, la loi d'introduction au Code civil allemand contenant des règles de conflit de lois).

En France pourrait dès lors se poser la question de l'opportunité d'une codification des règles de conflit de lois en droit des affaires.

III. L'alternative entre l'unification communautaire des règles de droit international privé des sociétés ou leur codification nationale

Les implications de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur les règles de droit international applicables aux sociétés ne concernent pas les sociétés relevant d'États non-membres de la Communauté européenne. Les États membres peuvent donc conserver à l'égard de ces sociétés leurs règles de droit international privé tenant compte du siège réel, indépendamment des solutions dégagées par les arrêts « Centros », « Überseering » et « Inspire Art ».

Une dualité de règles de droit international privé résulte inévitablement de la distinction des situations. Le maintien par les États membres des solutions antérieures aux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ne peut que consacrer la coexistence d'un régime international applicable aux sociétés relevant des États membres et d'un autre régime applicable aux sociétés constituées dans des États tiers. Ce dualisme de règles de droit international des sociétés au sein d'un même ordre juridique national paraît être d'une complexité inutile.

Ainsi, une unification des règles de droit international des sociétés est opportune. Elle peut être réalisée à deux niveaux comme l'illustre l'exemple allemand précité. Soit au niveau communautaire par un texte d'harmonisation (ou d'unification), soit au niveau national par une convergence des codifications.

A. Unification des règles de droit international applicables aux sociétés

Une unification communautaire est probablement préférable car dès lors que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes affecte tous les États membres de manière identique, il est plus cohérent qu'une même solution soit dégagée pour l'ensemble des États membres. La directive sur le transfert de siège intracommunautaire pourrait favoriser une telle démarche. Une proposition de directive sur le transfert de siège est d'ailleurs annoncée pour la fin du premier semestre 2007.

Le fondement juridique d'un texte communautaire d'unification des règles de droit international des sociétés devrait être l'article 65 b) du Traité qui concerne les mesures nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civile et commerciale ayant une incidence transfrontalière visant à «favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence».

La forme du texte devrait être un règlement comme le préconise le comité allemand de droit international privé.

B. Convergence des codifications nationales

En cas d'échec d'une harmonisation communautaire, l'évolution des règles de droit international des sociétés pourrait s'opérer à l'échelon national, notamment en France au moyen d'une codification des nouvelles solutions, éventuellement sous l'égide d'un Haut Conseil d'analyse en droit international privé, comme en Allemagne. La codification semble être le moyen le plus approprié pour instituer de nouvelles règles de droit international privé applicables aux sociétés.

Malgré l'opposition d'une partie de la doctrine française à la codification des règles de droit international privé en raison de la rigidification des normes qui en résulterait, une approche pragmatique invite à la codification des règles de droit international applicables aux sociétés.

En effet, pour reprendre l'argumentation du professeur belge Jean-Yves Carlier relative à la codification belge réalisée en 2004, «la matière est complexe et le praticien a besoin pour répondre à ses questions d'un guide et non d'échos

multiples entre lois, jurisprudence et doctrine¹ ». Selon lui, la codification « tend à apporter clarté, systématisation et structure dans un domaine complexe » qui rendent les règles de droit international privé « accessibles et compréhensibles tant pour le praticien que pour le justiciable ».

Ce propos est absolument transposable au droit international des sociétés, surtout à la suite de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de liberté d'établissement.

La codification s'impose donc parce qu'elle permet de regrouper au sein d'un même *instrumentum* qui pourrait être en France le Code de commerce, l'ensemble des nouvelles règles qui doivent être élaborées dans un souci de clarté et de sécurité juridique pour les opérateurs.

Cette démarche codificatrice doit cependant être conduite dans une perspective de droit comparé pour intégrer les solutions adoptées dans les autres États membres sinon elle amènerait à consacrer une divergence des solutions nationales. C'est donc dans un esprit de convergence des solutions nationales que la codification à l'échelon national doit être entreprise.

En définitive, la France devrait abandonner « sa position très isolée au sein de la communauté internationale² » et se lancer dans la codification des règles de droit international des sociétés sous l'égide d'un Haut Conseil d'analyse du droit international privé, seul à même de conduire la codification dans un souci de convergence des solutions nationales.

Reinhard Dammann
White & Case
Avocat au barreau de Paris
Chargé de cours à Sciences Po Paris

Michel Menjucq
Professeur Université Paris-I Panthéon Sorbonne

1. J.-Y. Carlier, » Le Code belge de droit international privé », *Revue critique de DIP 2004*, p. 11.

2. H. Muir Watt, » La codification en droit international privé », *Droits 1998*, p. 149.

5. Contribution du professeur Fairgrieve et de F. Medjouba : la *Societas Europaea* au Royaume-Uni

I. Introduction

Il y a quelques années, un éditorial de la revue *The Company Lawyer* a critiqué le traitement infligé au droit européen des sociétés par les universitaires britanniques en affirmant qu’hormis une simple « mention obligatoire introductory » peu de références étaient faites aux instruments communautaires¹. En dépit du fait que les dispositions centrales des *Companies Acts 1985* et *1989* sont basées sur des directives européennes ou ont dû être réformées pour s’aligner sur leurs prescriptions, le droit des sociétés a longtemps été perçu comme relevant de la compétence des États membres.²

Après plus de trente ans de négociations, la société européenne (SE) ou *Societas Europaea* est aujourd’hui une réalité. Ainsi, en 2001, l’Union a formellement adopté le règlement 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne. Ce règlement est accompagné par la directive 2001/86 du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l’implication des travailleurs. Ces deux instruments communautaires constituent un progrès considérable quant au commerce intracommunautaire et à l’adaptation des structures de production à la dimension de la Communauté. Quatre modes de formation sont prévus : la constitution par fusion, la constitution par création d’une société holding, la constitution sous forme de filiale commune et la transformation d’une société anonyme de droit national.

Autre achèvement majeur en matière de mobilité des sociétés, le règlement permet le transfert du siège de la SE, et ce sans provoquer sa dissolution ou la création d’une nouvelle personne morale comme cela était le cas antérieurement.

Le règlement et la directive sont entrés en vigueur le 8 octobre 2004, et force est de constater que leur application ne s’est pas fait attendre. En effet, la toute première société européenne, MPIT Structured Financial Services SE, une holding financière, est née ce même jour aux Pays-Bas.

Au mois de mars 2006, six entreprises ayant des employés en Grande-Bretagne avaient exprimé un intérêt à se transformer en SE : Allianz AG (Allemagne), Man B&W Diesel Group (Allemagne), Mensch und Maschine AG (Allemagne), Nordea Bank AB (Suède), As Sampo Elukindlutz (Estonie), Suez SA (France). Au 20 septembre 2006, quarante et une entreprises avaient choisi la voie de la SE, parmi elles Schering-Plough Clinical Trials SE, immatriculée le 22 février 2005, la seule SE britannique à cette date³.

Au Royaume-Uni, diverses consultations sur la SE ont été effectuées, respectivement en 1989, 1992, 1997, 2003 ; mais force est de constater qu’elles n’ont

1. M. Andenas, *European Company Law Reform and the United Kingdom*, 2000, 21 Co Law.

2. *Boyle and Birds'Company Law*, 5^e édition 2004, Jordan, p. 17.

3. <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/secompanies.html#MPIT>.

suscité que très peu d'intérêt médiatique¹. Une enquête organisée par le cabinet d'avocats CMS Cameron McKenna en octobre 2004 a révélé que seulement 12% des entreprises britanniques envisageraient de se transformer en SE, et que seulement la moitié d'entre elles avaient connaissance de l'adoption de la législation communautaire afférente².

Dans le cadre de cette étude, nous nous bornerons à analyser l'état du dispositif de la SE en droit britannique, en insistant particulièrement sur les questions relatives à la loi du siège et aux conséquences fiscales inhérentes au transfert du siège d'une SE.

II. Transposition en droit anglais

La directive 2001/86 a été transposée par le *European Public Limited – Liability Company Regulations 2004*³ en droit anglais. Cette loi reprend également les dispositions du règlement.

L'article 10 du règlement dispose qu'une SE est traitée dans chaque État membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire. En outre, l'article 9-3 précise que si la nature des activités par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. À cet égard, il apparaît utile de souligner qu'en droit anglais la SE ou *European Public-Limited Company* appartient à la catégorie des sociétés anonymes ou *Public-Limited Company* (PLC).

La SE a un capital minimum de 120 000 euros, sous réserve d'un capital plus élevé exigé dans certains secteurs par les États membres. Ainsi, tout comme la PLC, une SE créée au Royaume-Uni doit souscrire un capital d'au moins 50 000 livres⁴.

III. Loi du siège

Pendant des décennies, le transfert du siège d'une société a fait l'objet de vives controverses. Bien qu'expressément mentionné dans le Traité (article 48), aucun compromis ne semblait pouvoir être trouvé. En conséquence, et contrairement aux personnes physiques, les sociétés se trouvaient privées de la jouissance de leur liberté de mouvement. Les différentes tentatives au niveau des droits nationaux n'ont guère été plus fructueuses.

Cette situation était le résultat du chiasme fondamental entre l'approche des pays de *Common Law*, illustrée par le Royaume-Uni, et celle des pays de tradition civiliste quant aux règles relatives à la détermination du siège. Ce débat a en

1. Pour les détails de la consultation 2003/2004, voir Annex B, Regulatory Impact Assessment, www.dti.gov.uk. On peut noter que cette dernière enquête n'a suscité que vingt-deux réponses.

2. Voir <http://www.law-now.com/law-now/2004/surveyrevealsdoubts.htm>.

3. Statutory Instrument n° 2326/2004.

4. On peut également noter que les frais d'immatriculation d'une SE s'élèvent à 20 livres.

effet été au cœur des négociations du statut de la SE, en ce qu'il s'apparente à la question de savoir quel droit gouverne une société. Sur ce point, diverses approches, relatives tantôt au siège réel, tantôt au siège statutaire ont été adoptées.

Selon la théorie de l'incorporation, la loi régissant la société serait la loi du pays d'immatriculation. Cette théorie est profondément ancrée en Angleterre, ainsi que dans la majorité, si ce n'est la totalité, des pays de *Common Law*. Il s'agit là d'une localisation purement formelle, une simple mention statutaire. Peu importe le pays où l'entreprise exerce son activité. Ainsi, si une entreprise est immatriculée à l'étranger, les tribunaux anglais considéreront que cette société est soumise au droit de cet État, et ce même si ladite société exerce ses activités commerciales sur le territoire britannique. Et, dans le même ordre d'idées, une société immatriculée au Royaume-Uni et transférant l'exercice de ses activités dans un autre État sera toujours soumise au droit anglais. En d'autres termes, la règle de conflit de lois en droit anglais autorise le « divorce entre la localisation physique de l'entreprise et le lieu de prise de décision », facilitant ainsi selon certains la création de sociétés « boîtes aux lettres »¹.

Au contraire, la théorie dite du siège réel est la théorie dominante en Europe continentale. Selon cette théorie, motivée principalement par la volonté de protéger les actionnaires minoritaires, les employés et créanciers, la société est régie par la loi du siège réel. Le siège réel se définit comme le lieu où se réunissent les organes de direction et le lieu de prise de décision. Une telle exigence implique la nécessité d'un enracinement économique de l'entreprise dans son pays d'immatriculation ; on peut y lire en filigrane la volonté de l'État membre de ne pas la faire bénéficier de son droit national sur une simple formalité ; l'exercice réel des activités commerciales de l'entreprise s'analyse ici en une condition *sine qua non*.

Un auteur allemand a analysé les raisons justifiant cette théorie : elle serait motivée par la volonté de protéger le marché intérieur allemand à l'égard d'entreprises obéissant à des règles étrangères plus souples ainsi qu'à celle d'exercer un certain contrôle sur les sociétés exerçant leur activité sur le territoire allemand². De surcroît, une entreprise immatriculée à l'étranger doit, pour avoir un intérêt à agir devant les juridictions allemandes, être réorganisée en conformité avec le droit allemand. Cela a également pour conséquence d'imposer aux sociétés souhaitant transférer le siège de leur administration dans un autre État de se soumettre au droit en vigueur dans cet État. En effet, dans l'hypothèse d'une entreprise souhaitant transférer son siège de Düsseldorf vers l'Angleterre, l'acte signé par les actionnaires est analysé en une dissolution de l'entreprise. En conséquence, toutes les réserves cachées sont soumises à imposition et la société devra alors se réorganiser selon le droit anglais pour retrouver la personnalité morale. La juris-

1. Gower and Davies' *Principles of Modern Company Law*, 7^e édition, Londres, 2003, p. 120.

2. Otto Sandrock et Jean J. du Plessis, *The German Corporate Governance Model in The Wake of Company Law Harmonization in the European Union*, Company Law, 2005.

prudence récente de la CJCE suggère des changements que nous n'étudierons pas dans la mesure où ils n'entrent pas dans le cadre de cette étude¹.

Ces différences en ce qui concerne la règle de conflit de lois suscitent d'autant plus de controverses quand la société est enregistrée dans un État membre mais exerce ses activités commerciales dans un autre. À l'évidence, des approches différentes ont été adoptées par les différents droits nationaux. En revanche, une approche plus unifiée a été adoptée en ce qui concerne la SE.

L'article 7 du règlement relatif à la SE dispose que le siège statutaire d'une SE doit être situé au sein de la Communauté et dans le même État membre que l'administration centrale. La SE, en tant qu'entreprise supranationale, peut librement transférer son siège statutaire d'un État membre à un autre (considérant 25 et article 8 du règlement) tout en conservant son identité juridique. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle. La SE est alors régie par les dispositions des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

Lorsqu'une SE ne remplit plus l'obligation de l'article 7 du règlement, l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire prend les mesures appropriées pour obliger la SE à régulariser sa situation soit en rétablissant son administration centrale dans l'État membre du siège, soit en procédant au transfert du siège statutaire par la procédure prévue à l'article 8 (article 64-1 du règlement).

L'État membre du siège prend les mesures nécessaires pour qu'une SE qui ne régularisera pas sa situation soit mise en liquidation (article 64-2 du règlement). Lorsqu'il est constaté, soit à l'initiative des autorités, soit à l'initiative de toute partie intéressée qu'une SE a son administration centrale sur le territoire d'un État membre en infraction à l'article 7, les autorités de cet État membre en informeront sans délai l'État membre où est situé le siège statutaire de la SE (article 64-4 du règlement).

Les États membres peuvent d'autant plus limiter la liberté de choix des SE immatriculées sur leur territoire, en imposant qu'elles aient leur administration centrale et leur siège statutaire non seulement dans le même État membre, mais également à la même adresse. Un auteur justifie cette possibilité par la volonté des États membres d'aligner les conditions quant au siège de la SE sur leur modèle national². C'est donc sans surprise que l'Allemagne qui applique ce critère dans son droit interne a choisi d'appliquer cette option, alors que le Royaume-Uni réputé pour son approche plutôt libérale a choisi, conformément au *Companies Act* de 1985, de l'écartier.

Ainsi, l'ensemble des dispositions des articles 7, 8 et 64 du règlement forme ce que l'on pourrait appeler «une théorie européenne du siège réel». L'adoption

1. Aff. C-212/97, «Centros Ltd contre Erhvervs-og Selskabsstyrelsen» [1999] E.C.R. I-1459; aff. C-208/00, «Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH»; aff. C-167/01, «Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd»; aff. C-9/02, «Hugues de Lasteyrie du Saillant contre ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie» [2004].

2. Jessica Schmidt, *SE and SCE : Two New European Company Forms-and more to come*, Company Lawyer, 2006.

de la théorie du siège réel ne porte cependant pas atteinte aux autres domaines du droit des sociétés (considérant 28 du règlement). Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Conseil et au Parlement européen un rapport sur l'application du règlement et, le cas échéant, des propositions de modifications. Le rapport examine en particulier s'il convient de permettre à une SE d'avoir son siège statutaire et son siège réel dans des États membres différents (article 69-a du règlement). À cet égard, la jurisprudence de la CJCE aura un impact certain.

L'interprétation doctrinale des articles 7 et 8 constitue elle aussi une illustration parfaite du débat. Selon certains auteurs, les dispositions du règlement constituent une consécration de la théorie du siège réel¹. D'autres auteurs, en revanche, penchent pour une approche plus neutre en se basant sur le considérant 27 et sur l'article 69 du règlement : ce «parti pris» ne serait que temporaire². Le considérant 27 précise en effet que, «compte tenu de la nature spécifique et communautaire de la SE, le régime du siège réel retenu pour la SE par le présent règlement ne porte pas préjudice aux législations des États membres et ne préjuge pas les choix qui pourront être faits par d'autres textes communautaires en matière de droits des sociétés».

Dans cet ordre d'idées, le rapport final du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés du 4 novembre 2002 a clairement affirmé que :

«La nécessité de doter le droit des sociétés communautaire de dispositions facilitant les restructurations transfrontalières, [...] figure au premier rang des priorités³».

Dans le cadre de leur enquête, l'accord a été quasi unanime pour estimer qu'une application systématique de la théorie du siège effectif peut avoir un effet paralysant et constituerait «une mesure disproportionnée injustifiable⁴».

Cette prise de position a été soutenue par certains universitaires qui affirment que l'article 7 violerait les articles 43 et 48 du Traité CE et constitue une entrave à la liberté d'établissement⁵.

Ces auteurs se basent sur la décision «Überseering» de la CJCE où la Cour a décidé que :

«Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre État membre, avoir

1. Voir par exemple Dr Frank Woolridge, *The European Company, The Successful Conclusion of Protracted Negotiations*, 25 Company Lawyer 121, 2004 ou encore *Gower and Davies'Principles of Modern Company Law*, 7^e édition, Londres, 2003, p. 123.

2. *Gower and Davies'Principles of Modern Company Law*, 7^e édition, Londres, 2003, p. 123.

3. P. 118 du rapport, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_fr.pdf.

4. P. 119 du rapport, *op. cit.*

5. Voir Woolridge, *op. cit.*; Eddie Wymeersch, «The Transfer of The Company's Seat in EC Law», *CML Review 2003*.

transféré son siège effectif dans cet État, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit État¹».

Dans ce cadre, on peut remettre en question la compatibilité du règlement avec la liberté d'établissement. En effet, si une société immatriculée dans un État membre a le droit de transférer son siège réel dans un autre, comment le règlement peut-il imposer en son article 8 une procédure particulière pour le transfert du siège d'une SE ou même exiger que siège réel et siège statutaire soient situés dans le même État membre ?

La réponse pourrait se trouver dans la formulation même de l'arrêt « Überseering » ; en effet, au point 67 de l'arrêt, la Cour affirme que :

«Une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement.»

Mutatis mutandis, certains auteurs en ont conclu que la SE est créée en vertu du droit communautaire et qu'elle n'a donc d'existence qu'à travers la législation communautaire qui en détermine la constitution et le fonctionnement². Cela s'analyserait donc en une illustration du pouvoir d'interprétation de la liberté d'établissement inhérent au Conseil.

IV. Fiscalité

En premier lieu, il convient de noter que le considérant 20 du règlement prévoit que ce règlement ne couvre pas d'autres domaines du droit tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, ou l'insolvabilité. Par conséquent, les dispositions du droit des États membres et du droit communautaire sont applicables dans ces domaines.

L'exclusion de dispositions relatives à la fiscalité a été considérée comme un point faible du règlement, voire comme un obstacle à la mobilité d'une SE. L'article 8-1 du règlement dispose que le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre État membre conformément aux paragraphes 2 à 13 du même article. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle.

Comme mentionné plus haut, cette disposition a été considérée comme un achèvement majeur dans la mesure où elle implique une libre circulation complète des SE au sein de l'Union. Cependant, des critiques ont été soulevées quant aux implications fiscales d'un transfert du siège d'une SE³. En effet, peut-on parler de véritable liberté d'établissement lorsque le transfert implique des charges fiscales supplémentaires ?

1. Aff. C-208/00, point 83.

2. Christoph Teichmann, «*The European Company, a Challenge to Academics, Legislatures, and Practitioners*», *German Journal*, n° 4, 1^{er} avril 2003.

3. Professeur Maria Teresa Soler Roch, «*Tax Residence of the SE*», *European Taxation*, janvier 2004, p. 11.

Un pas a été franchi avec l'arrêt de la CJCE « Lasteyrie du Saillant contre ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie »¹. Dans cette affaire, il a en effet été jugé que le principe de liberté d'établissement posé par l'article 43 TCE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet État.

La directive 2005/19 du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents franchit une étape supplémentaire en insérant un nouveau titre régissant le transfert du siège statutaire d'une SE ou SCE. La directive a été transposée au Royaume-Uni par le *Financial Act 2006*.

Le régime fiscal applicable figure au nouveau Titre IV *ter*, article 10 *ter* à 10 *quinquies* et a pour objectif de mettre fin à certaines règles fiscales discriminatoires : la SE transférant son siège statutaire bénéficie d'un report d'impôt pour les plus-values lorsque ses actifs restent attachés à un établissement situé dans l'État membre d'où le siège statutaire a été transféré. Le transfert du siège statutaire d'une SE n'entraîne pas non plus en soi une imposition des revenus, bénéfices ou plus-values des associés (article 10 *quinquies-1*).

En revanche (article 10 *quinquies-2*), l'application du paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres représentatifs du capital social de la SE qui transfère son siège statutaire. Une telle imposition, prévue par la section 185 du *UK Taxation of Chargeable Gains Act 1982*, reste donc conforme au droit communautaire².

**Duncan Fairgrieve
Faria Medjouba**
(British Institute of International and Comparative Law)

1. Aff. C-9/02 du 11 mars 2004.

2. *The International Comparative Legal Guide to Corporate Tax 2006*, chapitre 1, p. 1, Global Legal Group.

6. Contribution du professeur Menjucq : note sur la « citoyenneté européenne » de la SE

Une nationalité pour la SE ?

La question de la nationalité de la société européenne n'est pas nouvelle. Dès l'adoption des textes sur la SE a été développée l'idée selon laquelle « la caractéristique principale de la SE est qu'elle n'a aucun rattachement avec la nationalité d'un État membre. Il s'agit d'une société de nationalité européenne dont le fondement juridique est à trouver dans le droit communautaire¹ ».

Approuvant cette réflexion, Mme Françoise Blanquet insistait sur l'importance de la neutralité de la SE par rapport à tout rattachement à la nationalité d'un État membre dans les termes suivants : « Par exemple, si une société allemande et une société française fusionnent, la société issue de la fusion par absorption ou par constitution d'une nouvelle société ne sera ni allemande ni française, mais européenne. Cet avantage psychologique est souvent souligné par les entreprises². »

Le professeur Jacques Béguin, rappelant les objectifs initiaux de la SE des années 1970, indiquait que « si l'on voulait lui donner une stature européenne et une entière liberté d'action à l'échelle de l'Union, il fallait extraire cette personne morale européenne de la communauté nationale de tel ou tel État membre et décider qu'elle aurait non pas la nationalité d'un État membre, mais une nationalité européenne opposable en tant que telle aux États non-membres de la Communauté³ ».

Cependant, comme le souligne le professeur Béguin, « les choses n'ont pas pu être aussi simples », la SE n'ayant pas pu finalement se dispenser d'un rattachement aux États membres et notamment pour la loi applicable⁴.

Pour autant, faut-il considérer que la société européenne est dotée de la nationalité d'un État membre (I) ? En cas de réponse négative, l'alternative d'une nationalité européenne existe-t-elle ou ne s'agirait-il pas plutôt d'une citoyenneté européenne ? (II).

I. La SE a-t-elle la nationalité d'un État membre ?

La question de la nationalité de la SE n'est pas expressément abordée par le règlement dont aucune disposition n'évoque ce concept (B) dont l'intérêt doit être cerné (A).

1. Christian Roth, » La « *Societas Europaea* » un outil commun de l'Union économique et monétaire », supplément *Revue Lamy, droit des affaires*, n° 48, avril 2002, p. 3129.

2. F. Blanquet, » Pourquoi créer une société européenne ? », *La Société européenne*, sous la direction de Hopt, Menjucq, Wyneersch, éd. Dalloz, 2003, p. 5.

3. J. Béguin, » Le rattachement de la société européenne », *La Société européenne*, sous la direction de Hopt, Menjucq, Wyneersch, éd. Dalloz, 2003, p. 31.

4. Cf. article 9 du règlement 2157/2001.

A. Persistance de l'intérêt de la nationalité des sociétés

Il est nécessaire de distinguer la situation à l'intérieur de la Communauté et les rapports extracommunautaires.

À l'intérieur de la Communauté européenne, la nationalité des sociétés ne constitue pas un enjeu important. En effet, contrairement aux personnes physiques pour lesquelles la qualité de national de l'un des États membres détermine le bénéfice des libertés d'établissement et de prestation de services¹, les personnes morales profitent de ces libertés communautaires dès lors qu'elles «se sont constituées en conformité de la législation d'un État membre et qu'elles ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté²».

Par ailleurs, en raison du principe communautaire du traitement national, les États membres sont obligés d'accorder aux sociétés ayant la nationalité d'autres États membres les mêmes droits qu'à leurs propres nationaux et ne peuvent faire de discrimination. La condition des étrangers ne concerne pas les sociétés communautaires. Il existe toutefois une exception depuis l'adoption du décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 sur les relations financières avec l'étranger qui soumet à autorisation l'investissement réalisé en France dans certains secteurs d'activités par des investisseurs ayant leur siège dans un autre État membre de la Communauté européenne.

Ainsi, au sein du cadre communautaire, sous réserve du décret du 31 décembre 2006, la nationalité des sociétés n'a qu'un effet très limité.

En revanche, il n'en est pas de même dans les relations entre les États membres et les États tiers. La nationalité des personnes physiques aussi bien que des sociétés intervient comme critère déterminant le bénéfice des traités internationaux et la protection diplomatique.

En premier lieu, les traités de commerce, d'établissement ou d'investissement conclus bilatéralement par chaque État membre avec des États tiers ne profitent qu'aux nationaux des États signataires. Ainsi, une société française qui dispose d'une succursale au Portugal ne pourra pas bénéficier d'un traité conclu par cet État membre avec le Brésil facilitant par exemple l'investissement et l'établissement.

Concernant le bénéfice des conventions fiscales internationales bilatérales, le critère n'était pas la nationalité, mais la résidence fiscale jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes considère en 1999 qu'il s'agissait d'une discrimination prohibée à l'égard des sociétés non-résidentes, ces dernières devant elles aussi profiter des conventions fiscales conclues par les États membres³.

1. Articles 43 et 49 du Traité CE.

2. Article 48 du Traité.

3. CJCE, 29 avril 1999, aff. C-311/97, (Royal Bank of Scotland), Rec. I, p. 2651 ; *JDI 2000*, p. 484, obs. M. Luby ; 8 juillet 1999, aff. C-254/97, (Société Baxter), *Bull. Joly 2000*, p. 267, note D. Berlin ; *JDI 2000*, p. 487, obs. M. Luby ; 21 septembre 1999, aff. C-307/97, (Compagnie Saint-Gobain), *Bull. Joly 2000*, p. 276, note D. Berlin ; *JDI 2000*, p. 486, obs. M. Luby.

En second lieu, la protection diplomatique des sociétés mise en œuvre par exemple en cas d'expropriation dans un État tiers revient à l'État membre dont la société a la nationalité.

Finalement, la nationalité des sociétés conserve un intérêt non négligeable dans les relations extracommunautaires.

B. Les obstacles à l'attribution de la nationalité d'un État membre à la SE

Le règlement portant statut de la SE n'évoque pas explicitement la nationalité de la société européenne. Un élément de réponse est cependant apporté par l'article 10 même si cet article n'utilise pas l'expression de nationalité, « volontairement sans doute »¹.

Selon cet article, « une SE est traitée dans chaque État membre comme une SA constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire ». Une interprétation possible consiste à considérer que sur un plan pratique « chaque fois qu'un problème de condition des étrangers se posera à l'égard d'une SE dans un État membre déterminé, la règle à suivre sera la même règle que celle que l'on aurait suivie à l'égard d'une SA immatriculée dans l'État où la SE a son siège² ». Concrètement, une société européenne immatriculée en France devrait donc bénéficier des traités internationaux conclus par la France avec des États tiers.

Faut-il faire un pas supplémentaire et considérer que dans son principe la SE est dotée de la nationalité de son État membre de constitution ?

Le texte de l'article 10 du règlement paraît s'y opposer, car « être traitée comme » signifie que la SE doit certes avoir une situation comparable aux SA locales sans pour autant être assimilée aux sociétés locales.

Cette solution serait aussi certainement contraire à l'esprit du règlement communautaire dont l'objectif est d'établir une entité transcendant les particularismes nationaux. Elle dispose d'ailleurs obligatoirement d'une dimension transfrontalière puisque la SE ne peut être constituée que si les entités fondatrices présentent un lien avec au moins deux États membres.

L'essence supranationale de la SE est par ailleurs l'un de ses principaux intérêts puisqu'elle est ainsi moins sujette à une coloration nationale que les formes locales de sociétés. C'est justement cette neutralité par rapport à la nationalité des États membres qui peut inciter des sociétés ayant des nationalités différentes à créer une SE afin qu'aucune d'entre elles n'ait le sentiment de passer sous un contrôle étranger.

En définitive, même si concrètement une SE doit être traitée comme une société anonyme de l'État de son siège statutaire y compris pour le bénéfice des traités commerciaux ou d'investissement, par sa nature transfrontalière elle n'est pas réductible à une coloration nationale unique. Ce serait donc un non-sens que de lui attribuer la nationalité d'un État membre.

1. Voir J. Béguin, article précité.

2. J. Béguin, article précité.

II. L’alternative entre nationalité européenne et citoyenneté européenne

À défaut d’avoir la nationalité d’un État membre, la SE pourrait-elle être dotée d’une nationalité européenne ? Il est difficile de retenir cette solution pour des motifs d’ordre juridique et politique (A). En revanche, l’admission d’une citoyenneté européenne de la SE paraît opportune (B).

A. Les difficultés pour reconnaître une nationalité européenne de la SE

Il existe tout d’abord un obstacle de nature juridique. L’Union européenne n’a pas la compétence nécessaire pour instituer une nationalité propre aux personnes physiques qui s’ajouteraient à la nationalité qui leur est attribuée par les États membres.

Ainsi, la citoyenneté européenne reconnue aux personnes physiques par le Traité UE se distingue de la nationalité des individus sans s’y « substituer en aucune manière »¹. Elle n’est que seconde par rapport à la nationalité des personnes physiques et a davantage pour objectif la création d’une identité commune que l’institution d’une véritable double nationalité.

Certes, le concept de nationalité appliqué aux sociétés est apprécié en principe plus souplement, et, dans une interprétation large, il serait possible de considérer que l’existence d’un corps de règles communautaires déterminant le statut de la SE vaut nationalité européenne.

Toutefois, en ce cas, c’est sur le plan politique qu’une difficulté risquerait d’émerger. Il est effectivement très probable qu’une forte opposition politique se fasse jour pour dénoncer ce concept de nationalité européenne même seulement applicable aux SE. Certains y verrraient effectivement sinon un pas concret vers un État européen supranational, du moins une évolution claire vers une Europe fédérale.

En ce sens, parce qu’elle est déjà inscrite dans le Traité CE et que sa charge symbolique est moins forte que celle de la nationalité, la citoyenneté européenne constitue une alternative pertinente.

B. Opportunité de l’admission de la citoyenneté européenne de la SE

Sur le modèle de l’article 17 du Traité CE qui accorde une citoyenneté européenne aux ressortissants des États membres, les SE bien que rattachées à leur État membre d’immatriculation pourraient bénéficier d’une citoyenneté européenne.

Transposition de la citoyenneté européenne à la SE

Cette notion est aisément transposable aux SE, car, outre ses effets d’ordre politique (droit de pétition, participation aux élections municipales et européennes...) non transposables aux sociétés, elle emporte des effets de nature économique tels que le droit de séjour et de circulation des citoyens.

Comme la SE est à ce jour la seule société commerciale disposant du droit de circuler par transfert de siège et d’un rattachement direct à un *corpus* juridique communautaire, il serait cohérent de lui reconnaître cette citoyenneté européenne.

1. Conseil d’Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992.

Avantages de la reconnaissance de la citoyenneté européenne des SE

Outre le poids symbolique de l'admission de la citoyenneté européenne des SE, il pourrait en être déduit deux avantages concrets.

Un premier avantage consisterait à reconnaître que la SE, comme les citoyens européens personnes physiques, bénéficie, en vertu de l'article 20 du Traité CE, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont elle est ressortissante n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les sociétés ayant la nationalité de cet État.

Un deuxième avantage, plus innovant, serait de permettre à la SE de bénéficier dans tous les États membres sur le territoire desquels elle possède des implantations (siège ou simple établissement secondaire) des traités de commerce, d'établissement ou d'investissement conclus par ces États membres avec des États tiers.

Ainsi, en prenant l'exemple d'une SE ayant son siège social en France et disposant d'un établissement secondaire au Portugal, elle pourrait, comme toute société française, profiter des traités de commerce conclus par la France avec des États tiers mais aussi, ce qui constituerait son privilège de citoyenne européenne, des traités conclus avec des États tiers par le Portugal alors qu'en principe le bénéfice des traités signés par le Portugal est réservé aux sociétés ayant leur siège social dans cet État.

Plus généralement, la SE pourrait ainsi profiter d'un plus grand nombre de conventions ou de traités bilatéraux que les sociétés nationales. Dans l'exemple précédent, si la SE vise le marché brésilien, elle pourrait tirer avantage du traité de commerce entre le Portugal et le Brésil probablement plus intéressant, en raison des liens historiques entre ces deux pays, que le traité de commerce franco-brésilien.

Cette solution n'est d'ailleurs pas sans précédent puisqu'elle correspond à celle adoptée en droit fiscal par la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, concernant les conventions internationales de double imposition en matière fiscale, la Cour de justice a affirmé dans la décision «Saint-Gobain» que l'obligation de traitement national impose à l'État membre partie à la convention «d'accorder aux établissements stables des entreprises non-résidentes (ayant leur siège social dans un autre État membre) les avantages prévus par la convention aux mêmes conditions que pour les entreprises résidentes¹».

En dehors du domaine fiscal, cette même solution s'imposerait au seul profit de la SE qui bénéficierait des conventions d'investissement, de commerce ou d'établissement conclus avec des États tiers par l'État membre de son siège social ainsi que des conventions conclues par l'État membre sur le territoire duquel elle aurait un établissement. Citoyenne européenne, la SE serait ainsi chez elle dans tout État membre où elle posséderait une implantation principale ou secondaire.

Michel Menjucq
Professeur Université Paris-I Panthéon Sorbonne

1. CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-307/97, (Compagnie Saint-Gobain), point 59, *Bull. Joly 2000*, p. 276, note D. Berlin; *JDI 2000*, p. 486, obs. M. Luby.

Glossaire

A

Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS)

L'ACCIS, encore au stade de projet, est une mesure à échelle européenne qui vise à établir des règles uniformes de calcul des bénéfices totaux réalisés par les entreprises dans l'Union européenne afin de réduire les coûts générés par la coexistence de différents systèmes fiscaux au niveau national. Aujourd'hui, une société implantée en Europe et qui dispose d'établissements (du type succursale) dans au moins deux pays de l'Union est imposée à l'impôt sur les sociétés séparément dans chaque État d'implantation, selon les règles d'assiette et le taux de ce pays. Les résultats positifs et négatifs des différents établissements ne peuvent se compenser. La Commission européenne a engagé avec les États membres une réflexion, déjà très avancée, pour mettre en place une base commune et consolidée. Elle permettra aux sociétés disposant d'implantations dans plusieurs pays de l'Union de calculer l'impôt sur les sociétés de l'ensemble du groupe selon un seul corps de règles. Cette assiette commune s'appliquera à l'ensemble des résultats du groupe, qui seront donc consolidés. L'impôt sera réparti entre chacun des pays concernés, au *prorata* de l'activité qui y est exercée par le groupe. Les États membres resteront libres de fixer leur taux d'imposition.

Apport partiel d'actif

Un apport partiel d'actif est une opération par laquelle une société fait apport en nature à une autre d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit, en contrepartie, des titres émis par la société bénéficiaire de l'apport. L'apport partiel d'actif peut porter aussi bien sur un ensemble de biens (une branche autonome d'activité) que sur des éléments isolés. Contrairement à la scission, l'apport partiel d'actif n'emporte pas dissolution de la société apporteuse. Contrairement à la fusion, il ne modifie pas la situation des actionnaires, qui demeurent actionnaires de la société apporteuse. L'opération permet notamment de filialiser une ou plusieurs branches d'activité et de leur donner une existence juridique autonome.

B

Bénéfice mondialisé

Le bénéfice mondialisé est un régime fiscal qui permet aux sociétés d'être imposées selon leurs résultats « mondiaux », c'est-à-dire en prenant en compte dans

leur base imposable les résultats de leurs établissements stables agissant dans d'autres pays. Ce caractère extensif est toutefois tempéré par des conventions fiscales internationales qui permettent d'éviter que les établissements stables ne soient taxés à la fois dans le pays où ils agissent et dans le pays du siège de la société dont ils dépendent. En l'absence de telles conventions, il existe cependant un risque de double imposition. Ce risque est en principe écarté dans les pays qui pratiquent la territorialité (voir ce mot) stricte.

Business Register Interoperability Throughout Europe (BRITE)

BRITE est un projet financé par la Commission européenne qui vise à promouvoir et à mettre en place un modèle d'interopérabilité, une plate-forme d'échanges d'informations et un instrument de gestion pour les différents registres du commerce européens, afin de leur permettre d'interagir entre eux au sein de l'Union européenne. Il implique dix-neuf organisations, parmi lesquelles des registres du commerce nationaux, des chambres de commerce, des entreprises d'informatique, des universités et des PME.

C

Codétermination

La codétermination (autrement appelée « cogestion ») est une modalité d'impliquer des travailleurs dans l'entreprise qui prévoit une représentation des salariés au sein des organes de direction de la société et partant leur participation à la gestion de la vie de la société. Ce modèle de gouvernement d'entreprise est retenu dans plusieurs États membres : Allemagne, Autriche, Luxembourg, République tchèque, Slovaquie et Suède. La cogestion allemande (« *Mitbestimmung* »), à laquelle il est le plus souvent fait référence, prend trois formes : la codétermination paritaire dans le secteur des mines et de la sidérurgie, la codétermination paritaire dans les entreprises à capitaux de plus de 2 000 salariés, et la codétermination d'un tiers dans les entreprises à capitaux comprenant entre 500 et 2 000 salariés.

Comité de la société européenne

Le comité de la société européenne est l'organe de représentation prévu par les dispositions de référence applicables en cas d'échec des négociations ou en vertu du commun accord des parties impliquées dans la procédure de négociation sociale. Il est composé d'une part du dirigeant de la société européenne (ou de son représentant) assisté de deux collaborateurs et d'autre part de représentants du personnel des sociétés, filiales et entreprises participantes. Le comité se réunit au moins une fois par an. Il connaît des questions qui concernent la société européenne elle-même ou de toute filiale ou tout établissement situés dans un autre État membre, ou qui excèdent les pouvoirs des instances de décision dans un seul État membre. Ses compétences sont plus larges que celles conférées au comité d'entreprise européen.

Comité d'entreprise européen

Le comité d'entreprise européen, prévu par la directive 94/45/CE du 22 septembre 1994, a pour objet de garantir le droit des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen. Il est institué dans les entreprises ou groupes

d'entreprises de dimension communautaire à la suite d'un accord entre la direction centrale et un groupe spécial de négociation.

Coûts de conformité

Les coûts de conformité correspondent aux coûts supportés par les sociétés pour se conformer aux législations fiscales des États membres dans lesquels elles opèrent. Ces coûts disparaîtraient en grande partie si l'on imposait les sociétés agissant en Europe selon une même assiette imposable : l'assiette commune consolidée.

D

Delaware (effet)

L'«effet Delaware» désigne l'effet d'attraction exercé sur les créateurs d'une société sur le point d'être constituée, par l'État ayant la législation la plus favorable pour accueillir cette société. Un tel effet se produit généralement dans un espace économique où la mobilité des sociétés est assurée et où s'exerce une concurrence des droits. On parle d'«effet Delaware» par référence à la grande attractivité de l'État du Delaware aux États-Unis, qui a remporté la course à la surenchère à laquelle se sont livrés les États américains. Cette concurrence juridique entre États y est tantôt dénommée «*race to bottom*», car considérée comme une course au droit le plus laxiste, tantôt «*race to the top*», la concurrence pouvant aboutir à une simplification et une flexibilité du droit des sociétés, tout en permettant l'élimination de procédures inutiles et de dispositions peu efficientes.

E

F

Fusion

Une fusion est une opération de restructuration par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule. Une fusion peut résulter de la création d'une société nouvelle par des sociétés existantes ou de l'absorption d'une société par une autre. En droit français, une fusion entraîne la dissolution sans liquidation de la ou des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine à la société bénéficiaire. Par l'effet d'une fusion, les actionnaires de la ou des sociétés qui disparaissent deviennent actionnaires de la société bénéficiaire.

Fusion transfrontalière

La fusion transfrontalière est une fusion qui intervient entre des sociétés régies par des droits différents, c'est-à-dire une opération dans laquelle au moins une des sociétés concernées relève d'une *lex societatis* différente de celle des autres. Dans un certain nombre d'États membres, la fusion transfrontalière n'est pas possible, et la fusion ne peut alors être réalisée que par la mise en liquidation des entreprises concernées et la création d'une nouvelle société, procédure lon-

gue et coûteuse. Même lorsque les sociétés désirant fusionner sont établies dans des États membres reconnaissant la fusion transfrontalière, la mise en œuvre de ce type d'opération se révèle en pratique lourde financièrement, impliquant des constructions juridiques peu transparentes et particulièrement complexes destinées à contourner les nombreux obstacles techniques et juridiques. Aussi, dans la plupart des droits, la doctrine considère qu'il n'est pas possible de manière pratique, au regard des règles de droit des sociétés, de procéder à une fusion transfrontalière. La directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 26 octobre 2005, vise à faciliter les fusions transfrontalières de sociétés dans la Communauté en aplaniissant les difficultés rencontrées aux niveaux législatif et administratif.

G

Groupe spécial de négociation (GSN)

Le groupe spécial de négociation est mis en place au sein de la société visant à se constituer en société européenne. Il représente les travailleurs des sociétés participantes, de leurs filiales ou établissements. Le GSN a pour fonctions de négocier avec les organes compétents des sociétés participantes et de fixer, dans un accord écrit, les modalités du droit d'implication des travailleurs dans la société européenne. Le GSN a la faculté de se faire assister par des experts et peut décider d'informer les représentants d'organisations extérieures.

H, I, J, K, L, M

N

Neutralité fiscale

La neutralité fiscale s'entend du traitement d'une transaction (fusion-absorption, apport partiel d'actif, cession intragroupe) effectuée sans conséquences fiscales pour les parties concernées, ou dont les conséquences fiscales sont neutralisées ou différées.

O

P

Plus-values latentes

Dans une entreprise, les actifs sont inscrits au bilan «fiscal»¹ à leur coût historique, c'est-à-dire à leur coût de revient. Certains actifs se déprécient, et cette dépréciation est constatée par voie d'amortissement ou de provision. D'autres, tels que les immeubles ou les incorporels voient leur valeur s'accroître au fil du

1. L'introduction des normes IAS/IFRS conduit à valoriser les actifs selon la méthode dite de la «*fair value*». Ce nouveau mode de comptabilisation, obligatoire pour les comptes consolidés des sociétés cotées, n'a pas de répercussion fiscale.

temps. La différence entre la valeur d'un actif à un instant «t» et son coût historique constitue une plus-value, qui est dite «latente» lorsque le bien est toujours la propriété de l'entreprise. Cette plus-value n'est réalisée, donc certaine, qu'au moment de la cession de l'actif. En général, les plus-values latentes ne sont pas taxées. Seules les plus-values réalisées font l'objet d'une imposition.

Prix de transfert

Ce sont les prix de transaction utilisés au sein d'un groupe international. Leur manipulation, aisée puisque des liens de dépendance existent entre les sociétés contractantes, est un moyen de déplacer la base fiscale d'un État à l'autre. Aussi les États ont-ils pour la plupart mis en place des dispositifs anti-abus. Une application sans discernement de ces dispositifs par les administrations fiscales peut conduire à des doubles impositions. Aussi la Commission européenne a-t-elle mis en place un «forum des prix de transfert» qui édicte des règles de bonne conduite permettant, autant que possible, que chaque État se voie attribuer la base fiscale qui lui revient, tout en protégeant les entreprises des risques de double imposition.

Q

R

Régime (28^e régime)

Le 28^e régime (ex-26^e régime) est un *corpus* de règles communautaires optionnel, qui coexiste avec les ordres juridiques nationaux des 27 États membres. Dans sa philosophie, le 28^e régime permet, tout en contournant les difficultés liées à la réalisation de la convergence des droits nationaux, d'abolir les entraves éventuelles liées aux disparités des droits des États membres en laissant la possibilité aux ressortissants communautaires d'opter ou non pour un régime unique, applicable indifféremment dans tous les États membres. Ce régime place ainsi les acteurs économiques sur un pied d'égalité concurrentielle au sein du territoire de l'Union.

S

Scission

Une scission est une opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé en plusieurs fractions simultanément transmises à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles. La société scindée est dissoute et ses associés reçoivent, en échange de leurs apports, des actions de la société bénéficiaire.

Siège réel/siège statutaire

Le système du «siège réel» consiste à appliquer à une société le droit de l'État sur le territoire duquel elle a son principal établissement ou son administration centrale, et non celui de l'État où elle est immatriculée. Le siège social réel est défini objectivement par l'existence en un seul lieu d'éléments matériels démontrant que la société y dispose du centre de ses intérêts. Le système du «siège statutaire» (autrement appelé «théorie de l'incorporation»), consiste à appliquer

à la société la loi du lieu de sa constitution, généralement par l'enregistrement ou le dépôt de l'acte constitutif, qui doit en principe correspondre au siège indiqué dans les statuts. Il s'agit d'un système unitaire, la même loi conférant la personnalité et régissant les divers aspects de droit des sociétés.

Société anonyme (SA)

La société anonyme de droit français est une société commerciale dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Elle doit obligatoirement compter au minimum sept actionnaires. Son capital social minimum s'élève à 37 000 euros. Sa structure de gestion peut être moniste (SA avec un conseil d'administration) ou dualiste (SA avec directoire et conseil de surveillance). La société anonyme peut faire appel public à l'épargne.

Société par actions simplifiée (SAS)

La société par actions simplifiée de droit français est une société commerciale dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Régie en grande partie par ses statuts, il s'agit d'une forme sociale souple qui laisse une place importante à la liberté contractuelle. La société par actions simplifiée peut ne comprendre qu'un seul associé. Son capital social minimum est fixé à 37 000 euros. Elle est représentée à l'égard des tiers par un président, qui peut être une personne morale. Ses statuts déterminent librement la nature et les fonctions des organes de direction. La société par actions simplifiée ne peut pas faire appel public à l'épargne.

Supervision

La supervision prudentielle recouvre l'ensemble des dispositifs mis en œuvre par les autorités de supervision dans les secteurs bancaire, financier et des assurances en vue de maintenir leur stabilité.

T

Territorialité de l'impôt sur les sociétés

Certains pays, comme la France, pratiquent une territorialité stricte (ou restreinte), c'est-à-dire qu'ils limitent leurs droits à imposer les bénéfices des sociétés aux seules activités réalisées sur leur territoire par des établissements stables. Les activités réalisées par les établissements stables (succursales) d'une société installés dans un autre pays ne sont pas imposables dans le pays du siège de la société.

Transmission universelle de patrimoine

La transmission universelle de patrimoine est l'opération par laquelle l'ensemble des éléments d'actif et de passif composant le patrimoine d'une société est transféré au profit d'une ou plusieurs autres sociétés qui le recueillent en tout ou partie. Ces sociétés se substituent à la société dont le patrimoine est transmis dans tous ses biens, droits ou obligations.

U, V, W, X, Y, Z

Annexe X

Sigles

ACCIS :	Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés
AG :	<i>Aktiengesellschaft</i> , société anonyme de droit allemand
AMF :	Autorité des marchés financiers
BRITE :	Business Register Interoperability Throughout Europe
CE (Traité) :	Traité instituant la Communauté européenne
CEA :	Comité des entreprises d'assurance
CECEI :	Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
EEE :	Espace économique européen
GEIE :	Groupement européen d'intérêt économique
GSN :	Groupe spécial de négociation
GmbH :	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i> , société à responsabilité limitée de droit allemand
OPCVM :	Organisme de placement collectif en valeurs mobilières
SA :	Société anonyme
SARL :	Société à responsabilité limitée
SAS :	Société par actions simplifiée
SCE :	Société coopérative européenne
SE :	Société européenne
SPE :	Société privée européenne

Table des matières

Remerciements	3
Introduction	7
La SE, une idée qui remonte aux origines de la construction européenne	7
La SE, une idée dont la concrétisation vient à son heure	12
Chapitre 1	
La voie originale du droit transnational	19
Les vertus de la reconnaissance d'une personnalité juridique européenne	19
La SE, facteur d'intégration du marché intérieur	20
La SE et la « citoyenneté européenne » des entreprises	21
Une pluralité de rattachement aux normes	26
La dénaturation de la notion de règlement communautaire	27
La complexité du système des renvois aux droits nationaux	31
Chapitre 2	
Qu'est-ce que la SE ?	37
Des modes de création très encadrés	40
Des conditions d'extranéité et d'antériorité	40
Participation des sociétés des pays tiers à la création d'une SE	41
Les quatre modes de constitution d'une SE	42
La SE issue d'une fusion transfrontalière	42
La SE holding	49
La SE filiale	51
La SE par transformation d'une SA	51
Des modes de gouvernance classiques	52
Les éléments de stabilité	52
<i>Le capital</i>	52
<i>Le siège social</i>	54
La gouvernance	55
<i>Les organes sociaux</i>	55
<i>Les actionnaires</i>	57

La mobilité	59
<i>Le transfert de siège</i>	59
<i>Les fusions transfrontalières de SE</i>	62
Chapitre 3	
Modèle social et neutralité fiscale de la SE	65
Le modèle social de la SE	65
La primauté accordée au dialogue	66
<i>La représentativité du groupe spécial de négociation (GSN)</i>	67
<i>Des règles de fonctionnement protectrices</i>	68
L'accord	68
<i>Le principe «Avant / Après»</i>	68
<i>La conclusion de la négociation</i>	71
L'avenir du modèle social de l'entreprise communautaire	74
La neutralité fiscale des opérations transfrontalières de la SE	77
La SE et la fiscalité de la mobilité des structures	78
<i>Un contexte longtemps dissuasif</i>	78
<i>Des améliorations apportées par la Commission et par la Cour de justice européenne</i>	79
La société européenne et la fiscalité des bénéfices	84
<i>L'inadaptation du cadre fiscal actuel aux impératifs de la SE</i>	85
<i>Des actions en perspective</i>	87
Chapitre 4	
Premières expériences vécues par les entreprises ayant choisi le statut de SE	91
Premier bilan des premières expériences	92
Panorama des SE créées ou en cours de création dans la zone EEE	93
Les expériences concrètes	98
<i>Les SE immatriculées</i>	98
<i>Les SE en cours de création</i>	100
Les SE à l'épreuve des réalités nationales	104
Pourquoi s'immatriculer en tant que SE dans un pays plutôt qu'un autre ?	104
<i>L'attitude des États</i>	104
<i>La concurrence des droits</i>	106
Pourquoi opter pour le statut de SE ?	110
<i>Les difficultés</i>	110
<i>Les avantages</i>	112
Chapitre 5	
Propositions pour une nouvelle étape	119
La création de la SE	121
La coopération transfrontalière	121
La mobilité	123

Gouvernance et autonomie statutaire	125
Vers un registre européen des sociétés	126
La fiscalité de la SE	128
Pour un «Forum européen du droit international privé»	128
De quelques retouches pouvant être apportées à la réglementation française sur la SE	130
Conclusion	133

ANNEXES

Annexe I

Personnalités consultées	137
France	137
Allemagne	143
Royaume-uni	144
Belgique	145

Annexe II

Textes de référence	147
1. Traité instituant la Communauté européenne	147
2. Textes communautaires relatifs à la société européenne	147
3. Textes français relatifs à la société européenne	147

Annexe III

Annexes techniques	149
1. Tableau des options ouvertes par le règlement	149
3. Les entités de droit communautaire	156
4. Directives en cours de transposition ou d'adoption en droit communautaire des sociétés	161

Annexe IV

Les SE immatriculées	166
-----------------------------	------------

Annexe V

Points de vue des organisations professionnelles	171
1. Réponses de l'AFEP au questionnaire sur la SE	171
2. Réponses du BDI au questionnaire sur la SE	178
3. Réponses de la CBI au questionnaire sur la SE	181
4. Réponses de la CCIP au questionnaire sur la SE	185
5. Extraits de la contribution du CSN	190
6. Contribution du CNG	195
7. Évaluation du statut de la SE et position du MEDEF	201
8. Contribution de l'UNICE	208

Annexe VI	
Libres propos des entreprises	215
1. Contribution d'Allianz SE	215
2. Contribution d'Elcoteq SE	219
3. Contribution de France Télécom sur les voies d'amélioration de la société européenne	221
4. Contribution de PSA Peugeot Citroën	224
5. Contribution de Renault	234
6. Contribution du groupe SCOR	235
7. Contribution de la Société générale sous la forme de réponses au questionnaire sur la SE	237
Annexe VII	
Libres opinions sur le volet social de la SE	251
1. Contribution de Jean-Jacques Cette : création d'une société européenne par l'assureur allemand Allianz, actionnaire majoritaire de l'assureur français AGF	251
2. Contribution de Norbert Kluge, chercheur senior ETUI-REHS et Michael Stollt, chercheur ETUI-REHS : La société européenne (SE) – Premières expériences de l'application de ce nouvel élément du droit européen des sociétés. Examen du point de vue des salariés	258
Annexe VIII	
Contributions des experts	269
1. Contribution du professeur Bartman sous la forme de réponses au questionnaire sur la SE	269
2. Contribution des professeurs Benedettelli et Rescio (avec la participation de Vittorio Salvadori) : rapport italien adressé à Noëlle Lenoir dans l'intérêt du ministère de la Justice français et réalisé sur la base du questionnaire sur la SE	272
3. Contribution de maîtres Dammann et Volk : l'introduction de la société européenne en droit allemand	283
4. Contribution de maître Dammann et du professeur Menjucq : l'Union devrait ranger parmi ses priorités l'unification des règles de droit international privé concernant les sociétés commerciales	292
5. Contribution du professeur Fairgrieve et de F. Medjouba : la <i>Societas Europaea</i> au Royaume-Uni	299
6. Contribution du professeur Menjucq : note sur la « citoyenneté européenne » de la SE	306
Annexe IX	
Glossaire	311
Annexe X	
Sigles	317