

## L'avenir de la « Societas Europaea »

**U**NE SOCIÉTÉ COMMERCIALE disposant d'un statut pleinement européen, et non pas seulement d'un statut national reconnu dans les autres Etats membres : voilà ce que souhaitait créer le législateur européen en imaginant la Societas Europaea.

### Introduction

#### A. — La longue marche vers l'émergence juridique de la Societas Europaea<sup>1</sup>

Le statut de la *Societas Europaea* (« S.E. ») est régi par deux textes communautaires en date du 8 octobre 2001 : le règlement CE n° 2157/2001 (ci-après le règlement)<sup>2</sup> qui organise son statut de droit commercial et la directive CE n° 2001/86<sup>3</sup> qui définit, au plan du droit social, les conditions de l'implication des travailleurs nécessairement attachée à ce statut. A ces deux textes qui concernent spécifiquement la S.E., il faut ajouter la directive du 17 février 2005 modifiant la directive du 23 juillet 1990 portant sur « un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents », visant toutes les sociétés de capitaux<sup>4</sup>. Cette directive consacre la « neutra-

lité fiscale » des opérations transnationales menées en Europe, que la société concernée décide de transférer son siège d'un Etat à l'autre, ou qu'elle soit absorbée dans le cadre d'une fusion par une société située dans un Etat autre que le sien. Visant toutes les sociétés de capitaux, ce texte a vocation à s'appliquer plus particulièrement aux S.E. en raison des facilités de mobilité intracommunautaire que leur offre leur statut.

L'idée de créer des sociétés de statut communautaire, bénéficiant d'une liberté de circulation sur le marché européen comparable à celle dont les sociétés de droit local jouissent sur leur marché domestique, est ancienne. C'est en effet dès 1949 qu'au sein du Conseil de l'Europe fut envisagé un statut de « compagnies européennes » censé contribuer, à travers le regroupement des facteurs de production, à la reconstruction économique d'un continent qui ne s'était pas totalement relevé de la guerre.

On retrouve là l'inspiration qui conduira, peu de temps après, à l'institution, de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.) par le Traité de Paris du 18 avril 1951. Dotée d'une haute autorité aux pouvoirs supranationaux, la C.E.C.A. avait pour objectif la mise en commun des moyens indispensables au développement industriel de l'époque. L'établissement du marché commun, dans le cadre de la Communauté économique européenne (C.E.E.) issue du Traité de Rome du 25 mars 1957, a répondu à ce même souci de créer des solidarités de fait entre les Etats membres et entre leurs ressortissants. Il s'agissait non seulement de prévenir tout nouveau conflit, mais également de soutenir la croissance, source de bien-être pour les populations. C'est dans cet esprit que le projet de créer un statut de société européenne en mesure de se déployer librement à l'échelle du marché unique a été repris après 1958.

Le projet a toutefois été mis en sommeil jusqu'à un mémorandum présenté par le gouvernement français en 1965<sup>5</sup>, incitant la Commission euro-

péenne à s'emparer véritablement du sujet. Un groupe d'experts, juristes de haut niveau, est alors chargé d'élaborer un texte. Le rapport de ce groupe, présidé par le professeur Sanders<sup>6</sup>, est rendu public en 1967. Il marque un tournant. Pour la première fois, le statut de la S.E. faisait l'objet de propositions aussi précises qu'innovantes. Aussi la Commission suivit-elle la plupart des suggestions du rapport Sanders qui sont reflétées dans ses premiers propositions de règlement de 1970<sup>7</sup> puis de 1975.

Il a toutefois fallu encore trente ans avant que la S.E. ne voit le jour. Jamais dans l'histoire de l'Europe, une législation communautaire n'aura connu une gestation aussi longue.

Cette lenteur inégalée du processus d'adoption du statut de la S.E. tient du paradoxe. Logiquement, les besoins du marché unique auraient dû encourager le législateur communautaire, en particulier les Etats au sein du Conseil, à accélérer la mise en place de la S.E. pour faciliter le déploiement de leurs entreprises dans l'espace économique européen<sup>8</sup>. De manière générale, la priorité aurait dû être de favoriser à cet effet la mobilité des entreprises sur le marché.

Il n'en a pas été ainsi. Par « patriotisme économique » plus ou moins avoué, ou par désir

(1) Pour une étude plus substantielle, voy. rapport en français intitulé « La Societas Europaea ou S.E. - Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise » par Noëlle Lenoir, Paris, 2007, La documentation française et en anglais intitulé « The Societas Europaea or S.E. : The new European Company », Paris, HEC European Institute, 2007.

(2) Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne, J.O. L 294 du 10 novembre 2001.

(3) Directive CE n° 2001/86 du Conseil, du 8 octobre 2001, complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, J.O. L 294 du 10 novembre 2001.

(4) Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, pour un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents (J.O. L 225 du 20 août 1990) modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE (J.O. L 58 du 4 mars 2005, pp. 19-27) et la directive 2006/98/CE du Conseil du 20 novembre 2006 portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la fiscalité, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, J.O. L 363 du 20 décembre 2006, pp. 129-136.

(5) La France a joué un rôle actif dans la relance du projet de la S.E., que ce soit par le biais d'initiatives privées

(congrès des notaires de Tours (1959)) ou gouvernementales (mémorandum du 15 mars 1965 incitant la Commission à former un groupe d'experts chargé d'élaborer un avant-projet de statut de la S.E.). C'est enfin sous les auspices de la présidence française, lors du Conseil européen de Nice de décembre 2000, qu'a été trouvé l'accord politique sur la S.E.

(6) Alors doyen de la Faculté de droit de Rotterdam.

(7) « Proposition de règlement CEE du Conseil portant statut de la société anonyme européenne », J.O.C.E., 10 octobre 1970, n° C.124.

(8) Le statut de la S.E. est applicable non seulement au sein de l'Union européenne mais également dans les pays de l'Espace économique européen (E.E.E.). Pour mémoire, l'E.E.E. est issu d'un accord d'association conclu entre les Etats membres de l'Union européenne et les membres de l'A.E.L.E., à l'exception de la Suisse. Cet accord, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, vise à créer un espace économique homogène fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales et reposant sur l'égalité, la réciprocité et l'équilibre général des avantages, des droits et des obligations des parties contractantes.

(que l'on peut comprendre) de préserver leurs ressources fiscales, les Etats ont eu — et ont toujours — du mal à admettre que les entreprises disposent d'une réelle liberté de mouvement dans l'Union. Le droit d'établissement des personnes morales, pourtant clairement affirmé à l'article 43 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE)<sup>9</sup>, se heurte encore à des obstacles et ce, malgré les notables avancées de la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.)<sup>10</sup>. Quant à la S.E., en tant qu'entité juridique transnationale, son statut n'a été finalisé qu'après des décennies de discussions acharnées et au prix d'un compromis qui, il faut l'avouer, n'est pas parfaitement satisfaisant.

D'où le paradoxe suivant : en dépit des impératifs du marché, les individus ont plus de facilité que les entreprises pour se déplacer sans contraintes (notamment dans l'espace Schengen)<sup>11</sup>.

Dès l'origine, la Communauté s'est en effet montrée soucieuse de donner à la liberté de circulation des personnes physiques, prévue par l'article 39 du Traité, sa pleine efficacité. En attestent à la fois les textes de base adoptés dès les années 1960-1970<sup>12</sup> et l'abondante jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Impliquant au départ avant tout les travailleurs, puis étendue à leurs familles et à d'autres catégories de personnes (étudiants, titulaires de pensions et de rentes et tout citoyen de l'Union en général), cette liberté de circulation est très large s'agissant des emplois salariés<sup>13</sup> et pratiquement sans entraves

pour ce qui est de l'accès à des activités non salariées.

La liberté de circulation des personnes morales s'est concrétisée quant à elle plus progressivement, en raison des difficultés des Etats membres à trouver un accord sur sa mise en œuvre. L'échec de la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, jamais entrée en vigueur<sup>14</sup> et les blocages toujours actuels empêchant l'adoption de la quatorzième directive<sup>15</sup> illustrent la réticence des Etats à admettre que les entreprises disposent d'un entier droit d'établissement.

Aussi, alors que l'article 48 du Traité CE assimile les personnes morales aux personnes physiques<sup>16</sup>, les personnes morales ont une liberté de mouvements moindre que les citoyens européens. Les entreprises bénéficient d'un droit d'établissement « secondaire » (création d'agences, de succursales, ou de filiales) mais non « primaire » (transfert de siège et fusion transnationale<sup>17</sup>). C'est en ce sens que le statut de la S.E., qui garantit à cette dernière une véritable mobilité transnationale, ouvre la voie à la reconnaissance d'une citoyenneté européenne des entreprises.

## B. — Un statut communautaire, mais un ancrage national

Il y a cependant loin entre l'ambition de départ et le compromis final traduit par le règlement et la directive de 2001. Les premiers projets de statut de S.E., notamment la proposition de la Commission de 1970, procédaient d'une logique nettement fédérale. Cette proposition ne portait pas seulement sur les aspects de droit commercial du statut de la S.E. Elle comportait également des dispositions sur sa fiscalité, ses normes comptables et sur son dispositif social avec l'institution d'un comité d'entreprise européen. La S.E. devait représenter un nouveau modèle original de société commerciale régie par un droit communautaire autonome<sup>18</sup>. Son statut, très complet,

queraient aux ressortissants des nouveaux Etats membres qu'à l'issue d'une période transitoire.

(14) Le texte de cette convention, rédigé par le professeur Berthold Goldman, est reproduit avec son rapport à la R.T.D. eur., 1968, p. 400. Voy. la contribution de Laurence Idot : « A propos de la libre circulation des entreprises », *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, sous la direction de Philippe Fouchard et Louis Vogel, L.G.D.J., éditions Panthéon-Assas, Paris, 2004.

(15) Cette directive relative au transfert de siège des sociétés de capitaux d'un Etat membre à l'autre a fait l'objet d'une consultation publique du 26 février 2004 (communiqué de presse de la Commission IP/04/270). Cfr infra.

(16) Selon l'article 48 :

« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat 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 présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres.

» Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif ».

(17) En l'attente de la transposition de la directive CE 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, sur les fusions transnationales des sociétés de capitaux (J.O. L 310, du 25 novembre 2005, pp. 1-9). Cette transposition devrait en principe intervenir dans les Etats membres au plus tard le 15 décembre 2007.

(18) En ligne avec cette idée, la Cour de justice se voyait confier l'examen de la question de l'appartenance d'une

devait être en tous points uniforme dans l'ensemble de la Communauté<sup>19</sup>. En d'autres termes, les entreprises devaient avoir le choix entre un statut de droit local (déterminé par le pays d'implantation de leur siège social) et le statut de S.E. relevant uniquement du droit communautaire et donc identique d'un Etat à l'autre. La S.E. avait ainsi vocation à être le parangon du « vingt-huitième régime »<sup>20</sup>.

Cette conception d'un droit communautaire, certes optionnel dans le cas de la S.E., mais indépendant des systèmes juridiques nationaux, a vite fait long feu. Force est de le constater : en dehors du droit de la concurrence et de la politique monétaire<sup>21</sup>, aucun régime juridique véritablement transnational n'est venu s'ajouter aux deux premiers. Le droit des sociétés reste ancré dans les cultures nationales et les textes d'harmonisation dont il fait l'objet laissent subsister de fortes disparités entre Etats.

L'évolution des multiples propositions modificatives du statut de la S.E. a mis à jour les divergences d'intérêt existant entre les Etats (administrations fiscales), les acteurs économiques (dirigeants des sociétés, actionnaires et créanciers) et les acteurs sociaux (salariés et représentants syndicaux). De sorte que le texte final laisse aux Etats membres une large marge d'initiative pour moduler discrétionnairement le statut de la S.E. en fonction de leurs traditions juridiques, et de leurs choix politiques et économiques.

La proposition d'origine de la Commission a été amputée de plusieurs chapitres. Le dispositif fiscal a disparu, renvoyant au dilemme toujours actuel entre une harmonisation fiscale favorable aux entreprises et la préservation de la souveraineté des Etats membres en ce domaine. Pourtant la Commission ne proposait pas de révoluer la matière. En 1970, elle indiquait que « la société anonyme européenne doit 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 »<sup>22</sup>. Pour éviter cependant les inconvénients de cette absence de *corpus* fiscal, les premières versions du règlement prévoyaient que les actionnaires d'une S.E. créée par fusion ne pouvaient être imposés sur les plus-values constatées lors de l'échange des titres. Sur tout, elles prévoyaient un système de

S.E. à un groupe de sociétés au sens de la proposition de règlement et le contrôle de la régularité de la constitution de la S.E. Un registre européen du commerce, tenu par la Cour, était mis en place pour les formalités d'immatriculation des S.E.

(19) Certains aspects ont néanmoins été exclus dès le départ du régime communautarisé de la S.E., tels que le droit administratif, le droit des professions industrielles et commerciales, le droit de la concurrence, le droit pénal, le droit de la propriété intellectuelle ou encore l'insolvabilité.

(20) Par vingt-huitième régime (ex-vingt-sixième régime), il faut entendre un *corpus* de règles communautaires de caractère optionnel, coexistant avec les ordres juridiques nationaux des vingt-sept Etats membres. Dans sa philosophie, le vingt-huitième régime permet, tout en contournant les difficultés de la réalisation de la convergence des droits nationaux, d'abolir les entraves liées à leurs disparités en laissant la possibilité aux ressortissants communautaires d'opter pour un régime unique, applicable indifféremment dans tous les Etats membres.

(21) Et vis-à-vis de l'extérieur, l'union douanière et la politique commerciale commune.

(22) Considérant n° 13 de la proposition de règlement de 1970 précitée.

### (9) Article 43 :

« Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre.

» La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

(10) La Cour a consacré à plusieurs reprises la liberté d'établissement des personnes morales (voy. notamment les arrêts *Centros* du 9 mars 1999, aff. C-212/97 (Rec., 1999, p. I-1459); *Überseering* du 5 novembre 2002, aff. C-208/00 (Rec., 2002, p. I-9919); *Inspire Art* du 30 septembre 2003, aff. C-167/01 (Rec., 2003, p. I-10155) (cfr infra).

(11) La Convention de Schengen du 19 juin 1990, maintenant intégrée dans le Traité établissant la Communauté européenne (T.C.E.) a créé un espace au sein duquel les frontières intérieures sont abolies et qui n'est plus délimité que par une frontière extérieure unique où les contrôles d'entrée sont réalisés selon des procédures identiques. Cet espace regroupe vingt-deux Etats membres de l'Union européenne ainsi que l'Islande et la Norvège (et prochainement la Suisse), à l'exclusion de l'Irlande et du Royaume-Uni.

(12) Tels que le règlement CEE du 15 octobre 1968 n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (J.O. C du 19 octobre 1968, L 257, rectificatif au J.O. C du 7 décembre 1968, L 259 p. 12), la directive du 15 octobre 1968, n° 68/360/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (J.O. C du 19 octobre 1968, L 257, p. 13) ou encore la directive du 21 mai 1973 n° 73/148/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (J.O. C du 28 juin 1973, L 172, p. 14).

(13) Après l'élargissement du 1<sup>er</sup> mai 2004, certains Etats ont été en droit de décider que les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs ne s'appli-

compensation des pertes des établissements stables de la S.E., ainsi que des filiales détenues à au moins 50%. Par ailleurs, les transferts de siège de la S.E. devaient se faire en franchise d'impôts, sous condition de résidence d'au moins cinq ans dans l'Etat d'origine. La jurisprudence récente de la Cour de justice, de même que la directive du 23 juillet 1990 modifiée par celle du 17 février 2005<sup>23</sup> ont partiellement redonné vie à ce dispositif pour toutes les sociétés de capitaux, mais sans que la S.E. ne bénéficie à cet égard d'aucun avantage spécifique.

Ont également été retirées du règlement CE n° 2157/2001 les dispositions concernant l'harmonisation des comptes annuels (prévues maintenant par des textes de portée générale<sup>24</sup>) et le comité d'entreprise européen (dont la création peut être décidée par n'importe quel groupe européen<sup>25</sup>).

Le deuxième type important de modifications a porté sur le statut social de la S.E. S'il est un domaine qui singularise la S.E., c'est bien en effet celui du droit du travail. Le statut de la S.E. comporte un volet commercial et un volet social, ce dernier faisant finalement l'objet d'un texte à part : la directive précitée du 8 octobre 2001. Celle-ci instaure un mécanisme de négociation à mettre en place à l'échelle de toutes les unités (filiales et autres établissements) de la société<sup>26</sup> qui doit déboucher sur la définition du système d'implication des travailleurs propre à chaque S.E.<sup>27</sup>. Le dispositif de la directive de 2001 est le « complément indissociable » du statut commercial de la S.E. et aucune société européenne ne peut être immatriculée s'il n'a été intégralement respecté.

La troisième évolution par rapport au projet initial du statut de la S.E. a conduit à bouleverser la philosophie même de la réforme. Loin de constituer une forme sociale autonome, la S.E. n'est plus dotée *in fine* que d'un statut communautaire « cadre ». Complété et précisé par les dispositions du droit de l'Etat du siège de l'entreprise, le statut de la S.E. y perd en cohérence. Il en résulte qu'une S.E. immatriculée dans un Etat est plus proche d'une société anonyme nationale que d'une S.E. immatriculée chez le voisin. La S.E. aurait pu être au moins l'occasion d'harmoniser la protection des actionnaires et des créanciers directement concernés par les opérations transnationales encouragées par son statut. Car ces opérations ont pour effet de

changer le droit qui leur est applicable. On peut regretter que sur ce point capital, un consensus n'ait pu être dégagé.

Le règlement CE n° 2157/2001, pour ce qu'il ne traite pas, renvoie en son article 9 aux Etats le soin de fixer — soit dans des dispositions spécifiques, soit au titre du droit commun de leurs sociétés anonymes — les dispositions applicables à la S.E. L'article en question précise que « les dispositions des statuts de chaque S.E. s'appliquent dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre où la S.E. a son siège statutaire », ce qui veut dire que la liberté statutaire de la S.E. peut être plus ou moins sérieusement encadrée selon les Etats. Enfin, en rappelant que les législations nationales sur la S.E. « doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes... », l'article 9 du règlement souligne — s'il en était besoin — le caractère partiel du statut de la S.E., les directives communautaires sur le droit des sociétés et sur le droit boursier restant une source importante pour combler les lacunes de son régime juridique<sup>28</sup>.

Le renvoi opéré par le règlement CE n° 2157/2001 aux droits des Etats membres ne constitue pas nécessairement un handicap. Il peut même faciliter l'acclimatation des systèmes juridiques nationaux à la S.E. comme forme sociale nouvelle, tout en ménageant les traditions étatiques. Après tout, le système qui s'applique aux Etats-Unis en matière de droit des sociétés<sup>29</sup> s'en rapproche. La vraie difficulté provient du fait que les Etats, faute de pouvoir s'accorder sur certains points essentiels, ont multiplié les options possibles. Cette application « à la carte » du règlement va à l'encontre de la conception même d'un statut de droit communautaire<sup>30</sup>.

La généralisation des systèmes d'option dans la législation communautaire nuit à sa lisibilité et à sa crédibilité ainsi qu'à la sécurité juridique<sup>31</sup>. La complexité du droit qui en résulte constitue en outre une charge financière et administrative qui pèse sur les entreprises.

Pour y remédier, on peut soit simplifier les textes en vue d'une harmonisation plus poussée, soit supprimer des pans entiers de la législation communautaire. C'est cette seconde option qui est proposée, dans le cadre du programme d'action « Mieux légiférer » en matière de droit des sociétés, pour ce qui concerne notamment les fusions et scissions<sup>32</sup>. Plutôt que de revenir sur des textes ayant permis de rapprocher les pratiques des Etats membres, il paraîtrait plus efficace de limiter les possibilités offertes aux Etats de moduler comme bon leur semble des textes communautaires destinés en principe à unifier les règles qui s'appliquent aux entreprises. L'harmonisation législative a l'avantage — par rapport à la déréglementation — de concilier le souci d'alléger les charges des entreprises et la nécessaire protection des intérêts de leurs *stakeholders* : actionnaires, salariés ou créanciers.

En dépit de ses faiblesses congénitales, le statut de la S.E. présente des avantages sans équivalent, du fait notamment de la liberté de circulation dont jouit la SE et qui est supérieure à celle de tout autre type de société commerciale en Europe.

Si les conditions de création d'une S.E. sont strictement encadrées (I), son statut communautaire constitue pour elle un atout en termes de gouvernance et surtout de mobilité (II).

## Comment créer une S.E. ?

Le législateur communautaire a souhaité limiter les possibilités du recours à la formule de la S.E., reflétant la crainte des Etats de voir leurs entreprises se constituer en S.E. pour ensuite échapper à leur contrôle. Ceci explique d'une part, que la création d'une S.E. ne soit pas possible *ex nihilo* (1.1), et, d'autre part, que les modes de constitution d'une société en S.E. soient strictement encadrés (1.2).

### 1.1. — Des conditions renvoyant à la mise en œuvre d'un projet véritablement européen

Avant d'aborder les modalités de la création d'une S.E., sans doute faut-il mentionner les raisons qui poussent les entreprises à opter pour ce statut. Clairement, c'est la mobilité transnationale de la S.E. qui rend attractif son statut. Toutefois, au-delà de ce motif, l'expérience montre que la constitution d'une S.E. est également et peut-être même avant tout le fruit d'une volonté d'affirmer l'identité européenne de l'entreprise (traduite par l'adjonction du sigle S.E. au nom de la firme).

Cette motivation d'ordre psychologique transparaît à travers les déclarations des dirigeants

(32) Voy. le communiqué de presse en date du 12 juillet 2007 dans lequel « La Commission présente sa vision sur la simplification du droit communautaire des sociétés, de la comptabilité et du contrôle des comptes » (IP/07/1087).

(23) Voy. note 4, *supra*.

(24) Voy. notamment la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54, § 3, g, du Traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (J.O. L 222 du 14 août 1978) dont la dernière modification en date a été opérée par la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (J.O. L 224 du 16 août 2006).

(25) 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 (J.O. L 254, 30 septembre 1994), modifiée par la directive 97/74/CE (J.O. L 10, 16 janvier 1998).

(26) Ou des sociétés participantes en cas particulier de fusion.

(27) Voy. *infra*.

(28) Les directives communautaires sur le droit des sociétés proprement dit influent sur divers aspects de la S.E. : la publicité pesant sur elle, la comptabilité (comptes annuels et consolidés), la constitution, le maintien et les modifications (réductions/augmentations) de son capital, les fusions et les scissions. Quant aux directives en droit boursier applicables aux seules S.E. faisant appel public à l'épargne, elles rendent leurs actionnaires et les tiers mieux à même de faire valoir leurs droits à l'occasion d'opérations transnationales. A cet égard, il convient de mentionner la toute récente directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, qui en facilitant le vote transnational aux assemblées générales trouve un champ privilégié d'application au niveau de la S.E.

(29) Voy. en ce sens l'article « The US Corporate Elephant » d'Alan R. Palmiter, in *Wake Forest*, Univ. Legal Studies, Paper N° 05-05, février 2005, qui résume les rapports du droit fédéral des sociétés avec les droits des sociétés des états fédérés par la phrase suivante : « State corporation law provides the framework, with federal law in a supportive role [...] ».

(30) V. Magnier, « Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés », tome 317, L.G.D.J., thèses (1999).

(31) C'est même un système de « double option » que prévoit l'article 12 de la directive n° 2004/25 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, concernant les offres publiques d'acquisition (voy. sur ce point, Alain Pietrancosta et Anne Marechal, « Transposition de la directive O.P.A. : des incertitudes entourant le recours à la "clause de réciprocité" », *Lexbase Hebdo*, n° 189, 10 novembre 2005).

des grandes entreprises telles qu'Allianz S.E.<sup>33</sup>, le groupe Scor<sup>34</sup> ou Fresenius S.E.<sup>35</sup>. Elle renforce la vision d'une S.E. en tant que concrétisation d'un projet de développement européen déjà engagé à travers l'implantation de filiales et succursales dans divers Etats membres. Non seulement une S.E. ne peut, suivant cette logique, être créée *ex nihilo* (a); mais les entreprises des pays tiers ne peuvent en principe participer à sa constitution, sauf si les Etats membres en décident autrement pour les S.E. immatriculées sur leur territoire (b).

#### a) La S.E. ne peut être créée ex nihilo

La S.E. ne peut être créée directement par des personnes physiques. Et les sociétés à la base de sa création doivent en outre être des personnes morales ayant déjà une dimension transnationale européenne (article 2 du règlement CE n° 2157/2001).

Lorsque la S.E. est créée par voie de fusion, les sociétés participant à l'opération doivent être situées dans au moins deux Etats membres différents. Pour pouvoir constituer une S.E. holding ou une S.E. filiale, elles doivent soit relever du droit d'Etats membres différents, soit posséder au moins une filiale ou une succursale implantée dans un Etat membre autre que celui de leur siège statutaire et ce, depuis deux années. Enfin, pour pouvoir être transformée en S.E., la société doit avoir depuis deux ans au moins une filiale relevant du droit d'un autre Etat membre. Comme le fait remarquer le professeur Michel Menjucq : « la société européenne n'est pas une société de sociétés, car elle peut n'avoir que des actionnaires personnes physiques lors de son immatriculation, par exemple, en cas de constitution d'une S.E. holding; toutefois, même dans ce cas, des personnes morales ayant en l'occurrence la forme de société anonyme et/ou de société à responsabilité limitée, doivent être à l'initiative du projet de constitution en promouvant l'opération »<sup>36</sup>.

#### b) Une S.E. est avant tout issue de sociétés ayant leur siège dans la Communauté

La S.E. bénéficie *a priori* en quelque sorte d'une « préférence communautaire ». Si les Etats n'en décident pas autrement, en effet, seules les sociétés ayant leur siège statutaire dans la Communauté peuvent participer à sa création (article 2.5 du règlement CE n° 2157/2001).

(33) Allianz S.E., un champion mondial de l'assurance, a été immatriculé à Munich le 13 octobre 2006. Voy. le communiqué de presse de son président en date du 16 octobre 2006 : « Diemann : Allianz is a European company at heart ».

(34) Premier réassureur français, et cinquième mondial, le groupe Scor a désormais trois S.E. constituées : Scor S.E., Scor P&C S.E. et Scor Global life S.E., toutes trois immatriculées au registre du commerce et des sociétés de Nanterre (source : supplément au *Journal officiel de l'Union européenne*).

(35) Fresenius S.E. est un groupe spécialisé dans le domaine de la santé, notamment les dispositifs médicaux, immatriculé à Bad Homburg en Allemagne le 13 juillet 2007.

(36) Michel Menjucq, « Quels sont les attraits de la société européenne par rapport aux autres types de sociétés françaises? », in *Revue Lamy - Droit des affaires*, juin 2007. Voy. également, dans la même revue, Noëlle Lenoir, « Pourquoi choisir le statut de société européenne? ».

Dans le cas où les Etats optent pour cette possibilité, encore faut-il cependant que la société concourant à la constitution de la S.E. ait « un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre »<sup>37</sup>.

Les Etats qui ont levé cette option en permettant à des sociétés de pays tiers de participer à la constitution d'une S.E. sont notamment les pays scandinaves (Danemark, Finlande et Suède), la Belgique, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, ainsi que — parmi les nouveaux Etats membres — la Pologne et la Slovaquie. Ni l'Allemagne, ni la France n'ont en revanche ouvert cette possibilité.

Le fait que certains Etats n'aient pas souhaité admettre la participation de sociétés des pays tiers à la création d'une S.E. n'empêche pas les filiales des groupes de ces pays ayant leur siège en Europe de le faire. On peut citer la création de Schering-Plough S.E., filiale du groupe américain, immatriculée au Royaume-Uni (le 22 février 2005). Son but est de faciliter l'application de la directive du 4 avril 2001 sur les essais cliniques<sup>38</sup> en ce qui concerne la désignation d'une « personne qualifiée responsable » de la bonne exécution des obligations imposées par le texte<sup>39</sup>.

### 1.2. — Des modalités de création strictement encadrées

Le règlement CE 2157/2001 précise avec un grand luxe de détails les procédures de création d'une S.E.. Il s'agit — dans l'ordre du règlement — de la fusion, de la création d'une S.E. holding, de la création d'une S.E. filiale et enfin de la transformation. Ce n'est pas un hasard si la fusion est mentionnée avant les autres, car la finalité première de la S.E. est de servir d'outil « d'adaptation des structures de production à la dimension de la Communauté »... ce qui « suppose que les entreprises existantes d'Etats membres différents aient la faculté de mettre en commun leur potentiel par voie de fusion. » (considérants 1 et 2 du préambule du règlement).

Les quatre procédures prévues pour la constitution d'une S.E. sont ainsi : la fusion transnationale (a); la création d'une S.E. holding (b); celle

(37) Cette formule renvoie au titre 1, intitulé « Bénéficiaires » du programme général de 1962 pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement (programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services, J.O. C n° 002 du 15 janvier 1962 pp. 32-35), qui incluait notamment dans sa définition de bénéficiaires, « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté à condition que, dans le cas où elles n'ont que leur siège statutaire à l'intérieur de la Communauté, leur activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre, étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité, notamment des associés ou des membres des organes de gestion ou de surveillance ou de personnes détenant le capital social ».

(38) Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, J.O. L 121 du 1<sup>er</sup> mai 2001, pp. 34-44.

(39) Voy. l'article « UK gets first European Company » posté sur le site Internet du Labour Research Department, juin 2005, <http://www.lrd.org.uk/object.php3?pa-gid=4&objectid=24340>.

d'une S.E. filiale (c) ou encore la transformation d'une s.a. en S.E. (d).

#### a) La S.E. peut être le fruit d'une fusion transnationale

La fusion transnationale — par absorption ou constitution de société nouvelle<sup>40</sup> — est bien la marque de fabrique de la S.E. En l'attente de la transposition par les Etats membres de la directive précitée du 26 octobre 2005, la S.E. est en 2008 la seule forme sociale en Europe rendant possibles de telles opérations dans des conditions comparables à celles de la fusion au plan national. Au lieu en effet d'exiger l'unanimité des actionnaires, l'approbation du projet de fusion transnationale est décidée par l'assemblée générale des sociétés participantes à une majorité analogue à celle prévue pour les modifications statutaires (deux tiers des participants et représentés en France et dans les pays scandinaves; trois quarts en Allemagne, en Belgique et au Royaume-Uni)<sup>41</sup>.

En outre et surtout, la fusion transnationale ainsi décidée n'implique pas la liquidation de la société absorbée ou la création d'une société nouvelle. La S.E. permet donc de lever le principal obstacle aux fusions transnationales que constitue la disparition de la personnalité juridique induite par son changement de nationalité (et de *lex societatis*). Un tel changement, au-delà de ses contraintes juridiques, entraînait des conséquences fiscales pénalisantes : tous les impôts différés devenaient immédiatement exigibles (bénéfices en sursis d'imposition, taxation sur les plus-values latentes), et les provisions — même justifiées — devaient être réintégrées. La directive modifiée du 23 juillet 1990 a mis fin à cette situation<sup>42</sup>. Ce texte — qui s'applique aux sociétés de capitaux en général, mais vise spécifiquement la S.E. — prévoit que les fusions, apports d'actifs ou échanges d'actions au niveau transnational, de même que le transfert de siège d'un Etat à l'autre, s'opèrent sans remettre en cause les sursis d'imposition des revenus, bénéfiques ou plus-values des sociétés concernées. D'une part, les plus-values d'apport réalisées par les sociétés fusionnées ou apportées sont exonérées d'impôt, d'autre part, un régime de sursis d'imposition est instauré permettant aux actionnaires des sociétés absorbées de différer l'imposition des plus-values d'échange de leurs titres (articles 4 à 6 et 8 et 9 de la directive susvisée).

Le règlement CE 2157/2001 précise le contenu, les conditions d'adoption et la publicité du projet de fusion. Il prescrit un contrôle de légalité à organiser par les Etats<sup>43</sup>, lie la création de la

(40) L'article 17 du règlement renvoie aux deux modes prévus par la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, § 3, g, du Traité et concernant les fusions des sociétés anonymes (J.O. L 295 du 20 octobre 1978, p. 36), modifiée en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994.

(41) Voy. *The European Company*, volume I, Dirk Van Gerven et Paul Storm, General Editors, Law Practitioner Series, Cambridge University Press, 2006.

(42) Voy. note 4, *supra*.

(43) Le contrôle de légalité (par un juge, un notaire, un greffier ou toute autre autorité compétente) de même que les formalités de publicité des opérations liées à la constitution d'une S.E. (que ce soit par voie de fusion ou autre) est particulièrement contrasté d'un Etat membre à l'autre. Le règlement CE 2157/2001 se borne à subordonner dans tous les cas la naissance de la S.E. à son immatriculation (la fusion n'est donc pas définitive lorsque

S.E. à son immatriculation au lieu de son siège statutaire et limite les nullités. Le règlement renvoie par ailleurs, comme il a été dit, au droit de l'Etat membre dont relève chacune des sociétés qui fusionnent, pour ce qui concerne la protection des intérêts des actionnaires, des créanciers, obligataires et porteurs de titres (autres que des actions) auxquels sont attachés des droits spéciaux.

Cette protection, essentiellement fondée sur les systèmes nationaux relatifs à la société anonyme (S.A.), peut être renforcée par les Etats membres s'agissant des créanciers et des actionnaires minoritaires opposés à la fusion (article 24.2 du règlement CE n° 2157/2001). Cette option n'a pas été levée par la Belgique, la France, les Pays-Bas, la Suède ou le Royaume-Uni, alors que le Danemark et l'Espagne ont en revanche prévu le remboursement des actions des actionnaires minoritaires à leur demande. Conformément à leur tradition juridique, l'Autriche et l'Allemagne<sup>44</sup> ont ajouté à ce droit de retrait la possibilité pour les actionnaires minoritaires de contester en justice la parité d'échange, dans les trois mois de l'immatriculation de la S.E.<sup>45</sup>. Ce recours qui n'a pas d'effet suspensif sur la délivrance du certificat attestant la régularité de la fusion, n'est cependant ouvert que sous réserve de l'accord de l'assemblée générale des sociétés participant à la fusion situées dans un Etat membre ne connaissant pas ce mécanisme<sup>46</sup> (article 25.3 du règlement).

Conformément à l'article 19 du règlement CE 2157/2001, certains Etats ont conféré à diverses autorités publiques le droit, pour des « raisons d'intérêt public », de s'opposer à la fusion projetée. En France, pas moins de quatre autorités disposent d'un tel droit : le procureur de la République, les autorités prudentielles en matière bancaire et d'assurance ainsi que (s'agissant des sociétés de gestion de portefeuille) l'autorité des marchés financiers (A.M.F.). Dans d'autres pays, ce sont des autorités ministérielles qui sont compétentes : ministre de l'Economie en Belgique, ministre de la Justice aux Pays-Bas, ministre du Commerce et de l'Industrie au Royaume-Uni<sup>47</sup>. En Suède, le droit d'opposition a été attribué aux autorités de contrôle des établissements financiers ainsi qu'aux autorités fiscales. L'Allemagne et l'Autriche se sont en revanche abstenues de lever cette option.

Il sera intéressant de mesurer l'impact sur ce droit d'opposition de la future directive relative aux « règles de procédure et critères d'évaluation applicables à l'évaluation prudentielle des acquisitions et augmentations de participation dans des entités du secteur financier »<sup>48</sup>. Ce texte vise à améliorer la transparence des procédures d'autorisation prudentielle et à les enlever dans des délais plus courts tout en enca-

drant le pouvoir d'appréciation discrétionnaire des autorités compétentes. Celles-ci ne pourront s'opposer à une fusion transnationale que pour les motifs limitativement énumérés par la directive. Pour le commissaire McCreevy, il faut en effet « que des décisions économiques légitimes ne soient pas compromises par des autorités trop zélées ou par une ingérence politique »<sup>49</sup>.

En dehors même des textes, des groupes ayant engagé le processus de constitution en S.E. se heurtent déjà à l'attitude de certaines autorités nationales de régulation prudentielle imposant des conditions jugées par les dirigeants concernés comme réhibitives. L'affaire *Nordea Bank* en fournit l'illustration. *Nordea Bank AB*, première banque scandinave, a fait part en juin 2003<sup>50</sup> de son intention de se constituer en S.E. par fusion transnationale de ses filiales au Danemark, en Finlande et en Norvège. Or, si *Nordea S.E.* — devant s'immatriculer en Suède — n'a toujours pas vu le jour, c'est en raison de la difficulté pour les superviseurs de ces différents pays à trouver un accord sur la garantie des dépôts<sup>51</sup>.

La décision d'une autorité nationale de s'opposer à la mobilité intracommunautaire d'une S.E., étant susceptible de recours devant les tribunaux, ces derniers auront l'occasion de préciser la notion « d'intérêt public » pouvant justifier un veto. Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les « raisons d'intérêt général communautaire » de nature à permettre des restrictions à la liberté d'établissement sont : « la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés, ainsi que la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux et de la loyauté des transactions commerciales »<sup>52</sup>. Mais, d'une part, il doit s'agir de raisons « impérieuses », et d'autre part, « encore faut-il qu'une telle mesure restrictive soit propre à garantir la réalisation des objectifs poursuivis et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ceux-ci »<sup>53</sup>. Si l'on veut éviter les situations de blocage, les raisons d'intérêt public autorisant à faire échec à une fusion transnationale concernant une S.E. (ou à son transfert de siège en vertu de l'article 8.14 du règlement) devraient être interprétées à la lumière des principes dégagés par la jurisprudence.

La question la plus sensible est de savoir si l'intérêt public en cause inclut (et dans quelles conditions) la prévention de la fraude ou de l'évasion fiscale. Cette question rejoint celle soulevée par l'article 11.1, a, de la directive modifiée du 23 juillet 1990 permettant à un Etat membre de ne pas appliquer au transfert de

siège d'une société tout ou partie des dispositions fiscales favorables de ce texte, si le transfert a comme « objet principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale ». L'absence de motifs économiques valables peut constituer une présomption de fraude ou d'évasion.

L'application éventuelle de ces dispositions aux opérations transnationales d'une S.E. est problématique. La raison d'intérêt public d'ordre fiscal pourrait-elle viser les cas dans lesquels l'absorption d'une société ou le transfert de son siège dans un autre Etat entraîne de très importantes pertes de recettes fiscales pour l'Etat d'origine au point de fragiliser ses finances publiques? Le cas est sans doute théorique. Au regard de l'arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* rendu le 13 mars 2007 par la Cour de justice<sup>54</sup>, l'argument tiré de simples pertes de recettes semble en tous les cas *a priori* irrecevable. En effet, cet argument n'a pas réellement ému la Cour de justice. La Cour a posé le principe selon lequel, lorsqu'un Etat membre a perçu des impôts en violation du droit communautaire, le contribuable a droit au remboursement de l'indu. Par ailleurs, l'arrêt confirme qu'en vertu du principe de proportionnalité, une législation ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de prévention des pratiques abusives.

Reste la question de la fraude ou de l'évasion fiscale, mentionnée dans la directive modifiée du 23 juillet 1990. Toute S.E. devant avoir son administration centrale au lieu de son siège social, cette condition devrait écarter ce risque. La fusion transnationale ou le transfert de siège d'une S.E. devrait pouvoir s'appuyer sur des raisons économiques aidant à démontrer que la fraude ou l'évasion fiscale ne constitue pas « l'objectif principal ou l'un des objets principaux » de l'opération. A nouveau, l'arrêt *Claimants in the Thin Cap Group Litigation*<sup>55</sup> peut constituer un guide pour les autorités nationales en leur rappelant qu'une restriction à la liberté d'établissement doit être justifiée « par des motifs de lutte contre des pratiques abusives consistant en des montages purement artificiels dépourvus de réalité économique, dans le but d'éviter l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées » dans l'Etat d'origine. Au demeurant, l'application de l'article 11.1, a, de la directive susvisée autoriserait un Etat membre, non pas à s'opposer à une fusion transnationale ou au transfert de siège, mais à demander à percevoir immédiatement l'impôt sur les plus-values latentes (qui serait dû en l'absence d'application de la directive), en établissant que les perspectives de

(49) Communiqué de presse de la Commission du 13 mars 2007, réf. IP/07/321.

(50) Voy. communiqué de presse de *Nordea* du 19 juin 2003, intitulé : « *Nordea* reduces complexity in its legal structure by forming one European Company ». *Nordea AB*, qui a son siège en Suède, a entrepris de se constituer en S.E. en rachetant à *Nordea Bank Finland* ses parts dans *Nordea Bank Denmark*, *Nordea Bank Norway* et *Nordea Bank Sweden*, puis en absorbant *Nordea Bank Sweden*.

(51) Rapport annuel 2006 de *Nordea Bank Denmark*. Il convient de signaler que, nonobstant une partielle harmonisation européenne en matière de garantie des dépôts, chaque autorité nationale de supervision applique ses propres critères, ceux retenus par l'autorité norvégienne étant particulièrement exigeants.

(52) Arrêt de la C.J.C.E., *Sevic*, du 13 décembre 2005, aff. C-411/03 (point 28).

(53) Point 29 de l'arrêt *Sevic* précité.

(54) L'arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. *Commissioners of Inland Revenue* concerne l'application de règles britanniques relatives à la sous-capitalisation qui introduisaient une différence de traitement des intérêts versés par une société filiale établie au Royaume-Uni selon que la société mère prêteuse était une société résidente du Royaume-Uni ou une société non résidente. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que, pour être compatibles avec les libertés d'établissement et de circulation des capitaux garanties par le Traité, les règles anti-abus britanniques visant à lutter contre la « sous-capitalisation » devaient ne viser que les montages purement artificiels, donner la possibilité aux sociétés concernées de produire des éléments concernant les raisons commerciales pour lesquelles une transaction avait été conclue et limiter la qualification des intérêts versés en bénéfices distribués à la fraction de ces intérêts excédant ce qui aurait été convenu dans une situation de pleine concurrence.

(55) C-524/04 (cfr points 71 à 92).

l'assemblée générale l'a approuvée) tout en excluant toute nullité après son immatriculation.

(44) Pour l'Allemagne, voy. l'annexe VIII.3 du rapport Lenoir précité, contribution de MM<sup>es</sup> Dammann et Volk : « L'introduction de la société européenne en droit allemand ».

(45) Cfr ouvrage précité intitulé *The European Company*.

(46) C'est-à-dire les pays autres que l'Autriche et l'Allemagne.

(47) Au Royaume-Uni, ce droit d'opposition est également reconnu à la High Court (ou à la Court of Session en Ecosse).

(48) Proposition de directive visant à modifier les directives 92/49/CEE, 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE et 2006/48/CE.

le recouvrer ultérieurement seraient compromises par le départ de la société. La société conserverait bien entendu la possibilité de contester cette décision. Dans le même esprit, il paraît difficile d'imaginer que les autorités publiques nationales puissent s'opposer à une fusion-absorption (ou à un transfert de siège) pour la seule et unique raison que la conséquence est de rattacher la S.E. à une *lex societatis* plus souple et moins contraignante que dans l'Etat d'origine.

Malgré ses aléas, la fusion transnationale n'en est pas moins (avec la transformation en S.E. d'une société anonyme existante) le mode de constitution d'une S.E. le plus prisé actuellement<sup>56</sup>. Allianz S.E. s'est constituée par voie d'absorption de sa filiale italienne Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.a. (R.A.S.). La Scor a procédé à la constitution de trois S.E. : une par transformation et deux par voie de fusion, dont une tripartite<sup>57</sup>. Galleria di base del Brennero BBT S.E., première expérience de S.E. destinée au financement d'un projet transnational, s'est constituée par voie de fusion. Enfin, concernant les pays entrés dans l'Union depuis 2004, la société finlandaise Suomi Mutual Life Assurance Company a créé par fusion de ses filiales implantées dans les trois pays baltes une S.E. immatriculée en Estonie, Seesam Life Insurance S.E.

#### b) Les S.A. et les S.À R.L. peuvent créer une S.E. holding

La création d'une S.E. holding est ouverte aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée. Les sociétés participantes doivent adopter un projet de constitution de la S.E. qui fixe le pourcentage minimal des actions ou parts de chacune des sociétés promouvant l'opération que les actionnaires devront apporter pour que la S.E. soit constituée. Ce pourcentage doit consister en actions conférant plus de 50% des droits de vote permanents. Ce projet est déposé et publié comme en matière de fusion. C'est à l'assemblée générale de chacune des sociétés participantes d'approuver le projet. Toutefois, à la différence de la procédure de fusion, cette approbation ne suffit pas. Le règlement CE n° 2157/2001 remet logiquement la décision finale entre les mains des actionnaires ou des porteurs de parts des sociétés. Ils ont à faire connaître dans les trois mois s'ils ont l'intention d'apporter leurs titres. Ce n'est que si, dans ce délai, le pourcentage d'apports de titres requis a été atteint que la S.E. holding peut être constituée (article 33 du règlement CE 2157/2001). Les sociétés participantes, à la différence de la fusion, ne disparaissent pas, mais deviennent totalement ou majoritairement contrôlées par la S.E. holding. Par analogie avec la fusion, un Etat membre peut prévoir, en ce qui concer-

ner les sociétés qui promeuvent l'opération, une protection renforcée des minoritaires opposés à l'opération, des créanciers et des salariés (article 34 du règlement CE 2157/2001) alors même que les actionnaires ne peuvent être contraints d'échanger leurs titres et que les sociétés participantes ne disparaissent pas.

La holding (que ses actions soient ou non cotées), en garantissant l'unité de direction d'un groupe et en permettant aux associés de mieux structurer leurs pouvoirs, répond à la vocation de la S.E. Pour autant, la procédure de création d'une S.E. holding semble peu utilisée. Allianz S.E. est un holding, mais il a été créé par transformation du holding de tête du groupe Allianz. S'il n'existe pas de données exhaustives sur les S.E.<sup>58</sup>, le tableau établi par European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety (ETUI-REHS) sur son site<sup>59</sup> — le plus complet à ce jour — mentionne en effet seulement deux S.E. créées en tant que holding (la société MatMar S.E., immatriculée en Autriche, active dans le secteur de l'alimentation, qui indique n'avoir aucun salarié et la société Innovia PPP Solutions S.E., immatriculée en Autriche également).

Parmi les raisons avancées pour expliquer le manque d'attractivité de la S.E. holding, figure l'exigence de la présentation par les dirigeants des sociétés promotrices du « rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la constitution et indiquant les conséquences pour les actionnaires et les travailleurs de l'adoption de la forme de S.E. » (article 32.2 du règlement). Cette contrainte semble inadaptée lorsque les dirigeants des sociétés participantes ont besoin de conserver sur leur stratégie une certaine confidentialité<sup>60</sup>.

#### c) Toute entité juridique de droit privé ou public peut créer une S.E. filiale

Les dispositions du règlement CE 2157/2001 sur la création d'une S.E. filiale sont d'une grande sobriété et d'une grande souplesse. La procédure est d'abord ouverte, non pas seulement aux S.A., voire aux S.À R.L., mais à n'importe quelle entité juridique de droit public ou privé en Europe (article 2.3 du règlement). Malgré ces conditions favorables, la S.E. filiale ne rencontre à ce jour pas plus de succès que la S.E. holding<sup>61</sup>. D'après le tableau précité<sup>62</sup>, il exis-

terait six S.E. constituées en tant que filiales, dont aucune n'est cotée en bourse. A titre d'exemple, Eurotunnel S.E., immatriculée en Belgique, est destinée à améliorer la coordination des opérations commerciales entre les filiales existantes d'Eurotunnel actuellement présentes au Royaume-Uni, France, Benelux, Allemagne et Espagne et actives dans la commercialisation des services de fret. Cette nouvelle filiale devrait à terme intégrer ces filiales, dans un but de simplification de la structure du groupe et de réalisation d'économies<sup>63</sup>.

Peu utilisée, la formule de la S.E. filiale mériterait de susciter davantage d'intérêt. Elle peut être utile notamment pour mettre en place des entreprises communes coopératives tout en aidant à surmonter les problèmes éventuels liés à la préservation d'un équilibre entre les nationalités des sociétés mères. La S.E. filiale devrait aussi constituer à terme l'un des cadres privilégiés de la coopération entre le public et le privé. Un centre de recherche universitaire et une industrie pharmaceutique peuvent avoir avantage à constituer une S.E. filiale pour développer des recherches, structure plus efficace qu'un g.e.i.e.<sup>64</sup>. Celui-ci ne peut faire de bénéfices, contrairement à la S.E. filiale dont l'activité peut, par exemple, être de rentabiliser des brevets.

Les entreprises devraient trouver dans la formule de la S.E. filiale un autre intérêt lié à la possibilité offerte à une S.E. de constituer elle-même une ou plusieurs S.E. filiales unipersonnelles (article 3.2 du règlement). Alors que dans les Etats membres, la S.A. unipersonnelle n'existe en général pas<sup>65</sup>, une S.E. peut se doter d'une chaîne de S.E. unipersonnelles à la gouvernance partiellement harmonisée avec celles de la S.E. mère. Les S.E. unipersonnelles sont soumises aux dispositions nationales adoptées conformément à la directive du 21 décembre 1989<sup>66</sup> sur les S.À R.L. unipersonnelles.

#### d) Une S.E. peut être constituée par transformation d'une S.A.

La transformation en S.E. est réservée aux seules S.A. possédant depuis deux ans au moins une filiale dans un Etat membre autre que celui de leur siège, ce qui exclut les succursales. En dépit de cette condition restrictive, cette procédure a l'avantage de la simplicité. Contrairement à l'hypothèse de la fusion transfrontière,

(56) Ce constat ressort de la lecture du document intitulé « Overview table : Quick comparative information on all S.E.s », disponible sur le site : <http://www.worker-participation.eu>.

(57) Le schéma Scor de création de trois S.E. en France est le suivant : Transformation de Scor, société cotée, en S.E.; fusion-absorption par Scor Global P&C des sociétés Scor Deutschland Rückversicherungsgesellschaft et Scor Italia Riassicurazioni S.p.A., filiales immatriculées en Allemagne et en Italie respectivement et détenues à 100% par Scor Global P&C; fusion-absorption par Scor Global Life de sa filiale à 100% Revios (voy. Armand Grumberg et Claire Le Gall-Robinson, « Societas Europaea : Ombres et Lumières », in *RDAI/IBLI*, n° 6, 2006).

(58) L'article 14 du règlement prévoit la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* d'un minimum d'informations sur les S.E. immatriculées. Mais cette obligation n'est assortie d'aucune sanction et les informations en question, si elles sont même publiées, sont lacunaires. (59) [Http://www.worker-participation.eu/european\\_company](http://www.worker-participation.eu/european_company).

(60) Cela est surtout vrai pour les holdings dits « de rachat » pratiquant le L.B.O., à savoir « l'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 L.B.O. 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 : Pierre Vernimmen, P.I. Quiry et Yann Le Fur, *Finance d'entreprise*, Dalloz, Gestion 2005, 6<sup>e</sup> éd., chapitre 49, p. 978).

(61) Si la société Suomi Mutual crée une filiale dotée du statut de S.E., c'est par la fusion de plusieurs de ses filiales qu'elle y procède.

(62) Voy. *supra*.

(63) Communiqué de presse du groupe Eurotunnel « Eurotunnel to set up a services company under European Law : « Eurotunnel S.E. », 30 mars 2006.

(64) Le g.e.i.e. a été institué par le règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985. Il est constitué au moins de deux membres relevant d'Etats membres différents et a un objet civil ou commercial. Son objectif est de faciliter ou de développer les activités économiques de ses membres par la mise en commun de ressources, d'activités et de compétences sans qu'il puisse réaliser des bénéfices pour lui-même. Exemples de g.e.i.e. : la chaîne Arte, le g.e.i.e. Eurodéveloppement (coopération collective pour sociétés financières), le g.e.i.e. du Tunnel du Mont Blanc (g.e.i.e. T.M.B.) (sécurité et gestion du trafic) ou encore Écart, European consortium on agricultural research in the tropics (recherche agronomique tropicale européenne).

(65) Certains Etats, comme l'Autriche, en incorporant le statut de la S.E. dans leur législation en ont profité pour créer un statut de s.a. unipersonnelle.

(66) Douzième directive 89/667/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé (U.O. L 395 du 30 décembre 1989, pp. 0040-0042).

la transformation évite l'application cumulative ou distributive de législations nationales différentes. Du point de vue fiscal en outre, l'opération est neutre.

Les modalités de transformation d'une S.A. en S.E. sont inspirées des procédures de création d'une S.E. par voie de fusion ou d'une S.E. holding, mais, le règlement CE n° 2157/2001 renvoie plus largement encore au droit national qu'en matière de fusion. Il se borne à prescrire un projet de transformation (sans en préciser le contenu) assorti du rapport, expliquant et justifiant l'opération, à présenter par les organes dirigeants, ainsi qu'un rapport d'expertise attestant que « la société dispose d'actifs nets au moins équivalents au capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer<sup>67</sup> » (article 37). Le projet de transformation et les statuts de la S.E. sont adoptés, comme dans les autres cas de création d'une S.E., par l'assemblée générale extraordinaire à la majorité qualifiée.

Un premier bilan révèle qu'environ 85% de la centaine de S.E. (immatriculées ou en voie de l'être) sont issues à égalité d'une fusion transnationale et d'une transformation. L'explication tient au fait que la S.E. est à ce jour le seul véhicule permettant d'opérer des fusions transnationales, et que la transformation, elle, a le mérite de la simplicité<sup>68</sup>. La création de la première S.E. Strabag Bauholding S.E., entreprise de construction immatriculée en Autriche, résulte d'une transformation. Des sociétés de toutes tailles et dans tous les secteurs se sont transformées en S.E. telles qu'Elcoteq S.E. (société de services informatiques d'origine finlandaise), Man Diesel S.E. (constructeur allemand d'engins diesel), Scor S.E. (holding de tête du groupe), Porsche Holding S.E. ou encore Fresenius S.E. (industrie de santé d'origine allemande). Les assemblées générales extraordinaires de groupes aussi importants que BASF en Allemagne, par exemple, se sont également récemment prononcées en faveur d'une telle transformation<sup>69</sup>.

(67) La France n'a pas exactement repris cette disposition, mais a appliqué à la S.E. créée par transformation les règles du droit commun des s.a. Celle-ci est plus souple que l'article 37 du règlement puisqu'elle exige seulement que la société dispose « de capitaux propres au moins équivalents au capital social » (article L 225-245-1 du Code de commerce français). Le professeur Michel Menjucq fait à juste titre valoir que le droit communautaire doit néanmoins primer sur le droit national, in « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *Revue des sociétés*, n° 2/2007, p. 253. Ce qui devrait conduire le législateur français à rectifier le point à l'occasion de la transposition de la directive CE 2005/56 du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transnationales des sociétés de capitaux (U.O. L 310/1 du 25 novembre 2005) (dixième directive).

(68) Elle est en outre neutre du point de vue social, excluant l'application du principe « avant/après » en matière d'implication des travailleurs.

(69) Voy. le communiqué de presse du groupe : « Annual Meeting approves conversion of BASF Aktiengesellschaft into a European Company (S.E.) » (26 avril 2007).

## Comment gérer et développer une S.E. ?

Se constituer en S.E. est un pari stratégique. Les procédures pour y parvenir ne sont pas exemptes de difficultés, en particulier lorsque la S.E. est issue d'une fusion transnationale. A ces difficultés spécifiques s'ajoute la nécessité de mettre en œuvre le dispositif social de la S.E. défini par la directive CE 2001/86 précitée. Le propos du présent article est d'analyser le statut commercial de la S.E., et les problèmes qu'il soulève, et non pas de commenter son statut social. Il n'en reste pas moins que la négociation sociale et la conclusion de l'accord sur lequel celle-ci doit déboucher, préalables obligés à la création d'une S.E., sont des paramètres à prendre en considération avant d'envisager de se constituer en société européenne<sup>70</sup>.

Dans la décision de créer une S.E. entrent également en ligne de compte les contraintes ou l'intérêt que peut présenter son mode de gouvernance ainsi que ses potentialités de développement sur le marché intérieur. Trop rigide, voire surannée pour certains, la gouvernance de la S.E. n'en présente pas moins l'avantage d'offrir un cadre partiellement harmonisé à des entreprises ayant diverses implantations dans l'espace européen (2.1). En outre et surtout, la mobilité intracommunautaire de la S.E. est un atout incontestable de son statut (2.2).

### 2.1. — Des modes de gouvernance partiellement harmonisés

On a beaucoup glosé sur le caractère obsolète des structures de la S.E. telles que définies par le règlement CE n° 2157/2001. Ces structures, fortement inspirées du droit allemand, peuvent paraître parfois en effet en décalage avec les conceptions actuelles d'une société se voulant essentiellement fondée sur une base contractuelle. En accordant à la S.E. une marge limitée d'autonomie statutaire, le législateur européen aurait donc opté pour un modèle institutionnel (et non pas contractuel) de la société commerciale. Par référence à l'approche du capitalisme rhénan, la S.E. est conçue comme une communauté formée de tous ses *stakeholders* : dirigeants, actionnaires et salariés. Elle s'éloignerait donc du modèle britannique, selon lequel chaque entité économique est avant tout la propriété de ses actionnaires et qui paraît — du fait de sa flexibilité — mieux approprié aux impératifs du marché.

(70) Pour les milieux d'affaires, le dispositif social de la S.E. est un élément réducteur de son attractivité. D'une part, la longueur des négociations (six mois au minimum, douze mois au maximum) retarde, voire hypothèque, selon certains, la réalisation des opérations de constitution de la S.E. D'autre part et surtout, par le biais du principe « avant - après », une entreprise peut se voir contrainte d'adopter un système de participation des travailleurs étranger à sa culture (cogestion à l'allemande, en particulier). Toutefois, en pratique, les négociations sociales n'ont jamais été un obstacle à la constitution de la S.E. concernée. Si certains assouplissements, comme la réduction du délai des négociations, seraient bienvenus, la négociation sociale est plutôt en elle-même un atout qu'un handicap.

Il est vain de vouloir opposer un modèle de gouvernance à un autre car, en réalité, on assiste à une interpénétration des cultures juridiques. La vision contractuelle de la société, exprimée dès le Code civil napoléonien<sup>71</sup>, se combine avec une notion plus institutionnelle de l'entreprise, ne serait-ce qu'en raison de la multiplication des contraintes légales de toute nature pesant sur les sociétés commerciales.

Le statut de la S.E. reflète cette tension entre l'approche institutionnelle et la vision contractuelle de la société commerciale. Si la S.E. est avant tout une institution, formée de tous ses *stakeholders* (incluant les salariés) (a), son statut n'exclut cependant pas une part de flexibilité notamment pour les S.E. ne faisant pas appel public à l'épargne (b).

#### a) La gouvernance de la S.E. traduit l'approche institutionnelle

Si la gouvernance de la S.E., définie par le règlement CE n° 2157/2001, s'inspire du modèle rhénan, c'est qu'à l'époque de la rédaction des premières propositions de statut, le droit des sociétés allemand apparaissait le mieux à même de répondre au modèle socio-économique européen. Ce modèle était surtout reflété par la proposition de la cinquième directive sur les structures et l'organisation des sociétés anonymes<sup>72</sup>. En l'absence d'adoption de ce texte, le règlement CE n° 2157/2001 est la seule réglementation européenne de portée obligatoire sur la gouvernance d'entreprise. Il s'agit d'un mode de gouvernance optionnel, puisque nulle société n'est contrainte de choisir le statut de S.E.. Toutefois, ceci ne retire pas à la S.E., du fait de son organisation et de son fonctionnement propre, son rôle de laboratoire expérimental de la gouvernance d'entreprise en Europe. Comme le souligne le professeur Yves de Cordt, « la S.E. constitue un formidable laboratoire de droit comparé quant aux problématiques fondamentales du droit contemporain des sociétés : la modernisation et la simplification de ce droit, les principes de *corporate governance* (l'indépendance, l'intégrité et la responsabilité), la transparence, la communication, la place et le rôle respectifs des *shareholders* et des *stakeholders* »<sup>73</sup>.

La S.E., même non cotée, doit avoir un capital minimum. L'article 4 du règlement CE n° 2157/2001 dispose qu'il est exprimé en euros, sous réserve de la faculté pour les États hors zone euro d'imposer aux S.E. immatriculées sur leur territoire de constituer leur capital en monnaie

(71) L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1832 du Code civil français, toujours en vigueur, souligne la nature contractuelle de la société en ces termes : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue d'en partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter... » Le débat sur la nature — de contrat ou d'institution — de la société commerciale est fort bien éclairé par l'ouvrage coordonné par B. Basdevant, *Contrat ou institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., Paris, 2004.

(72) Proposition du 9 octobre 1972, modifiée en dernier lieu par une nouvelle proposition du 20 décembre 1990, J.O.C.E., 11 janvier 1991, n° C 7. Cette proposition, qui d'ailleurs à l'origine imposait une structure dualiste à toutes les s.a. suivant le modèle de l'AG allemande, a été finalement retirée par la Commission en décembre 2001 pour cause de blocage politique.

(73) « Le fonctionnement de la société européenne », in *La société européenne*, ouvrage collectif, coll. Droit des sociétés, Centre d'études Jean Renauld (U.C.L.), Bruylant, Bruxelles, 2005.

nationale<sup>74</sup>. La Suède n'a pas levé l'option et Nordea S.E. aura donc un capital libellé en euros. Ce qui fait de la S.E. un véhicule de l'euro dans les pays n'ayant pas adopté la monnaie unique. Le montant du capital est fixé à 120 000 EUR<sup>75</sup>. Adapté aux grandes sociétés, ce montant est sans doute excessif pour des P.M.E. et pourrait être minoré pour les S.E. non cotées<sup>76</sup>.

Au niveau des organes de gestion et de direction, le règlement CE n° 2157/2001 prévoit, selon le choix des actionnaires, deux types de structures : le monisme avec conseil d'administration et le dualisme avec conseil de surveillance et directoire. Le droit commercial français connaissait déjà ces deux systèmes et n'a donc pas eu à faire l'objet de modifications sur ce point. En Belgique et au Royaume Uni, où seul le monisme était connu, des dispositions spécifiques à la S.E. permettent d'opter pour un régime dualiste. Parallèlement, en Allemagne, seule la loi sur les S.E. permet d'opter pour le régime moniste, alors que le droit commun des S.A. ne prévoit encore que le dualisme.

En dehors de ce cadre optionnel entre dualisme et monisme, le règlement CE n° 2157/2001 renvoie aux législations nationales ou aux statuts (éventuellement encadrés par ces législations) le soin de déterminer les règles de fonctionnement des organes dirigeants de la S.E. Ces renvois concernent aussi bien la nomination et le nombre des membres de ces organes que leur révocation, leurs fonctions et leurs rôles, la périodicité de leurs réunions, les processus de délibération quant aux quorum notamment, ou encore l'information à fournir aux membres des conseils.

Peu de dispositions s'appliquent de manière impérative sans pouvoir être modifiées ou aménagées au niveau du droit local ou par les statuts<sup>77</sup>. Le plus souvent, le règlement de 2001

propose une harmonisation minimale. C'est le cas en ce qui concerne le nombre des organes de la S.E. (le conseil d'administration dans le système moniste doit comporter en principe au moins trois membres (article 43.2 du règlement) ou la durée de leur mandat (« les membres des organes de la société sont nommés pour une période fixée par les statuts, qui ne peut excéder six ans » (article 46 du règlement)). Parfois, le règlement prévoit une simple option, comme celle qui permet de déléguer la gestion courante de la société, dans les mêmes conditions que pour les S.A. de droit local, à un ou plusieurs directeurs généraux (article 39.1 dans le système dualiste et article 43.1 dans le système moniste). Cette disposition, qui a pour objet de délimiter les responsabilités au sein des organes de la société, n'existe pas dans tous les droits nationaux, comme en France et en Belgique où cette option a été levée.

Autre cas de figure : le règlement renvoie directement ou indirectement aux statuts. Par exemple, concernant le système dualiste, il renvoie aux statuts le soin de fixer le nombre des organes de surveillance et de direction. De même, s'il prévoit que les membres du directoire, dans le système dualiste, sont nommés et révoqués par le conseil de surveillance, il laisse les États libres de donner aux statuts la possibilité de conférer ces pouvoirs à l'assemblée générale. La multiplication de ces renvois, options et exceptions réduit la lisibilité du dispositif de gouvernance de la S.E. en le faisant par trop dépendre du lieu d'implantation du siège statutaire.

Cette impression d'un dispositif fragmenté et peu cohérent doit toutefois être nuancée. Le règlement CE n° 2157/2001 fait ressortir des lignes de force qui forment la colonne vertébrale du statut de la S.E. D'abord, il marque le souci de garantir une séparation des pouvoirs entre les organes de la société : conseil de surveillance et directoire; conseil d'administration et directeurs généraux. Puis il se réfère au droit à l'information des membres des organes et à leur devoir de confidentialité clairement érigés en principes de bonne gouvernance. Enfin, les modes de nomination et de révocation et la définition des fonctions des membres des organes de la S.E. qu'il prévoit suggèrent l'idée d'une responsabilité sociale à la base de la notion de gouvernance.

Le règlement CE n° 2157/2001 ne comporte aucune disposition d'harmonisation concernant la responsabilité civile, voire pénale, des dirigeants de la S.E.. L'article 51 se borne à indiquer que « les membres de l'organe de direction, de surveillance ou d'administration répondent, selon les dispositions de l'Etat membre du siège de la S.E. applicables aux sociétés anonymes, du préjudice subi par la S.E. par suite de la violation par eux des obligations légales, statutaires ou autres inhérentes à leurs fonctions ». Une harmonisation des règles de responsabilité des dirigeants sociaux, même limitée au domaine civil, n'est sans doute pas aisée à mettre en place au niveau communautaire<sup>78</sup>. Pourtant,

semblée générale des actionnaires (article 42 du règlement), et celle suivant laquelle l'organe d'administration (dans le système moniste) élit en son sein un président parmi les membres désignés par l'assemblée générale des actionnaires (article 45 du règlement). Ces prescriptions sont surtout destinées à garantir qu'en cas de co-gestion paritaire suivant le modèle allemand, le président de ces organes soit un représentant des actionnaires et non pas des salariés.

elle devrait apporter un élément de sécurité juridique pour les dirigeants d'un groupe ayant adopté le statut de S.E. précisément en vue de renforcer son unité de gestion sur le marché européen. Ce régime harmonisé de responsabilité favoriserait en outre la protection des associés et des actionnaires en leur permettant d'obtenir plus facilement réparation du préjudice subi par eux en cas de fautes dans la gestion<sup>79</sup>.

Le règlement CE n° 2157/2001 ne se limite pas au gouvernement d'entreprise. Il contient des règles relatives à la démocratie actionnariale. Mentionnant l'assemblée générale d'actionnaires avant même les organes de surveillance, de direction et d'administration de la S.E. (article 39), le règlement ne consacre pas moins d'une dizaine d'articles aux actionnaires. Ces dispositions étaient novatrices au moment de la publication des premières propositions de statut de la S.E. Elles sont maintenant reprises par de nombreuses législations nationales et par la directive sur le droit des actionnaires<sup>80</sup>. Elles concernent en particulier la possibilité de poser des questions aux assemblées générales, de faire ajouter des points à l'ordre du jour ou de déposer des résolutions. Elles reflètent une préoccupation d'équilibre entre les droits des actionnaires et des dirigeants de la S.E. Ainsi, le règlement de 2001 offre aux actionnaires représentant au moins 10% du capital souscrit le droit de demander la convocation d'une assemblée générale sur un ordre du jour particulier, ou de faire inscrire des questions à l'ordre du jour d'une assemblée (articles 55 et 56). La reconnaissance en France depuis 2001<sup>81</sup> d'un droit comparable aux actionnaires représentant 5% du capital (seuil également retenu en droit allemand) ne rend pas cette disposition inutile, car dans le droit français sur la S.A., il faut faire valider ce droit par le tribunal de commerce (ce que n'exige pas le statut de la S.E.). En Belgique où les actionnaires ne peuvent en principe peser sur l'ordre du jour de l'assemblée que s'ils détiennent 20% au moins du capital social, le dispositif du règlement devrait constituer pour les actionnaires de la S.E. un avantage comparatif par rapport à la société anonyme.

Les promoteurs de la S.E. ne se sont pas seulement avisés de revitaliser les assemblées générales d'actionnaires. Ils ont également voulu protéger les actionnaires minoritaires, notamment lorsque ceux-ci changent de *lex societatis* en cas de fusion transnationale (article 24.2 du règlement), ou de transfert de siège d'un Etat membre à l'autre (article 8.5.), voire en cas de création d'une S.E. holding (article 34). Compte tenu des différences importantes existant entre les Etats, c'est à ces derniers que le règlement laisse le soin de préciser les modalités de cette protection. Là où elle a été prévue, elle s'est

(78) Le règlement renvoie de même aux dispositions nationales sur la s.a. pour la définition des incompatibilités et interdictions visant les dirigeants de la S.E. (article 47.2).

(79) Jean-Louis Navarro : « Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux » in *Les petites affiches*, numéro spécial sur « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir? », 2 août 2007, n° 154.

(80) Directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, J.O. L 184 du 14 juillet 2007, pp. 17-24.

(81) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques.

(74) Ainsi, une S.E. créée au Royaume-Uni, à l'instar de la P.L.C., doit souscrire un capital d'au moins 50.000 livres (soit l'équivalent de 120.000 EUR) (cf annexe VIII.5 du rapport Lenoir précité, contribution du professeur Fairgrieve et de F. Medjoubia : « La Societas Europaea au Royaume-Uni »).

(75) 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 EUR ou 480.000 EUR, 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 EUR 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 EUR 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 EUR 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).

(76) Cf annexes V.1 et 3 du rapport Lenoir précité, réponses de l'A.F.E.P. au questionnaire sur la S.E. et contribution de France Télécom sur les voies d'amélioration de la société européenne.

(77) On peut citer essentiellement la disposition suivant laquelle le président du conseil de surveillance (dans le système dualiste) est obligatoirement désigné par l'as-

avant tout concrétisée par un droit de retrait en *cash*<sup>(82)</sup>. En France, ce droit a été institué en cas de transfert de siège, mais non pas en cas de fusion transnationale. Certains commentateurs tel que le professeur Menjuçq considèrent, non sans pertinence, cette différence de traitement illogique, dès lors que les deux opérations ont des effets similaires sur le changement de siège et donc de la loi applicable aux actionnaires concernés. Le Royaume-Uni et l'Allemagne ont fait, quant à eux, un choix radicalement opposé : le Royaume-Uni n'a accordé aucune protection spécifique aux minoritaires au titre du statut de la S.E.; l'Allemagne leur a au contraire accordé la protection maximum en leur reconnaissant en toute hypothèse un droit de retrait, voire même après l'opération, un droit de contester la parité des titres en justice<sup>(83)</sup>.

Dernière catégorie de *stakeholders* (à côté des dirigeants et des actionnaires), les salariés sont loin d'être les oubliés du statut de la S.E. Ils possèdent des droits spécifiques pour pouvoir accompagner la mutation de leur entreprise. La directive CE 2001/86 en fait des acteurs majeurs de la constitution de la S.E., comme de la vie sociale ultérieure de celle-ci. D'une part, comme il a été indiqué, aucune S.E. ne peut en principe être constituée avant que les salariés, à l'issue d'une négociation au sein d'un « groupe spécial de négociation » (G.S.N.), n'aient pu se mettre d'accord avec les dirigeants sur le mode d'implication des travailleurs de la S.E. (information/consultation/et dans certains cas participation). D'autre part, cet accord doit tenir compte du principe « avant/après » suivant lequel doit être retenu le mode d'implication le plus poussé de ceux en vigueur dans les sociétés participantes à la constitution de la S.E. Il est surtout intéressant de souligner l'originalité d'un tel dispositif qui établit un lien indissociable entre le statut de droit commercial et le statut social de la S.E., et qui, de ce fait, peut être conçu par les uns comme dissuasif, et par les autres, comme revêtant au contraire un caractère de modernité.

#### b) La marge d'autonomie statutaire de la S.E. dépend de la législation de l'Etat de son siège statutaire

La S.E., se rattachant à un modèle institutionnel plus que contractuel de la société commerciale, ne dispose pas à première vue d'une grande liberté statutaire. Il est plus exact de dire que l'étendue de cette liberté varie selon la législation des Etats membres. Certes l'article 9 du règlement, qui précise la hiérarchie des normes applicables à la S.E., se réfère aux statuts de chaque société immédiatement après ses propres dispositions. Mais le même article prévoit par ailleurs qu'il revient aux législations nationales de préciser les possibilités offertes aux associés et actionnaires d'adapter, de compléter ou de modifier les règles de droit communautaire ou national régissant la gouvernance de la S.E.

Pour les matières traitées par le règlement, la S.E. n'est tout d'abord régie par ses statuts que lorsque ledit règlement l'autorise expressément (article 9.1, b)). Encore est-ce sous la réserve que l'Etat membre où la société a son siège sta-

tutaire n'ait pas adopté de disposition contraire. C'est ainsi que si le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 48 du règlement confère aux statuts le soin de définir les « catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation de l'organe de surveillance, dans le système dualiste, ou à décision expresse de l'organe d'administration, dans le système moniste », le paragraphe 3 attribue au contraire compétence aux Etats membres pour fixer s'ils le souhaitent les catégories d'opérations en question. Tel est le choix qu'a fait le législateur français en transposant à la S.E. les dispositions applicables aux S.A. sur les conventions réglementées. Celles-ci sont soumises à l'approbation, non pas de l'organe d'administration ou de surveillance, mais de l'assemblée générale des actionnaires. La levée de cette option a été vivement critiquée par les milieux d'affaires français qui ont fait valoir que dans les autres Etats membres les modalités d'approbation des conventions réglementées étaient généralement définies par les statuts. Cet exemple illustre bien la nature du compromis ayant permis à la S.E. de voir le jour : les Etats se sont mis d'accord sur l'institution d'une *Societas Europaea* à la condition que son statut ne s'éloigne pas trop de leurs conceptions à la fois politiques et juridiques.

Le rôle des Etats dans la définition des règles de gouvernance de la S.E. est encore plus accentué s'agissant des matières non couvertes (ou couvertes partiellement) par le règlement. Dans cette hypothèse, la S.E. voit sa liberté statutaire soumise aux mêmes conditions que celles imposées par le droit de l'Etat membre où elle a son siège statutaire en ce qui concerne les sociétés anonymes (article 9.1., c, iii). Il en résulte qu'une S.E. immatriculée au Royaume-Uni par exemple aura une marge d'autonomie statutaire sensiblement plus étendue qu'une S.E. immatriculée en Allemagne. Ceci vaut pour une série de dispositions concernant notamment le nombre ou les modalités de nomination ou de révocation des membres des organes de surveillance, de direction ou d'administration, ou encore la possibilité pour des personnes morales d'être membres d'un de ces organes. Cette dernière possibilité, qui n'existe pas pour les S.A. en France et en Allemagne, n'a pas été ouverte dans le cadre de la S.E., alors que, traditionnellement reconnue au Royaume-Uni pour les sociétés anonymes, elle vaut aussi pour les S.E.

L'exemple le plus illustratif de l'influence du droit national sur la marge de liberté laissée aux associés d'une S.E. de s'organiser sur une base contractuelle, est donné par la législation française relative à la société européenne ne faisant pas appel à l'épargne. Prenant appui sur le succès incontesté de la société par actions simplifiée (S.A.S.), forme sociale d'une souplesse particulièrement grande, la loi du 26 juillet 2005<sup>(84)</sup> incorporant le statut de la S.E. a conféré aux associés de la société européenne non cotée, immatriculée en France, une liberté statutaire comparable à celle de la S.A.S. En France, contrairement à la S.A. non cotée, la S.E. ne faisant pas appel à l'épargne peut inclure dans ses statuts les clauses les plus diverses restreignant la libre négociabilité des actions, privant certains

associés de droits de vote ou suspendant ces droits, soumettant à agrément préalable de la société toute cession d'actions, etc. Ces clauses doivent être adoptées ou modifiées à l'unanimité, mais une fois en vigueur, leur non-respect est sanctionné par une nullité opposable aux contractants. Cette particularité du droit français de la S.E. a été conçue, par les parlementaires auteurs de ces dispositions, comme un élément d'attractivité pour les entreprises, notamment de taille moyenne, sensibles aux attraits de la S.E.

#### 2.2. — La mobilité, principal atout de la S.E.

S'il fallait résumer d'un mot le principal atout de la S.E., c'est sans conteste sa mobilité qu'il faudrait mettre en avant. Cette mobilité consiste d'abord en la possibilité de réaliser des fusions transnationales, ce qui est d'ailleurs la motivation de certaines des entreprises optant pour le statut de S.E.. En outre, la S.E. jouit d'un droit général d'établissement : celui-ci ne se limite pas à « la création d'agences, de succursales et de filiales » comme prévu par l'article 43 T.C.E., mais comporte la possibilité pour l'entreprise de transférer son siège statutaire d'un Etat à l'autre.

La S.E. est la seule à ce jour à jouir d'un droit d'établissement primaire et non pas seulement secondaire (a), et la seule — en l'attente de l'entrée en vigueur de la directive du 26 octobre 2005<sup>(85)</sup> — à pouvoir effectivement réaliser des fusions transnationales (b).

#### a) La S.E. est la seule à disposer du droit de transférer son siège d'un Etat membre à l'autre

Le règlement CE 2157/2001 prévoit que le siège statutaire de la S.E. est situé dans le même Etat membre que son administration centrale (article 7)<sup>(86)</sup>. Cependant il ne tranche pas le débat entre les tenants de la théorie de « l'incorporation » et les supporters de la théorie du « siège réel ». L'un et l'autre système continuent de coexister au sein de l'Union<sup>(87)</sup>. Suivant le système d'incorporation, les entreprises peuvent librement choisir leur Etat d'immatriculation — et donc le droit applicable à leur gestion — tout en implantant leurs activités et leur siège de direction dans n'importe quel autre Etat. Ce qui veut dire que l'entreprise choisit son droit — à la manière de « l'effet Delaware »<sup>(88)</sup> — et surtout que ce droit reste applicable sans discontinuité indépendamment des implantations de l'entreprise. Historiquement, ce système (appliqué notamment

(85) Voy. *supra*.

(86) Le règlement CE 2157/2001 a même offert aux Etats membres la possibilité d'imposer que le siège statutaire et l'administration centrale de la S.E. soit en « un lieu identique » La France a malencontreusement levé cette option qui confine à l'absurde si elle va jusqu'à interdire à une société européenne d'avoir son siège statutaire en région parisienne et de réunir ses organes dirigeants dans Paris *intra muros* (ou l'inverse).

(87) Eddy Wymeersch « The transfer of the Company's Seat in European Company law », European Corporate Governance Institute (ECGI) Working Paper Series of Law, n° 08/2003, March 2003

(88) Robert Drury, « The Delaware Syndrome : European fears and reactions », in *Journal of Business Law*, novembre 2005, p. 709.744.

(82) Voy. *supra* (partie I, « Comment créer une S.E. »?).

(83) Cette possibilité de contestation postfusion est traditionnelle en droit allemand. Voy. *supra*.

(84) Loi n° 2006-842 sur la confiance et la modernisation de l'économie. Ses dispositions sur la S.E. figurent aux articles L 225-245-1, L 229-1 et s., L 238-3-1 et L 244-5 du Code de commerce et aux articles L 439-25 et suivants et L 483-1-3 du Code du travail.

aujourd'hui par le Danemark, l'Irlande, l'Italie, le Royaume-Uni et les Pays-Bas) a été conçu pour faciliter l'exportation du droit britannique dans le Commonwealth. Il répond à la conception de la *common law* pour qui une société a une réalité objective, indépendamment de sa reconnaissance par l'Etat. Il en résulte que sans renoncer au lien juridique avec l'Etat d'incorporation, le transfert de son siège peut être opéré sans dissolution de la personne morale. Suivant la théorie du siège réel, la personne morale est au contraire une fiction juridique dont l'existence dépend d'un acte de la puissance publique. Le siège réel est défini comme le lieu où la société a son principal centre de direction, qui est nécessairement le lieu de son incorporation déterminant le droit qui lui est applicable. Ce système (en vigueur en particulier en Allemagne, en Espagne et en France) a été introduit au XIX<sup>e</sup> siècle en France pour empêcher l'évasion de sociétés alors attirées par la flexibilité de la législation belge<sup>89</sup>. Son maintien est justifié de nos jours par le souci d'éviter la création de sociétés « coquilles vides », voire de lutter contre l'évasion fiscale.

Ces justifications s'estompent à l'ère de la mondialisation. La garantie qu'est censée apporter aux Etats la théorie du siège réel est devenue quelque peu illusoire : le système n'empêche nullement la création de « coquilles vides »<sup>90</sup>. Et outre, et surtout, les entreprises des Etats où s'applique cette théorie ont su optimiser leur gestion au prix de divers montages (passant souvent par la création de holdings dans des quasi-paradis fiscaux). Parallèlement, le système de la loi d'incorporation n'est pas non plus le sésame qui permet aux entreprises de se déplacer librement dans la Communauté. Il serait erroné de croire que ce système lève tous les obstacles au transfert de siège. Comme en témoigne l'arrêt de la Cour de justice *Daily Mail* du 27 septembre 1988<sup>91</sup>, les Etats membres — en l'occurrence le Royaume-Uni — ont la possibilité de s'opposer au transfert à l'étranger du siège de direction et de l'administration centrale d'une société relevant de leur droit local<sup>92</sup>. Pour motiver sa décision, la Cour relève que « le Traité considère la disparité des législations nationales concernant le lien de rattachement exigé pour leurs sociétés ainsi que la possibilité et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège statutaire ou réel, d'une société de droit national, d'un Etat membre à l'autre, comme des problèmes qui ne sont pas résolus par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doivent l'être par des travaux législatifs ou conventionnels »<sup>93</sup> lesquels, toutefois, n'ont pas

encore abouti ». Ainsi, pour la Cour, les articles 43 et 48 T.C.E. « ne confèrent aucun droit, en l'état actuel du droit communautaire, à une société constituée en conformité de la législation d'un Etat membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre Etat membre ». En d'autres termes, le Traité reconnaît aux sociétés un droit d'établissement secondaire mais non primaire.

La jurisprudence a certes évolué. Depuis l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999<sup>94</sup> (d'aussi grande importance pour la liberté de circulation des personnes morales que le fameux arrêt *Cassis de Dijon*<sup>95</sup> s'agissant de la circulation des produits dans le marché intérieur), le droit d'établissement secondaire a une portée quasi absolue. Au sujet de ressortissants danois ayant immatriculé leur société au Royaume-Uni tout en concentrant l'intégralité de leurs activités commerciales dans une succursale au Danemark, la Cour refuse de considérer comme un abus de droit la création, dans un Etat membre, d'une succursale à titre de principal établissement. Elle a admis que la société elle-même s'immatricule dans un autre Etat dans le but d'échapper aux contraintes de la loi du pays où sont ses activités. Dans l'arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002<sup>96</sup>, la Cour confirme cette approche en obligeant l'Etat d'accueil à reconnaître la personnalité juridique de l'établissement principal, même si la société a son siège effectif dans un autre Etat membre. Dans l'arrêt *Inspire Art* du 30 septembre 2003<sup>97</sup>, la législation néerlandaise soumettant les *pseudo foreign companies* à des exigences spécifiques<sup>98</sup> est jugée contraire à la liberté d'établissement.

Pour autant, il faut être clair : cette jurisprudence ne consacre qu'un droit d'établissement secondaire. Elle ne remet pas juridiquement en cause l'arrêt *Daily Mail*<sup>99</sup>. Pour que les personnes morales bénéficiaires de la liberté de transférer leur siège effectif d'un Etat à l'autre aussi aisément que les citoyens européens changent d'Etat de résidence, il faudrait que la quatorzième directive « sur le transfert transnational du siège statutaire des sociétés de capitaux » soit adoptée et transposée dans les Etats membres<sup>100</sup>. Tout en conservant une attitude de neutralité à l'égard de la théorie du siège (réel ou statutaire), ce texte prévoit en effet la continuité de la personne morale après réalisation du transfert et changement de la loi applicable à la société. Il précise les modalités de publicité du transfert et d'information des parties intéressées, les conditions d'approbation du transfert,

l'étendue de la protection des actionnaires minoritaires opposés au transfert et des créanciers et titulaires de droits acquis envers la société, le contrôle de légalité de l'opération et l'immatriculation de la société dans l'Etat d'accueil. A l'instar du statut de la S.E., il impose de définir le mode de participation des travailleurs de la société une fois le transfert réalisé.

Mais la quatorzième directive ne paraît pas prête d'être adoptée. Les discussions sont interrompues car les Etats craignent l'évasion de leurs entreprises vers d'autres Etats à la législation moins stricte que chez eux. Ainsi, la seule solution pour une société souhaitant bénéficier d'une véritable mobilité passe par l'adoption du statut de S.E. Le règlement CE 2157/2001 en matière de transfert de siège (article 8) — calculé sur la proposition de quatorzième directive — dispose que « le transfert ne donne lieu ni à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle ». Il protège les droits des créanciers nés antérieurement au transfert. Les créanciers donnent leur avis sur le projet de transfert au même titre que les actionnaires de la S.E., celle-ci devant s'assurer que les créances sont protégées par le droit de l'Etat où la S.E. a son siège avant le transfert. Cette formalité conditionne la délivrance du certificat de transfert par l'Etat d'origine. Par ailleurs, les Etats, comme en matière de fusion, se sont vu reconnaître la possibilité de prévoir dans leur législation une protection « appropriée » pour les actionnaires minoritaires opposés au transfert. Cette option a notamment été levée par la France et l'Allemagne. Au Royaume-Uni, la loi sur le transfert de siège des sociétés commerciales est suffisamment contraignante pour que cet Etat membre n'ait pas cru bon de prévoir une protection spécifique des actionnaires minoritaires.

Ainsi tant que la quatorzième directive ne sera pas entrée en vigueur et tant que la jurisprudence de la Cour de justice européenne n'aura pas davantage évolué<sup>101</sup>, une société commerciale désireuse de transférer son siège devra se constituer en S.E. Elcoteq S.E. a ainsi décidé de transférer son siège de Finlande au Luxembourg en 2008<sup>102</sup>.

### 2.3. — La S.E. a vocation à réaliser des fusions transnationales

A l'évidence le statut de la S.E. a pâti du retard de son adoption. Comme il a été dit plus haut, le texte a dû subir au fil de trente années de débats de nombreuses modifications dont beaucoup sont de pures et simples amputations. Outre les dispositions sciemment retirées du règlement CE 2157/2001, dans les domaines fiscal et social notamment, d'autres articles ont, semble-t-il, été tout simplement oubliés. C'est la seule explication plausible en tout cas de la

(101) L'occasion pourrait lui en être offerte par le renvoi préjudiciel d'une cour ayant à connaître d'un appel contre la décision d'un tribunal hongrois chargé de la tenue du registre des sociétés, l'une des questions portant sur le droit d'une société inscrite au registre des sociétés en Hongrie de transférer son siège social dans un autre Etat membre, en invoquant directement le droit communautaire, en l'occurrence les articles 43 et 48 T.C.E. Demande de décision préjudicielle présentée par la Szegedi Itélotábla le 5 mai 2006, *Cartesio*, aff. C-210/06, J.O.U.E., 15 juillet 2006, C-165/17. Toutefois, il n'est pas certain que la Cour accepte de suppléer le législateur communautaire, eu égard au blocage de la quatorzième directive par les Etats.

(102) Voy. rapport Lenoir précité, le témoignage d'Elcoteq S.E. en annexe p. 219.

(89) D. Charny « Competition among jurisdictions in formulating Corporate Law Rules; an American Perspective on the Race to the Bottom in the European Communities », 1991, *Harvard Journal of International Law*, pp. 423 et s.

(90) 15% des sociétés européennes immatriculées en 2007.

(91) Aff. 81/87, Rec., I-5483.

(92) La Cour a jugé dans le cas précis que la loi britannique pouvait soumettre à autorisation du Trésor public (pour des raisons de préservation des ressources fiscales) le transfert du siège de direction d'une société hors du Royaume-Uni, même si ladite société gardait sa qualité de société de droit britannique. Cette loi, note la Cour, « n'entrave pas... le transfert partiel ou même total des activités d'une société de droit britannique à une société nouvellement constituée dans un autre Etat membre, le cas échéant, après dissolution et, partant, apurement des comptes fiscaux de la société britannique ».

(93) La France a conclu une seule convention permettant aux sociétés par actions de conserver leur personna-

lité morale en cas de transfert de leur siège : le Traité franco-éthiopien du 12 novembre 1959 sur le statut de la compagnie de chemin de fer de Djibouti à Addis-Abeba. Voy. Michel Menjuca, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Monchrestien, 2001.

(94) Aff. C-212/97, Rec., I-1459.

(95) Cour de justice des Communautés européennes, *Rewe-Zentral AG Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78.

(96) Aff. C-208/00, Rec., I-9919.

(97) Aff. C-167/01, Rec., I-10155.

(98) En matière de capital minimal et de responsabilité solidaire des administrateurs.

(99) Arrêt *Hugues de Lasteyrie du Saillant* du 11 mars 2004 (aff. C-9 102, Rec., I-02409). Même la transposition de cette jurisprudence des personnes physiques aux personnes morales ne remettrait sans doute pas directement en cause l'arrêt *Daily mail*. Dans cet arrêt fiscal, la Cour a considéré que les dispositions françaises sur les plus-values latentes du seul fait du transfert du domicile d'un contribuable vers un autre Etat membre entravaient la liberté d'établissement.

(100) Voy. *supra*.

disparition des dispositions (qui figuraient dans les premières propositions de la Commission) sur les fusions transnationales entre S.E., d'une part, et entre S.E. et sociétés anonymes, d'autre part. Les fusions transnationales ne sont plus mentionnées que comme l'une des quatre modalités de constitution d'une S.E. (articles 17 à 27).

Les praticiens du droit, prudents par nature, ont interprété ce changement comme excluant la possibilité pour une S.E. existante de réaliser une fusion transnationale avec les mêmes facilités que lorsque l'opération est menée en vue de sa création. L'article 17 du règlement prévoit deux procédures de fusion pour la constitution d'une S.E. : la fusion absorption et la fusion par constitution d'une nouvelle société. Le fait que le dernier alinéa de l'article précise que « dans le cas d'une fusion par absorption, la société absorbante prend la forme (nous soulignons) de S.E. simultanément à la fusion » exclurait la réalisation d'une fusion-absorption par une S.E. absorbante déjà formée. Seule resterait envisageable la fusion par création d'une nouvelle société<sup>(103)</sup>.

Cette interprétation au plus près du texte doit être écartée, car elle contrevient à son esprit et au principe même de l'effet utile du droit communautaire. Comment justifier en effet une législation qui permet une opération — la fusion transnationale — mais oblige les S.E. une fois constituées à recourir à la procédure la plus lourde et la plus compliquée pour la réaliser? Le règlement doit être interprété en fonction de l'approche téléologique de la Cour de justice qui a conduit à tenir étroitement compte des objectifs du législateur communautaire. Or, ceux du règlement CE 2157/2001 sont de lever les entraves juridiques au « regroupement entre sociétés d'Etats membres différents » (considérant 4 du règlement). Enfin, l'interprétation littérale du règlement prête elle-même à discussion. En renvoyant à l'article 3 au régime des sociétés anonymes pour ce qu'il ne traite pas, il invite en effet à combler ses lacunes par référence au droit des fusions nationales (lesquelles peuvent se réaliser par absorption aussi bien que par constitution d'une nouvelle société.)

La jurisprudence n'a pas encore eu à trancher cette question d'interprétation du statut de la S.E. Elle a revanche sensiblement ouvert pour l'ensemble des sociétés commerciales les possibilités de recours aux fusions transnationales. Dans l'arrêt *Sevic* du 13 décembre 2005<sup>(104)</sup>, la Cour de justice interdit en effet aux Etats membres, au nom de la liberté d'établissement découlant des articles 43 et 48 CE, de refuser de reconnaître les conséquences d'une fusion transnationale<sup>(105)</sup>. Dans cette espèce, la Cour a condamné la loi allemande du 28 octobre 1994 qui limite le régime de la fusion-absorption aux sociétés ayant leur siège en Allemagne et qui avait conduit à opposer l'inscription au registre du commerce d'une société née de la fusion entre une société néerlandaise et une société allemande.

(103) Cette difficulté particulière a été l'une des raisons ayant dissuadé Allianz S.E. de fusionner avec sa filiale française A.G.F. dont elle s'est contentée à ce jour d'acquiescer 100% des actions.

(104) C-411/03 précité.

(105) Reinhard Dammann, « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intracommunautaires », in *J.C.P.*, n° 19, 10 mai 2006, II 10077.

Si cette jurisprudence oblige les Etats membres de l'Union européenne, dans tous les cas de figure, à reconnaître les sociétés issues des fusions transnationales, elle n'assouplit cependant pas les conditions de ce type de fusions. L'arrêt *Sevic* ne dit mot ni de l'exigence de l'accord de l'unanimité des actionnaires (lié au fait que la fusion transnationale entraîne de facto un changement de nationalité), ni de la nécessité de liquider la société destinée à être absorbée dans le cadre de l'opération.

Ces conditions constituaient jusqu'ici (en dehors du cas de l'absorption d'une filiale possédée à 100%<sup>(106)</sup>) les principaux obstacles aux fusions transnationales. Or ces obstacles ont été levés par la directive précitée CE 2005/56. Applicable à toutes les sociétés de capitaux — à la simple condition qu'elles aient leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement dans un Etat membre — cette directive, comme le règlement CE 2157/2001, assimile en effet les fusions transnationales aux fusions nationales. Le projet de fusion est adopté, non plus à l'unanimité, mais à la majorité requise dans les Etats considérés pour les modifications statutaires des sociétés anonymes. La fusion elle-même se réalise sans liquidation de la société absorbée, allégeant d'autant les contraintes juridiques et fiscales de l'opération. Pour le reste, la procédure de fusion est presque la même que celle prévue par le règlement sur la S.E. : en matière de publicité, en ce qui concerne la présentation du rapport des organes d'administration et de direction sur les aspects juridiques, économiques et sociaux de la fusion, la désignation d'un ou de plusieurs experts indépendants et commissaires à la fusion, ou encore le contrôle de légalité. Une légère différence existe concernant la prise d'effet de la fusion et l'immatriculation de la société qui en est issue. Le règlement sur la S.E. prévoit que la fusion n'est effective qu'à compter de l'immatriculation de la société, tandis que la directive renvoie à la législation de l'Etat membre qui peut prévoir un autre fait générateur (vote de l'assemblée générale).

Comme le relève le professeur Michel Menjucq<sup>(107)</sup>, « la directive sur les aspects juridiques des fusions transnationales de sociétés de capitaux n'a pu en réalité aboutir qu'en se plaçant dans le sillage de la société européenne (S.E.) ». Il est avéré que l'adoption du règlement sur la S.E. a débloqué la directive « fusions transnationales » dont la discussion achoppait sur la question de l'implication des travailleurs. Par ailleurs, la solution adoptée sur ce dernier point est fortement inspirée de la directive de 2001 sur l'implication des travailleurs de la société européenne. La directive CE 2005/56 assouplit cependant les contraintes liées à la mise en place du dispositif social de chaque entreprise : le principe de base est celui en effet de l'application des « règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs » dans l'Etat membre où la société issue de la fusion a son siège. Ce n'est que si cette participation existe dans l'une des sociétés participantes que joue le principe « avant/après » institué pour la société européenne par la directive de 2001. Encore ne joue-t-il que dans certains cas, à sa-

voir lorsque l'une des sociétés participant à la fusion emploie pendant les six mois précédents le projet de fusion plus de 500 salariés<sup>(108)</sup> et qu'elle est régie par un régime, non pas d'information - consultation (comité d'entreprise par exemple), mais de participation (aux organes d'administration de surveillance). Dans ce cas, des négociations (de six mois renouvelables une fois) doivent s'ouvrir avec un groupe spécial de négociation pour aboutir à un accord<sup>(109)</sup> respectant le principe « avant - après ».

On peut penser que les entreprises — même celles dotées du statut de S.E. — recourront plus volontiers à la directive CE 2005/56 qu'au règlement 2157/2001/CE, non seulement pour des raisons de sécurité juridique, mais aussi compte tenu des assouplissements apportés au dispositif social. Ainsi, loin de remettre en cause l'intérêt intrinsèque du statut de société européenne, la directive de 2005 vient l'enrichir en mettant à sa disposition un nouvel outil. Certains commentateurs soulignent que petit à petit la combinaison de tous ces textes — de la S.E. aux fusions transnationales, en passant par la neutralité des opérations transnationales — fait tomber les dernières barrières qui restreignent encore la mobilité des entreprises en Europe. Ainsi, Reinhard Dammann<sup>(110)</sup> évoque l'utilisation de la directive 2005 « pour contourner l'obstacle d'une éventuelle interdiction d'un transfert de siège, posée par la *lex societatis*, indiquant que « il suffit de créer une filiale dans un Etat membre, puis de procéder à une fusion-absorption, à condition toutefois que les deux *lex societatis* applicables permettent une telle fusion avec transfert universel de patrimoine ». En dépit des avancées de la législation et de la jurisprudence communautaires et de l'inventivité des juristes, la S.E. garde néanmoins sa spécificité qui est d'être la seule à disposer du droit de transférer son siège au sein de la Communauté. Et elle risque de la garder longtemps si la quatorzième directive est durablement mise aux oubliettes.

Fusions transnationales, transfert de siège, neutralité fiscale... la S.E. a le privilège de pouvoir conjuguer toutes les techniques de mobilité des entreprises. Toutefois, aucun de ces dispositifs ne permet d'éviter le problème, de plus en plus aigu dans une Europe élargie, du conflits de lois et de juridictions. Dans son commentaire de la directive CE 2005/56, Michel Loy<sup>(111)</sup> a raison de souligner que le texte contient « en définitive un nombre peu élevé de règles matérielles s'imposant aux sociétés qui fusionnent, laissant souvent les règles de conflits de lois s'appliquer ». Si l'Europe ne progresse pas dans la voie de l'harmonisation des règles de droit international privé, les principes de sécurité juridique et de transparence n'y trouveront pas leur compte. C'est pourquoi le rapport sur la S.E. remis au gouvernement français préconise

(108) C'est le seuil en deçà duquel la « codétermination » allemande n'est pas applicable.

(109) A défaut d'accord, la directive de 2005 sur les fusions transnationales prévoit, de même que la directive de 2001 sur la S.E., l'application de dispositions de référence. Le seuil d'application de ces dispositions est néanmoins élevé : de 25% à 33 1/3% du nombre total de travailleurs de toutes les sociétés participantes.

(110) Reinhard Dammann, « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intracommunautaires », précité.

(111) « Les fusions transfrontalières entre présent et avenir », in *J.C.P.*, édition Entreprise et affaires, n° 31-34, 2 août 2007.

(106) Voy. l'annexe VI.4 du rapport Lenoir précité, contribution de PSA Peugeot Citroën (pp. 230-231).

(107) « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux » in *Revue Lamy - Droit des affaires*, mai 2006, n° 5, p. 10.

de mettre en place « un Forum européen de droit international privé »<sup>112</sup>. Organe consultatif auprès de la Commission européenne, il aiderait à sortir l'Europe du maquis de l'enchevêtrement des règles nationales qu'à chaque étape de sa vie sociale, une entreprise qui se déploie sur le marché doit combiner ou cumuler. Sans savoir toujours, en cas de difficultés, à quel juge se vouer.

## Conclusion

En guise de conclusion, il convient d'insister sur le fait que le statut de la S.E. n'a pas qu'une signification symbolique. Sa portée est aussi pratique. Ce statut est en quelque sorte une boîte à outils qui sert aux entreprises à optimiser leur gestion : qu'il s'agisse de la rationalisation de leurs structures (but recherché par Allianz S.E. ou Scor S.E.) ou de leur mobilité (fusions transnationales et transfert de siège)

Cette mobilité pose la question de la concurrence des droits nationaux, et non pas seulement de la concurrence fiscale. L'auteur du présent article pense que cette concurrence n'est pas forcément malsaine car elle peut favoriser *in fine* la convergence des normes, chaque Etat étant soucieux de renforcer l'attractivité de son territoire. Dans une Europe dont le processus décisionnel devient de plus en plus laborieux, cette manière de rapprocher les règles ne doit pas être rejetée.

Il reste que l'on ne peut prétendre construire une Europe compétitive où les entreprises ont la possibilité de se déployer et de se développer sans entraves si l'on renonce à l'œuvre d'harmonisation législative seule à même d'achever le marché intérieur. Dans cette logique, le rapport précité préconise, dans la perspective tant de la présidence française de 2008 que des propositions de la Commission européenne prévues pour 2009<sup>113</sup>, divers aménagements pa-

(112) Ce forum serait un organe consultatif placé auprès de la Commission européenne qui l'assisterait dans le cadre de l'élaboration de projets destinés à rapprocher les conceptions des Etats sur la loi applicable et le juge compétent en cas de conflit de droits (p. 129 du rapport Lenoir précité).

(113) L'article 69 du règlement met en lumière certaines modifications susceptibles d'être préconisées par le rapport de la Commission. Il dispose que « 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 S.E. d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans des Etats membres différents;

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

» c) de réviser la règle de compétence figurant à l'article 8, § 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 Etats membres ou par le Conseil;

» d) de permettre qu'un Etat membre autorise, dans la législation qu'il adopte conformément aux pouvoirs conférés par le présent règlement ou pour assurer l'applica-

tion effective du présent règlement à une S.E., l'insertion, dans les statuts de la S.E., de dispositions qui dérogeraient 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'Etat membre en question ».

raissant à l'auteur nécessaires au plein succès de la S.E.

Ces propositions tournent autour de quatre axes : ouverture, simplification, convergence, transparence.

A. *L'ouverture d'abord*. Elle passe par un assouplissement des conditions d'accès à la création d'une S.E., d'une part, et par l'élargissement de la définition de la fusion retenue dans le règlement, d'autre part.

1. A défaut de création *ex nihilo* (option parfaitement envisageable), l'assouplissement des conditions d'accès à la création d'une S.E. devrait à tout le moins être concrétisé par la faculté offerte à toute société de capitaux de se transformer en S.E., sous réserve du respect du critère d'extranéité (c'est-à-dire société de capitaux disposant d'une filiale depuis plus d'un an (au lieu de deux) dans un autre pays européen). Toute société de capitaux devrait également pouvoir participer à la constitution d'une S.E. par fusion, d'une S.E. holding ou d'une S.E. filiale.

Dans cette même optique d'assouplissement, une société de capitaux disposant d'une filiale depuis plus d'un an dans un autre pays européen devrait pouvoir transformer n'importe laquelle de ses filiales en S.E. filiale ou S.E. holding (sans qu'il soit exigé de la filiale ainsi constituée en S.E. qu'elle possède elle-même une sous-filiale dans un autre Etat membre).

Enfin, le règlement devrait être modifié pour indiquer clairement qu'une personne physique peut participer à la création d'une S.E.

2. Quant à l'élargissement de la définition de la fusion retenue dans le règlement, évoqué par son article 69, b, il consisterait à assimiler à la fusion d'autres modes de rapprochement tels que la scission et l'apport partiel d'actifs<sup>114</sup>.

B. *La simplification ensuite*. En ligne avec l'objectif (sinon les modalités) du « Mieux légiférer » de la Commission<sup>115</sup>, elle résiderait, en l'absence de suffisante harmonisation législative dans le domaine du droit des sociétés, dans la faculté offerte aux entreprises de choisir le droit applicable leur paraissant le mieux approprié à leur stratégie industrielle et commerciale.

3. Il est temps, en premier lieu, d'abandonner la théorie du « siège réel » qui n'a au demeurant plus grand sens au regard des développements de la jurisprudence de la Cour de justice évoquée plus haut sur la liberté d'établissement secondaire. C'est ce que l'Allemagne a proposé à ses partenaires européens, pour l'instant sans succès. Le gouvernement allemand semble toutefois déterminé à mener à bien cette réforme en droit interne<sup>116</sup>. La réflexion existe en Fran-

co. Mais les pouvoirs publics sont réticents car, pour eux, le système du siège statutaire est synonyme de départ de sociétés françaises vers des pays à droit et à fiscalité plus attractifs. Cette crainte paraît exagérée dès lors que les entreprises savent déjà prendre leurs dispositions pour gérer au mieux de l'intérêt social les aspects juridiques et fiscaux de leur gestion. En outre, en l'état actuel de la plupart des législations nationales, la neutralité fiscale des opérations transnationales est subordonnée au maintien d'un établissement stable dans l'Etat d'origine. Ce qui, en l'attente d'une véritable régulation au plan communautaire des « taxes de sortie »<sup>117</sup> est de nature à rassurer les autorités nationales. Comme le remarque un récent rapport d'information sénatorial : « Pour la France, le choix qui se dessine constitue un réel dilemme, car soit notre pays entend maîtriser le droit des sociétés applicable aux entreprises considérées comme françaises, au risque que la théorie du siège réel ne contribue à dissuader le maintien de centres de décision sur le territoire, soit il y a *de facto* renoncé — comme en témoigne la multiplication de transferts aux Pays-Bas de siège de sociétés "françaises" à l'occasion d'opérations de rapprochement — et la doctrine du siège réel devient contre-productive »<sup>118</sup>.

4. La simplification devrait également concerner les fusions transnationales (celle concernant la S.E. comme les autres), en permettant aux sociétés participantes de prévoir dans le projet de fusion qu'une seule loi nationale est applicable, sous la réserve des dispositions les plus favorables en matière de protection des créanciers et actionnaires. L'autre solution est un texte d'harmonisation communautaire, des garanties offertes aux créanciers et aux actionnaires minoritaires en cas d'opérations transnationales. Or, il ne semble malheureusement pas qu'un tel projet soit envisagé.

C. *La convergence également*. La convergence devrait surtout porter sur le volet fiscal, grand absent du dispositif harmonisé de la S.E.

5. Il faut soutenir fortement les travaux de la Commission européenne sur la mise en place d'une base commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés<sup>119</sup>. Il n'y a pas de raison que le

tafif indépendant formé de juristes et a été reprise par le gouvernement face au phénomène d'immatriculation de dizaine de milliers de P.M.E. allemandes au Royaume-Uni où la procédure de création d'entreprises est plus rapide et moins coûteuse.

(117) Imposition des plus-values, en l'absence de maintien d'établissements stables.

(118) [www.senat.fr/rap/r06-347-1/r06-347-1105.html](http://www.senat.fr/rap/r06-347-1/r06-347-1105.html)

(119) 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 produits 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 Etat 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 Etats 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 Etats membres resteront libres de fixer leur taux d'imposition (source : rapport Lenoir, précité).

travail qui a pu être mené à bien concernant les normes comptables, ne puisse aboutir concernant les normes fiscales. Il butte sur l'opposition des Etats qui entendent jouer à plein la concurrence fiscale. Pourtant, il ne s'agit pas d'harmoniser la fiscalité, puisque la concurrence continuerait de jouer pour les taux et le régime des impôts perçus. Malgré cela, l'unanimité requise en matière de fiscalité paraît difficilement atteignable. Voilà donc un cas qui justifierait amplement l'application de la procédure de « coopération renforcée » destinée à permettre aux Etats qui veulent aller de l'avant de ne pas être indéfiniment retardés par les autres<sup>120</sup>.

6. D'une manière générale, il faut rapprocher les administrations fiscales nationales et favoriser leur dialogue. Il serait dans cet esprit également utile d'ouvrir aux sociétés souhaitant créer une S.E. la faculté d'interroger préalablement les administrations nationales concernées afin de recueillir leur accord sur leur futur régime fiscal.

D. La transparence enfin. La contrepartie de la liberté de circulation consentie aux S.E., plus qu'à toute autre forme de société commerciale en Europe, doit être la transparence, c'est-à-dire en quelque sorte la « traçabilité » de leurs mouvements sur le marché intérieur.

7. Eu égard aux informations lacunaires publiées au supplément officiel du *Journal officiel* concernant l'immatriculation et la radiation des S.E. en Europe<sup>121</sup> et au caractère transnational de ces dernières, il paraît indispensable de pouvoir véritablement connaître et suivre l'activité de ces sociétés. Il y va de l'efficacité de la protection des droits des créanciers et des actionnaires et même des salariés.

Deux modalités sont envisageables : l'une encouragée par la Commission consiste à mettre en réseau les registres du commerce nationaux ou locaux existant dans les différents pays. Ce projet, intitulé « Business Register Interoperability Throughout Europe » (BRITE)<sup>122</sup> est purement informatique et vise à garantir l'interopérabilité entre registres du commerce dans l'Union.

Il n'est pas à la mesure de l'enjeu. Il serait préférable d'institutionnaliser un registre communautaire des sociétés garantissant la centralisation et le contrôle des informations publiques sur les S.E. C'est la seule façon de ménager aux tiers un accès facile et fiable aux données en cause.

(120) La coopération renforcée permet à certains Etats de renforcer leur coopération, sous forme d'harmonisation législative ou toute autre forme, sur des sujets particuliers. D'une part, elle ne peut être utilisée qu'en dernier ressort, à condition que le Conseil estime que ses objectifs ne peuvent pas être réalisés dans un délai raisonnable en appliquant les dispositions pertinentes des traités. D'autre part, des garanties sont prévues : les coopérations renforcées restent ouvertes, lors de leur instauration, à la participation de tous les Etats membres. Tant qu'elles ne concernent pas l'ensemble de ces derniers, elles ne font pas partie intégrante de l'acquis de l'Union. Les actes qui sont arrêtés dans le cadre de la coopération renforcée sont appliqués par les seuls Etats membres participants, mais les autres Etats membres ne doivent pas entraver leur mise en œuvre.

(121) Article 14 du règlement.

(122) 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 P.M.E. (source: rapport Lenoir, précité).

Ce registre pourrait s'inspirer de l'expérience acquise en matière de centralisation et d'accessibilité des données au niveau européen. L'exemple parfaitement réussi du registre des marques communautaires, base de données contenant les caractéristiques de toutes les marques enregistrées par l'Office d'harmonisation dans le marché intérieur (O.H.M.I.), montre que cela est possible. Ce registre géré par le service de l'administration du registre des marques du département juridique fait l'objet d'une mise à jour afin de tenir compte de tout changement (par exemple, transfert de propriété, changement de nom ou d'adresse, octroi d'une licence ou don en gage). Une autre expérience intéressante — cette fois-ci nationale — est celle du *Companies House*. Cette agence gouvernementale britannique dont le rôle est notamment d'examiner et de conserver les informations relatives aux sociétés et de les rendre accessibles, tient un registre du commerce centralisé dans l'intérêt public.

D'un point de vue institutionnel, le registre communautaire ici préconisé serait tenu par une agence européenne chargée de vérifier les systèmes de transmission de données des Etats, de garantir l'accès linguistique aux données, de recevoir des réclamations et d'assurer la liaison et la coordination entre autorités nationales. L'agence devrait au besoin pouvoir édicter des recommandations ou des normes, sans préjudice de la compétence nationale en matière de contrôle de la légalité. Le contrôle de base continuerait en effet de s'appliquer de manière décentralisée, même si c'est l'enregistrement des données au registre communautaire qui permettrait à l'immatriculation de la société de déployer tous ses effets juridiques. Le conseil d'administration de l'agence serait formé de représentants du réseau des autorités nationales chargées du contrôle de

la légalité et de l'immatriculation des sociétés (greffier, notaire ou juge).

A terme, le registre communautaire serait ouvert à d'autres pays que ceux de l'Union et de l'EEE, et il ne serait pas cantonné aux seules entités juridiques communautaires (S.E., S.C.E.<sup>123</sup>, et future S.P.E.<sup>124</sup>). Il pourrait toucher en outre toutes formes de sociétés.

Le statut de société européenne, qui a déjà séduit plus de 100 entreprises en Europe, a de l'avenir. Il y a peu de chances que son statut puisse être amélioré avant le rapport d'étape de la Commission en 2009. Le droit communautaire des sociétés devrait néanmoins continuer de progresser dans un domaine connexe : celui de la société privée européenne (S.P.E.). Proche de la S.E. non cotée, au statut sans doute plus flexible encore, et donc spécialement adapté aux P.M.E., la S.P.E. contribuera elle aussi à l'effacement des barrières bureaucratiques et juridiques entravant l'activité des entreprises paneuropéennes. Dans l'esprit de l'euro, l'entreprise de statut communautaire peut ainsi devenir un vecteur de croissance pour les grandes, moyennes et petites entreprises.

Noëlle LENOIR\*

(123) La société coopérative européenne a été instituée par le règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (S.E.C.) (J.O. L 207 du 18 août 2003, pp. 1-24) et la 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 (J.O. L 207 du 18 août 2003, pp. 25-36).

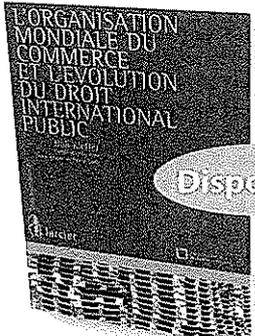
(124) Société privée européenne, voy. *infra*.

(\*) L'auteur est avocat à la cour à Paris, président de l'Institut de l'Europe d'H.E.C. et ancienne ministre de la république française.

## Droit international

NOUVELLE COLLECTION

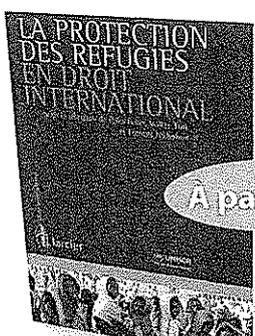
### Les problématiques les plus actuelles du droit international public



Disponible

Ed. 2008 • 85,00 € • 384 p. • 17,5 x 24 cm  
ISBN 978-2-8044-2632-3

**Un panorama inédit des aspects juridiques de la mondialisation !**



À paraître

Ed. 2008 • 120,00 € • 836 p.  
17,5 x 24 cm • ISBN 978-2-8044-2385-8

**Analyse de la Convention de Genève de 1951 et ses défis.**

commande@deboeckservices.com  
Larcier c/o De Boeck Services sprl  
Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve • ☎ (010) 48 25 00 • 📠 (010) 48 25 19