

Creda
CENTRE DE RECHERCHE
SUR LE DROIT DES AFFAIRES

un institut de prospective de la  Chambre de commerce
et d'industrie de Paris



Centre de recherche Sorbonne-Affaires

LES NOUVEAUX OUTILS DE LA MOBILITÉ DES ENTREPRISES EN EUROPE

Fusions transfrontalières, SE, SPE

en partenariat avec



le 2 juin 2008 à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Sommaire

Ouverture

Didier KLING, <i>Président du Comité technique du CREDA, Membre de la CCIP</i>	3
--	---

LES FUSIONS TRANSFRONTALIÈRES

Michel MENJUCQ, <i>Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)</i>	8
François MARSHALL, <i>Avocat à la Cour, Vice-Président du Cercle Montesquieu</i>	16
Denis VAN DEN BULKE, <i>Avocat aux Barreaux de Luxembourg et de Bruxelles</i>	21
Michael BUTCHER, <i>General Counsel and Company Secretary, Veolia Environnement UK Limited</i>	29
Colette NEUVILLE, <i>Présidente de l'Association de défense des minoritaires (ADAM)</i>	32

LES FORMES COMMUNAUTAIRES DE SOCIÉTÉS : l'actuelle (la SE) et la prochaine (la SPE)

LA SOCIETAS EUROPAEA

Noëlle LENOIR, <i>ancienne Ministre, Avocat à la Cour, Présidente de l'Institut de l'Europe d'HEC</i>	37
Patrick THOUROT, <i>Directeur Général Délégué de SCOR</i>	43
Olivier DILLENCHNEIDER, <i>Avocat à la Cour</i>	46
Reinhard DAMMANN, <i>Avocat à la Cour</i> ,	49

LA SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA

Bernard FIELD, <i>Président de la Commission « Droit de l'entreprise » du MEDEF, Secrétaire général de Saint-Gobain</i>	52
Pierre DELSAUX, <i>Directeur à la Commission européenne</i>	54
Dietmar HELMS, <i>Rechtsanwalt, Baker & McKenzie (Francfort)</i>	59
Federico PERNAZZA, <i>Professeur à l'Université La Sapienza (Rome), Avocat au Barreau de Rome</i>	61

Réflexions conclusives

Guy HORMANS, <i>Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Avocat au Barreau de Bruxelles</i>	65
--	----

La Societas europaea en 2009

Quelques données statistiques

Claudine ALEXANDRE-CASELLI, <i>Responsable de la cellule statistique du CREDA</i>	70
---	----

Ouverture

Didier KLING

Président du Comité technique du CREDA, Membre de la CCIP

Madame la Ministre,

Mesdames, Messieurs, et chers amis,

Le Président Simon m'a demandé de vous transmettre ses vifs regrets de ne pouvoir ouvrir ce colloque, comme il souhaitait le faire. Il me revient ainsi le plaisir de vous accueillir à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et de vous dire combien je suis heureux de présider ce colloque organisé par le Centre de recherche sur le droit des affaires de la CCIP, le CREDA, avec le concours du Centre de recherche Sorbonne-Affaires de l'Université de Paris I, du Cercle Montesquieu et de l'Institut de l'Europe d'HEC, dont la présidente, Madame la Ministre Noëlle Lenoir, nous honore de sa participation.

Le thème qui nous réunit aujourd'hui est d'une grande portée pratique et d'une actualité immédiate puisqu'il s'agit des nouveaux outils que l'arsenal du droit communautaire met au service des entreprises pour assurer leur mobilité en Europe.

Quels sont ces nouveaux outils ?

– Tout d'abord les fusions transfrontalières, d'une actualité pour ainsi dire brûlante, pour la France du moins, puisque le projet de loi de transposition de la directive doit être discuté au Sénat demain (1).

– Ensuite, la Société européenne, dont on peut tirer un premier bilan après quelques années d'existence,

– Et enfin – je dirais « last but not least » – un futur « outil », la Société privée européenne, projet que la Chambre de commerce et d'industrie de Paris porte depuis de nombreuses années, et que la Commission devrait présenter très prochainement.

*

* *

Comme vous le savez sans doute, il entre dans les missions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris de proposer, aux pouvoirs publics et aux instances communautaires, toutes mesures visant à promouvoir un environnement favorable aux entreprises.

(1) Cette directive a été transposée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. Trois décrets ont par la suite complété ce dispositif : les décrets n°s 2008-1116 et 2008-117 du 31 octobre 2008 relatifs à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusion transfrontalière et le décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009.

Promouvoir un environnement favorable aux entreprises c'est, bien sûr, améliorer leur potentiel de croissance, faciliter l'accès au financement, rendre la législation plus claire et plus efficace, encourager l'esprit d'entreprendre, développer des réseaux de soutien aux entreprises...

C'est tout cela, mais c'est plus encore : il faut aussi permettre aux entreprises de se déplacer facilement, là où se trouvent leurs marchés, que ce soit en France ou en Europe. Et la directive sur les fusions transfrontalières (2) était, à cet égard, très attendue. Il faut, de plus, leur proposer des structures juridiques adaptées ; adaptées aux grandes entreprises (et nous avons maintenant la SE) mais aussi adaptées aux petites et moyennes entreprises qui – doit-on encore le rappeler ? – représentent l'écrasante majorité des entreprises européennes. C'est pourquoi la CCIP attache tant d'importance au projet de SPE (3) !

La Chambre de commerce et d'industrie de Paris soutient, bien évidemment, toutes les actions menées en faveur de la mobilité des entreprises. Très tôt, elle a été associée aux travaux préparatoires de la loi de transposition de la directive sur les fusions transfrontalières et a même initié la réflexion sur la société privée européenne.

Sans, bien sûr, me livrer à un examen approfondi de chacun de ces trois « outils », je voudrais vous présenter quelques brèves observations.

S'agissant d'abord des fusions transfrontalières, dès l'automne 2007, la CCIP a été saisie par le Ministère de l'Économie du projet de loi visant à transposer, en droit français, la directive du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières. Certaines de nos observations ont été prises en compte lors de la rédaction du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire ainsi que lors de sa discussion au Parlement, notamment sur la question du « double contrôle » des opérations de fusion transfrontalière.

Le Professeur Michel Menjucq, notre premier « rapporteur », vous présentera, dans un instant, le contenu et les apports de la directive sur les fusions transfrontalières, dont il est l'un des meilleurs spécialistes.

Sur toutes ces questions de mobilité, qui sont fondamentales pour nos entreprises, nous sommes extrêmement vigilants à la CCIP. C'est ainsi que nous avons aussi suivi de très près, et depuis fort longtemps, toutes les discussions concernant la Société européenne, qui ont été menées au niveau européen.

(2) Directive n° 2005/56/CE du 14 juin 2006 transposée en droit français par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008.

(3) La Commission européenne a présenté le 25 juin 2008 une proposition de règlement relatif au statut de la SPE. Ce dossier a bien avancé lors de la présidence française mais quelques points d'achoppement ont empêché les États membres de parvenir à un accord politique (notamment concernant la participation des salariés ou l'élément transfrontalier). Le 20 janvier 2009, ce texte a été légèrement amendé par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, qui estime que la SPE devrait être soumise à des règles plus strictes concernant la participation des travailleurs et le capital initial.

Il est vrai que notre cœur, et la raison consulaire, ont toujours penché vers la Société privée européenne plutôt que vers la Société européenne elle-même. Notre souci de voir les PME dotées d'une structure juridique européenne qui leur soit adaptée et le fait que, pendant longtemps, le projet de SE paraissait voué à l'échec, explique cette position.

Il n'empêche que nous avons toujours regardé la SE avec intérêt et même organisé, ici et dans divers pays européens, avec le CREDA, diverses manifestations où les artisans de cette *Societas Europaea* nous ont expliqué l'apport indéniable que constituait cette structure. Ainsi, le Commissaire européen Mario Monti est venu en ces lieux, en 1997, nous présenter ce qu'étaient les priorités de la Commission en la matière : d'abord faire aboutir la SE avant que de se consacrer à la SPE (4) ().

Maintenant que c'est chose faite, puisque le Règlement SE, et la directive qui le complète, ont été adoptés le 8 octobre 2001, que constatons-nous ?

Quelques grandes sociétés ont adopté le statut de SE et l'ont d'ailleurs largement fait savoir. Scor en est un remarquable exemple... Son Directeur général délégué, Monsieur Patrick Thourot, nous en parlera tout à l'heure. Mais peu de données qualitatives ou même chiffrées sont disponibles.

En 2006, de façon à éclairer Madame Noëlle Lenoir alors chargée, par le Garde des Sceaux, de rédiger un rapport sur la mise en œuvre du règlement et sur les améliorations à y apporter, le CREDA a réalisé une investigation statistique, dont les résultats viennent d'être complétés avec les dernières données disponibles.

Je ne vous accablerai pas de chiffres puisqu'ils figurent dans le dossier qui vous a été remis. Je vous donnerai juste cette information : en janvier 2008, on comptait 122 SE – principalement immatriculées en Allemagne et plutôt issues du secteur de la banque ou de l'assurance –, dont 1 sur 5 serait une « structure d'attente » (5).

Toutefois, il est intéressant de relever que le choix de la forme SE serait davantage guidé par la volonté d'adopter un « label européen » que par un souci de réorganisation ou de simplification de la structure du groupe. Ce qui n'empêche pas les enquêtés de se déclarer, dans l'ensemble, plutôt satisfaits de leur choix. Cette enquête a permis également de mettre en évidence que les dirigeants d'entreprise, interrogés sur les perspectives d'évolution possible de la SE, souhaitaient que l'on passe d'un système de siège réel à un système d'« incorporation », c'est-à-dire de siège statutaire.

La question se pose donc de savoir si et comment il faudrait rendre ce statut plus attractif. Des améliorations sont sans doute envisageables. Madame Noëlle Lenoir est sans conteste

(4) <http://www.creda.ccip.fr/colloques/1997-societe-europeenne-actes.html>.

(5) Les données les plus récentes permettent d'estimer le nombre de SE début 2009 à 352, dont 79 seraient des « structures d'attente » selon une étude statistique du CREDA figurant en annexe de ces actes.

l'autorité qui pourra nous éclairer sur de telles améliorations puisqu'elle en a présenté un certain nombre à l'issue de sa mission. Nous l'écouterons donc avec grand profit tout à l'heure.

Je voudrais seulement signaler, très brièvement, que la CCIP, dans le cadre de sa mission consultative, a réagi très récemment à propos de dispositions sur la Société européenne intégrées dans le projet de loi d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. Je ne vous citerai qu'un exemple : le recours, devant la Cour d'appel de Paris, contre la décision du procureur de la République de s'opposer, pour des raisons d'intérêt public, au transfert hors de France du siège d'une SE qui y serait immatriculée (ou à la constitution d'une SE par voie de fusion entraînant un changement de droit applicable pour les actionnaires français). Nous considérons que, au lieu d'aménager une voie de recours contre la décision du procureur de la République, il serait préférable de profiter du projet de loi pour supprimer purement et simplement le droit d'opposition du Parquet.

Je ne m'étendrai pas davantage sur la Société européenne et sur les améliorations qui pourraient être apportées à son régime car les éminents spécialistes de notre deuxième table ronde vont nous faire partager leur sentiment et leur expérience sur cette question. Je ne voudrais pas non plus être trop long. Mais, avant de clore mon propos, je me dois quand même de dire encore quelques mots de la SPE, sujet qui nous tient, à la CCIP, particulièrement à cœur.

Dès 1973, les travaux menés par notre Centre de recherche sur le droit des affaires, le CREDA, ont donné lieu à la publication d'une étude pionnière intitulée *Pour une SARL européenne*. Madame Jeanne Boucourechliev, qui nous fait l'amitié de sa présence, en est l'auteur. Et je tiens à profiter de l'occasion qui m'a été donnée aujourd'hui pour rendre un hommage particulièrement appuyé à sa sagacité et à la pertinence de sa réflexion (6).

Partant des résultats d'une enquête menée auprès d'un échantillon de plusieurs centaines d'entreprises, cette étude avait mis clairement en évidence que de nombreux dirigeants d'entreprises auraient souhaité pouvoir disposer d'une forme européenne de société, légère, souple et adaptée à chaque cas d'espèce, particulièrement comme cadre d'opérations communes, alors qu'ils jugeaient trop lourd et trop contraignant le projet de SE publié en 1970 par la Commission.

Au milieu des années 90, alors que le projet de SE n'a toujours pas abouti, le CREDA revisite la question en constituant une équipe composée d'experts européens, allemands, anglais, français et néerlandais. Ses travaux, menés sous la direction de Madame Boucourechliev, déboucheront sur un ensemble de *Propositions pour une société fermée européenne* qui feront l'objet d'un ouvrage publié, je le souligne, par la Commission

(6) *Pour une SARL européenne*, CREDA, PUF, 1973. Document consultable sur le site de la CCIP : <http://www.creda.ccip.fr/etudes/1973-SARL-europeenne/SARL-europeenne-presentation.html>.

européenne elle-même (7). Ces propositions, présentées fin 1997 lors d'un important colloque organisé ici même, en présence du Commissaire européen Mario Monti, ont suscité un vif intérêt (8).

C'est sur les bases de cette étude et les conclusions du colloque, que la CCIP et le CNPF (avant qu'il ne soit le Medef) ont alors constitué un groupe de travail chargé de proposer un statut de Société Privée Européenne (SPE), l'idée étant qu'une forme de société européenne destinée aux PME était indispensable pour favoriser la compétitivité des entreprises européennes et développer le Marché intérieur.

Rédigé par ce groupe de travail, coprésidé par Madame Boucourechliev et par Monsieur Bernard Field en sa qualité de Président de la Commission juridique du CNPF – qui a bien voulu accepté d'introduire la troisième table ronde –, le projet de statut de SPE a été publié en français, en anglais et en allemand dans un document paru en septembre 1998 (9). Ce document a ensuite été présenté lors de nombreuses manifestations organisées par le CREDA à travers l'Europe, avec, toujours, l'appui des organisations patronales et professionnelles nationales, voire, pour l'Espagne, du Ministère de l'Économie et des entreprises.

Des organismes représentatifs des entreprises européennes, tels qu'*Eurochambres* ou *BusinessEurope*, se sont ralliés à ce projet. Puis, grâce à de très efficaces actions de lobbying – menées conjointement par la CCIP et le MEDEF –, le Comité économique et social européen, puis le Parlement européen ont fait du statut de SPE l'un de leurs chevaux de bataille.

Nous avons donc été bien entendus. Et nous pouvons, aujourd'hui, nous féliciter d'avoir été, enfin, entendus par la Commission européenne.

Vous connaissez la suite, ou vous allez la connaître, grâce aux exposés de nos intervenants : la Commission devrait, de façon tout à fait imminente, proposer un statut de SPE. Le Garde des Sceaux a rappelé que la SPE était l'une des priorités de la Présidence française. Mais Monsieur Pierre Delsaux nous en dira assurément plus sur la teneur du projet de la Commission et sur son calendrier (10).

Nos travaux de cet après-midi auront donc – inutile de le souligner – une connotation on ne peut plus européenne. Aussi, avons-nous pris soin de convier à cette tribune de très éminents

(7) *Propositions pour une société fermée européenne*, CREDA, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997. V. la présentation de l'ouvrage sur le site du CREDA : <http://www.creda.ccip.fr/etudes/1997-societe-fermee-europeenne/SFE-presentation.html>.

(8) V. colloque du CREDA : *De nouvelles perspectives pour la société européenne – Vers une société fermée européenne ?* Document consultable sur le site de la CCIP : <http://www.creda.ccip.fr/colloques/1997-societe-europeenne-actes.html>.

(9) *Projet de statut d'une société privée européenne*, CNPF-CCIP, 1998. Document consultable sur le site de la CCIP : <http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/spe/index.html>.

(10) V. la proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne effectivement présentée par la Commission le 25 juin 2008, COM (2008) 3960

spécialistes, venus de Grande-Bretagne, de Belgique, d'Italie, d'Allemagne... mais aussi de France, pour nous faire part de leur expérience « européenne ». Nous les remercions très chaleureusement d'avoir si obligeamment accepté de prêter leur concours à nos échanges.

Et c'est à celui que l'on peut qualifier de « grand citoyen de l'Europe », le doyen Guy Horsmans, dont les travaux font autorité en droit économique et qui est un praticien du droit des sociétés reconnu sur notre continent et même au-delà, que reviendra la tâche délicate de présenter les « réflexions conclusives » que lui inspireront les riches échanges qui vont suivre. Nous connaissons sa hauteur de vue. Et nul doute que nous allons en bénéficier au terme de ce colloque prometteur.

Sans plus attendre, je donne maintenant la parole au Professeur Menjucq, qui va introduire notre première table ronde.

LES FUSIONS TRANSFRONTALIÈRES

Michel MENJUCQ

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Les fusions transfrontalières connaissent enfin une évolution favorable qui s'est produite sous l'aiguillon du droit communautaire, en quatre étapes principales :

– la directive fiscale n° 90/434/ CEE du 23 juillet 1990 (modifiée par la directive du 17 février 2005) assurant la neutralité des opérations de fusions, apports partiels d'actifs et de scission, transposée en droit français par la loi de finances 1992 ;

– le règlement 2157/2001 et la directive associée 2001/86/CE du 8 septembre 2001 (applicable le 8 octobre 2004) sur la SE, « transposés » en droit français par la loi « Breton » du 26 juillet 2005 et le décret du 14 avril 2006 ;

– la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières des sociétés de capitaux qui devait être transposée avant le 15 décembre 2007 ;

– la décision de la CJCE du 13 décembre 2005 intégrant les fusions transfrontalières parmi les modalités du libre établissement secondaire.

Bien qu'elle ne soit pas la dernière pierre, l'adoption, le 26 octobre 2005, de la directive du Parlement européen et du Conseil n° 2005/56/CE constitue donc une étape fondamentale de la libre circulation des sociétés de capitaux. Ce texte était attendu car il lève les obstacles de technique juridique à la réalisation d'opérations transfrontalières (11).

(11) Voir M. Menjucq, *Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux*, *Rev. Lamy droit des affaires*, mai 2006, p. 10. Du même auteur, voir aussi plus généralement sur les fusions transfrontalières avant et après la directive

La directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux n'a pu en réalité aboutir qu'en se plaçant dans le sillage de la société européenne tant du point de vue du régime de participation des salariés que de celui purement technique de l'opération de fusion. En effet, comme précédemment les propositions sur la SE, la directive sur les fusions transfrontalières butait sur la question de la cogestion à l'allemande (*Mitbestimmung*), consistant dans la participation de représentants des salariés dans les organes sociaux. Les textes relatifs à la SE ont ainsi inspiré les rédacteurs de la directive fusion sur les modalités techniques de l'opération. Compte tenu de l'inspiration constituée par la SE, il n'est guère surprenant que la directive du 26 octobre 2005 ne comporte que 21 articles. La directive CE n° 2005/56 devait faire l'objet d'une transposition par les États membres avant le 15 décembre 2007. Si une dizaine d'États membres ont respecté ce délai (12), la France a pris quelque retard, puisque la loi de transposition n'a été adoptée qu'en juillet 2008 et qu'il a fallu même attendre 2009 et la publication du dernier décret d'application pour pouvoir réaliser en France des fusions transfrontalières selon le régime de la directive (13).

I – Les entreprises bénéficiaires du régime de la directive 2005/56/CE

Peuvent participer aux opérations de fusions transfrontalières, les sociétés de capitaux définies à l'article 2 de la directive 2005/56/CE par renvoi à l'article 1^{er} de la directive n° 68/151/CEE du 9 mars 1968 modifié en 2003 et à son annexe énumérant pour chaque État membre les formes sociales visées. Pour la France, il s'agit de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société par actions simplifiée et de la société à responsabilité limitée. La loi française de transposition de la directive ajoute aussi expressément les sociétés européennes immatriculées en France (14), ce qui résout une difficulté d'interprétation du règlement n° 2157/2001, puisque certains praticiens considéraient que la SE ne pouvait pas participer avec des sociétés de forme nationale à des opérations de fusions transfrontalières.

L'article 2, b de la directive 2005/56/CE ajoute que, de façon plus générale, on entend par société de capitaux, toute société dotée de la personnalité juridique, ayant un capital social et un patrimoine séparé, qui est soumise par sa législation nationale aux conditions de garantie des intérêts des associés et des tiers prévues par la directive 68/151/CEE. Ce dernier critère permet d'intégrer de nouvelles formes de sociétés de capitaux.

n° 2005/56/CE et sa transposition en droit français, *Droit international et européen des sociétés*, précis Domat, éd. Montchrestien, 2^e éd. 2008, n° 310 sq.

(12) Notamment, l'Autriche, l'Allemagne, le Danemark et le Royaume-Uni.

(13) Elle a été adoptée le 3 juillet 2008 (loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant adaptation du droit des sociétés au droit communautaire). Trois décrets sont venus compléter ce dispositif : les décrets n° 2008-1116 et n° 2008-117 du 31 octobre 2008 relatifs à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusion transfrontalière et le décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux aspects de droit des sociétés. Sur la transposition, voir H. Le Nabasque, *Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008*, *Rev. soc.* 2008, p. 493 sq.

(14) Nouvel article L. 236-25 du Code de commerce.

Pour participer à une fusion transfrontalière, les sociétés de capitaux ainsi définies doivent seulement remplir les conditions de l'article 48 du Traité CE et donc être constituées en conformité avec la législation d'un État membre et avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement dans un État membre de la Communauté. On ne retrouve donc pas, dans ce texte, la volonté de réserver les fusions aux seules sociétés ayant un rattachement fort avec la Communauté européenne comme c'est le cas à l'égard des entités fondatrices d'une SE. Simplement, pour qu'existe une dimension transfrontalière, deux sociétés au moins doivent relever d'États membres différents.

II – Les apports de la directive à la mobilité des entreprises

Les apports principaux de la directive n° 2005/56/CE sont au nombre de trois : la définition des opérations de fusion (A), le dépassement de l'obstacle du conflit de lois (B) et la résolution de la question de la participation des salariés qui reçoit un traitement original inspiré du principe « avant-après » utilisé dans le cadre de la SE (C).

A) La définition des opérations de fusions transfrontalières

Les opérations de fusion envisagées par la directive 2005/56/CE se réalisent par la transmission universelle du patrimoine de sociétés dissoutes sans liquidation à une société préexistante (fusion-absorption) (15), ou à une société nouvelle (fusion avec création d'une société nouvelle) (16), avec un échange de titres représentatifs du capital en faveur des associés des sociétés dissoutes. Éventuellement, une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable de ces titres peut être versée sans disqualifier l'opération. La directive s'applique aussi lorsque le droit d'un État membre concerné permet le paiement d'une soulte en espèces supérieure à 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable. La loi française de transposition a institué dans le Code de commerce cette dernière modalité jusque là inconnue du droit français au motif qu'une société immatriculée en France pouvant être absorbée selon cette modalité, il était nécessaire de l'inscrire dans le Code de commerce (17). En revanche, n'est pas modifié l'article 210-O A du Code général des impôts pour y inclure cette modalité nouvelle, ce qui implique que la fusion avec soulte supérieure à 10% ne bénéficie pas de la neutralité fiscale instituée pour les opérations de fusions. La directive s'applique enfin lorsque la société absorbante détient 100 % des titres représentatifs du capital de la société absorbée ; son régime est en ce cas simplifié

(15) Article 2, 2, a de la directive 2005/56/CE.

(16) Article 2, 2, b de la directive 2005/56/CE.

(17) Ainsi, le nouvel article L. 236-26 du Code de commerce prévoit que par dérogation à l'article L. 236-1 et lorsque la législation d'au moins un des États membres concernés par la fusion le permet le traité de fusion peut prévoir « le versement en espèces d'une soulte supérieure à 10 % de la valeur nominale ou, à défaut du pair comptable, des titres, parts ou actions attribués. Le pair comptable est défini comme la quote-part du capital social représentée par une action ou une part sociale ».

conformément à l'article 15 de la directive 2005/56/CE (18). En ce sens, la loi de transposition en droit français modifie l'article L. 226-11 du Code de commerce afin de supprimer l'exigence d'un rapport du commissaire aux apports en l'absence d'augmentation du capital, cette suppression concernant aussi bien les fusions internes que les fusions transfrontalières.

B) Le dépassement du conflit de lois

Tirant partie de la discussion doctrinale, la directive n° 2005/56/CE réalise une combinaison de règles de conflit de lois et de règles matérielles. Ainsi, est faite une application distributive des lois nationales en présence pour toutes les modalités qui peuvent être réalisées distinctement par chaque société concernée. En ce sens, chaque société participant à une fusion transfrontalière se conforme aux dispositions et formalités de la législation de l'État membre dont elle relève et « qui serait applicable à une fusion nationale » (19). Il s'agit d'une extension partielle du régime des fusions internes aux fusions transfrontalières (1). En revanche, pour tout ce qui « doit être élaboré dans les mêmes termes par chacune des sociétés » et qui appellerait donc un cumul des lois des États membres, la directive prévoit des règles matérielles (2).

1) Application de principe du régime des fusions nationales aux fusions transfrontalières

Les règles et formalités des fusions nationales, harmonisées par la directive 78/855 du 9 octobre 1978, vont trouver largement à s'appliquer à l'égard des fusions transfrontalières. Tout d'abord, seules les formes de sociétés pouvant fusionner en vertu de la législation des États peuvent participer à une fusion transfrontalière. Ensuite, les dispositions relatives aux fusions nationales régissent notamment le processus décisionnel se rapportant à la fusion, la protection des créanciers, des obligataires, des porteurs de titres ou de parts et des droits des salariés autres que ceux relatifs à leur participation dans les organes de la société issue de la fusion (20). En ce sens, le nouvel article L. 236-25 du Code de commerce dispose que les sociétés de capitaux immatriculées en France participent aux fusions transfrontalières dans les conditions prévues aux dispositions particulières aux fusions transfrontalières des articles L. 236-25 à L. 236-32 du même code ainsi qu'à celles non contraires des sections 1 et 2 du chapitre sur les fusions nationales. Le premier avantage que l'on trouve à cette application des règles gouvernant les fusions nationales réside dans le fait qu'elles dispensent d'obtenir l'unanimité, la fusion transfrontalière étant ainsi décidée dans les conditions des fusions internes, à savoir, pour les sociétés de droit français, à la majorité requise pour modifier les statuts. L'unanimité des associés pour décider de la fusion qui a constitué jusqu'à présent l'obstacle principal à la réalisation des fusions transfrontalières est donc écartée par la directive.

(18) Si l'absorbante détient au moins 90 % mais pas la totalité des titres de capital de l'absorbée, l'article 15, 2 prévoit que les rapports d'experts indépendants et les documents nécessaires au contrôle ne sont requis que s'ils sont exigés par le droit national de l'absorbante ou de l'absorbée.

(19) Considérant 3 de la directive n° 2005/56/CE.

(20) Article 4, 2 de la directive n° 2005/56/CE.

C'est aussi dans cette logique qu'un droit d'opposition pour des motifs d'intérêt public au profit d'une autorité nationale ne peut exister à l'égard d'une fusion transfrontalière que s'il existe à l'encontre d'une fusion nationale (21). Ce principe de l'extension du régime des fusions internes concerne aussi la protection des associés minoritaires que le législateur français n'a pas institué dans le cadre des fusions transfrontalières à défaut de l'avoir fait pour les fusions internes. Toutefois, le nouvel article L. 236-28 du Code de commerce dispose que les associés se « prononcent par une résolution spéciale, sur la possibilité de mise en œuvre de procédures d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des associés minoritaires, lorsque celle-ci est offerte aux associés de l'une des sociétés participant à la fusion par la législation qui lui est applicable ».

2) Dispositions matérielles communautaires applicables aux fusions transfrontalières

Le projet commun de fusion transfrontalière et plus généralement la procédure de fusion qui auraient nécessité une application cumulative des lois en présence font l'objet de dispositions matérielles. En ce sens, l'article 5 de la directive 2005/56/CE, largement inspiré de l'article 20 du règlement 2157/2001 sur la SE, prévoit les mentions que le projet commun doit au moins comporter.

Le déroulement de la procédure de fusion est aussi le décalque des dispositions du règlement 2157/2001 sur la SE. En ce sens, le projet commun fait l'objet d'une publicité selon les modalités prévues par chaque État membre au moins un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion (22). Par ailleurs, dans le même délai d'un mois avant l'assemblée générale, les organes d'administration ou de direction doivent établir un rapport à destination des associés et des représentants des salariés ou à défaut des salariés eux-mêmes (23), sur les aspects juridiques, économiques et sociaux de la fusion. En outre, en complément de l'article L. 226-105 du Code de commerce, le comité d'entreprise peut désormais annexer son avis au rapport du conseil d'administration ou du directoire afin qu'ils soient présentés conjointement à l'assemblée générale des associés.

De plus, des experts soit indépendants, soit agissant pour le compte de chaque société qui fusionne examinent le projet et établissent un rapport destiné à l'ensemble des associés (24). Il s'agit pour les sociétés de siège français d'un ou plusieurs commissaires à la fusion en application de l'article L. 236-10 du Code de commerce. Cependant, à l'unanimité, les associés de toutes les sociétés participantes peuvent décider d'écarter l'examen et le rapport des

(21) Article 4, 1, b de la directive n° 2005/56/CE). Aucun droit d'opposition n'est donc prévu par la loi française de transposition de la directive.

(22) Article 6 de la directive 2005/56/CE). La directive prévoit cependant que les États membres ont la faculté de dispenser la société absorbante de l'approbation de la fusion en assemblée générale si tous les associés des sociétés participantes en ont décidé ainsi (article 9, 3

(23) Voir sur la mise à disposition du rapport aux représentants des salariés, voir le nouvel article L. 236-27 du Code de commerce.

(24) Article 8 de la directive 2005/56/CE.

experts, ce qui en droit français a conduit à compléter l'article L. 236-10 (25), cette possibilité est ouverte non seulement pour les fusions transfrontalières mais aussi pour les fusions internes depuis la récente modification par la directive 2007/63 du 13 novembre 2007 de la troisième directive 78/855/CEE sur les fusions (internes) et de la sixième directive 82/891/CEE sur les scissions (internes).

Enfin, de manière là encore similaire au règlement 2157/2001 sur la SE, sont organisés un contrôle préalable de la fusion par une autorité compétente pour la partie de la procédure relative à chacune des sociétés participantes et un contrôle de la légalité pour la réalisation de la fusion. La transposition de la directive en droit français s'est donc traduite par l'attribution du contrôle préalable des sociétés participantes ayant leur siège en France aux greffiers des tribunaux de commerce, le contrôle de la légalité de la fusion dans son ensemble revenant, chaque fois que la société issue de la fusion a son siège en France, soit au greffier du tribunal dans le ressort duquel se situe le siège de ladite société, soit à un notaire. Ce choix concernant l'autorité chargée du contrôle de la légalité est laissé aux sociétés participantes, ce qui constitue une différence par rapport au contrôle de la légalité de la fusion constitutive d'une SE immatriculée en France pour lequel les notaires ont un monopole.

À l'issue de ces contrôles, un certificat est délivré attestant de la régularité de la procédure, la fusion transfrontalière ne pouvant prendre effet qu'après ces contrôles, à une date déterminée par la législation de l'État membre dont relève la société issue de la fusion (26). Après la prise d'effet de la fusion, la nullité de l'opération ne peut pas être prononcée (27). Les effets de la fusion sont ceux prévus par la directive 78/855/CEE : transfert universel du patrimoine, dissolution sans liquidation des sociétés absorbées, acquisition par les associés de l'absorbée de la qualité d'associés de l'absorbante. La publicité de la fusion et l'immatriculation de la société issue de la fusion sont réalisées conformément aux législations nationales harmonisées par la directive 68/151/CEE. La radiation de l'ancienne immatriculation n'a lieu qu'à réception de la notification de la nouvelle immatriculation.

C) La participation des salariés

Le principe est que la société issue de la fusion est « soumise aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs » de l'État membre où se situe son siège. Il n'y a donc pas, contrairement à la société européenne, un objectif social à atteindre. L'implication des salariés n'a pas à être obligatoirement instituée dans la société issue de la fusion transfrontalière. Il résulte qu'il n'est pas nécessaire d'ouvrir des négociations avec les représentants des salariés sur ce point.

(25) L'article L. 236-10 qui précise désormais qu'à « cette fin, les associés sont consultés au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ».

(26) Le nouvel article L. 236-31 du Code de commerce énonce que la prise d'effet ne peut être antérieure au contrôle de la légalité.

(27) Article L. 236-31 du Code de commerce

Toutefois, l'existence dans certains États membres, particulièrement l'Allemagne, de régimes de participation des salariés dans les organes de la société a nécessité de prendre en compte les craintes de ces États de voir leurs sociétés utiliser les fusions transfrontalières pour évincer ces régimes de participation. En conséquence le principe « avant-après » instituée pour la société européenne a été transposé à l'article 16 de la directive 2005/56/CE (28). Ainsi, lorsque des salariés ont bénéficié d'un régime de participation avant la fusion transfrontalière, ils doivent pouvoir continuer à en bénéficier après, au moins lorsque leur nombre dépasse certains seuils.

Ainsi, les règles éventuelles relatives à la participation de l'État du siège statutaire de la société absorbante ne s'appliquent pas :

– si au moins une des sociétés qui participent à la fusion emploie pendant la période de six mois précédant la publication du projet de fusion transfrontalière un nombre moyen de travailleurs supérieur à 500 et qu'elle est gérée selon un régime de participation des travailleurs,

– ou si la législation nationale applicable à la société issue de la fusion :

- ne prévoit pas au moins le même niveau de participation que celui qui s'applique aux sociétés qui fusionnent, ce niveau étant mesuré par la proportion des représentants des salariés dans les organes d'administration ou de surveillance ou dans le groupe de direction gérant les unités chargées d'atteindre les objectifs en termes de profit dans ces sociétés, à condition qu'il existe dans ce cas une représentation des salariés ;
- ou ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la société issue de la fusion transfrontalière situés dans d'autres États membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont bénéficient les travailleurs employés dans l'État membre où le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière est établi.

Dans ces cas, est donnée application à la directive 2001/86/CE sur l'implication des travailleurs dans la société européenne, ce qui conduit, parallèlement à la procédure de fusion, à ouvrir des négociations, d'une durée de six mois renouvelable, avec un groupe spécial de négociation afin de conclure un accord d'implication des salariés. À défaut d'accord, s'appliqueront les dispositions de référence prévues en annexe de la directive 2001/86/CE, le seuil d'application de ces dispositions étant toutefois relevé pour être porté au tiers du nombre total de travailleurs de toutes les sociétés participant à la fusion.

(28) Voir A.-S. Cornette de Saint Cyr et O. Rault, *Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne*, *JCP éd. E* 2008, 1477. Voir aussi, M.-D. Fichelson, *L'implication des salariés dans les différentes structures européennes*, *Bull. Joly* p. 818 sq.

En application des principes énoncés par la directive, le nouveau Code du travail français prévoit aux articles L. 2371-1 à L. 2373-10 des dispositions similaires à celles applicables à la SE immatriculée en France auxquelles il est fait renvoi, notamment s'agissant du groupe spécial de négociation, du contenu de l'accord de participation ou, à défaut d'accord, de la participation des salariés dans les organes de la société issue de la fusion (29) ou du « comité de la société issue de la fusion transfrontalière » pour lequel, concernant ses attributions, sa composition et son fonctionnement, les articles L. 2353-3 à L. 2353-27 relatifs au comité de la SE sont déclarés applicables (30). Il existe cependant une différence importante puisque l'article L. 2371-2 du Code du travail déduit fort opportunément du principe « avant-après » énoncé par la directive que « la société issue d'une fusion transfrontalière n'est pas tenue d'instituer des règles relatives à la participation des salariés si, à la date de son immatriculation, aucune société participant à la fusion n'est régie par ces règles ». Dans ce cas, la fusion transfrontalière pourra éviter toutes les contraintes liées à la mise en œuvre d'un régime de participation, y compris la négociation. Ces dispositions du nouveau Code du travail (31) s'appliquent aux sociétés immatriculées en France qui sont issues d'une fusion transfrontalière au sens de l'article L. 236-25 du Code de commerce, aux sociétés participant à une telle opération et ayant leur siège en France et aux filiales et établissements situés en France d'une société issue d'une fusion transfrontalière dont le siège est situé dans un autre État membre (32).

Enfin, pour que les dispositions communautaires sur la participation des salariés puissent être mises en œuvre, la loi française de transposition prévoit dans un nouvel article L. 236-32 du Code de commerce que lorsque la société issue de la fusion doit adopter un régime de participation des salariés, « elle adopte une forme juridique permettant l'exercice de cette participation ». Dans ce cas, par exemple, si la société absorbante était une SARL, comme cette forme ne peut accueillir la participation des salariés, elle devrait se transformer. Cependant pour que les associés des sociétés fusionnantes ne se voient pas imposer une participation qu'ils n'auraient pas prévue, l'article L. 236-28 nouveau du Code de commerce énonce que « les associés qui décident de la fusion peuvent subordonner la réalisation de celle-ci à leur approbation des modalités qui seront décidées pour la participation des salariés ».

(29) Articles L. 2374-1 à L. 2374-4 du nouveau Code du travail.

(30) Article L. 2373-3 du nouveau Code du travail.

(31) Voir aussi les articles L. 2374-1 à 2374-4 du nouveau Code du travail pour les dispositions applicables après l'immatriculation de la société issue de la fusion, notamment en cas de fusions nationales ultérieures.

(32) Article L. 2371-1 du Code du travail.

III – La directive n° 2005/56/CE complétée par la jurisprudence communautaire : vers la généralisation des fusions transfrontalières à toutes formes de sociétés

Par la décision du 13 décembre 2005 (33), la Cour de justice des communautés européennes pose de manière volontariste, en « s’attachant à une logique strictement communautaire », le principe, inédit jusque là, selon lequel « les opérations de fusions transfrontalières constituent des modalités particulières d’exercice de la liberté d’établissement » consacrée par les articles 43 et 48 CE dans la mesure où, « à l’instar des autres opérations de transformation, elles répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents ».

Dans cette affaire, l’autorité chargée du registre allemand du commerce avait rejeté la demande d’inscription d’une fusion-absorption d’une société établie au Luxembourg (*Security vision Concept SA*) par une société de droit allemand (*Sevic System AG*) au motif que la loi allemande ne régissait que les fusions entre des entités ayant leur siège en Allemagne. Sur recours préjudiciel, la CJCE considère qu’une « telle différence de traitement constitue une restriction au sens des articles 43 CE et 48 CE, laquelle est contraire au droit d’établissement » qui ne saurait être admise que si elle est justifiée par des raisons impérieuses d’intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore l’efficacité des contrôles fiscaux et de la loyauté transactionnelle. Encore faut-il que ces raisons impérieuses soient proportionnées à l’objectif poursuivi. Or, selon la CJCE, le refus général par les autorités d’un État membre de procéder à l’inscription d’une fusion au registre du commerce entre deux sociétés dont le siège est situé dans des États membres différents, alors même qu’aucun intérêt général ne serait menacé, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection des intérêts précités.

Il est aussi très intéressant de noter que la CJCE ne fait pas de la directive 2005/56/CE, dont elle reconnaît l’utilité pour faciliter les fusions transfrontalières, une condition préalable à la mise en œuvre de la liberté d’établissement au moyen de fusions transfrontalières (34). Cet arrêt constitue la dernière étape de l’admission des fusions transfrontalières en droit positif car il permet à toutes les sociétés relevant des États membres au sens de l’article 48 du traité CE, même si elles ne sont pas visées par la directive n° 2005/56/CE, de participer, sans qu’un État membre ne puisse s’y opposer, à de telles opérations.

François MARSHALL

Avocat à la Cour, Vice-Président du Cercle Montesquieu

À l’occasion de la transposition, en droit français, de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, j’ai souhaité vous présenter un panorama de la pratique des fusions, en dresser une typologie afin qu’on en comprenne mieux

(33) CJCE 13 déc. 2005, *Sevic*, aff. C-411/03.

(34) Considérant n° 26.

les problématiques avant d'examiner si la directive permet de résoudre certaines des difficultés rencontrées. Les exemples que j'ai choisis de vous présenter pour illustrer mon propos, montrent qu'il existe une grande diversité dans les solutions adoptées pour les rapprochements d'entreprises.

I – Les différents types de fusions

Comme l'a indiqué le Professeur Michel Menjucq dans son rapport introductif, la directive envisage les opérations de fusion comme des opérations qui se réalisent par la transmission universelle du patrimoine des sociétés dissoutes à une société préexistante (la société absorbante), donc par fusion-absorption. Mais elle envisage également les fusions réalisées par constitution d'une société nouvelle, l'ensemble du patrimoine, actif et passif, des sociétés qui fusionnent étant alors transféré à la nouvelle société.

Dans les deux cas, les associés des sociétés qui fusionnent deviennent associés de la nouvelle entité absorbante. Les sociétés absorbées cessent d'exister.

Le droit français connaît déjà cette notion de transmission universelle du patrimoine pour les fusions et scissions de personnes morales ainsi que pour la dissolution-confusion prévue à l'article 1844-5 du Code civil.

Dans un même ordre d'idée, à l'instar des scissions, un apport partiel d'actif est une transmission à titre universel d'une fraction du patrimoine.

À la lecture des journaux financiers, il semble qu'un bon nombre de fusions transfrontalières aient été réalisées au cours de ces dix dernières années. Mais à y regarder de plus près, la plupart d'entre elles ne correspondent pas à la définition des fusions donnée par la directive ; elles sont d'un autre type.

A) Les fusions dites synthétiques

L'objectif stratégique est de créer un intérêt économique commun pour les actionnaires des deux groupes, un mode de gouvernance commun, une identité dans la composition des organes de direction et des conseils d'administration.

Il n'y a pas de transmission universelle du patrimoine mais la mise en place d'un schéma de participations croisées (schéma papillon) : les deux sociétés vont subsister. En général, il s'agit de groupes cotés qui conservent les mêmes actionnaires détenteurs des actions de leur société respective et qui continuent à en percevoir des dividendes. Il pourra également y avoir création de valeurs mobilières qui seront détenues par les deux groupes d'actionnaires des sociétés respectives concernées, dites « *staple shares* » (comme une agrafe), qui réunissent en quelque sorte les actions des deux sociétés en créant un droit économique commun.

Tout en permettant une intégration économique de deux groupes, ces opérations vont le plus souvent être mises en place pour répondre à des impératifs nationaux dits stratégiques, dans des secteurs comme le transport aérien, la banque, l'énergie (par exemple, *Dexia*, *Royal Dutch Shell*).

Ces schémas d'intégration peuvent avoir d'autres motivations et surtout permettent de pallier des contraintes d'ordre technique ; cela a été le cas pour *Unilever* ou *ABB (Asea Brown Boveri)*.

Le dispositif contractuel anticipe un certain nombre d'hypothèses susceptibles de remettre en cause le rapprochement ainsi projeté :

– Une convention de partenariat très détaillée organise les règles de gouvernance, tel que le mode de prise de décision (liste des décisions stratégiques), le changement de contrôle, l'augmentation de capital, les offres publiques, les distributions de dividendes, ainsi que des mécanismes de résolution des blocages ou des conflits, ou encore la protection de certains intérêts nationaux (ex : conserver un aéroport national) ;

– Une convention prévoit la péréquation (*Equalisation Agreement*) des intérêts économiques et fiscaux des deux entités, qui se concrétisera par l'émission d'une valeur mobilière hybride *ad hoc* ;

– Une société nouvelle pourra dans certains cas être créée, qui jouira d'une délégation de pouvoir étendue au titre d'un accord de gestion (par exemple, les accords de partenariat conclus entre *Renault* et *Nissan*) ; ou encore, des organes *ad hoc* sans personnalité morale permettront cette gestion commune (par exemple, par la mise en place d'un *Strategic Management Committee*).

Ces fusions économiques permettent d'atteindre, comme nous l'avons vu, un degré d'intégration qui peut être très important. Cependant, elles sont d'une grande lourdeur de gestion et ne sont parfois qu'une étape vers un autre mode d'intégration.

B) Les restructurations internes et transmissions universelles du patrimoine (TUP)

Pour les restructurations internes, il est souvent plus simple d'avoir recours à la transmission universelle du patrimoine (article 1844-5 du Code civil).

Lorsque la société de tête détient 100 % du capital de sa filiale, le recours à la TUP est plus aisé que la fusion, même simplifiée, et ne nécessite pas l'élaboration d'un traité de fusion.

À l'instar de la restructuration de la *Barclays Bank* en France, les établissements financiers cherchent à optimiser leurs obligations au titre de capitaux réglementés, ou certains de leurs ratios financiers (*SCOR* en est une illustration). Dans notre exemple, la banque anglaise va absorber sa filiale française qui deviendra une succursale, établissement stable de la banque

anglaise en France. Les ratios prudentiels et les garanties sont donc appréciés au seul niveau britannique alors que la filiale française devait auparavant présenter ses propres garanties à ses autorités de tutelle françaises (un autre exemple : *Commerzbank*).

C) Les fusions au sens strict

Les fusions proprement dites restent assez rares et concernent des sociétés non cotées qui utilisent cette procédure pour réaliser des restructurations internes.

Pour ce faire, il est nécessaire que le droit de l'État où chacune des sociétés concernées a son siège social soit compatible avec une fusion et, de surcroît, que les règles des États régissant cette fusion soient compatibles entre elles.

Ainsi, une fusion est possible entre une société française et italienne ou luxembourgeoise. Cela semble plus difficile pour une société belge ou allemande.

Cette fusion va nécessiter la préparation de deux traités de fusion conformes pour l'un, au droit de la société absorbée et, pour l'autre, au droit de l'absorbante.

En outre, les règles de valorisation, d'approbation, de publicité, d'opposition des créanciers sont différentes dans chacun des États.

Comment traite-t-on les minoritaires ?

Le code civil italien prévoit une disposition sur le droit des minoritaires afin de leur permettre de sortir en recevant un paiement en espèces (s'ils n'ont pas voté ou voté contre, le quantum correspond à la moyenne de la valeur de l'action des 6 mois précédents la date de convocation à l'assemblée générale). En France le sort des minoritaires est plus obscur, comme nous le verrons tout à l'heure.

La constitution d'EADS est en soi un cas particulier pour lequel la volonté stratégique des États a permis de dépasser des difficultés d'ordre fiscal ou propres aux règles de majorité des assemblées générales au profit de l'intérêt bien compris des États.

D) Les fausses fusions synthétiques

La presse se fait parfois l'écho de rapprochements d'entreprises qu'elle qualifie de fusion bien que techniquement ils n'en soient pas. Ces opérations ne sont pas non plus des fusions synthétiques proprement dites. Ce sont en général des opérations de marché, des offres publiques réussies, suivies de restructurations permettant de constituer une holding commune.

Ainsi en est-il, par exemple, du rapprochement entre Air France et KLM : après une offre publique réussie à 98 % par Air France sur KLM aux Pays-Bas, une procédure de « *delisting* »

(retrait de la cote aux Pays-Bas) s'en est suivie, et, troisième étape, l'apport partiel d'actif de toute l'activité d'Air France à une société nouvelle a été réalisé de sorte que l'ancienne société Air France devienne la holding détenant à la fois les titres d'Air France et les titres de KLM.

Préalablement au choix de lancer une offre publique, il est légitime de s'interroger sur ses chances de succès et d'examiner d'autres alternatives comme la fusion. Va-t-on atteindre les seuils prévus pour contrôler la cible et mettre en œuvre les restructurations prévues ? La fusion est-elle réalisable ? La fusion est-elle rendue impossible pour des raisons de valorisation ?

Les critères de valorisation dans les législations des États concernés peuvent être différents et rendre l'opération impossible parce que les valeurs alors obtenues sont inconciliables. Ainsi, il existe, par exemple, une approche multicritères en France, alors qu'en Allemagne on considère seulement l'actif net réévalué (comme on a pu le voir lors du rapprochement *Allianz/AGF*).

II – La Directive au crible de la pratique

Outre le fait qu'elle a laissé de côté les opérations d'apports partiels d'actif – pourtant fréquentes – la Directive ne prévoit de règles matérielles communautaires que pour les aspects contractuels de la fusion, et renvoie abondamment aux législations nationales pour régler les aspects institutionnels. Sauf exception prévue par la Directive, chaque société participant à une fusion transfrontalière se conforme, en effet, aux dispositions et aux formalités de la législation de l'État membre dont elle relève.

Une fusion transfrontalière appelle une application des législations nationales tantôt distributive – chaque société concernée par la fusion appliquant son propre droit (notamment pour les procédures internes aux sociétés concernées) –, tantôt cumulative – les droits nationaux étant alors combinés, notamment pour le traité de fusion et les contrats postérieurs.

La Directive détaille peu les aspects comptables de la fusion, et ne prévoit rien en cas de différences, d'un État à un autre, entre les modalités de valorisation des titres, des actifs et des passifs transférés.

Ensuite, si l'une des législations en cause prévoit qu'une autorité nationale dispose d'un droit d'opposition pour des motifs d'intérêt public à l'encontre d'une fusion au niveau national, ce droit d'opposition pourra s'appliquer à une fusion transfrontalière.

À ce droit d'opposition s'ajoute un éventuel droit de retrait des associés/actionnaires minoritaires, dont la Directive ne dit rien. Elle laisse le soin aux États membres d'adopter des dispositions spécifiques concernant la protection des membres minoritaires d'une société qui se sont prononcés contre la fusion transfrontalière.

Enfin, elle reste silencieuse sur la possibilité d'un blocage de la fusion par les créanciers. En effet, deux systèmes de protection des créanciers coexistent dans la Communauté :

– un système de protection *a priori* (des droits espagnol, néerlandais ou danois) qui subordonne la réalisation de la fusion au paiement des créanciers ou à l'obtention par ces derniers de garanties ;

– un système de protection *a posteriori* (des droits français, allemand ou luxembourgeois) qui permet aux créanciers de faire opposition à la fusion une fois qu'elle est réalisée, afin qu'elle leur soit inopposable.

Si la fusion implique des sociétés relevant de deux systèmes différents, le risque de blocage de la fusion ne doit pas être exclu.

Michel MENJUCQ.– L'aspect fiscal de la fusion va maintenant être traité par Maître Denis Van Den Bulke.

Denis VAN DEN BULKE

Avocat aux Barreaux de Luxembourg et de Bruxelles

Sans différences, il n'y a pas d'harmonie. Les avatars jalonnant la genèse d'une fiscalité européenne aspirant à l'unification semblent faire mentir cette évidence. Comme si trop de différences aboutissaient à étouffer tout espoir d'harmonisation des politiques nationales farouchement accrochées à leurs féodalités fiscales. Les préceptes économiques du XIX^{ème} siècle, en particulier ceux de l'économiste Ricardo encourageant la mobilité des capitaux et du travail, ou la recherche de l'efficacité marginale maximale du modèle parétien continuent pourtant d'inspirer les comportements des acteurs économiques européens. Dans un espace économique en perpétuelle extension, les frictions fiscales jettent le trouble sur le jeu de la concurrence et sont jugées nuisibles pour certains, stimulantes par d'autres. Alors que la Commission européenne voit dans la concurrence fiscale un obstacle au déploiement d'un marché intérieur et un coût inutile pour les entreprises, d'autres y voient un garde-fou contre les fiscalités excessives applicables aux sociétés voire un rempart contre la croissance des dépenses gouvernementales et l'inefficacité du secteur public. Si le débat est largement ouvert et controversé, force est de constater que la libre circulation du capital au sein de l'Union européenne est un enjeu fondamental pour les agents économiques en recherche de nouveaux marchés à conquérir. De plus, la biodynamique des entreprises, en recherche constante de la taille optimale, incite à adopter la morphologie économique et financière la plus adaptée à leur milieu. Les entreprises aspirent donc à se regrouper au-delà des frontières, consolider leur position et adopter un organigramme simplifié via des prises de participation voire à coups d'opérations de fusions et d'absorptions. Jusqu'à ce jour, les outils de la fusion ou de la scission sont restés souvent négligés tant leur utilisation s'est avérée délicate lorsqu'il s'agissait de croiser les frontières. Les derniers développements législatifs européens en la matière

devraient leur redonner du lustre et leur permettre de donner davantage d'impulsion aux réorganisations transfrontières.

Le triptyque fiscal européen

Jusqu'à ce jour, l'harmonisation et la coordination de la fiscalité directe de l'Europe ont essentiellement visé à faciliter les mouvements d'actifs en réduisant les frictions fiscales dans les échanges de flux de capitaux et de leurs revenus entre des entités statiquement isolées dans leur État d'origine. Les directives visant à établir un régime commun applicable aux fusions dite « directive fusions » (35), aux sociétés mère et aux filiales dite « directive Mère-Fille » (36), ainsi qu'au paiement de redevances et intérêts (37) (la « directive Intérêts-Redevances ») constituent le triptyque fondateur de la maigre harmonisation fiscale actuelle. L'objectif premier avoué fut d'éviter que les politiques fiscales nationales ne nuisent à l'optimisation de l'allocation économique des ressources financières au sein d'un groupe de sociétés européennes. À titre subsidiaire, il s'agissait d'éviter que la discordance des régimes fiscaux entraîne une double imposition des revenus dits passifs. Désormais, les dividendes, intérêts et redevances peuvent transiter librement sans subir de retenue à la source entre des sociétés entre lesquelles il existe un lien d'affiliation. Originellement fixé à 25 %, le seuil de participation nécessaire et suffisant pour qu'une société européenne assujettie à l'impôt puisse bénéficier de ces exonérations est aujourd'hui réduit à 10 %. En vue de renforcer leur attractivité fiscale, nombre de pays ont aligné le régime de l'exemption des plus-values de cession de titres sur les conditions de l'exemption des dividendes. Des différences restent marquées cependant quant au niveau de participation et à la durée de détention nécessaires pour bénéficier de ce type d'exemption.

Les avancées de la Directive Fusions

L'adoption de la Directive Fusions a quelque peu malmené le postulat selon lequel le droit fiscal serait subsidiaire au droit des sociétés. Alors même que cette directive traitait des conséquences fiscales de la fusion de sociétés d'États membres différents, le principe même d'une telle fusion n'était pas reconnu, voire banni, dans de nombreux États, leur droit national s'opposant à fusionner des entités soumises à des juridictions différentes (38). Longtemps, cet argument doctrinal a servi d'alibi pour que certains États refusent de la mettre en œuvre. La

(35) 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'États membres différents, telle que modifiée par la directive 2005/19 du 17 février 2005.

(36) Directive 90/435 du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents, telle que modifiée par la directive 2003/123.

(37) Directive 2003/49 du Conseil du 3 juin 2003 sur un système commun de taxation applicable aux paiements de redevances et intérêts entre entreprises associées de différents États membres, telle que modifiée par la directive 2004/76.

(38) On pense ici à l'Allemagne ou à la Belgique mais aussi aux Pays-Bas, à la Suède, à l'Italie, à la Grèce, à la Finlande, au Danemark ou à l'Autriche.

nécessité de prévoir un régime d'allègement de l'imposition des fusions transnationales se révélait toutefois impérieuse tant le coût fiscal d'une fusion transeuropéenne s'avérait prohibitif dès lors que la fusion emportait la disparition de l'entité absorbée, sa liquidation fiscale et, dans la foulée, l'exigibilité des impôts afférents à cette liquidation. Pour éviter toute charge fiscale dissuasive, la Directive Fusions a donc consacré le principe d'une fusion transfrontalière sans liquidation et opérant une transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante.

Le régime fiscal des fusions – Principes généraux

Si l'exemption de taxation des flux financiers versés et reçus d'entités du même groupe de sociétés est relativement commode à mettre en œuvre dans ses principes, la neutralité fiscale recherchée dans les opérations d'apport et cession l'est nettement moins. Une opération de fusion par absorption fait disparaître l'entité absorbée et déclenche des conséquences fiscales multiples tant au sein de l'entité vouée à disparaître que pour ses actionnaires. Les plus-values qui se découvrent à l'occasion de l'opération de liquidation fiscale, et les réserves jusque là immunisées ou exemptées selon des conditions d'intangibilité qui cessent d'être satisfaites dès lors que l'entreprise vient à cesser ses activités, s'exposent désormais à la taxation. Les pertes accumulées par la société absorbée ne pouvant plus être reportées et compensables avec des profits futurs génèrent un coût d'opportunité également non négligeable. L'actionnaire qui, quant à lui, réalise une plus-value cristallisée dans l'opération d'absorption s'expose à une taxation s'il réside dans un pays taxant les gains en capital. Toutes ces charges fiscales qu'engendre une opération de fusion, lorsqu'elles sont immédiatement exigibles, deviennent souvent économiquement réductrices. Si l'opération d'échange d'actions ou d'apport n'est pas rémunérée par l'acquéreur, les entreprises et leurs actionnaires sont rarement à même de financer la trésorerie requise pour s'acquitter de ces dettes fiscales alors que l'opération ne dégage aucun profit immédiat.

Lorsque l'opération de fusion est réalisée au sein d'une seule juridiction, le pouvoir taxateur peut aisément accorder une neutralité fiscale en s'abstenant d'en taxer les effets immédiats. Ses droits de trésor ne sont pas mis en péril puisqu'il reporte aisément son imposition sur l'entité absorbante. À l'évidence, la fusion transfrontalière n'offre pas ces garanties puisque l'État de la société absorbée ne peut exercer sa souveraineté fiscale dans le pays de l'absorbante. Pour assurer la sauvegarde de ses droits et limiter toute perte de matière imposable, il taxe donc l'opération lors de la disparition de l'entité absorbée à l'occasion de sa liquidation fiscale.

En dehors des règles de fusions nationales et en l'absence du recours à une réglementation européenne idoine, les règles de liquidation fiscale nationales s'appliquent donc dans la plupart des États. Les actifs détenus par la société absorbée sont taxés lors de leur transfert à leur valeur liquidative qui consiste généralement dans leur valeur d'exploitation. Les réserves non taxées voire occultes deviennent taxables au régime normal de taxation et le

profit de liquidation distribué fait généralement l'objet d'une retenue à la source. S'il répond à la qualification de dividendes, il peut toutefois bénéficier des effets de la Directive Mère-Fille. La société absorbante quant à elle peut bénéficier d'une réévaluation des actifs nouvellement acquis et pratiquer des amortissements sur une base nouvelle correspondant à leur valeur de marché (*step-up*). Les caractéristiques et avantages fiscaux des biens transférés tels que le bénéfice de certains régimes d'immunisation et le report des pertes accumulées au niveau de la société absorbée deviennent caducs et ne sont généralement pas acquis aux actifs transférés.

Le sacre du principe de la neutralité fiscale

Le principe de l'application de la neutralité fiscale à une opération de fusion exige que la valeur comptable et fiscale des biens acquis dans la fusion soit identique à celle préexistante à la fusion et que la société les acquérant soit exposée à taxation dans les mêmes conditions que la société absorbée. En d'autres termes, l'opération de fusion, pour être neutre, ne peut donner lieu à une réévaluation d'actifs. Si tel est le cas, l'État de la société absorbée peut reprendre le dessus pour combler le déficit fiscal qu'il subit et taxer l'opération. La neutralité n'est toutefois pas toujours la solution optimale. Dans certains cas, les entités fusionnées ont parfois intérêt à ne pas opter pour son application. Tel serait le cas si la société souhaite bénéficier à la fois d'un amortissement de ses actifs sur une base réévaluée et du différentiel de taux d'imposition significatif pouvant exister entre l'État de la société absorbée et celui de la société absorbante. Pour être complet, la neutralité fiscale de l'opération requiert également que les actionnaires puissent éviter l'imposition de la plus-value découverte à l'occasion de l'échange de leur participation dans la société absorbée contre des actions de l'absorbante et que les caractéristiques fiscales connexes aux actifs transférés (réserves taxées et immunisées, capital libéré par exemple) restent acquises et passent du cédant au cessionnaire.

La Directive Fusions poursuit cet « idéal » de neutralité fiscale en requérant de l'État de la société absorbée qu'il s'abstienne de taxer l'opération dès lors qu'elle est rémunérée par un paiement monétaire d'un montant n'excédant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres apportés dans l'opération de fusion. Afin de conserver la garantie que les latences fiscales seront effectivement imposées lors d'une réalisation subséquente des actifs, la Directive Fusions impose comme condition essentielle l'exigence du maintien d'un établissement stable, ou le rattachement d'actifs à un tel établissement stable, dans le pays de la société absorbée (39). En théorie, cette condition a pour objectif de maintenir une assiette d'actifs sur laquelle le pouvoir taxateur pourra donc s'exercer. Les actionnaires de la société absorbée qui bénéficient d'actions en substitution échappent à toute imposition à la condition qu'ils n'attribuent pas aux titres reçus en échange

(39) On peut s'interroger quant à la rationalité de l'exigence de maintien d'un établissement stable dans un État membre de la société absorbée pour assurer la neutralité fiscale de l'opération, lorsque celle-ci est une société de détention de participations (société holding). On voit difficilement sur quels critères le maintien de l'établissement stable peut reposer.

une valeur fiscale supérieure à celle que les titres échangés avaient immédiatement avant l'échange d'actions (40).

Le territoire de la Directive Fusions

La Directive Fusions datant de 1990 a connu une légère opération de *lifting* en 2005 (41) qui vise essentiellement à élargir son champ d'application, à l'adapter aux évolutions législatives récentes et remédier à certaines lacunes constatées dans sa rédaction initiale.

La Directive Fusions ainsi élargie vise désormais les opérations de scission partielle (42) mais également les opérations de transfert de siège d'une Société Européenne et/ou d'une Société coopérative européenne. Le nombre de sociétés nationales qui en bénéficient et que la directive énumère limitativement a été accru. La directive étend également le bénéfice de la neutralité fiscale à la *fillialisation* d'une succursale, dans la mesure où elle réunit des éléments d'extranéité.

En toute logique, la Directive Fusions ne traite pas d'opérations qui par leur localisation, leur qualification juridique voire leur nature se placent en dehors de son champ d'application. À l'évidence en sont donc exclus les transferts de branches d'activité détenues par une société européenne en dehors de l'Union ou, à l'inverse, les transferts de branches d'activité européennes détenues par des sociétés étrangères. Les transferts d'une branche d'activité effectuée d'une société d'un État membre à une société du même État membre ne sont pas davantage *captés* par la législation européenne. Ainsi en serait-il d'une succursale détenue par une société belge sur le territoire français qui ferait l'objet d'un transfert à une autre entité de droit belge. Les fusions triangulaires impliquant deux sociétés européennes mais une troisième établie en dehors de l'Union Européenne ne sont pas davantage visées par la Directive Fusions. Enfin, il en est de même pour les opérations de fusion purement nationales. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a toutefois clairement indiqué que les dispositions européennes ont vocation à s'appliquer dans des situations de fusions internes de manière à assurer à ces opérations un régime non moins favorable que celui qu'elles prévoient (43).

(40) Article 8, paragraphe 4 de la Directive Fusions.

(41) Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

(42) La scission partielle consiste en la cession par une entité, et sans dissolution, d'une ou plusieurs branches d'activité en échange de titres en capital. Contrairement à la scission totale qui voit disparaître l'entité scindée, l'entité qui fait l'objet de la scission partielle continue à subsister après l'opération de scission.

(43) Voir à cet égard l'arrêt de la CJCE du 17 juillet 1997 dans l'affaire Leur-Bloem contre Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 (C-28/95) et celui du 15 janvier 2002 dans l'affaire Andersen og Jensen APS contre Skatteministeriet (C-43/00).

La Directive Fusions ne s'applique pas aux opérations qui ne rencontrent pas ses qualifications juridiques, tels que des transferts physiques d'actifs et déplacements d'outils de production effectués en dehors de tout cadre juridique, des apports d'actifs ne formant pas une branche d'activité ou encore des opérations de restructuration rémunérées par une soulte excédant 10 % de la valeur nominale ou du pair comptable des titres de capital de la société issue de la fusion. Enfin, les opérations particulières telle que l'absorption de la maison-mère par sa filiale (« *Reverse* ou *upstream Mergers* ») ou celles où les titres émis lors de la fusion ne sont pas ceux de la société absorbante mais ceux d'une entité tierce échappent techniquement à l'emprise de la directive.

L'ingénierie financière connaît des évolutions constantes et les opérations de restructurations de groupe ne se réduisent généralement guère à une simple opération de fusion ou d'échange d'actions. Elles s'accompagnent en principe de modes de rémunération plus créatifs et de l'émission concomitante de titres de dettes, d'options, droits ou bons de souscription, voire d'autres valeurs mobilières hybrides. Ces nouvelles formes de restructurations complexes ne sont guère appréhendées par la Directive Fusions qui se limite à traiter des opérations dont la rémunération consiste dans des actions et des parts représentatives de capital. Enfin, les opérations de fusion et d'apport non loin d'engendrer des plus-values et des primes de fusion, peuvent cristalliser des moins-values et générer des pertes fiscales. L'absence de principes généraux pour la déductibilité ou le report de ces pertes en capital peut alors constituer un obstacle immédiat à la mise en œuvre des opérations de structuration qui pourraient pourtant se révéler bénéficiaires dans le moyen ou long terme.

Des méfaits ou bienfaits des divergences nationales

Parfois devenues l'otage d'administrations fiscales nationales par essence soucieuses de conserver leurs ressources fiscales ou plus laconiquement aspirant à conserver leurs prérogatives, les règles européennes font souvent l'objet de distorsions dans leurs transpositions nationales qui en réduisent d'autant l'impact. On peut craindre que la crise financière de 2008 ne soit de nature à crispier davantage encore les pouvoirs taxateurs nationaux, qui seront moins enclins à laisser se dérober une portion de leur assiette fiscale. On doit reconnaître que la politique volontariste de la CJCE joue désormais un rôle directif fondamental dans l'application effective des directives et la mise au pas des législateurs nationaux indociles.

En des matières aussi diversifiées et complexes de la fiscalité, la Directive Fusions n'échappe pas aux pièges de ces distorsions. La technique juridique de la directive requérant une transposition en droit interne repose sur une compréhension commune des concepts juridiques auxquels elle fait appel. Son empreinte sur les législations locales reste parfois limitée. L'espace de manœuvre qui s'offre naturellement aux États membres peut discrètement saper les buts que visent à atteindre les directives voire offrir des opportunités de *shopping fiscal* inattendues. Ainsi, la Directive Fusions prévoit de bénéficier aux entités dites

transparentes (44). La définition de la transparence relève toutefois de l'appréciation des États membres dont on ne peut pas douter qu'elle diverge immanquablement entre eux. La détermination des contours de la définition de l'établissement stable appartient en dernier ressort aux autorités nationales. Ainsi, la définition d'un établissement stable en droit interne peut-elle s'avérer plus généreuse que celle prévue dans les conventions préventives de la double imposition et ouvrir corrélativement des opportunités d'optimisation fiscale.

Les imperfections de la Directive Fusions - Morceaux choisis

Lorsque la société absorbante détient déjà une participation dans la société absorbée, l'opération de fusion a pour effet d'annuler celle-ci par un effet de confusion de patrimoines. La différence entre la valeur des éléments d'actif et de passif reçus par la maison mère et la valeur de la participation originelle peut générer une plus-value qui est toutefois exemptée. En effet, à défaut d'exemption, la société peut procéder à une distribution exonérée en vertu de la Directive Mère-Fille. Logiquement, la Directive Fusions exempte donc ce gain et aligne les conditions d'exemption sur celles applicables dans la Directive Mère-Fille. Toutefois, cet alignement est imparfait puisqu'alors que la Directive Mère-Fille impose des délais de détention minimum pour bénéficier de l'exemption, la Directive Fusions n'en exige aucun. Elle ne prévoit pas davantage l'option de substituer le pourcentage de détention de la participation dans le capital par un pourcentage des droits de vote.

Dans le cadre des opérations impliquant des échanges ou des émissions d'actions nouvelles, la Directive Fusions reste muette sur les méthodes de comptabilisation et de valorisation des participations respectivement acquises par les parties à la transaction. La discordance des législations nationales en la matière peut créer des situations de double voire d'absence de taxation. Si une opération d'apport de branche d'activité est rémunérée par des actions de l'acquéreur et que ces dernières sont évaluées dans le bilan du bénéficiaire de l'apport sur base de la valeur des actifs sous-jacents, la plus-value future peut être taxable à deux reprises : au niveau de l'établissement stable de la société bénéficiaire du transfert et au niveau du cédant lors de la cession ultérieure des actions obtenues en contrepartie.

La CJCE rappelle utilement dans un arrêt récent du 11 décembre 2008 (45) que la Directive Fusions n'exige pas que la participation acquise dans une société en échange d'émission d'actions soit comptabilisée aux mêmes valeurs dans le bilan de la société ayant cédé la participation et de celle l'ayant acquise. Dans l'arrêt concerné, une société allemande avait cédé les actions d'une de ses filiales allemandes à une société française en échange d'actions dans le capital de cette dernière. La société française avait valorisé la participation ainsi acquise à sa valeur vénale alors que la société allemande cédante avait valorisé les actions acquises dans cette même société française à la valeur historique de la société allemande

(44) Article 10 *bis* de la Directive 2005/19/CE.

(45) Affaire A.T. contre Finanzamt Stuttgart-Körperschaften, (C-285/07).

cée. L'État allemand fit notamment valoir que l'absence de parallélisme dans les valeurs comptabilisées pouvait avoir pour effet d'aboutir à une absence d'imposition. La CJCE n'a pas donné d'écho favorable à cette position. Elle établit non seulement que la Directive Fusions n'exige pas que la société acquéreuse reporte la valeur comptable historique des parts dans son bilan fiscal mais que le principe de la neutralité fiscale et de l'élimination des obstacles fiscaux aux restructurations doit prévaloir sur toute autre considération.

La directive fusions ou les vertus de la persévérance

La Directive Fusions a de louables objectifs. Elle a fait preuve d'innovation, sans doute trop précoce, en assurant la neutralité fiscale des opérations de fusion transfrontalières alors même que les conceptions juridiques nationales n'étaient pas encore disposées à envisager ne fût-ce même le principe et l'éventualité d'une telle fusion. La méthode Coué (46) a montré ses limites puisque c'est seulement plus de dix-huit ans après son adoption que l'État belge l'a effectivement transposée dans sa législation (47). Il est vrai que l'arrêt SEVIC (48) avait annihilé toute tentative d'opposition nationale à la réalisation d'une fusion transnationale. Il ne pouvait donc plus subsister pour les États récalcitrants comme l'Allemagne ou la Belgique de raison objective à imposer un traitement fiscal distinct aux fusions domestiques et transfrontalières.

On ne peut que se réjouir de voir le champ d'action de la Directive Fusions étendu par la Directive 2005/17/CE, pour assurer une meilleure mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne. Cependant, les écuries d'Augias sont encore loin d'être nettoyées... La mobilité des entreprises dépend d'autres facteurs tel qu'une approche commune de l'allocation des profits des entreprises (*prix de transfert*), la mise en place d'un système homogène de compensation de pertes transfrontalières, l'alignement des traitements fiscaux des régimes de crédit et d'imputation d'impôt des entités domestiques et d'autres États membres de l'Union Européenne, voire encore la limitation des effets négatifs de la TVA sur les entreprises qui intègrent leurs activités opérationnelles et de gestion. La volonté politique de faire grandir l'Europe à tout prix a négligé les principes mathématiques élémentaires du calcul des probabilités et de l'analyse combinatoire. Avec une Europe à vingt-sept, la probabilité de combinaisons réalisables est *diaboliquement* plus grande qu'à six... Les efforts d'harmonisation sont ainsi sollicités de manière exponentielle. Une décision récente de la CJCE (49) fait ainsi l'aveu que, dans l'état actuel de la législation européenne, rien ne permet de contraindre un État membre à accepter le transfert d'une société nationale vers un autre État membre si cette société n'adopte pas le régime juridique de son État d'accueil. Ce constat démontre qu'il faudra donc bien à l'Europe toute la force herculéenne de ses convictions pour créer les conditions juridiques et fiscales d'une réelle mobilité des entreprises. Certains voient dans l'avènement

(46) La méthode d'Emile Coué (1857-1926), pharmacien de son état, et père de la théorie de l'autosuggestion positive.

(47) Transposition de la Directive 90/434 par la loi belge du 11 décembre 2008, entrée en vigueur le 12 janvier 2009.

(48) Arrêt CJCE du 13 décembre 2005 (C-411/03).

(49) Arrêt de la CJCE du 16 décembre 2008, Affaire Cartesio, (C-210/06).

attendu d'une assiette consolidée d'imposition des sociétés (ACCIS), le cheval de Troie qui épargnera les efforts d'une bataille d'harmonisation fiscale quasi perdue d'avance (50). Il reste donc à l'Europe fiscale de continuer d'« *entreprendre pour espérer et de persévérer pour réussir* » (51).

Michael BUTCHER

General Counsel and Company Secretary, Veolia Environment UK

C'est un grand plaisir et un honneur d'être invité à participer à cette rencontre. Je parlerai en mon nom personnel et aucun de mes propos ou opinions ne seront à attribuer à mon employeur, *Veolia Environment*. Je veux exprimer mes remerciements à Marion Deneuille qui m'a beaucoup aidé dans la préparation de ces propos.

Ceci dit, et dans le plus pur esprit britannique, je dirai quelques mots « non engageants » au nom de *Veolia Environment* sur la directive fusions transfrontalières ainsi que sur l'expérience du groupe en Europe ; en ce domaine, elle est nulle. Il faut dire que la philosophie de notre groupe est de rester « local », ou de suivre les règles locales. Nous ne nous tournons pas vers les solutions transnationales : nous utilisons une société locale pour acheter une société locale.

Étant donné l'introduction très complète du professeur Menjucq, je vous exposerai seulement les grandes lignes de la directive sur les fusions transfrontalières du point de vue britannique.

Comme le professeur Menjucq l'a lui-même souligné, la France n'a marqué aucun point en transposant cette directive tardivement ; alors que nous, les Britanniques nous nous sommes, à cette occasion, payés le luxe de l'emporter sur nos cousins français puisque nous avons transposé la directive dans le temps imparti. Cependant, et avant de tomber dans un excès d'autosatisfaction, il faut noter que les fusions sont plutôt rares au Royaume-Uni ; le mode normal de rapprochement de deux sociétés consiste plutôt en des offres publiques d'achat destructrices et démesurées, avec de grosses primes d'émission reflétant la valeur du marché. Ainsi, il est peu probable que ce nouveau cadre sur les fusions transfrontalières soit utilisé, du moins dans un avenir proche. C'est donc une victoire relativement facile des « rosbifs ».

I – Les entreprises spécialement concernées

Au Royaume-Uni, la directive couvre les *Public companies* et les *Private companies*, sociétés pour lesquelles la responsabilité des associés est limitée à leurs apports (une société au sens du *Companies Act 2006*). Mais le gouvernement a également décidé d'étendre son

(50) *EU Taxation and the Societas Europea, Harmless creature or Trojan Horse ?*, Malcom Gammie, January 2004, European Taxation, IBFD, Amsterdam.

(51) Formule empruntée à l'écrivain Gilbert Cesbron.

champ d'application aux « *limited liability partnerships* » (société en participation) à compter du 1^{er} Octobre 2008.

Au Royaume-Uni, la directive a été transposée par le biais du *Companies Regulation 2007* qui est entré en vigueur le 15 décembre 2007. Cependant, ses dispositions ne couvrent pas certains changements concomitants du droit fiscal qui ont eux été opérés par *the Corporation tax (implementation of the Merger Directive) Regulations 2007* entré en vigueur le 29 novembre 2007.

Par ailleurs, les sociétés cotées à la bourse de Londres doivent également se conformer au *Takeover Code*. *The Takeover Panel Executive (the Executive)* a publié un guide pratique sur l'application du *Takeover Code (the Code)* aux fusions qui seraient effectuées sous la nouvelle législation relative aux fusions transfrontalières (*the Companies (Cross-Border mergers) Regulations 2007*). Ce guide pratique énonce les cas dans lesquels les fusions transfrontalières doivent être soumises au Code.

Ainsi, dans le cas d'une fusion absorption soumise au Code, la société absorbée sera considérée comme le destinataire de l'offre de fusion au sens du Code et la société absorbante comme l'émetteur de l'offre. Cependant, une fusion par absorption n'est pas soumise à l'application du Code lorsque la société absorbante est soumise au Code mais pas la société absorbée.

Ensuite, le Code ne trouve pas application en cas de fusion par absorption d'une société dont les titres ou parts du capital social sont détenus par la société absorbante et ce, même si techniquement la société absorbante est soumise au Code.

Enfin une fusion avec création d'une nouvelle société sera normalement soumise au Code si une ou plusieurs des sociétés absorbées sont soumises au Code. Dans ce cas, la société absorbée sera considérée comme le destinataire de l'offre au sens du Code alors que la nouvelle société sera considérée comme l'émetteur de l'offre. Cependant, si l'objet de l'opération est l'acquisition par une société soumise au Code d'une société qui ne l'est pas, alors l'*Executive* peut décider que l'opération ne sera pas soumise au Code (52).

II – Problèmes spécifiques soulevés par la directive

L'article 7 de la directive impose à l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent d'établir un rapport à l'intention des associés et représentants des salariés expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière ainsi que les conséquences de cette fusion pour les associés, les créanciers et les salariés au moins un mois avant la date de l'assemblée générale. Au Royaume-Uni, ce

(52) *Takeover Panel Practice Statement n° 18, cross-border mergers, 24 october 2007*

rapport doit être rendu et mis à la disposition des personnes concernées au moins deux mois avant la date de l'assemblée générale.

L'article 10 dispose que chaque État membre doit désigner l'autorité compétente (un tribunal ou un notaire) pour vérifier la légalité de la fusion transfrontalière et doit délivrer, à la société concernée qui fusionne, un certificat attestant de façon incontestable l'accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion au regard du droit national applicable. Au Royaume-Uni, l'autorité compétente est la *High Court*, sauf en Écosse où il s'agit de la *Court of Session*.

L'article 11 dispose que chaque État membre doit désigner l'autorité compétente (un tribunal ou un notaire) pour vérifier la légalité de la fusion transfrontalière s'agissant de la réalisation de la procédure propre à la fusion transfrontalière. Au Royaume-Uni, l'autorité compétente est la *High Court* sauf en Écosse où il s'agit de la *Court of Session*. En France il s'agit du notaire qui, au Royaume-Uni, n'a pas un statut juridique aussi élevé.

Le point le plus délicat de la directive est la participation des salariés régie par l'article 16. La directive impose que chaque opération de fusion transfrontalière prenne en compte la participation des salariés lorsque celle-ci existe dans une ou plusieurs des sociétés participant à la fusion.

Du fait de la préférence innée des Britanniques pour Adam Smith plutôt que pour Karl Marx, la loi britannique ne reconnaît pas aux salariés le droit de participer et d'être représentés au niveau du conseil d'administration ou de surveillance d'une société. Ainsi, la réglementation au Royaume-Uni ne fait qu'une transposition *a minima* de la directive relativement à la participation des salariés dans la société résultant de la fusion sauf s'il existe un système de participation des salariés dans l'une au moins des sociétés qui fusionnent.

En transposant la directive, et même en influençant la rédaction, le gouvernement britannique a considéré qu'il appartenait aux sociétés qui fusionnent de décider, sans négociation préalable avec les salariés affectés, de la forme de participation salariale devant être adoptée par la nouvelle société lorsque celle-ci décide d'être soumise aux règles standards.

Ceci est contraire aux règles gouvernant la participation des salariés dans la société européenne puisque le comité spécial de négociation y est obligatoire en toutes circonstances. L'absence de ce droit d'écarter toute négociation avec le comité spécial de négociation a conduit à des critiques (53). Ainsi, il est soutenu que le nombre de créations de sociétés européennes est limité du fait de cette règle restrictive sur la participation des salariés, et que l'article 16.4 – qui autorise l'organe de direction à écarter le processus du comité spécial de

(53) V. notamment G. Blanluet, *Fusions transfrontalières, quel avenir ? Les Échos*, 30 novembre 2007, p. 12

négociation – est un grand pas en avant vers la mobilité des entreprises sans pour autant nuire à la protection essentielle des salariés.

Lorsqu'il existe plus d'une forme de participation des salariés et qu'un comité spécial de négociation a été établi, il est possible que le comité soit incapable de décider de la forme de participation à adopter. Là encore le gouvernement britannique a décidé d'autoriser les sociétés qui fusionnent à choisir elles-mêmes le système à adopter.

On peut dire que la directive sur les fusions transfrontalières est probablement un outil utile à la compétitivité des sociétés européennes et à l'achèvement du marché unique. Cependant les dispositions relatives à la participation des salariés peuvent dissuader certaines sociétés qui préféreront alors se baser sur la directive relative aux offres publiques d'achat.

Au Royaume-Uni, la nouvelle réglementation va augmenter les options disponibles pour les groupes de l'Espace Economique Européen quand ils envisageront une restructuration. Cependant, il est probable que les structures déjà existantes et éprouvées pour effectuer une fusion transfrontalière, telles que les offres publiques d'achat ou les restructurations, prévaudront. Ainsi, par exemple, le calendrier de la fusion prévu par la nouvelle réglementation allonge significativement le délai de réalisation de la fusion comparé à celui qui prévaut pour les fusions par offre publique d'achat, ce qui conduit, nécessairement, à une augmentation des risques transactionnels et de marché.

Ensuite, lorsque des sociétés auront le choix entre une fusion régie par les nouvelles règles (*2007 Regulations*) qui impose de mettre en place une procédure relative à la participation des salariés d'un côté, et une fusion réalisée par une structure alternative de l'autre, il est quasiment certain qu'elles opteront pour cette dernière solution.

Cependant, la nouvelle réglementation peut présenter un intérêt pour les sociétés dans lesquelles il existe déjà une participation salariale en ce qu'elle peut permettre de diluer l'influence ou la proportion de cette participation.

Pour conclure, l'objectif de la directive est de faciliter les fusions transfrontalières entre plusieurs types de sociétés en permettant à la législation des États membres d'autoriser une société nationale à fusionner avec une société d'un autre État membre. Il reste maintenant à attendre et à voir ce que les marchés eux-mêmes vont faire de cette nouvelle possibilité. Les premières opérations auront sûrement lieu sur le vieux continent. Me vient alors à l'esprit cette « Une » d'une vieille édition du *Daily Mail* des années 30 : « *Fog in Channel – Continent cut off* ».

Michel MENJUCQ.– Dernier éclairage de cette table ronde, avec Madame Colette Neuville, sur le sort des minoritaires volontairement oubliés du législateur tant dans le règlement sur la Société européenne que dans le projet de transposition de la directive sur les fusions transfrontalières.

Colette NEUVILLE

Présidente de l'Association de défense des minoritaires (ADAM)

Comme l'a exposé le Professeur Menjucq, la Directive ne régit pas l'ensemble de la procédure de fusion. Elle prévoit l'application de principe du régime des fusions nationales aux fusions transfrontalières, notamment quant au processus décisionnel et quant à la protection des salariés, des créanciers et des porteurs de titres ou de parts.

Pourquoi la question de la protection des minoritaires se pose-t-elle (I) ? Et plus spécialement dans quels cas particuliers (II), et quelles sont les réponses du droit français comparativement aux pays voisins (III) ? Tels sont les trois points que je vais brièvement examiner avant de conclure.

I – La problématique de la protection des minoritaires dans les fusions

À la différence des offres publiques, qui présentent un caractère facultatif pour chacun des actionnaires à qui elles s'adressent et qui dépendent donc de décisions individuelles, les fusions relèvent de décisions collectives ; d'abord de l'accord des conseils d'administration des deux sociétés concernées sur le traité de fusion ; ensuite de l'approbation des modalités de la fusion par leurs assemblées générales se prononçant à la majorité qualifiée requise (les deux tiers pour la France).

Ainsi, la décision de la majorité s'impose-t-elle à la minorité, exposant les minoritaires à subir une parité d'échange qu'ils n'ont pas acceptée. Les fusions transfrontalières ajoutent à ce risque celui d'une atteinte à leurs droits : en devenant actionnaire d'une société étrangère, le minoritaire « absorbé » se trouve dans le même cas que l'actionnaire d'une société ayant transféré son siège social et par voie de conséquence, ayant changé de nationalité : il se trouve soumis à un droit différent qu'il ne pourra faire valoir que devant les tribunaux ou les instances d'un pays étranger.

Comme l'a dit le Professeur Michel Menjucq « *Ce double changement de nationalité et de loi applicable fonde l'exigence d'une décision des associés à l'unanimité, ceux-ci ayant un droit individuel au maintien de la loi ayant présidé à la conclusion de leur engagement avec la société* ».

En pratique, cette exigence a limité jusqu'à maintenant les fusions transfrontalières aux filiales détenues à 100 %, rendant par là même inutile la protection des minoritaires.

Il en ira désormais différemment : comme en droit interne, les fusions transfrontalières pourront être décidées (s'agissant des sociétés françaises) à la majorité des deux tiers. C'est pourquoi la question se pose maintenant de la protection des minoritaires. À cet égard, le projet de loi adopté le 6 mai 2008 (devenu la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant adaptation du droit des sociétés au droit communautaire), qui comporte de nombreuses mesures de

protection des salariés, est quasiment muet en ce qui concerne les minoritaires. Il ne prévoit pas, comme dans le cas du transfert du siège d'une SE sise en France vers l'étranger, le droit, pour les minoritaires, d'obtenir le rachat de leurs titres (article L. 229-2 du Code de commerce).

II – Le cas particulier des fusions entre mère et filiale

Et pourtant, autant on peut supposer, s'agissant de deux sociétés n'ayant pas de lien capitalistique, que les modalités de la fusion seront arrêtées au terme d'une véritable négociation prenant en compte de manière équilibrée les intérêts respectifs des actionnaires de l'absorbante et de l'absorbée, autant, dans une fusion mère/filiale, où l'initiateur de l'offre est en même temps majoritaire de la cible, les minoritaires de cette dernière sont exposés au risque d'un abus de majorité. L'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbée se réduit, en effet, à une simple formalité dans la mesure où la société absorbante y détient la majorité. Le respect de l'équité est certes, en principe, assuré par la nécessité de soumettre les modalités de la fusion à l'examen d'experts indépendants, en l'occurrence les commissaires à la fusion et aux apports. Mais ceux-ci ont pour mission de vérifier le caractère équitable de la parité d'échange entre absorbante et absorbée. Il ne leur est pas demandé de vérifier l'égalité de traitement entre actionnaires de la cible dont les uns (les majoritaires) vont recevoir les actifs de l'absorbée (plus exactement l'intégralité de son patrimoine), alors que les autres (les minoritaires) vont recevoir des actions de l'absorbante. Rien ne prouve qu'ils soient équivalents. C'est même bien souvent lorsque les actions de leurs filiales sont sous-évaluées par rapport à la valeur de leur patrimoine que les sociétés-mères décident de les absorber.

III – La réponse du droit français

A) Article 236-6 du Règlement général de l'AMF

C'est la mise en lumière de cette situation lors de la fusion Pinault-Printemps-Redoute qui a conduit la COB, l'autorité de marché de l'époque, sur proposition du rapport Le Petit, à recommander qu'une sortie soit offerte aux minoritaires en préalable à une fusion. Désormais, en cas de fusion absorption d'une société par celle qui la contrôle, comme en cas de projet de modifications significatives des dispositions statutaires et des droits des actionnaires, c'est à l'AMF d'apprécier « *les conséquences de l'opération au regard des droits et des intérêts des détenteurs de titres de capital ou des détenteurs de droits de vote et de décider s'il y a lieu à une offre publique de retrait* » (article 236-6 du Règlement général de l'AMF).

En pratique, cette disposition du droit boursier n'a pas, jusqu'à maintenant, été d'un grand secours pour les minoritaires lors de fusions entre sociétés françaises, l'AMF accordant généralement des dérogations à cette obligation. Elle peut, par contre, se révéler très utile en cas de fusion transfrontalière, ainsi que cela s'est passé lors de l'offre d'*Allianz* sur les minoritaires de sa filiale *AGF*.

Rappel des faits :

Le 22 février 2007, *Allianz* déposait un projet d'offre simplifiée sur les titres de sa filiale *AGF*. L'offre prévoyait diverses modalités dont un échange de titres selon une parité de 0,81. Dans sa note d'information, *Allianz* indiquait qu'au cas où elle recueillerait 95 % du capital et des droits de vote – ce qui lui permettrait de pratiquer un retrait obligatoire – elle procéderait à une fusion dont, prévenait-elle, la parité serait moins favorable aux minoritaires, car calculée selon la méthode germanique IDWS1. La note d'information définitive précisait que la parité se situerait dans une fourchette entre 0,60 et 0,69. Outre les multiples difficultés d'ordre juridique que soulevait ce projet de fusion, se trouvait ainsi posé le problème de la protection des minoritaires. Après intervention de l'ADAM (Association pour la Défense des Actionnaires Minoritaires) auprès de l'AMF, faisant notamment valoir que la méthode d'évaluation allemande portait atteinte aux intérêts des actionnaires, il a été convenu qu'*Allianz* serait tenue de se conformer aux dispositions de l'article 236-6 au cas où elle déciderait de procéder à une fusion. Pratiquement, cela signifiait qu'*Allianz* serait tenue de mettre en œuvre une offre publique de retrait (OPR) en préalable à la fusion, OPR dont la conformité serait bien entendu appréciée au regard de la méthode d'évaluation multicritères incluant au premier chef les modalités de l'offre précédente. Ainsi les minoritaires se trouvaient-ils pratiquement protégés d'une fusion « au rabais ».

Mais si l'utilisation de l'OPR de l'article 236-6 constitue incontestablement une protection des minoritaires en cas de fusion, particulièrement adaptée au cas des fusions transfrontalières dans la mesure où elles peuvent porter atteinte à la fois aux droits et aux intérêts des minoritaires, il faut remarquer qu'elle n'est pas un droit, mais une simple possibilité dont l'utilisation est laissée à l'appréciation de l'AMF.

B) Le nouvel article L.236-28 du Code de commerce

Le nouvel article L. 236-28 du Code de commerce prévoit l'approbation des procédures de réexamen du rapport d'échange ou d'indemnisation des actionnaires minoritaires. Bien que ces procédures ne soient pas connues du droit français, la directive permet leur application lors d'une fusion transfrontalière, à la condition que les associés de la société ignorant la procédure approuvent par une résolution spéciale leur mise en œuvre. Il convient de remarquer que cette possibilité sera de peu d'efficacité dans tous les cas où l'initiateur de l'opération est majoritaire dans l'assemblée de la cible.

*
* *

Relativement aux pays voisins, la protection des actionnaires français en cas de fusion est inférieure à celle dont bénéficient les actionnaires des sociétés britanniques, allemandes ou encore italiennes. Elle est en revanche meilleure qu'au Luxembourg.

En Grande-Bretagne, les minoritaires ont une protection *a priori* : lors de l'assemblée générale appelée à approuver l'opération, ils ont la possibilité de s'y opposer dans la mesure où le majoritaire initiateur de l'opération ne prend pas part au vote.

En Allemagne, les actionnaires peuvent contester la parité de fusion *a posteriori*, ce qu'ils font, et obtiennent gain de cause dans la grande majorité des cas.

En Italie les minoritaires ont droit à une sortie en *cash* en cas de fusion transfrontalière (comme ont pu en bénéficier les actionnaires de RAS, filiale d'*Allianz* absorbée en 2006).

Au Luxembourg, par contre, les minoritaires n'ont aucune de ces possibilités. Ils ne peuvent compter non plus sur l'intervention de la CSSF (Commission de surveillance du secteur financier, l'équivalent de l'AMF), le droit boursier luxembourgeois n'offrant pas l'équivalent de l'article 236-6 du Règlement général de l'AMF. C'est ainsi qu'en 2007, la fusion *Arcelor/Mittal* a pu être réalisée sur la base d'une parité de 7 *Arcelor* pour 8 *Mittal*, alors que la parité offerte l'année précédente dans le cadre de l'offre publique était de 7 pour 11, soit de 30 % supérieure. Dans l'un et l'autre cas, des experts « indépendants » ont attesté de l'équité de l'opération ! Ce n'est donc pas en multipliant les expertises que l'on protégera les minoritaires.

Alors, que conclure ?

La disparité des législations nationales en la matière laisse à craindre que le développement des sociétés européennes dont la mobilité constitue une des qualités essentielles, soit utilisé aux fins de réaliser les fusions dans les pays les moins disants en matière de protection des minoritaires. Il faut trouver un juste équilibre entre la liberté nécessaire des sociétés et la sécurité juridique des investisseurs. Aussi conviendrait-il, parallèlement à la promotion des sociétés européennes et au développement des fusions transfrontalières, de prévoir des règles de protection communes, comme l'élévation de la majorité qualifiée dans les assemblées générales de fusion. On pourrait aussi – c'est une proposition de Noëlle Lenoir – décider d'appliquer à l'opération la législation la plus favorable aux créanciers et aux actionnaires, ce qui conduirait à modifier l'article 18 du Règlement de 2001.

Michel MENJUCQ.– Merci, Madame Neuville de ces commentaires, critiques, mais constructifs, comme toujours. Je crois comprendre, dans les propos qui ont été tenus ici, qu'il y a, certes, un progrès grâce à cette directive sur les fusions transfrontalières mais il demeure tout de même quelques interrogations. Premièrement, pourquoi parler uniquement des fusions et pas des autres opérations ? Est-ce à dire qu'il n'y a pas de problème pour les autres opérations telles les apports de passif ? Pourtant, on en rencontre dans la pratique. Deuxièmement, concernant la protection des intérêts des minoritaires, j'ai cru comprendre que les réglementations européennes étaient très différentes : sorties en *cash* en Italie, non participation au vote des majoritaires au Royaume-Uni, secours apporté en France par le droit

boursier au travers du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Est-ce à dire qu'il y a encore un petit travail à faire pour aller au-delà de la seule directive qui existe aujourd'hui si on veut atteindre ce schéma de convergence ?

On s'en tiendra très prudemment à ces interrogations. Je remercie chacun des intervenants à cette table ronde.

LES FORMES COMMUNAUTAIRES DE SOCIÉTÉS : l'actuelle (la SE) et la prochaine (la SPE)

La Societas europaea

Noëlle LENOIR

Ancienne Ministre, Avocat à la Cour, Présidente de l'Institut de l'Europe d'HEC

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, nous poursuivons donc ce débat, qui est nourri d'actualité puisque, comme vous le savez, le Sénat examine demain, en première lecture, le projet de loi portant adaptation du droit français des sociétés au droit communautaire. Or ce texte inclut le dispositif de la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux ainsi que l'incorporation en droit interne – il n'y a pas de transposition au sens strict du droit – du règlement de 2003 sur la société coopérative européenne ainsi que certaines dispositions d'adaptation, d'harmonisation sur la société européenne (54).

Avant de céder la parole aux intervenants de notre table ronde, permettez-moi de souligner le travail pionnier effectué sur ces sujets par CREDA et la CCIP au travers d'études et de colloques.

Ce rôle pionnier confirme la règle suivant laquelle les Français ont le talent de lancer de grandes idées, et tout autant de talent, les ayant lancées et fait adopter par leurs partenaires, pour prendre tout leur temps pour les mettre en œuvre ! L'exemple du texte en discussion aujourd'hui est tout à fait typique. La France a été à l'origine de la SE et a promu les fusions transfrontalières. Pour autant, le gouvernement et les assemblées n'ont pas semblé vouloir traduire leurs ambitions dans le droit national. Ils auraient pu saisir l'occasion de l'incorporation du statut de la SE dans la législation française pour accélérer la modernisation de notre droit des sociétés. Je regrette que l'on ait renoncé à prendre appui sur les textes communautaires initiés par la France pour réaliser cet effort de modernisation. C'est dommage, car quelles qu'en

(54) Ce projet de loi a été adopté le 3 juillet 2008 (loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant adaptation du droit des sociétés au droit communautaire : JO 4 juil. 2008, p. 10705).

soient les imperfections, la formule de la société européenne, la notion même d'entité juridique communautaire, c'est l'avenir.

J'aimerais intituler mon propos « *Le statut de la société européenne, Schengen des entreprises* ».

Force est de constater en effet qu'il est beaucoup plus facile pour un citoyen, un individu, de franchir une frontière nationale en Europe, notamment au sein de l'Espace Schengen, que cela ne l'est pour une entreprise. Il a fallu attendre plus de 30 ans – 50 ans, si l'on tient compte de la première proposition de société européenne au Conseil de l'Europe en 1949 – pour voir concrétiser ce concept. Il s'agissait de faciliter la mobilité des entreprises sur le marché unique. L'objectif était lié au souci de l'époque de développer le libre échange et de reconstruire une économie dévastée par la guerre. Inutile de dire que les 30 ans de débats qui ont eu lieu entre la première proposition de la Commission européenne en 1970 jusqu'à l'adoption du règlement du 8 octobre 2001 sur la « SE » n'ont pas été à l'avantage d'un statut cohérent.

À l'origine, le statut de la SE constituait une sorte de « 28^e régime » (on aurait pu dire à l'époque « 7^e régime » puisqu'il n'y avait que 6 États membres). Il s'agissait d'un statut de droit communautaire autonome. Il laissait de côté certaines matières comme le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence, le droit pénal, le droit des faillites. Pour tout ce qui concernait en revanche, les normes comptables, la gouvernance, le droit commercial proprement dit, la mobilité concrétisée par les fusions transfrontalières et le transfert de siège, voire de manière limitée, la fiscalité, ce statut était parfaitement autonome. Son application et son interprétation relevaient d'une seule et unique juridiction : la Cour de justice des communautés européennes (CJCE). Plus encore : la Cour de Luxembourg devait tenir un registre européen du commerce pour les sociétés européennes. Clairement, dans l'esprit de ses initiateurs (et peut-être aussi dans celui du CREDA qui avait organisé un colloque sur la SE en 1997), la SE devait progressivement devenir le droit commun de la société anonyme dans les différents États membres.

Ce sont ces derniers qui ont contraint la Commission européenne à réduire ses ambitions. Ils ont voulu rapprocher la SE de leurs sociétés anonymes. Il n'y a pas que les Britanniques qui vivent sur une île. D'autres pays en Europe continentale ont des reflexes insulaires. La SE a été en quelque sorte « renationalisée », comme l'indiquait tout à l'heure Madame Colette Neuville. Des éléments aussi importants que la protection des actionnaires minoritaires, par exemple, ont fait l'objet de dispositions très contrastées selon les États.

Résultat à mon avis regrettable : une SE immatriculée en Grande-Bretagne, en France ou en Allemagne, n'a pas la même physionomie. Elle ressemble plus à une société anonyme nationale qu'à une société véritablement européenne.

Cette disparité du droit applicable à la SE soulève plus d'une difficulté. Dans le cadre de la mobilité dont cette société peut jouir – qu'il s'agisse d'une fusion transfrontalière ou du transfert de siège – il lui faut se soumettre à toute une série de dispositions nationales non harmonisées. Il en résulte des problèmes complexes de conflits de lois qui ne sont que partiellement réglés par le statut communautaire, et très mal résolus par le droit communautaire proprement dit.

La deuxième contrainte – je ne dirai pas écueil, mais contrainte – porte sur le volet social. Monsieur Thourot nous en parlera peut-être. Pour des raisons que chacun connaît, liées à la sauvegarde du système de cogestion, le gouvernement allemand n'a pas voulu que, par le biais de la société européenne, il soit possible de revenir sur un compromis politique très ancien (et réaffirmé en 1976) concernant l'instauration obligatoire de la "codétermination paritaire" dans toute entreprise allemande de plus de 2 000 salariés. Il reste que plus du tiers des 122 SE immatriculées recensées début 2008 étaient tout de même des sociétés immatriculées en Allemagne (55). Car le statut de société européenne permet d'assouplir la codétermination, et les entreprises allemandes ne se sont pas privées de le faire en se dotant du statut de SE.

La SE présente donc des imperfections et entraîne des contraintes. Son statut est mixte – autant national que communautaire – et les dispositions qui lui sont applicables dans les différents États sont bien trop disparates. Le ticket d'entrée pour toute entreprise se dotant du statut de SE réside dans l'obligation de mettre en place, après une négociation sociale pouvant durer une année, un dispositif d'implication des travailleurs allant le cas échéant jusqu'à la codétermination paritaire à l'allemande.

À part cela, je n'entends pas minimiser la portée du statut de la SE.

Ce statut est exemplaire au regard des objectifs d'une Europe économique et politique intégrée. À travers la SE, se réalise un principe de liberté d'établissement plein et entier. La liberté d'établissement « primaire » est bien l'image de marque et la particularité unique de la SE. La question de l'extension du principe est posée dans l'affaire *Cartesio* devant la Cour de justice européenne. Les conclusions, rendues par l'Avocat général Maduro le 22 mai dernier, analysent, sur renvoi préjudiciel à la CJCE, la demande d'une société hongroise de se voir reconnaître la possibilité de transférer son administration centrale de Hongrie en Italie, tout en gardant ses activités et son siège en Hongrie. Les conclusions sont cependant ambiguës. Il sera très intéressant de voir ce que décide la CJCE dans cette affaire. Si le juge communautaire admet cette possibilité, cela voudra dire qu'il accepte la théorie de la loi d'incorporation (par opposition à la théorie du siège « réel »). La théorie de la loi d'incorporation a été inventée, vous le savez, par les Britanniques pour garder la maîtrise de l'application de

(55) Début 2009, cette proportion est légèrement moindre (31 %, soit 109 SE dont 19 seraient des structures d'attente). Le plus grand contingent de SE se trouve en République tchèque avec 120 SE immatriculées, soit 34 % de SE recensées (mais 56 seraient des structures d'attente).

leur droit dans tous les pays du Commonwealth. L'affaire sera tranchée bientôt (56), mais à ce jour, il est un fait que seule la SE bénéficie de la liberté d'établissement primaire, c'est-à-dire qu'elle peut, dans certaines conditions, transférer de siège dans n'importe quel pays de l'Espace Économique Européen.

En quoi consiste d'abord cette mobilité de la SE ?

Nous avons évoqué tout à l'heure un arrêt très important, l'arrêt *Sevic* de 2005, qui interdit aux États membres de refuser l'inscription au registre du commerce d'une société issue d'une fusion transfrontalière à laquelle a participé une société d'un autre État membre. Plus possible donc de s'opposer à une fusion transfrontalière et de refuser de reconnaître une société étrangère ayant participé à la fusion. De 1999 à 2005, la jurisprudence communautaire – avec les arrêts *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* et *Sevic* – a progressivement élargi le droit de toute entreprise de s'implanter ailleurs que dans son État d'origine en installant des établissements secondaires. Une entreprise peut transférer toutes ses activités dans une filiale, par exemple, et garder son siège – théoriquement – dans l'État d'origine. Le Mur de Berlin s'écroule peu à peu pour les entreprises, alors que pour les individus il est bel et bien définitivement tombé. Malgré tout, le progrès est réel pour les entreprises. On ne peut plus leur interdire de sortir de chez elles. La liberté d'établissement secondaire est poussée jusqu'à son extrême limite, à travers la création d'agences, de succursales et de filiales, que la jurisprudence communautaire, au fil de ces arrêts récents, affirme de manière particulièrement extensive.

La SE, quant à elle, n'a pas besoin de passer par le détour de ces jurisprudences innovantes pour se déplacer. Sa mobilité est consubstantielle à son statut. Elle peut opérer des fusions transfrontalières et peut transférer son siège sans rencontrer toutes les difficultés auxquelles sont confrontées les SA de droit commun. Il n'y a pas besoin de recueillir l'unanimité des actionnaires au cours d'une assemblée générale pour décider du transfert ou de la fusion transfrontalière. La majorité qualifiée requise pour une modification de statuts suffit. Il n'y a pas d'obligation de procéder à la liquidation de la société absorbée et, par ailleurs, la neutralité fiscale des opérations en cause est assurée.

La question des conflits de lois n'est cependant pas entièrement résolue. Comme l'a indiqué Madame Colette Neuville, ces conflits peuvent être très handicapants. Elle a cité le cas de la parité d'échange, pas toujours facile à établir lorsque les méthodes de calcul sont différentes dans les États dont relèvent les sociétés participantes à une fusion. Pour les matières traitées dans le statut de la SE – je pense au contrôle de légalité de la fusion et au

(56) Arrêt rendu le 16 décembre 2008, aff. C-210/06. La Cour a finalement jugé qu'en l'état du droit communautaire, le principe de liberté d'établissement ne s'opposait pas à ce qu'un État membre puisse empêcher une société, constituée en vertu de son droit, de transférer, tout en gardant sa qualité de société de droit de cet État, son siège dans un autre État membre. En revanche, elle estime que la liberté d'établissement permet à une société relevant d'un État membre de se transformer en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle souhaite se déplacer avec changement de droit national applicable, sans que la dissolution et sa liquidation de soient nécessaires dans l'État membre quitté, pour autant que l'État membre d'accueil l'autorise.

contrôle du contenu du projet de fusion – il existe une certaine harmonisation. Elle n'est pas totale, mais elle existe. Les juristes ne sont pas d'accord entre eux sur le point de savoir si la fusion transfrontalière par absorption est un outil à disposition des SE existantes (outre qu'elle est un mode de constitution d'une SE). Cela paraîtrait éminemment logique. Or le règlement de 2001 est extrêmement ambigu à ce sujet. Ce débat n'est plus à mon avis que rétrospectif dès lors que la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières prévoit expressément que la SE peut opérer des fusions transfrontalières par absorption, comme par constitution de société nouvelle.

Que dire de l'attractivité du statut de la SE ? Les statistiques sont très difficiles à obtenir, et il faut saluer le CREDA d'avoir procédé à un premier recensement. Pour autant, nous ne sommes pas sûrs que toutes les SE aient publié au Journal officiel de l'Union européenne leur immatriculation et leurs principales caractéristiques comme l'obligation leur en est faite. Les informations restent lacunaires. Il y aurait environ 150 SE immatriculées à ce jour, et cela augmente régulièrement (57). C'est déjà non négligeable. Les modalités de constitution retenues à titre principal sont, pour moitié, des fusions transfrontalières et, pour moitié, des transformations. Le souci de réaliser une fusion transfrontalière a incontestablement joué un rôle dans la décision d'adoption du statut de la SE. Cette motivation pourrait être moins importante en raison de l'entrée en vigueur de la Directive de 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.

Au delà de cette dimension opérationnelle, la SE est un véhicule intellectuel qui a une fonction d'entraînement pour promouvoir l'idée de mobilité des entreprises sur un marché sans frontières. À ce jour, la SE a, on l'a vu, le monopole, en Europe, de la liberté d'établissement primaire. Si cette liberté était reconnue à toutes les sociétés de capitaux, malgré tout, la SE garderait un certain nombre d'avantages en termes de gouvernance et comme moyen de concrétiser un projet véritablement paneuropéen de développement au sein de l'Espace Économique Européen.

Force est de constater que ce statut est particulièrement attractif pour les sociétés allemandes. Notamment, le dispositif social de la SE est plus flexible que la codétermination paritaire à l'allemande. Il permet de réduire le nombre des membres du conseil de surveillance et d'ouvrir ce conseil aux syndicalistes non plus seulement allemands, mais étrangers. Ce que les dirigeants des grandes sociétés allemandes apprécient.

La SE semble également une formule attractive dans le secteur financier et des assurances. La SE complète les avantages du passeport européen en favorisant « l'optimisation » de l'allocation des fonds propres, et en allégeant, par conséquent, les exigences prudentielles que les banques et les compagnies d'assurance considèrent comme réduisant indûment leurs possibilités de croissance externe.

(57) Début 2009, on répertoriait 352 SE.

Faut-il et si oui, comment améliorer le statut de la SE? Les États n'aiment naturellement pas voir partir de leur territoire des entreprises, qu'elles soient nationales ou non, qui y ont leur siège. Au-delà du protectionnisme fiscal, il existe un nationalisme économique et industriel fort compréhensible. Le marché européen doit toutefois s'affirmer comme un grand marché non seulement de consommation, mais aussi d'innovation, de production, et la SE devrait être un levier pour le développement économique en Europe.

Concernant la création de la SE, il me semble réducteur d'exclure toute création *ex nihilo*. En tous les cas, il faut sérieusement réduire les contraintes de la création d'une SE. En effet, par exemple, lorsque la SE est créée par voie de fusion transfrontalière, il faut que la société voulant opérer cette fusion possède une filiale dans un autre État membre, ce qui interdit, de fait, la fusion avec une sous-filiale. J'avais proposé d'élargir la possibilité de créer une SE à partir de sociétés existantes. Je pense que puisque le Règlement sur la société coopérative européenne (SCE) autorise la création d'une SCE *ex nihilo*, il convient désormais d'envisager de faire ce pas concernant la SE.

Sous l'influence de la France et de l'Allemagne, c'est la théorie du siège réel qui s'applique à la SE. Cette théorie n'est pas adaptée au marché intérieur. Aussi je pense que le système du droit britannique, néerlandais, italien et, peut-être demain, allemand, permettant de dissocier le siège de l'administration centrale du centre réel des activités est plus intelligent. Chaque entreprise devrait pouvoir choisir son droit. La concurrence est, sans doute aujourd'hui, le meilleur moyen en effet de conduire à une plus grande harmonisation des systèmes juridiques nationaux en Europe. En tous les cas, cela va dans le sens de l'avenir puisque la jurisprudence permet déjà (voir les jurisprudences citées ci-dessus) *de facto*, mais non *de jure* de dissocier les deux sièges. Cette possibilité était envisagée dans le statut de SE, proposée par la Commission européenne en 1970. Une SE était selon ce texte habilitée à avoir plusieurs sièges sociaux dans différents États membres. Je crois que l'on va y venir.

J'ai formulé dans mon rapport sur la SE d'autres propositions concernant en particulier les fusions transfrontalières. Il faut élargir, dans le statut de 2001 de la SE, mais aussi dans la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières, la notion même de fusion. Il faut englober dans cette notion les apports partiels d'actifs. Cela va dans le sens d'un accroissement de la mobilité, mais aussi de la compétitivité des entreprises. Par ailleurs, de manière à éviter les conflits de loi qui demeurent, compte tenu de la coexistence des législations nationales, un sous-produit du statut de la SE, je propose que l'on puisse, dans le cadre d'un projet de fusion, choisir la loi applicable à l'opération en question : à savoir celle du pays d'une des sociétés participant à la fusion. Afin que cela ne constitue pas une échappatoire pour diminuer la protection des créanciers et des actionnaires, j'estime légitime de limiter ce choix en obligeant à retenir en tout état de cause le dispositif le plus protecteur pour les créanciers et les actionnaires dans les différentes lois applicables à la fusion dont il s'agit.

En matière d'autonomie statutaire, la SE n'est pas bien positionnée (sauf s'agissant de la SE non cotée immatriculée en France). Il faut aller plus loin en ce sens. La solution la plus rationnelle pour les sociétés non cotées est celle de la SPE dont la flexibilité statutaire la rapproche de la SAS bien connue du droit français.

Enfin, un jour ou l'autre, devra être institué un système de registre européen du commerce. De même qu'il est souhaitable selon moi de se diriger vers une régulation financière européenne qui s'appuie sur un réseau de régulateurs nationaux, il faut instaurer un système européen de registres adossé aux registres nationaux. La contrepartie de la mobilité, c'est la transparence et la simplification, ce qu'un tel registre favoriserait à l'évidence. Pour parachever la comparaison avec Schengen, ce serait là, en quelque sorte, le système d'information "Schengen" de la SE.

Patrick THOUROT

Inspecteur général des finances, Directeur Général Délégué de SCOR,

SCOR a une forte expérience en matière de société européenne puisque nous avons procédé à la création de trois sociétés européennes. Le processus de mise en place s'est achevé au mois d'août 2007. Je vais, en revanche, vous donner plutôt des appréciations d'homme de terrain, que vous livrer des considérations sur le droit des sociétés.

Je pensais faire un grand compliment à la société européenne en disant qu'elle était parfaitement adaptée aux caractéristiques du métier de réassureur. Puis, en y réfléchissant, je me suis aperçu que le métier de réassureur devait être pratiqué par une dizaine d'entreprises en Europe. Il peut être inquiétant pour la SE de n'être adaptée qu'à la profession de réassureur...

Pourquoi avons-nous choisi cette formule ?

Pour un ensemble de raisons qui tiennent à la nature de notre métier, qui est un métier fondamentalement transfrontalier. Nous mutualisons des risques dans le temps et dans l'espace, et donc entre les différents pays des économies développées. L'espace européen comprend probablement trois des cinq premiers pays assureurs dans le monde, les deux autres étant les États-Unis et le Japon ; il est donc assez logique que nous travaillions de façon complètement transfrontalière. La contrepartie est, d'une part, que nous le faisons, malheureusement, avec un petit nombre de sociétés et que, d'autre part, notre activité s'exerce traditionnellement au sein de petites filiales employant une vingtaine de salariés qui réalisent une centaine de millions d'euros de chiffre d'affaires dans chacun des pays européens.

Pourquoi développons-nous notre activité par l'intermédiaire de filiales ? Parce que le contact avec le client est indispensable. Nous faisons du *business to business* mais avec un petit nombre de très grands clients qui ne comprendraient pas qu'ils n'aient pas affaire à une

filiale d'un groupe, où que soit la localisation de ce groupe. Évidemment, ces filiales locales sont des filiales à 100 % et elles constituent notre réseau commercial.

Que se passe-t-il maintenant ?

Malheureusement, ou heureusement, tout dépend du point de vue où on se place, il a été décidé qu'il fallait contrôler la réassurance. C'est une caractéristique de l'Europe : elle croit utile de créer des structures et des modalités de contrôle des activités financières. Elle a une excuse : il s'agit d'imiter les États-Unis, la Grande-Bretagne et la plupart des pays asiatiques qui contrôlent la réassurance (ex langage européen : se porter au même niveau que). Une directive sur le contrôle de la réassurance a donc été élaborée. Elle introduit de bonnes et de mauvaises choses. Elle introduit le principe du *home country control* et du passeport unique – ce qui est très bien – mais, en même temps, elle introduit un certain nombre de biais, classiques, notamment le contrôle entité par entité. En matière de réassurance, cette démarche est complètement stupide, pour les raisons que je viens d'indiquer : nous faisons notre métier par l'intermédiaire de minuscules filiales. Or, une filiale italienne sera demain contrôlée par le contrôle italien de l'assurance et de la réassurance, lequel ne voudra pas savoir si cette filiale italienne appartient à un groupe ou pas. Nous nous sommes progressivement lancés dans une réforme du contrôle de la solvabilité des compagnies d'assurance et de réassurance avec la directive *Solvency 2*, qui prévoit un contrôle entreprise par entreprise. Le contrôle de la réassurance menace d'être particulièrement délicat puisque, premièrement, il est nouveau et, deuxièmement, *Solvency 2* va imposer de nouvelles normes. Comme nous sommes prêteurs en dernier ressort du monde de l'assurance, nous sommes particulièrement soupçonnés, ou surveillés, quant à nos capacités à payer ce que ne veulent pas payer les assureurs primaires, et qu'ils ont réassurés.

Nous avons donc multiplié les structures locales et complexifié nos organigrammes, ce qui a également contribué à geler du capital dans un certain nombre de structures indépendantes les unes des autres. Nous devons donc restructurer l'ensemble en ménageant la susceptibilité de nos clients, qui auraient pu légitimement considérer qu'il n'était pas opportun de supprimer une société locale au profit d'une activité exercée en liberté de prestation de services. La SE, en nous permettant de succursaliser nos filiales, nous permet également de maintenir des bonnes relations avec nos clients désormais clients d'une société européenne.

Je dois dire que nous avons été peu dépaysés par rapport à l'ensemble des règles de *Corporate governance*. Nous sommes une société cotée en France ; nous étions, à l'époque, cotés également aux États-Unis – nous nous sommes heureusement retirés de la cote américaine – et nous sommes maintenant également cotés en Suisse puisque nous avons acheté une société suisse importante.

Il était important, par conséquent, que les garanties de *Corporate governance* restent relativement fortes et que la SE n'apparaisse pas comme un moyen de contourner nos

différentes pratiques et l'ensemble des règles existantes sur notre marché financier de référence, le marché français, en particulier en matière de conventions réglementées, de transparence et de publication.

Le fait que la SE permette ensuite à nos salariés de retrouver des conditions de garantie, des droits, qui soient proches les uns des autres, est important. Je le précise parce que nous avons, évidemment, des salariés dans de nombreux pays du monde (environ 25) dont beaucoup en Europe, et cette population de salariés est extrêmement sensible à toutes les sollicitations extérieures. Notre industrie, malgré son allure intellectuelle, est une industrie de main d'œuvre. Par conséquent, le départ de nos meilleurs salariés est le meilleur moyen de nous ruiner rapidement. Nous étions donc extrêmement attentifs à ce que le volet social de la société européenne puisse se mettre en place dans des conditions satisfaisantes.

Tout le monde a été très sensible au principe d'implication des salariés. Mettre en place un groupe spécial de négociation prend du temps. C'est toujours extrêmement difficile de constituer un groupe lorsque des salariés britanniques sont impliqués ; ils nous regardent d'un air triste lorsqu'on leur dit qu'il faudrait qu'ils viennent siéger dans ce groupe spécial de négociation en nous demandant « pour quoi faire ? ». Parce que c'est prévu par la réglementation ! Nous avons donc dû faire un certain nombre d'actes d'autorité pour obtenir que nos salariés britanniques, notamment, veuillent bien se considérer comme ayant participé à la négociation. Cette négociation est longue, elle prend entre 6 et 9 mois et peut conduire au cas d'échec à appliquer les règles *a minima* fixées par la directive. Je crois que nous sommes arrivés, en réalité, à quelque chose qui ressemble d'assez près à un comité d'entreprise français, avec une bonne transparence d'information, une faible codécision et le maintien de ce qui existait antérieurement, c'est-à-dire qu'un administrateur de la SCOR est un salarié élu par l'ensemble des salariés du monde avec, évidemment, un petit avantage pour les salariés européens.

Le principal défaut que je trouve à la société européenne aujourd'hui, c'est qu'elle a, comme on dit pudiquement dans les textes, une grande neutralité fiscale. C'est-à-dire, qu'en réalité, elle laisse le droit fiscal dans chaque pays, en l'état. Ce qui veut dire que, pour nous, ce n'est pas un acte d'optimisation fiscale que de créer une société européenne, et que nous restons soumis à un nombre d'obligations comptables et fiscales, là où nous avons nos succursales européennes.

Je dois rappeler qu'il y a deux modes de création d'une SE : la fusion-absorption et la transformation. Nous avons une société *holding*, cotée, et deux filiales opérationnelles avec elles-mêmes deux réseaux assez différents en termes de structure dans les différents pays, l'une s'occupant de la réassurance vie et l'autre de la réassurance dommages. Nous avons donc créé trois sociétés européennes, la société *holding* et les deux filiales opérationnelles. Leurs caractéristiques de structure ont fait que nous avons été amenés d'abord à choisir pour la société de réassurance dommages la fusion-absorption, puis ensuite, la même solution

opérationnelle pour la réassurance vie, (et non la transformation) parce qu'entretemps, nous avons acheté une société de réassurance vie allemande que nous intégrions grâce à la création de la SE. La société *holding* a été transformée en société européenne : elle détenait depuis plus de deux ans, une filiale européenne (irlandaise).

En pratique, nous avons entamé le processus en janvier 2006 et nous l'avons terminé en août 2007, pour ces trois sociétés.

Je dois dire que nous avons fait beaucoup pour informer les autorités publiques de divers pays des caractéristiques de la société européenne. Cette contribution pédagogique nous a pris du temps.

Quant au reste, des particularités d'application demeurent (tel pays nous demande de maintenir un peu de capital dans une succursale qui ne devrait pas en avoir, tel autre a demandé que nous enregistrons notre succursale, ce qui est contraire aux directives sur la liberté de prestation de service et sur le passeport unique, etc.) mais dans l'ensemble, cela se passe de façon simple, conviviale et rapide.

Je constate aussi qu'au fur et à mesure que le temps passe, nos collaborateurs et nos clients se sont rendus compte de l'intérêt de la société européenne.

Pour conclure rapidement, je dirai que la société européenne est très efficace en ce qui concerne les activités qui ont un caractère transfrontalier et transnational. C'est incontestablement un facteur de simplification considérable. Bien entendu, c'est aussi un facteur d'unification du marché européen. Nous pensons qu'à terme, les autorités publiques des différents pays européens vont raisonner « groupe » et non plus « entité », et cela est, pour nous, déterminant. J'ai dit que le processus de création d'une SE était un processus lent du fait du formalisme juridique ; je pense aussi que l'opération a été lente parce que nous avons essuyé les plâtres d'une opération relativement complexe avec, en face de nous, des gens qui découvriraient, en même temps, la directive sur le contrôle de la réassurance, *Solvency 2*, notre volonté de retrouver la maîtrise de notre capital et un certain nombre de caractéristiques de la société européenne. En outre, l'odeur un peu forte d'optimisation fiscale que nous pouvions dégager a rendu méfiantes un certain nombre d'autorités publiques qui se demandaient si nous étions aussi sains, loyaux et marchands qu'il y paraissait. Heureusement, le niveau des impôts payés par le Groupe au cours des exercices 2006 et suivants nous a permis d'exorciser ce démon.

Noëlle LENOIR.— Vous avez relativisé la difficulté de la négociation sociale et la difficulté de l'application des droits multiples. Il est vrai que les juristes ont l'habitude de la complexité, et c'est d'ailleurs presque leur raison d'être.

Je tends maintenant le micro à Maître Olivier Dillenschneider, qui a, aussi, l'expérience concrète de la constitution d'une SE avec Viel et Cie finance. Il s'agit d'un des leaders

mondiaux de l'intermédiation financière, qui exerce son activité sous forme de SE depuis presque deux ans.

Olivier DILLENSCHNEIDER

Avocat à la Cour

Nous avons eu l'occasion de créer, au mois d'août 2006, la première société européenne « française ». L'occasion nous en a été donnée parce que l'on se trouvait dans un contexte assez comparable à celui que vient de décrire Monsieur Thourot avec un intermédiaire financier, entreprise d'investissement, dont la raison d'être est de relier les grands intervenants institutionnels, que ce soit les banques, les compagnies d'assurance ou même les grands *Corporate* entre eux, pour leur permettre de réaliser leurs opérations d'équilibrage de bilan, d'acquisition, de vente de produits financiers ou non-financiers, en d'autres termes, toutes les opérations financières que peuvent réaliser les grands acteurs économiques français et étrangers.

Ce groupe réalise 10 % de son chiffre d'affaire à Paris et le reste entre Londres pour à peu près un quart, la zone Amérique pour un autre quart, l'Asie pour un troisième quart et le reste en Europe continentale. Cette culture multinationale, très fortement présente, a permis, dès le départ, de réunir les conditions pour aller très vite vers la SE.

Cela s'est réalisé par voie de transformation : on a considéré que le fait d'avoir, dans ce type d'activité, un holding sous forme de SE serait un atout sur le plan de l'image et de la communication. En outre, dans le secteur de la finance, il y a deux éléments, un peu complémentaires, qui sont plus incitatifs que les autres.

Le premier tient à la fiscalité : une très large neutralité fiscale des relations financières intra-groupe peut être un élément positif. C'est un secteur qui récupère très mal la TVA. Par conséquent, quand vous avez une société *holding* française avec des filiales implantées dans différents pays de l'Europe communautaire, les *management fees* (les services du siège social) sont soumis à TVA et les filiales destinataires des facturations ne peuvent pas la récupérer ; ce qui veut dire que dans le cas le plus extrême, on va alourdir la facture des filiales de près de 20 %. C'est un phénomène un peu insidieux car autant en matière d'impôts directs on peut se faire, à la lecture du compte de résultats, une assez bonne idée de leur incidence, autant la TVA, on ne la voit pas. Elle est dissimulée dans différents postes de charge du compte de résultats, elle est fondue dans des prestations de services sans qu'on puisse vraiment l'individualiser alors qu'en réalité, son incidence financière est quand même très importante. Or, quand on répartit des charges sur ses succursales, ces charges ne supportent pas la TVA. À l'inverse, quand on les facture à ses filiales, il y a de la TVA. C'est le principe. Il faut être un peu prudent parce que, notamment en France, une décision assez récente du juge administratif (TA Paris, 28/02/2007, n° 00-15330) pose des conditions de faible autonomie de la succursale pour pouvoir bénéficier de ce régime fiscal. Je pense que dans les secteurs comme la banque,

l'intermédiation financière, la gestion, peut-être l'assurance et la réassurance, cet élément peut conduire à retenir la SE comme mode d'organisation, avec la succursalisation de filiales européennes.

Autre élément, qui a été un peu évoqué tout à l'heure, ces activités sont des activités réglementées. Cela veut dire que si vous avez un *holding* parisien, il va être soumis à différents contrôles des régulateurs bancaires, et notamment de la Commission bancaire ; et si vous multipliez les implantations dans différents pays, cela veut dire qu'en Angleterre, le *Financial Services Authority (FSA)* va faire ces mêmes contrôles, que les banquiers centraux des différents pays d'Europe continentale vont contrôler également, à la fois sur le fond (parce qu'il faut multiplier les fonds propres dans les différents pays), mais aussi sur la forme (parce qu'il faut faire des *reporting* qui sont souvent très contraignants). Cette situation n'est pas très confortable.

Une idée consisterait à transformer la maison-mère française en SE et, au travers de fusions, à succursaliser. On peut aussi très fortement alléger le contrôle local des succursales pour ne conserver qu'un *lead regulator* – français en l'occurrence. On aura gagné en légèreté de *reporting* et, un peu, en fonds propres.

Cette idée peut être séduisante, mais il faut la moduler en fonction des cultures de chaque contrôleur et régulateur local. Prenons l'exemple du *FSA* à Londres. On a, sur la place de Londres, une culture financière ancienne, très forte, très pragmatique ; on aura donc un régulateur qui va avoir, de manière justifiée sur le plan économique, si ce n'est sur le plan juridique, tendance à se considérer comme *lead regulator*. Par conséquent, si vous êtes une banque française ou un intermédiaire français, et que vous transformez votre filiale anglaise en succursale, vous aurez, d'une manière un peu différente mais de manière très certaine, une forte présence du régulateur anglais.

Je crois que le symétrique n'est pas vrai avec la France : dans une configuration comme celle-là, il est peut-être plus facile de réaliser une opération de succursalisation d'une filiale française par rapport à une banque ou à un institutionnel financier anglais que l'inverse, c'est-à-dire de succursaliser une filiale anglaise.

Autre exemple pratique, on a vu récemment que le *FSA* adopte la technique du *waiver*. Pour calculer les fonds propres prudentiels, on part des fonds propres comptables et on opère des retraitements. En général, les retraitements sont plutôt effectués à la baisse qu'à la hausse : on va neutraliser tous les actifs incorporels, y compris le *goodwill*, de sorte que lors de l'acquisition d'un concurrent ou d'une participation, c'est du *cash* – qui fait partie des fonds propres durs et qui est pris en compte dans le calcul des ratios prudentiels – qui va être utilisé et transformé très largement dans du *goodwill* qui, lui, va être neutralisé. Il s'agit donc d'une opération de croissance externe qui va détériorer votre position au regard des ratios prudentiels qui vous sont applicables. Le *FSA* a, à cet égard, une attitude très pragmatique parce que

l'objectif est de favoriser le développement de la place financière de Londres, des acteurs, qu'ils soient banquiers, institutionnels ou intermédiaires. On pratique donc une politique de dérogation : pour permettre à de grands acteurs nationaux de réaliser des opérations d'acquisition, d'améliorer leur positionnement concurrentiel, de se développer et créer un avantage pour la place financière, on accorde des *waivers* alors que la pratique en Europe continentale est quand même beaucoup plus réservée. Je n'ai pas souvenir d'avoir vu un *waiver* accordé ni en France ni dans d'autres pays continentaux. Si l'idée est séduisante au départ, je pense qu'il faut aussi tenir compte, pour sa mise en application, de la pratique locale.

Pour l'avenir, je ferai une ou deux petites remarques.

D'abord, cette première SE française, on a voulu la scinder, parce qu'il y avait, en fait, deux activités un peu différentes que l'on a voulu dissocier. On s'est alors rendu compte que la législation ne permettait pas de scinder une SE existante en deux SE. Est-ce un oubli ? Probablement, car si l'on admet la fusion, pourquoi pas la scission ?

On est en train de réfléchir à la transformation d'une société cotée en société européenne par voie de fusion avec une de ses filiales. Aujourd'hui, si vous voulez transférer le siège social d'une société française dans un autre pays de l'Union, il vous faut l'unanimité, ce qui, dans une société cotée, est quasiment impossible à obtenir puisqu'il suffit qu'un actionnaire détenant une seule action vote contre l'opération pour la bloquer. Compte tenu du coût d'une assemblée générale, on n'essaye même pas. Or une SE peut bouger au sein de l'Union.

Dernière remarque sur la soulte en numéraire. On parlait tout à l'heure des 10 % qui sont autorisés en cas de fusion, et j'ai entendu qu'il serait souhaitable que l'administration fiscale fasse preuve de plus de souplesse et accorde plus de 10 % de soulte. Il me semble malgré tout qu'avoir ces 10 %, ce n'est pas négligeable. Sur une opération qui implique parfois des centaines de millions d'euros, cela signifie qu'on va encaisser en *cash* 10 % de la somme sans payer d'impôts. C'est dérogatoire aux principes de la fiscalité française qui permettent l'exonération à condition que l'on ne reçoive que des titres, pas de liquidité.

Noëlle LENOIR.— Merci infiniment pour cet exposé riche en idées. Je reste convaincue que le législateur français – gouvernement et parlementaires, qui sont très bien conseillés par des partenaires extérieurs – devrait consulter les entreprises sur leur propre expérience. Parce qu'une expérience de terrain est absolument indispensable en droit des sociétés. Pour être un bon législateur aujourd'hui, et d'ailleurs un bon juge, cette expérience de terrain est nécessaire.

Pour conclure, Monsieur Reinhard DAMMANN va nous donner une vision prospective de la SE.

Reinhard DAMMANN

Avocat à la Cour

Quelques idées de prospectives... Je me suis demandé d'abord pourquoi. Pourquoi faut-il penser à l'avenir lorsque nous avons déjà un outil qui marche, un outil de gestion, un outil d'organisation de la mobilité à l'intérieur de l'Europe ? Eh bien, pour une raison très pratique à laquelle Madame Lenoir faisait allusion : la Commission doit rédiger un rapport pour le Conseil en 2009 afin de proposer des aménagements au régime de la SE, forte d'une expérience, certes modeste, mais intéressante.

J'ai réfléchi à la façon dont on pourrait caractériser ce que nous vivons aujourd'hui. Nous sommes, me semble-t-il, à la recherche, d'une part, de nouveaux souffles contractuels qui sont en train de traverser la SE mais également beaucoup d'autres domaines du droit positif, et, d'autre part, de cohérence entre la SE et les autres outils dont nous disposons aujourd'hui, et qui nous seront proposés à l'avenir.

Commençons par le caractère contractuel.

Pourquoi le caractère contractuel est-il devenu de plus en plus important ? Eh bien, regardez ce qui se passe en France : nous avons connu la SA et nous avons créé la SAS. Vous constaterez, les chiffres le montrent, que la SA est en relatif déclin et la SAS en plein essor. Pour toute société qui n'est pas cotée, on recherche un modèle d'organisation flexible. Si on regarde maintenant du côté de la SE, le législateur français est le seul qui ait introduit une dose de flexibilité en intégrant quelques uns des éléments des SAS lors de la transposition du Règlement sur la SE. Il faut s'en féliciter puisque cette dose de contractualisation va permettre à la SE « française » d'avoir un avantage concurrentiel par rapport aux structures existant dans d'autres droits puisque, comme vous l'avez vu, la SE fonctionne par renvois très larges au droit national. Le législateur français a donc des options à lever à l'avenir pour rendre encore plus attractive la SE à la française.

Deuxième remarque, Madame Lenoir l'a dit tout à l'heure, pourquoi ne pas créer une société européenne *ab initio* ? On ne voit pas ce qui justifie cette impossibilité alors qu'une société coopérative de droit européen peut être créée, *ex nihilo*, par cinq personnes d'au moins deux nationalités différentes.

Quel est l'intérêt d'une création *ex nihilo* ? D'abord, le délai, extrêmement court. Est-ce que nous avons besoin d'une négociation avec les salariés ? La réponse est non. Nous avons entendu tout à l'heure que la négociation sociale peut prendre longtemps (six, neuf mois...) alors que la création *ex nihilo* permettra de créer des sociétés européennes en peu de temps. Je ne vois pas pourquoi des associés ne pourraient pas soumettre au statut de la SE, une SA française qu'ils souhaitent à vocation européenne. Il me semble qu'il y a un intérêt très clair à avoir un label européen pour cette société. Ce label européen permet de véhiculer l'idée que

les associés souhaitent développer leur affaire, pas seulement en France, mais au-delà des frontières.

Quelles sont les contraintes à prendre en compte ? Il faut un fait européen. Lorsqu'au moins deux associés de deux nationalités différentes, un Français et un Allemand, par exemple, veulent créer une SE je ne vois pas au nom de quel principe on devrait leur interdire cette possibilité. Il me semble même qu'il faille aller plus loin. Vous pouvez également avoir des sociétés ou des personnes françaises qui souhaitent incorporer une SE en France avec le projet de développer des opérations au-delà des frontières françaises. Il me semble donc que ce fait européen, vérifiable *a posteriori*, peut parfaitement justifier le fait que l'on va immatriculer une SE en France.

Une question reste non résolue : les franchissements de seuils.

Notre société se développe : la question de la participation des salariés va se poser. Il faut donc envisager, me semble-t-il, un certain nombre de garde-fous pour que nous ne puissions pas contourner les dispositions normalement applicables.

Il faut rechercher une cohérence. Mes remarques sont surtout des remarques de bon sens et de droit international privé qui font, en l'occurrence, bon ménage.

Nous avons une SE qui, en application de la théorie dite du siège social réel, a donc son administration centrale et son siège statutaire au même endroit. La France a opté pour un siège statutaire réel renforcé puisque vous ne pouvez pas dissocier, en droit français, le siège statutaire de l'administration centrale. Je prends pour exemple le Crédit Lyonnais : son siège statutaire est à Lyon pour des raisons historiques, et son administration centrale est à Paris. Aujourd'hui, le Crédit Lyonnais ne peut pas fusionner à l'international avec une autre banque puisque en droit français, la création d'une SE supposerait que le siège statutaire du Crédit Lyonnais soit transféré à Paris ou bien que l'administration centrale du Crédit Lyonnais soit transférée à Lyon. Voilà l'option qui a été choisie par le législateur français au moment de la transposition.

Qu'est-ce que la mobilité des sociétés ? La mobilité des sociétés signifie que vous pouvez librement choisir votre droit applicable à travers l'immatriculation de votre société. Ainsi ancrée, en quelque sorte, dans le droit national, votre société ne flotte pas dans l'ordre juridique supra national. Pour des raisons de logique contractuelle, il me semble important que les acteurs économiques puissent choisir librement le droit applicable à une société et qu'ils puissent en changer. C'est-à-dire changer le siège statutaire d'un pays à l'autre. Si vous regardez le principe de la société européenne, vous pouvez le faire, mais vous êtes obligés de déménager votre administration centrale. Est-ce cohérent par rapport aux jurisprudences communautaires ? La réponse est non. La jurisprudence communautaire, comme cela a été rappelé avant moi, a indirectement, mais clairement, condamné la notion de siège social réel en

droit international privé. Ce qui veut dire qu'aujourd'hui, si vous appliquez la jurisprudence communautaire, un État membre ne peut pas opposer la théorie du siège social réel pour empêcher une société de bouger.

Il me semble donc, pour une question de cohérence, que le droit communautaire devrait évoluer de la même manière et faire en sorte que la société européenne abandonne le critère extrêmement strict du siège social réel et opte pour le critère souple du siège statutaire donc du rattachement au droit de l'État dans lequel la société a été immatriculée. Ce qui veut dire que vous pouvez envisager un changement d'immatriculation et donc un changement de loi applicable, permettant ainsi aux sociétés européennes de garder leur administration centrale là où elle est, tout en changeant de loi applicable.

Si vous regardez la SPE, et si je comprends bien le projet en cours, c'est exactement cela : la SPE va pouvoir bouger en Europe, librement. Si vous regardez le régime des fusions transfrontalières et l'arrêt *Sevic* de la Cour de justice des Communautés européennes, les sociétés peuvent librement fusionner en Europe. Donc, aujourd'hui, la SE est en quelque sorte coincée entre un monde libéral – l'arrêt *Sevic* –, la transposition de la directive fusions transfrontalières et, demain, la SPE. La SE va devoir trouver un second souffle, survivre et se développer dans un environnement très concurrentiel puisqu'elle est déjà concurrencée en termes de mobilité par la directive fusions transfrontalières, et qu'elle va l'être par la SPE. Au regard de la mobilité, la SE a perdu une partie de son attrait ; elle a joué un rôle précurseur, elle a ouvert la voie, mais, aujourd'hui, elle risque d'être en retrait. Il faut donc redonner une attractivité à la SE et renforcer son caractère contractuel pour les sociétés non cotées, en laissant un modèle extrêmement formaliste avec une *corporate governance* renforcée pour les sociétés cotées.

Très clairement, dans les années à venir, le challenge de la SE sera de retrouver un second souffle, d'injecter dans sa conception et sa construction une dose de contractuel et de rechercher une meilleure cohérence afin qu'elle s'insère, dans l'ordre juridique communautaire, d'une manière harmonieuse. Il faut faciliter davantage la mobilité et offrir à des acteurs qui recherchent un cadre très stable et un label européen, même *ab initio*, un modèle de SE rénové, un outil pour les sociétés importantes. Pour les sociétés d'une taille un peu plus modeste ou pour les sociétés détenues à 100 %, la SPE sera vraisemblablement, à partir de 2009-2010, le véhicule de choix de l'ensemble des opérateurs. Reste le dernier élément, les fusions transfrontalières. Là encore, il faut que la société européenne, si elle veut survivre comme modèle et comme instrument de mobilité des sociétés, notamment au sein d'un groupe, se mette à la hauteur des enjeux et garde cette attractivité qu'elle a aujourd'hui pour des acteurs économiques importants.

La Societas Privata Europaea

Bernard FIELD

Président de la Commission « Droit de l'entreprise » du MEDEF, Secrétaire général de Saint-Gobain

Il m'est particulièrement agréable de m'adresser à vous en cette fin d'après-midi. D'abord en raison de la qualité des participants et des intervenants qui m'ont précédé et qui vont me suivre, mais aussi pour le plaisir de constater le presque succès d'une initiative des milieux d'affaires qui remonte maintenant à exactement dix ans. Permettez-moi quelques souvenirs sur cette initiative.

Il y a dix ou onze ans environ, déjà président de la Commission juridique du CNPF (devenu MEDEF), j'ai eu connaissance des travaux menés par le CREDA sur une « société fermée » de droit européen (58). Ces travaux m'avaient beaucoup intéressé et je suis allé voir Jeanne Boucourechliev qui les dirigeait, et lui ai dit : « puisque vous travaillez sur une société de droit européen, sujet qui me paraît d'une grande importance, et puisque, de mon côté, j'ai eu l'honneur de proposer la création de la SAS et le bonheur de voir cette proposition reprise par la Chancellerie, pourquoi ne joindrions-nous pas nos efforts, vous au CREDA, nous au MEDEF, pour actualiser ce projet ? ». Nous avons constitué un groupe de travail composé du Professeur Hommelhoff et d'autres participants d'horizons européens, et avons tenté d'avancer dans la recherche et la mise au point de cette société de droit européen. C'est ainsi que nous avons abouti, en septembre 1998, à la publication d'une proposition de règlement relatif au statut de la Société privée européenne (59).

L'idée était donc, en quelque sorte, d'étendre le territoire purement français de la SAS à l'ensemble du territoire européen en mettant l'accent sur l'indispensable contractualisation du droit des sociétés, en l'occurrence du droit européen des sociétés.

Je dois dire que l'enthousiasme qui nous avait saisis au départ, CCIP et MEDEF, est quelque peu retombé, car l'accueil n'a pas été forcément à la hauteur des espérances que nous avons formulées à l'époque. Je qualifierais en effet de « réservé », par souci diplomatique, l'accueil fait à l'époque par la Commission européenne à notre projet. Il est vrai qu'en 1998-1999, la Commission était tellement soucieuse de faire aboutir la Société européenne qu'elle n'avait pas trop le désir de la laisser « polluer » par ce projet, proche de la SE, qu'était la SPE.

Du côté des pouvoirs publics, nous avons eu un accueil sympathique et un intérêt poli mais le fait que la Commission européenne n'ait pas débordé d'enthousiasme n'a pas non plus facilité leur soutien.

Les années ont passé et, finalement, je crois que l'on peut dire que nous avons largement surmonté ces difficultés. Il ne reste plus que quelques derniers mètres à accomplir pour transformer l'essai et ce, grâce aux efforts qu'ont également accomplis sans compter les

(58) V. CREDA, *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la dir. de J. Boucourechliev, OPOCE, 1997.

(59) <http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/spe/fr/textefr.htm>.

équipes de la CCIP – je pense à Aristide Lévi, à Anne Outin-Adam – et du MEDEF – je pense à Joëlle Simon – et au soutien, notamment, d'*Eurochambres* et de *BusinessEurope*.

Pourquoi MEDEF et CCIP, avons-nous tant tenu à la création de la SPE ?

Il y avait plusieurs raisons et je vais en énumérer quelques unes de façon extrêmement succincte car les intervenants qui vont me suivre entreront dans les détails techniques.

D'abord, il y avait incontestablement un besoin d'une structure de partenaires qui soient liés par un véritable *affectio societatis* – ce qui excluait automatiquement l'appel public à l'épargne et la cotation – et désireux de s'organiser et de fonctionner au sein de la société le plus librement possible ; il s'agit bien là de l'aspect fondamental de la contractualisation par la voie statutaire que nous souhaitions dès le départ.

Le deuxième point, c'est que les PME, qui constituent une partie très importante de la force économique de l'Europe, se trouvent toujours aujourd'hui face à une disparité considérable des régimes juridiques selon les pays. Et encore, à l'époque, n'y avait-il que 15 pays au sein de l'Union européenne ; alors que l'Union compte aujourd'hui 27 membres, ces disparités ne se sont pas allégées, bien au contraire. Il fallait donc pouvoir proposer aux PME européennes, cible première de notre projet, un outil qui soit relativement simple d'utilisation, et qui leur permette de réaliser leurs projets intra-européens, d'aborder le marché européen et de s'y développer.

Le troisième point est qu'il ne fallait pas, pour autant, négliger les grandes entreprises, et je crois être assez bien placé pour en parler.

Les groupes sont le plus souvent composés d'un grand nombre de sociétés, de filiales, de sous-filiales, ce qui correspond à un mode d'organisation qui n'est pas contestable puisqu'il s'agit d'affecter à chaque activité, dans le souci de la responsabilité, une structure juridique. Ces grandes entreprises ont également besoin d'avoir un instrument plus souple, plus efficace ; sans oublier les structures communes avec d'autres partenaires, d'autres entreprises, qui répondent aux besoins de coopération entre des entreprises de divers types au sein de l'Europe. Tout cela militait également pour donner aux grandes entreprises et à leurs filiales la possibilité de se structurer sous forme de SPE.

Voilà pourquoi nous avons voulu promouvoir cette structure de droit commun européen, facilement accessible, qui assure et garantit une liberté contractuelle très importante à ses partenaires.

Les intervenants qui vont suivre vont approfondir le sujet, car il y a évidemment beaucoup à dire. Pour ma part, je réitère ma grande satisfaction à la naissance annoncée de la SPE. Il est aussi tout à fait satisfaisant que ce projet permette de prendre en compte, de façon réaliste, dans l'évolution du droit, la dimension économique d'aujourd'hui, c'est-à-dire, notamment, intra-

européenne. Il est nécessaire que le droit puisse évoluer en fonction des besoins économiques dès lors que ceux-ci sont avérés et s'étendent sur un territoire suffisant comme l'Europe.

Je passe la parole à Monsieur DELSAUX qui va certainement tout nous dire sur la SPE.

Pierre DELSAUX

Directeur à la Commission européenne (60)

Je voudrais vous remercier de m'avoir invité aujourd'hui à cette conférence. La date est bien choisie puisque apparemment la France va se mettre en conformité avec certaines de ses obligations communautaires, ce qui ne fait certainement jamais de tort!

À ce jour il n'existe pas encore de proposition législative de la Commission sur la SPE, mais il est probable qu'une telle proposition soit faite au début du mois de juillet.

Cette proposition devra ensuite être discutée avec les États membres et avec le Parlement européen (61). L'expérience de la SE ne nous incite pas nécessairement à l'optimisme ; mais je voudrais vous donner un message politique clair. Nous ne souhaitons pas nous lancer dans un marathon. Nous voulons que cette proposition législative soit un 100 mètres, tout au plus un 200 mètres. En d'autres termes, nous voulons que le texte aboutisse le plus rapidement possible. Vous avez souligné qu'il s'agissait, à l'origine, d'une proposition française. La France a été très active pour initier cette idée que nous allons soumettre aux États membres. La présidence française a un rôle extrêmement important à jouer pour donner toute la priorité nécessaire à cette proposition. Je crois que ce sera le cas, mais il est important de le rappeler. Bien entendu, en dépit de l'optimisme affiché, la Commission voudrait croire qu'elle maîtrise le processus législatif ; mais nous ne le maîtrisons pas toujours...

Nous voulons un texte simple et flexible. Notre proposition le sera. Il est évident que nous devons tout faire pour que le résultat final ne soit pas un texte de nouveau incompréhensible pour le commun des mortels – et même pour les spécialistes. J'avoue que quand je relis certains des textes que j'ai moi-même négociés, je ne suis pas toujours capable de les comprendre et je me demande alors comment d'autres le peuvent.

Ce statut est destiné à des petites sociétés, même s'il peut également concerner des sociétés de taille moyenne. Il faut donc faire en sorte que le résultat final soit compréhensible et puisse être appliqué par ces sociétés. Sinon nous risquons d'aboutir à un beau document mais inutilisé en pratique. Ce n'est certainement pas l'objectif que nous poursuivons.

(60) Les vues exprimées dans cette présentation sont strictement personnelles.

(61) La Commission a effectivement présenté le 25 juin 2008 une proposition législative visant à établir un statut de société privée européenne. Ce texte a été légèrement amendé par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen le 20 janvier 2009, qui estime que la SPE devrait être soumise à des règles plus strictes concernant la participation des travailleurs et le capital initial.

Pourquoi cette idée ? Tout simplement parce qu'il y a un besoin de simplifier la vie des petites et moyennes entreprises, lorsqu'elles s'établissent ou lorsqu'elles ont des sociétés qui opèrent dans plusieurs États membres. Il y a un véritable besoin pour ces sociétés de disposer d'un outil juridique simple et satisfaisant au niveau communautaire.

Certes, dans certains États membres, ce besoin est peut-être moindre parce qu'il existe, au niveau national, des outils législatifs appropriés. Dans d'autres États membres, la situation n'est pas aussi positive. Par exemple, un grand nombre de petites sociétés allemandes sont enregistrées au Royaume-Uni alors qu'elles n'ont, en fait, aucun rattachement avec le Royaume-Uni et qu'elles opèrent sur le territoire allemand. Il y a donc des dysfonctionnements et il est nécessaire de donner à ces sociétés un statut clair au niveau communautaire. J'ajouterai que le label européen, même si nous parlons de PME, est intéressant parce que l'objectif reste que ces PME, à terme, opèrent aussi, en tout cas certaines d'entre elles, non plus sur une base purement domestique mais transfrontalière.

Quel sera le contenu de la proposition ?

Je voudrais, dans cet exposé, attirer votre attention sur un certain nombre de questions qui ne sont pas complètement résolues. Ce sont des questions importantes, qui seront certainement soulevées dans le cadre du débat que nous aurons avec les États membres et le Parlement européen. Il s'agit de questions concernant la création de la SPE et son fonctionnement.

Qui peut créer une Société Privée Européenne ?

Le premier point, qui très certainement sera très difficile à négocier avec certains États membres, concerne l'élément transfrontalier. En d'autres termes, pourra-t-on créer, dans le futur, une SPE qui aura un caractère purement domestique soit parce que ses actionnaires sont purement nationaux, soit parce qu'elle a l'intention d'opérer ou de fonctionner sur une base purement domestique ? Cette question sera probablement moins importante en France que dans certains autres États membres. Elle constitue le premier enjeu politique : faut-il que la société ait un caractère transfrontalier ou peut-on admettre une SPE avec un caractère purement national ? L'argument en faveur de cette dernière solution étant de dire que, même si elle a un caractère purement national, elle peut évoluer dans le futur et acquérir ensuite ce caractère transfrontalier. Si le caractère transfrontalier est exigé au départ, cela signifie qu'une PME ne pourrait changer de statut et adopter la forme de SPE que si elle acquiert un élément transfrontalier au cours de son développement.

Deuxième point : qui peut créer une SPE ? Faut-il un actionnaire ou plusieurs actionnaires ? Cette question n'est pas facile à résoudre et peut poser des problèmes à certains États membres, même s'il existe une directive communautaire sur ce sujet.

Troisième élément : faut-il limiter le statut de la SPE aux PME ? En d'autres termes, faut-il des critères de seuil en-dessous desquels on pourrait bénéficier du statut de la SPE ou, au contraire, faut-il éliminer l'idée de seuils, toujours difficiles à mettre en œuvre, et simplement admettre que toutes les sociétés puissent bénéficier du statut de la SPE, à l'exception des sociétés cotées ? C'est de nouveau une question en débat, parce que certains vont dire que l'objectif est de favoriser les PME et qu'il faut donc un plafond. Mais où situer ce plafond ? Comment l'établir au niveau communautaire ? Et puis, la question se pose à nouveau en cas de croissance de la société : que va-t-il lui arriver lorsqu'elle aura dépassé ce plafond ? Devra-t-elle changer de statut et se tourner vers la SE ?

Concernant le « comment », il y a, là encore, beaucoup d'interrogations.

D'abord, concernant le droit applicable : quels vont être les rapports entre le futur règlement communautaire, les statuts de la société et le droit national ? Ce sera aussi un point extrêmement sensible pour les États membres. L'approche, à ce stade, est de dire que, en raison de cet objectif de flexibilité et de simplicité, l'essentiel des normes applicables aux sociétés devrait être contenu dans le règlement et, bien entendu, dans les statuts. Est-ce que cela signifie que le droit national n'aura aucun rôle ? Bien sûr que non. Un certain nombre d'éléments extrêmement sensibles ne seront pas tranchés dans ce règlement. Si je prends, par exemple, la question de la fiscalité, ce n'est pas dans cinq ans, dix ans ou quinze ans mais, peut-être, au mieux, dans 25 ans que nous aurons une solution.

Il y aurait donc une sorte de hiérarchie : tout ce qui est prévu par le règlement doit être traité par le règlement et les statuts de la future société. Le droit national a un rôle subsidiaire. Mais, il n'est pas du tout certain que les États membres acceptent cette approche.

Toujours parmi les modalités importantes, comment établir cette future SPE ? Je vais écouter avec attention les débats sur la SE. Je dois d'ailleurs vous dire qu'à un moment donné, on s'est posé la question de savoir si, au lieu d'avoir un nouvel outil législatif, une approche utile ne consisterait pas à modifier le règlement SE.

L'inconvénient du règlement de la société européenne est qu'il vient à peine d'entrer en vigueur. Si nous nous lançons dans un exercice de modification, nous risquons de mettre pas mal d'années avant de pouvoir le concrétiser, ce qui aurait nécessairement comme conséquence de ralentir l'établissement, la création de cette nouvelle forme de société. C'est pour cela que l'approche que nous avons choisie est plutôt celle d'un nouvel instrument législatif.

Faut-il permettre la création de SPE *ex nihilo*, sans qu'il y ait de sociétés préexistantes ? De nouveau, c'est une question politiquement sensible parce que certains vont nous opposer le fait que ce n'est pas possible pour la SE ; alors pourquoi le permettrions-nous pour la SPE ? Nous

avons tenu compte des arguments que j'ai entendus tout à l'heure à propos de la SE et avons privilégié l'approche consistant à permettre cette création *ex nihilo*.

Un autre élément extrêmement sensible, même si nous parlons de petites sociétés, concerne le capital. Faut-il un capital minimum ? Et si oui, à quel niveau ? Certains disent qu'il faut un capital social réel et d'autres considèrent que 10 000 euros pour créer une société, cela ne représente rien et que dès lors, un euro de capital est suffisant. Le débat est là : savoir quel sera le niveau du capital social exigé. De nouveau, les approches des États membres divergent sur cette question.

Concernant les modalités de fonctionnement de la SPE, notre approche va plutôt dans le sens de la flexibilité avec un certain nombre de principes dans le règlement mais une grande liberté laissée aux statuts, donc aux actionnaires pour s'organiser comme ils le veulent. Par exemple, nous ne voulons pas trancher entre approche moniste ou dualiste. Ces questions sont bien sûr trop techniques et trop compliquées.

La participation des travailleurs est un sujet qui devrait être *a priori* moins sensible pour la SPE que pour la SE. Pourquoi ? Parce que nous parlons, en principe, de petites sociétés – même si je vous ai dit qu'il n'y aurait pas de plafond – et la participation des travailleurs dans les petites sociétés n'existe pas dans la plupart des pays européens y compris en Allemagne où il existe un seuil. La plupart des SPE serait apparemment en-dessous de ce seuil. Il n'en reste pas moins que, politiquement, c'est une question extrêmement délicate. Je vous dirais que de nouveau, dans le souci de ne pas s'engager dans un marathon mais plutôt dans un 100 mètres, nous n'allons pas être très innovants. Nous n'allons pas essayer de créer un statut de participation des travailleurs au niveau européen ; le droit du siège social sera applicable.

Bien entendu, bien d'autres questions pratiques vont se poser.

Que se passera-t-il en cas de fusion ? Nous appliquerons sans doute les principes de la directive concernant les fusions transfrontalières.

Que se passera-t-il en cas de transfert de siège ? Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, nous pensons qu'il faut permettre le transfert de siège. Sans doute, allons-nous essayer d'élaborer des solutions inspirées de ce qui existe pour les fusions transfrontalières parce que, même s'il ne s'agit pas exactement de la même problématique, elles sont assez similaires et nous pensons qu'il serait utile de s'inspirer de ce qui existe déjà, afin d'éviter d'avoir à ouvrir un nouveau débat politique.

En guise de conclusion, je vous rappelle que tout ce que je viens de vous dire n'existe pas encore. Ce qui est sûr c'est que quelle que soit la proposition législative de la Commission, je ne peux pas préjuger de la position des États membres et du Parlement européen. Mais les consultations que j'ai pu avoir avec les milieux intéressés m'amènent à penser que quelques-uns des points que j'ai mentionnés seront sans doute très sensibles lors du débat politique.

Maintenant, si on y réfléchit bien, beaucoup de ces questions n'appellent pas nécessairement de longs débats. La réponse est souvent oui ou non. Il n'y a pas beaucoup d'alternative. S'il y a une volonté politique d'aboutir rapidement, je pense qu'on peut effectivement espérer avoir un texte dans les mois qui viennent ; c'est important pour les PME dont tous les chefs d'États nous ont dit qu'elles étaient une priorité pour l'économie européenne.

Bernard FIELD.– Merci Monsieur Delsaux. Vous avez relevé le caractère excessivement optimiste de mes positions tout à l'heure mais je trouve que vous y faites un écho tout à fait remarquable puisque dans vos derniers propos vous nous laissez bien percevoir que ceci devrait pouvoir se résoudre. Et puis, l'optimisme que j'ai manifesté n'est jamais que l'optimisme qui nous a soutenus depuis 10 ans. Sans lui, jamais nous ne serions parvenus à convaincre successivement le Parlement européen – qui a voté une résolution en février 2007 – puis le Commissaire Mc Creevy, lui-même, en octobre 2007.

Monsieur Helms va maintenant intervenir sur d'autres points du futur règlement SPE.

Dietmar HELMS
Rechtsanwalt, Baker & McKenzie (Francfort)

Mesdames et Messieurs,

Je me réjouis d'être parmi vous aujourd'hui et de vous présenter quelques observations sur un sujet qui me préoccupe depuis 15 ans – depuis que j'ai contribué aux travaux du groupe d'experts constitué par le CREDA en 1993.

Je voudrais dire quelques mots concernant le rôle de la SPE dans le paysage économique et juridique allemand (I), l'accès à la SPE (II) et le droit applicable (III).

I – La SPE dans le paysage économique et juridique allemand

Les PME allemandes et leurs représentants, les organisations patronales, ont depuis longtemps soutenu l'idée de créer un outil juridique sous forme d'une société européenne, adaptée aux besoins particuliers des PME qui abordent le marché européen.

Le même intérêt a été exprimé par les grandes entreprises qui organisent leurs structures de groupe par l'utilisation de filiales et sous-filiales dont la plupart ne font pas appel public à l'épargne. Pour ces entreprises, une telle forme faciliterait leur *corporate governance* en offrant une société à leur mesure, connue et uniforme pour toutes leurs implantations dans l'UE.

Si on demande à ces entreprises pourquoi elles n'optent pas pour des agents de commerce ou des succursales, elles répondent, en majorité, qu'elles préfèrent avoir une filiale sur place, très souvent organisée sous forme d'une SARL de droit local, c'est-à-dire une société qui leur

offre la personnalité juridique ainsi que la responsabilité limitée. Avoir des filiales facilite, en outre, le traitement fiscal et permet d'éviter une potentielle double taxation.

Dans les rapports avec des tiers – fournisseurs, clients et financiers –, la filiale jouit d'une meilleure réputation. Elle est regardée en tant que véritable citoyen dans le pays où elle exerce ses activités commerciales.

En revanche, le cadre juridique ne semble pas encore idéal au niveau européen car le régime des sociétés privées dans les 27 États membres reste, à ce jour, disparate et implique des consultations juridiques non négligeables.

Les deux formes supranationales – porteuses d'une véritable identité européenne – ne répondent pas suffisamment à ces besoins : le GEIE n'offre pas la responsabilité limitée et la SE n'est ni souple ni uniforme parce que son règlement renvoie aux droits nationaux des sociétés anonymes en tant que source de droit subsidiaire.

Reste l'option consistant à s'organiser sous des formes étrangères comme la *Limited* anglaise. Ce phénomène s'observe de plus en plus fréquemment alors que les sociétés concernées ne sont pas des sociétés tournées vers le marché européen, mais des sociétés qui ont pour seul objectif d'échapper aux coûts de formation d'une *GmbH*. On constate au contraire que les entreprises allemandes continuent de créer leurs filiales sous forme de société à responsabilité de droit local pour des raisons simples : le mélange entre les différentes règles applicables, le droit anglais d'un côté pour la *Limited* et les règles locales du siège de l'autre, crée trop d'incertitudes. D'autre part, si l'on pense aux entreprises des nouveaux États membres, il n'est pas sûr qu'une SARL polonaise soit respectée de la même manière par les milieux d'affaires des autres pays membres.

II – Le fait européen

Le législateur européen n'est autorisé à intervenir que si le Traité de l'UE prévoit une base légale lui donnant une compétence pour agir. En outre, le principe de subsidiarité s'impose. On peut alors se demander si l'article 208 (article 352 dans la nouvelle version du Traité) rend nécessaire un « fait européen » limitant l'accès à la SPE. Les règlements relatifs à la SE et au GEIE conditionnent la création de ces structures à la participation de deux associés émanant de deux États membres différents. Or, dans la pratique, ces limitations créent des obstacles, impliquent des coûts supplémentaires ainsi que des problèmes de surveillance par les autorités. En ce qui concerne la cible de la SPE, les PME, on doit prendre conscience du fait que ces entreprises commencent, en général, leur activité dans un seul État membre avant de franchir les frontières au sein du marché unique.

En outre, l'idée fondamentale du marché unique est que franchir une frontière à l'intérieur de ce marché ne doit pas créer des coûts supplémentaires. La SPE contribue donc à la

réalisation de ce marché unique parce qu'elle permet de réduire les coûts de création et d'opérations des filiales étrangères comme notre cabinet l'a récemment démontré dans une étude relative aux honoraires juridiques liés à la création des filiales transfrontalières.

La seule alternative serait l'harmonisation des droits des sociétés à responsabilité limitée dans tous les États membres, ce qui impliquerait une immixtion dans les droits nationaux et mettrait aussi fin à une concurrence souhaitable entre les différents régimes nationaux. Donc, l'introduction d'une SPE en tant qu'alternative aux formes de société à responsabilité limitée nationales est, du point de vue du marché unique, un moyen plus souple, plus conforme au principe de subsidiarité que l'harmonisation par voie de directive européenne.

III – Le droit applicable

Afin de faciliter l'usage de la SPE et de réduire les coûts des consultations juridiques, il faut que la SPE ne soit pas un navire avec, pour chaque État membre, un pavillon différent. Cela veut dire que le recours au droit national doit être limité aux sujets non traités par le règlement – droit du travail, droit de la faillite, droit fiscal et comptabilité. Or, pour toute question qui tombe dans le champ d'application du règlement ou les matières pour lesquelles le règlement requiert que les fondateurs d'une SPE insèrent une stipulation dans leurs statuts, le recours au droit national doit être exclu afin d'éviter un mélange non transparent des règles applicables. La question a été posée à plusieurs reprises de savoir si un tel système de réglementation peut fonctionner et si les entreprises ne risquent pas de se retrouver devant des incertitudes juridiques. Les réponses que j'ai reçues des clients avec lesquels j'ai discuté semblent indiquer que ces derniers sont prêts à essayer cette alternative. Les statuts-types qui vont être mis à leur disposition leur permettront de combler les lacunes du règlement.

Pour conclure, je me réjouis que les besoins exprimés par les entreprises européennes aient finalement été entendus et que cet important projet ait quelque espoir d'aboutir prochainement.

Je me réjouis également qu'en ce qui concerne l'accès à la SPE, le groupe d'experts semble suivre les recommandations faites par l'ancienne équipe constituée par le MEDEF et la CCIP : un accès « libéral », sans obligation d'un fait européen, ainsi qu'un statut complet et souple.

Federico PERNAZZA

Professeur à l'Université La Sapienza (Rome), Avocat au Barreau de Rome

Ce n'est pas un hasard si, alors que la proposition de règlement sur la SPE va bientôt être publiée, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris se fait le chantre des instruments de mobilité des entreprises en Europe. En effet la CCIP peut être considérée comme la mère de la SPE ; bien sûr, pas comme la « mère naturelle », puisque le long processus de gestation a été suivi par les institutions communautaires compétentes, mais plutôt comme la « mère

génétique ». La proposition de règlement (62) dispose, en effet, d'un ADN ou, plus explicitement, de caractéristiques juridiques qui figuraient déjà dans une étude du CREDA de 1973 intitulée « Pour une SARL européenne » (63) dont les grandes lignes ont été reprises en 1997, dans un nouvel ouvrage du CREDA : « Propositions pour une société fermée européenne » (64).

Ce sont ces caractéristiques génétiques, renforcées par les progrès de la législation et de la jurisprudence communautaire en droit des sociétés, qui permettent de prévoir raisonnablement que l'utilisation de la SPE sera plus large que celle des autres modèles d'organisation communautaires (GEIE, SE, SCE). Bien entendu, l'importance de l'introduction des modèles d'organisation communautaires ne doit pas être mesurée seulement sur la base du nombre d'immatriculations, parce qu'il faut également considérer les effets indirects sur les dispositions nationales, qui ont été quelquefois surprenants (V. par exemple, les conséquences sur le droit sociétaire allemand de l'introduction de la SE et de la jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement). Pour la SPE, néanmoins, si elle reste, dans sa configuration finale, fidèle au texte de la proposition, on peut penser que l'effet direct mesuré en termes d'immatriculations sera non négligeable.

Parmi les aspects les plus importants qui le laisse présager, on peut énumérer : la vaste sphère d'application ; les sources juridiques ; les prérogatives concernant l'établissement et la circulation ; l'étendue des modalités d'accès ; l'efficacité économique et administrative ; la flexibilité d'organisation. Seules quelques unes de ces caractéristiques seront abordées ici.

Sa large sphère d'application est peut-être sa caractéristique la plus importante, notamment dans la perspective d'une comparaison entre ce nouveau modèle communautaire et certains modèles nationaux, avec lesquels il entrera fatalement en compétition.

La SPE s'adresse, de fait, à toutes les organisations européennes d'entreprise qui ont l'intention de s'organiser en société dotée de la limitation de responsabilité et d'un capital réparti en actions, sans faire appel public à l'épargne. D'ailleurs, cette dernière perspective n'est pas exclue, puisque la SPE peut être transformée en SE ou en un modèle national qui autorise l'accès aux marchés financiers.

De plus, bien que la SPE ait été conçue comme un modèle dédié aux petites et moyennes entreprises, en réalité, son champ d'application s'étend aussi aux grandes entreprises fermées et aux sociétés faisant partie d'un groupe comprenant également des sociétés cotées, à condition que les titres circulant sur les marchés financiers ne soient pas émis par la SPE.

(62) La proposition de règlement a été adoptée par la Commission dans le cadre de l'ensemble de mesures en faveur des PME, dénommé "Small Business Act for Europe – (SBA)" présenté par le Président Barroso le 25 juin 2008. Ses lignes directrices ont toutefois été dévoilées avec un peu d'avance et sont la base de la présente intervention. Pour de plus amples informations : http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba_fr.htm.

(63) *Pour une SARL européenne*, sous la dir. de J. Boucourechliev, CREDA, PUF, 1973.

(64) *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la dir. de J. Boucourechliev, CREDA, OPOCE, 1997.

On ne peut pas cacher que les systèmes nationaux proposent de nombreux modèles de sociétés qui ont comme « cible » le même type d'organisation d'entreprise. Depuis longtemps, selon diverses approches, la législation des sociétés anonymes a été rendue plus flexible pour répondre aux exigences des petites et moyennes entreprises qui ne font pas appel public à l'épargne : la SAS française, la *kleine AG* allemande, la réforme de 2003 de la *S.p.A* italienne et, dernièrement, la *Private Limited Company*, avec le *Companies Act* anglais de 2006, en sont les principaux exemples. Dans certains pays, d'autres modèles sociétaires, compte tenu de leur diffusion, peuvent rivaliser avec la SPE : il s'agit de types de sociétés fermées, dotées de la responsabilité limitée, mais qui n'émettent pas d'actions (en particulier, la *GmbH* allemande et la *S.r.l.* italienne, qui ont fait l'objet de récentes modifications législatives, précisément dans le but de les rendre plus efficaces et flexibles). Les particularités de la SPE doivent donc être évaluées parallèlement à celles des modèles nationaux avec lesquels elle rivalise.

a) Le premier aspect de comparaison est constitué par **les sources juridiques applicables** respectivement à la SPE et aux types de sociétés nationales.

La proposition de règlement de la SPE distingue clairement, à l'article 4, les matières dans lesquelles trouvent application le Règlement et l'acte constitutif (énumérées à l'annexe I) et les autres matières régies par les normes nationales du pays où est enregistrée la société. Le système peut apparaître plus complexe que celui qui s'applique aux sociétés « purement » nationales. En réalité, la jurisprudence de la Cour de justice montre la nécessité, pour les sociétés nationales, de prendre en considération les sources communautaires, outre les dispositions nationales d'application des directives. Le concours de sources est donc désormais un élément commun à tous les types de sociétés, nationales et communautaires, et ne peut pas être considéré comme une problématique propre à ces dernières. Par ailleurs, la répartition des matières prévues par la SPE apparaît plus simple que la solution adoptée par la SE qui, en faisant référence à l'acte constitutif pour les matières énumérées dans l'annexe I, crée un risque de lacunes que seule une pratique consolidée de l'organisation en charge du contrôle lors de la constitution pourra limiter. Il reste cependant à vérifier si le contrôle lors de l'enregistrement prévu à l'article 10 concerne également l'intégralité de l'acte constitutif, à savoir l'existence de tous les éléments prévus à l'annexe I, rappelés à l'article 8.

b) Le second aspect concerne **la liberté d'établissement primaire et secondaire**. Suite à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'arrêt *Centros*, il s'est créé une situation contradictoire : la société communautaire par excellence, la SE, subit des limitations à la liberté d'établissement supérieures à celles des sociétés nationales, en vertu de l'obligation d'avoir le siège enregistré dans le pays où se trouve son administration centrale. Ce paradoxe est résolu avec la SPE, qui, selon l'article 7 de la proposition de règlement, doit avoir son siège statutaire et son administration centrale dans l'Union européenne, mais il n'est pas nécessaire que l'administration centrale, ou le siège principal d'activité, soit dans le pays d'immatriculation.

c) Une observation analogue peut être faite quant à la **constitution**. Tout d'abord, la SPE n'est pas assujettie à la condition de transnationalité qui caractérise le GEIE, la SE et la SCE : elle est donc utilisable comme n'importe quelle société nationale. De plus, toutes les formes de constitution propres aux sociétés nationales, même unilatérales, sont admissibles.

d) Jusqu'ici la SPE présente donc des **caractéristiques** comparables, pour l'essentiel, à celles des sociétés avec lesquelles elle pourra rivaliser. D'ailleurs, quelques autres aspects de réglementation pourraient rendre la SPE plus attractive que certaines sociétés nationales utilisées par le même type d'entreprise.

Quelques exemples :

– La proposition de règlement entend simplifier la procédure de constitution et de modification de l'acte constitutif. Les États membres sont donc tenus de mettre en œuvre le règlement en effectuant un contrôle administratif et judiciaire de la légalité des documents et des éléments essentiels de l'acte ou bien en prévoyant leur certification. En Italie, pour la constitution des sociétés de capitaux, il est prévu soit un acte notarié, soit un contrôle formel du registre. La SPE pourrait donc bénéficier d'un régime de constitution préférentiel et moins coûteux.

– La seconde directive sur les sociétés ne s'applique pas à la SPE ; par conséquent, le capital, soit au moment de la constitution, soit au cours de la vie de la société, peut être inférieur à 25 000 €. Le règlement a donc pu effectuer un choix radical : le capital minimum est fixé à 1 €. Cela met en évidence une différence significative par rapport à de nombreuses sociétés de capitaux nationales, surtout parmi les sociétés dont le capital est constitué par des actions. Par exemple, la *S.p.A.* italienne, même si elle ne recourt pas au marché financier, doit posséder un capital minimum de 120 000 €, la SAS française, comme la SA qui ne fait pas appel public à l'épargne, 37 000 € (Voir l'article 2327 du Code civil italien pour la *S.p.A.* et les articles 224-2 et 227-1 du Code de commerce pour la SA et la SAS. La loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé, en France, l'obligation d'un capital minimum pour la SAS). De plus dans la SPE, à la différence des sociétés nationales, le capital doit être intégralement souscrit, mais aucun pourcentage minimum à verser au moment de la souscription n'est fixé.

– La protection des créanciers, vu la réduction radicale du capital minimum, est assurée par un double système. D'un côté, les règles générales sur le rapport entre capital et patrimoine sont applicables, mais avec une efficacité évidemment réduite si le capital est minime. D'un autre côté, la distribution des dividendes est subordonnée à un test de solvabilité et les statuts peuvent exiger que les dirigeants attestent par écrit que la société a la capacité de satisfaire à celles de ses obligations qui arriveront à expiration au cours de l'année suivant la distribution. Il s'agit d'un régime intermédiaire entre celui basé exclusivement sur le capital et celui caractérisé par le test de solvabilité ; un régime qui offre en pratique plus de garantie pour le créancier mais, peut-être, moins de souplesse pour la société.

– La proposition de règlement contient très peu de normes concernant les dirigeants, en laissant donc à l'acte constitutif le soin d'opter pour la présence d'un ou plusieurs administrateurs, pour un système moniste ou un système dualiste. Sous cet aspect, on perçoit un parallélisme avec la grande liberté d'organisation prévu par des modèles nationaux, notamment la *S.p.A* italienne non cotée, après la réforme de 2003. Dans le règlement sur la SPE, les possibilités sont encore plus larges : il ne s'agit pas d'un choix entre plusieurs modèles prédéterminés, mais plutôt d'une vraie délégation à l'acte constitutif, avec très peu de limites de caractère impératif.

Un dernier aspect : la participation des travailleurs. Il est bien connu que la recherche d'un accord sur une modalité de participation des travailleurs dans les organes sociaux a paralysé pendant de nombreuses années le règlement sur la SE. Il ne semble pas que cela doit être le destin de la SPE, pour diverses raisons.

En premier lieu, la SPE a été conçue pour des petites et des moyennes entreprises, qui ont en principe un nombre réduit de salariés. Seulement dans peu de systèmes nationaux le principe légal de la participation des travailleurs est étendu à ce type d'entreprises (Danemark, Suède, République Tchèque, Slovaquie). L'Italie est, par contre, un des pays où la participation des travailleurs dans les organes sociaux n'est ni prévu par la loi, ni courant.

En deuxième lieu, grâce à la longue gestation du règlement sur la SE et à la directive sur les fusions transfrontalières, le chemin est désormais tracé. Le principe de la tutelle des formes de participation des travailleurs pratiquées dans les sociétés qui participent à la constitution d'une SPE (comme d'une SE), permet de respecter les traditions nationales, sans imposer leur application, si elle n'est pas nécessaire. Cette solution, très souple, semble particulièrement adaptée à la SPE.

Enfin, il est évidemment encore trop tôt pour évaluer quelle sera l'utilisation pratique de la SPE et, en général, son effet direct ou indirect sur l'évolution du droit des sociétés en Europe. Mais on peut déjà affirmer que, si le contenu du projet de règlement n'est pas radicalement modifié, la SPE aura toutes les caractéristiques nécessaires pour rivaliser avec les sociétés de capitaux nationales et constituer un nouvel atout pour les entreprises européennes.

Réflexions conclusives

Guy HORSMANS

Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Avocat au barreau de Bruxelles

Mesdames, Messieurs, Chers Collègues, Chers Confrères, Chers Amis,

Que dire après quatre heures d'interventions denses et d'exposés remarquables, sinon se réjouir, avec vous et avec les différents rapporteurs, de l'avancée de la mobilité des entreprises en Europe à la faveur de la directive sur les fusions transfrontalières et de l'espoir de la consécration prochaine du projet que portent, de longue date, Madame Boucourechliev, le Creda, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et le Medef !

Cette joie se teinte néanmoins d'un regret et d'une interrogation.

Faut-il vraiment tellement de temps pour emporter la conviction du plus grand nombre que l'Europe est un des plus beaux défis de notre temps et qu'il ne faut pas trop différer la joie et le bonheur d'en goûter tous les bienfaits en ne privilégiant pas suffisamment l'esprit de risque, de créativité et d'imagination auquel nous convie l'aventure européenne ?

Une Europe de liberté et de solidarité, riche de sa diversité et de sa volonté commune de défendre et de promouvoir les mêmes valeurs.

Une Europe qui ouvre l'horizon de la région qui est la mienne et que j'aime.

Une Europe d'accueil où ma fierté locale, régionale et nationale se met au service de ceux qui viennent dialoguer avec moi et construire des œuvres communes.

Une Europe où la liberté de l'économie ne prend son sens et sa valeur que dans la solidarité qui en est la finalité.

Une Europe des jeunes qui bougent, qui cherchent, qui créent et qui veulent construire un monde nouveau et une culture d'échanges et d'admiration commune.

Une Europe des juristes comme le sont les rapporteurs et les participants à cette réunion passionnante et avec lesquels je voudrais, en guise de réflexions conclusives, conférer, en toute cordialité, trois constatations et des questions qu'elles suscitent.

Sommes-nous conscients de ce que l'opinion publique considère généralement les juristes comme ceux qui compliquent et qui se complaisent même dans la complexité ? Celle-ci est-elle vraiment inévitable comme d'aucuns l'affirment face à la multiplicité et à l'enchevêtrement des données, des besoins, des possibilités et des droits ? Ou ne sommes-nous plus capables de trouver et de formuler cette simplicité qui, en son temps, a caractérisé le génie juridique de la France et qui a fait son succès d'antan ?

Le représentant de la Commission nous y convie en soulignant, avec bonheur, que la simplicité doit dominer le débat européen et les démarches qu'il implique. Il incombe au monde juridique d'y faire écho, d'y consacrer ses enseignements, ses recherches et ses pratiques et de convaincre le plus grand nombre possible de citoyens européens que l'Europe n'est ni source ni cause de problèmes, de difficultés et d'entraves mais éveil et ouverture de nouveaux

horizons, d'innovations créatrices et de possibilités nouvelles. Un tel message implique un langage simple et clair et une formulation juridique qui suscite, par sa simplicité même, la compréhension immédiate, l'adhésion naturelle et même la force de l'enthousiasme. La réussite et les heureux prolongements de ce colloque se situent dans cette perspective de renouveau empreint de légèreté et d'heureuse distinction, claire et permanente, entre l'essentiel des finalités recherchées et la diversité des voies, laissées à la liberté des parties, qui en assurent le respect et la promotion.

L'importance et la beauté de la mission juridique n'est pas de bâtir un ésotérisme d'autorité et de suffisance sous le couvert d'une législation qui a plus ou moins cette prétention mais d'apporter notre aide à tous ceux qui veulent entreprendre et qui veulent contribuer à la création de richesses à la faveur de rapprochements et d'alliances en prenant sans cesse mieux conscience de l'intérêt primordial de la mobilité des sociétés dans la merveilleuse complémentarité européenne qui est désormais la nôtre.

La simplicité de l'aide juridique et de son langage doit s'accompagner de la modestie de l'auteur de la règle et de ceux qui sont chargés de veiller à son respect. Monsieur le doyen Carbonnier n'a cessé de nous y inviter dans ses écrits qui appelaient le monde juridique à la conscience de ses limites, à une réserve de ses avis, à l'écoute des autres et à la collaboration au bien-être de chacun et au bien-être collectif.

Dans cet esprit, Madame Lenoir a très justement relevé que chaque fois que le législateur et les juristes interviennent, ils doivent veiller à connaître les faits et être en contact étroit et suivi avec les situations factuelles. De remarquables propos et divers exemples nous l'ont rappelé au cours de nos travaux. Il faut y ajouter, avec un sourire lucide, que les colloques, y compris celui nous réunit, sont trop exclusivement consacrés à des législations et à des réglementations nouvelles et à des projets ou à des propositions de lois ou de règlements comme si le donné juridique n'existait que lorsqu'il était proclamé par une autorité. Cette démarche oublie que chacun de nous est son premier législateur et que ce que nous convenons avec d'autres a force de loi.

Il faut donc rappeler, à l'occasion de ce colloque comme dans le cadre d'autres manifestations juridiques, que nous ne sommes pas sur terre pour obéir à des lois mais pour vivre et pour nous épanouir. La loi n'a d'autre finalité que celle de nous y aider. Elle ne peut avoir la prétention de nous faire taire et de subir son diktat. Sa finalité est de nous accompagner et de faciliter nos démarches et nos actions dans la liberté de nos expressions lorsque celles-ci ne portent pas atteinte à la liberté d'autrui.

Mes amis savent bien que, depuis plus de cinquante ans, mon message à l'adresse du monde juridique est et demeure : la connaissance du droit, aussi profonde et aiguisée soit-elle, ne suffit pas. Les juristes doivent aussi et surtout connaître les faits.

Le monde juridique latin a, ou avait, le génie de la simplicité de la formulation juridique. Le monde de la *common law* a toujours eu celui d'une attention extrême aux faits de la cause. La mondialisation de l'économie et partant, la mobilité des sociétés qu'elle provoque et implique, doit nous inciter à ne plus nous arrêter, au-delà de leur portée scolastique, à de telles oppositions plus historiques qu'actuelles. Il faut regretter que la Banque mondiale et *Doing Business* prétendent encore procéder, sur de telles bases, à des comparaisons contestables au lieu de se consacrer, à la lumière des réalités et des données juridiques sous lesquelles vivent les démocraties et l'économie de marché qui est leur credo économique, aux études attentives et aux recherches créatives et innovantes des principes, des conditions et des modes qui peuvent assurer et réaliser, de la manière la plus juste et la plus efficiente, l'union, qui s'impose, du droit et du fait.

Cet appel s'adresse aussi et surtout aux Facultés de droit et aux divers milieux professionnels juridiques. Apprendre le fait autant que le droit. Apprendre à comprendre le fait. Apprendre à l'interpréter. Apprendre à l'unir, dans les meilleures conditions, au donné juridique et apprendre à contribuer pleinement, dans cette perspective et sous ce couvert, à l'élaboration et à la modification des normes pour assurer et promouvoir l'union harmonieuse du fait et du droit.

Le thème de la mobilité des entreprises en Europe offre un merveilleux exemple de cette démarche d'union et d'harmonie. Elle est d'autant plus passionnante qu'elle est au cœur même de l'aventure européenne.

Il est étrange et regrettable que les préoccupations et les finalités économiques du Marché Commun n'aient pas bénéficié, en 1958, de la parfaite alliance conclue, un siècle plus tôt, entre le droit des sociétés, dont la modernité avait été définie et précisée par les juristes anglais et la nouvelle économie industrielle et commerciale apparue au milieu du XIX^e siècle. Les grandes lois anglaises sur les sociétés commerciales et toutes celles qui ont suivi sur le continent ont, en effet, remarquablement servi le capitalisme naissant et ont fait corps avec lui au point d'en être le meilleur témoignage et le meilleur artisan.

En 1958, le nationalisme du droit des sociétés l'a emporté sur leur finalité économique de présence d'activités et de conquête de ce nouveau marché commun dont les limites se confondaient avec les frontières des six États fondateurs et qui allaient être sans cesse étendues davantage au rythme de l'élargissement de la Communauté européenne.

Le Traité européen a souhaité et prescrit l'harmonisation juridique des droits nationaux consacrés à la matière sociétaire. Il n'a pas pu ou pas voulu, à ce moment, situer la priorité sur les activités des sociétés plutôt que sur leur structure et partant, sur l'éventail des possibilités dont elles peuvent avoir besoin dans la conquête du grand marché qui est désormais le leur.

Le Traité a heureusement insisté sur les grandes libertés dont jouissent, sous son égide, les citoyens européens. Les bénéficiaires en sont, naturellement et nécessairement, les personnes physiques. Les principes et les droits sont les mêmes pour les personnes morales mais leur application et leur bénéfice posent des problèmes délicats et de nombreuses difficultés eu égard au nationalisme juridique qui gouverne la création et la reconnaissance des sociétés, à l'apport que les sociétés assurent à l'économie nationale, à ses besoins et à ses ressources et au manque de volonté politique ou d'imagination et d'audace qui aurait permis à toute société d'un des pays de la Communauté européenne de se mouvoir et de modifier sa structure de la manière la plus simple et la plus rapide au rythme de l'appréciation souveraine de ses besoins et de ses possibilités afin de mieux assurer sa finalité de création de richesses au profit de la Communauté européenne toute entière.

Foin des plaintes du passé puisque la mobilité des sociétés prend forme à la faveur des possibilités qui augmentent tant au niveau des normes qu'à celui de la jurisprudence communautaire. Il faut y joindre l'influence des idées et des projets dont celui de la société privée européenne qui attend sa consécration prochaine et la richesse de l'esprit européen dont les manifestations se multiplient.

L'esprit européen emporte l'élargissement de l'horizon, la recherche de valeurs communes, le dialogue des cultures et une merveilleuse palette de possibilités. L'esprit européen est et doit être porteur de libertés accrues et non de contraintes renforcées. Il respecte les uns et les autres, les sédentaires et les aventuriers, les conformistes et les novateurs.

Les mondes de la culture, du sport et du tourisme l'ont compris et agissent de plus en plus en respectant et en valorisant les valeurs et les coutumes locales, sous le couvert de la dimension européenne. Le monde éducatif et les milieux professionnels paraissent, par comparaison, un peu à la traîne dans le maintien de leurs structures traditionnelles qui s'adaptent cependant petit à petit notamment par la fréquence de rencontres européennes, le développement des échanges et la multiplication de programmes communs, dont le réseau éducatif Erasmus est un merveilleux exemple que les étudiants apprécient au plus haut point.

Le droit des sociétés des pays de la Communauté européenne doit s'imprégner de cet esprit et offrir les voies les plus simples et les plus commodes à l'heureuse réalisation des exigences et des possibilités nouvelles.

Certains sont heureux de la situation actuelle. Il ne faut pas les bousculer. D'autres voudraient déménager leur société et poursuivre ses activités sous d'autres cieux européens en gardant ses caractéristiques d'origine dont ils croient que celles-ci contribueront à sa réussite dans le nouvel environnement qu'ils ont choisi. Il faut le leur permettre et leur prodiguer l'accueil et l'aide nécessaires à cette fin. Il y a ceux qui sont amoureux de l'Europe et qui veulent agir et se développer sous sa bannière. Il faut tailler, sur cette mesure nouvelle et à l'instar de la société européenne et de la société privée européenne, le tissu sociétair qui répondra à leur

souhait. Il y a ceux qui aiment les mariages, les fusions, les restructurations transfrontalières. Il s'impose de leur permettre d'y veiller, comme la directive y pourvoit, aussi aisément que si ces opérations se déroulaient sous l'égide d'un seul droit.

Au terme de ce colloque, mon vœu, qui rejoint sans doute le vôtre dans le merveilleux cadre de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, est que l'esprit sociétair soit, grâce à l'Europe, un esprit de liberté qui emporte de faire confiance à tous les promoteurs et à tous les acteurs des aventures sociétares tant qu'ils respectent et poursuivent les finalités solidaires qui, seules, donnent sens et valeur à leurs démarches et à leurs actions.

Les autorités communautaires et les autorités nationales doivent en être conscientes et veiller à accueillir, dans les meilleures conditions de liberté et de solidarité, les entités sociétares qui entendent relever les défis économiques auxquels nous sommes confrontés. Le nombre des sociétés européennes et celui des sociétés qui s'incorporent ou qui se créent dans tel ou tel pays sont des signes de l'importance de la mobilité qui a fait l'objet de notre réunion que j'ai l'honneur et le plaisir de conclure. Il faut analyser ces données et les suivre dans la recherche permanente, au sein des Facultés de droit et des milieux professionnels, de la meilleure union possible du fait et du droit et du nouvel esprit sociétair que nous appelons de nos vœux.

Un esprit de *ius commune* sur les principes et notamment celui que la société et la personnalité morale qui lui est conférée servent à l'action économique et doivent en respecter les finalités qui en ont justifié le bénéfice. Un esprit de diversité à la mesure des traditions locales et nationales et de toutes les idées créatives et innovantes des acteurs sociétares.

Un esprit de mobilité et de changement qui est et qui doit être au cœur de l'aventure sociétair dont la richesse du passé est à la mesure de sa vision de l'avenir.

La Societas europaea en 2009

Quelques données statistiques

Claudine ALEXANDRE-CASELLI
Responsable de la cellule statistique du CREDA

On peut regretter que le règlement du Conseil du 8 octobre 2001 sur la Société européenne n'ait pas institué de registre commun à l'ensemble de l'Union européenne, qui aurait permis de collecter en un lieu unique les données relatives à la SE. À tout le moins, il aurait sans doute suffi de demander aux États de faire remonter, pour cette forme juridique, des informations vers un lieu unique et selon un mode harmonisé pour que l'on puisse disposer d'un ensemble de données de nature juridique ou économique.

En l'absence d'une telle source, il est néanmoins possible d'établir un état des lieux, à partir d'une compilation d'informations réalisée pour chaque SE créée dans l'Union européenne ou en passe de l'être. Les données, régulièrement mises à jour, sont publiées sur le site de Worker-participation (www.worker-participation.eu/european_company), structure créée à l'initiative de *The European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety* (ETUI-REHS) en liaison avec *Hans Böckler Foundation*. Début 2007 et début 2008, les données étaient publiées sous la forme d'un document téléchargeable sur le site de SEEurope. Cette publication a été abandonnée ; en lieu et place, un site, alimenté au jour le jour, a été créé courant 2008. Sont ainsi collationnées toutes les informations disponibles sur les SE créées ou à venir, sur les entreprises ayant manifesté un intérêt pour cette forme juridique ainsi que sur les SE ayant disparu à la suite d'un changement de contrôle de la société ou d'une « faillite ».

À ce jour, combien existe-t-il de SE ? On doit constater que cette forme juridique reste encore très marginale dans le paysage européen : début 2007, 74 SE étaient recensées (dont 13 étaient des « structures d'attente », c'est-à-dire des coquilles vides), début 2008, 122 (dont 22 « structures d'attente ») et début 2009, 352 (dont 79 « structures d'attente »).

À la lumière de ces chiffres, trois constats peuvent être faits :

– Tout d'abord, le nombre des SE a été multiplié par près de 3, au cours de l'année 2008, ce qui correspond à une vingtaine d'immatriculations par mois. Si cette évolution se trouvait confirmée pour 2009, 500 SE environ pourraient être recensées début 2010.

– Ensuite, le nombre des structures d'attente a augmenté plus vite encore, puisqu'il est, début 2009, près de quatre fois supérieur à ce qu'il était début 2008. Pour cette catégorie particulière de SE, un fait nouveau doit d'ores et déjà être relevé : la plupart de ces coquilles vides immatriculées en 2008, l'ont été en République Tchèque (56 des 79 structures d'attente répertoriées).

– Enfin, certaines de ces coquilles vides, qui sont d'ailleurs le fait d'un nombre réduit d'opérateurs – une quinzaine, parmi lesquels des SE –, sont devenues « actives » en raison d'un changement de contrôle de la société : 65 SE sont dans cette situation début 2009, soit près d'une SE « active » sur 4.

Pour tenter de décrire le profil des SE recensées, quelques données ont été retenues comme l'ancienneté de leur création, leur pays d'immatriculation et les transferts de siège dont elles peuvent faire l'objet, le type de structure choisie (moniste ou dualiste), leur mode de création, le nombre de salariés qu'elles emploient ainsi que leur secteur d'activité.

Pour la pertinence de l'analyse, le parti a été pris d'en exclure les SE répertoriées comme des structures d'attente car les données les concernant sont, en raison même de leur situation, particulièrement rares.

1. L'ANCIENNETÉ

Le statut de la société européenne pouvait en principe être utilisé dès le 8 octobre 2004. Mais à cette date, seuls 6 États avaient adopté les réglementations nationales nécessaires pour permettre la constitution de SE sur leur territoire.

Les SE sont donc de création récente. Début 2009, elles n'ont en moyenne que 14 mois alors que, début 2008, leur âge moyen était de 19 mois. Les SE semblent donc avoir « rajeunies » de quelques mois ; mais, il ne s'agit là que d'une apparence qui ne s'explique que par la forte progression des SE nouvellement créées, c'est-à-dire celles de moins de un an (près de 2 SE sur 5 début 2009). À l'opposé, les SE de deux ans et plus ont vu, fort logiquement, leur nombre augmenter, même si leur part dans l'ensemble de la population diminue.

En définitive, les SE ont connu en 2009 une forte natalité et une mortalité infantile réduite.

Tableau 1
ANCIENNETÉ DES SE (en mois)

Ancienneté (en mois)	2007		2008		2009	
	Nombre *	%	Nombre *	%	Nombre *	%
Moins de 6	11	18	8	8	56	20,5
6 à moins de 12	14	23	28	28	52	19,1
12 à moins de 18	15	24	17	17	49	18,0
18 à moins de 24	9	15	16	16	31	11,4
24 et plus	-	-	31	31	57	20,9
Indéterminée	12	20	-	-	28	10,3
Total	61	100	100	100	273	100,0
Ancienneté moyenne (en mois)	ns **		19		14	

* Hors structures d'attente.

** Non significatif.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.

2. PAYS D'IMMATRICULATION ET TRANSFERTS DE SIÈGE

Jusqu'au début de l'année 2008, les SE étaient majoritairement immatriculées en Allemagne (environ une SE sur 3), les quatre pays suivants – les Pays-Bas, la Belgique, l'Autriche et la France – venant loin derrière (au total, une SE sur 3). Début 2009, la situation se trouve modifiée en raison du nombre des SE enregistrées en République Tchèque : 60 entreprises, soit près d'une SE sur 4, sont dans ce cas alors que l'on n'en répertoriait que 4 début 2008.

Si l'on inclut les structures d'attente dans le décompte, on recense 120 SE immatriculées en République Tchèque et 109 en Allemagne ; au regard de ces chiffres, la République Tchèque serait donc, début 2009, le premier pays « producteur » de SE, toutes catégories confondues !

Tableau 2
PAYS D'IMMATRICULATION DE LA SE

Pays d'immatriculation	2007		2008		2009	
	Nombre *	%	Nombre *	%	Nombre *	%
Allemagne	18	29	36	36	90	28,2
République Tchèque	0	-	4	4	64	23,4
Pays-Bas	9	15	10	10	32	11,7
Luxembourg	1	2	3		14	5,1
Autriche	5	8	8	8	11	4,0
France	4	7	7	7	9	3,3
Belgique	7	11	8	8	9	3,3
Norvège	2	3	4	4	8	2,9
Grande-Bretagne	3	5	3	3	6	2,2
Autres Pays **	12	20	17	17	30	15,8
Total	61	100	100	100	273	100,0

* Hors structures d'attente.

** Début 2007, 3 SE étaient immatriculées en Estonie, 2 en Suède, 2 en Hongrie, 1 à Chypre, 1 en Finlande, 1 en Lituanie, 1 au Liechtenstein, et 1 en Slovaquie. Début 2008, 3 SE étaient immatriculées en Estonie, 3 en Lituanie, 3 en Suède, 2 au Liechtenstein, 2 en Hongrie, 2 en Slovaquie, 1 à Chypre et 1 en Finlande. Début 2009, 5 SE étaient immatriculées à Chypre, 5 en Slovaquie, 5 en Suède, 3 au Danemark, 3 en Estonie, 3 au Liechtenstein, 3 en Lituanie, 2 en Hongrie et 1 en Finlande.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.

Une fois immatriculée, la SE peut décider, à tout moment, de transférer son siège dans un pays autre que celui d'origine. C'est ainsi que, début 2009, 20 transferts de siège ont pu être enregistrés (soit 1 SE sur 13). Ceux-ci interviennent rapidement après l'immatriculation : 11 mois en moyenne, le délai le plus court étant de 2 mois et le plus long de 30 mois.

Vers quels pays s'opèrent ces transferts ? En raison du nombre restreint de transfert, il n'est guère possible d'apporter de réponse certaine. Tout au plus, peut-on remarquer que 10 pays ont été la cible de ces transferts et que la Grande-Bretagne est choisie par 7 des SE ayant transféré leur siège.

On peut supposer qu'à défaut d'une directive sur le transfert de siège, certaines sociétés ont privilégié la voie de la SE pour contourner l'obstacle lié à l'absence de réglementation, et choisir ainsi le droit national qui leur sera applicable.

3. LE TYPE DE STRUCTURE

Jusqu'au début 2008, c'est la forme moniste qui semblait être privilégiée par les sociétés européennes, même si les SE créées l'étaient principalement en Allemagne, terre d'élection, par excellence, de la forme dualiste. Mais, début 2009, en raison de la poussée des SE créées en République Tchèque – celles-ci optant de manière quasi-systématique pour la forme dualiste –, c'est cette dernière qui prédomine (plus de 2 SE sur 5)

Mais il n'est pas toujours possible de déterminer le mode d'organisation de la SE. Ainsi, début 2009, on ne sait pas, de la forme moniste ou de la forme dualiste, celle qui a été retenue

pour 3 SE sur 10. Tout au plus sait-on que ces sociétés sont le plus souvent des entreprises du secteur financier (10 SE en février 2007, 17 SE en janvier 2008 et 21 SE en janvier 2009) et qu'elles sont immatriculées soit en Allemagne (1 SE sur 4 immatriculée dans ce pays est dans cette situation), soit aux Pays Bas (en janvier 2009, 21 des 32 SE immatriculées dans ce pays sont dans cette situation) ; ce qui donne à penser que la forme dualiste est, selon toute vraisemblance, la plus souvent choisie.

Tableau 3
TYPE DE STRUCTURE RETENU POUR LA SE

Type de structure	2007		2008		2009	
	Nombre *	%	Nombre *	%	Nombre *	%
Moniste	24	39	33	33	76	27,8
Dualiste	11	18	24	24	115	42,1
Indéterminé	26	43	43	43	82	30,1
Total	61	100	100	100	273	100,0

* Hors structures d'attente.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.

4. LE MODE DE CRÉATION

L'information relative au mode de création est disponible pour un peu moins de la moitié des SE. Pour ces sociétés, la transformation d'une société existante et la fusion constituent les deux modes de création privilégiés.

Les SE pour lesquelles le mode de création n'est pas connu, sont allemandes (la moitié des SE immatriculées en Allemagne), néerlandaises (20 des 32 SE immatriculées aux Pays-Bas) ou tchèques (la quasi-totalité des SE immatriculées en République Tchèque). Néanmoins, comme on compte parmi ces entreprises un grand nombre de coquilles vides (au total, 65), on peut supposer qu'elles ont fait l'objet d'une création *ex nihilo*.

Tableau 4
MODE DE CRÉATION DE LA SE

Mode de création	2007		2008		2009	
	Nombre *	%	Nombre *	%	Nombre *	%
Fusion	17	28	27	27	46	16,9
Transformation	15	25	31	31	60	22,0
Création d'une filiale	4	6	4	4	7	2,6
Création d'une holding	2	3	2	2	5	1,8
Indéterminé	23	38	36	36	155	56,8
Total	61	100	100	100	273	100,0

* Hors structures d'attente.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.

5. LE NOMBRE DE SALARIÉS

Selon la source utilisée pour la présente analyse, une proportion non négligeable de SE (1 sur 4 environ) n'emploient aucun salarié. Parmi les SE qui emploieraient des salariés (21 SE en février 2007, 36 SE en janvier 2008 et 100 SE en janvier 2009), la moitié en comptent moins de 500 et l'autre moitié 500 ou plus.

Tableau 5
NOMBRE DE SALARIÉS EMPLOYÉS

Nombre de salariés	2007		2008		2009	
	Nombre *	%	Nombre *	%	Nombre *	%
Aucun	17	28	26	26	67	24,5
Moins de 500	10	16	16	16	48	17,6
500 et plus	11	18	20	20	52	19,1
Indéterminé	23	38	38	38	106	38,8
Total	61	100	100	100	273	100,0

* Hors structures d'attente.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.

Les salariés employés par les SE peuvent être répartis dans plusieurs pays de l'Union européenne. Il a ainsi été possible de déterminer pour 23 SE en février 2007, 33 SE en janvier 2008 et 87 SE en janvier 2009, le nombre de pays dans lesquels ces sociétés ont des salariés, afin d'essayer de mesurer leur emprise géographique. On notera que la majorité d'entre-elles emploient des salariés dans moins de 6 pays de l'UE.

Tableau 6
NOMBRE DE PAYS DE L'UE DANS LESQUELS LA SE EMPLOIE DES SALARIÉS (en nombre)

<i>Nombre de pays de l'UE dans lesquels la SE emploie des salariés</i>	2007 *	2008 *	2009 *
Moins de 3	7	8	26
3 à 5	8	12	32
6 à 10	4	7	17
11 et plus	4	6	12
Indéterminé	0	3	13
Total **	23	36	100

* Hors structures d'attente.

** Nombre de SE employant des salariés.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.

6. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

Les SE créées pour lesquelles le secteur d'activité a pu être précisé exercent principalement leurs activités dans le domaine financier (1 SE sur 3), banque et assurance notamment. L'industrie (9 SE en 2007, 23 SE en 2008 et 47 SE en 2009) constitue le deuxième secteur le plus « fréquenté ». Il est vrai que ces secteurs sont sans doute les plus ouverts au marché européen et à l'international.

Tableau 7
SECTEUR D'ACTIVITÉ DE LA SE

<i>Secteur d'activité</i>	2007		2008		2009	
	<i>Nombre *</i>	<i>%</i>	<i>Nombre *</i>	<i>%</i>	<i>Nombre *</i>	<i>%</i>
Services financiers	22	36	35	35	60	22,0
Industrie	9	15	23	23	47	17,2
Services immobiliers	7	11	11	11	14	5,1
Commerce	4	7	5	5	13	4,8
Autres services	6	10	13	13	31	11,4
Autres activités	6	10	6	6	19	7,0
Indéterminé	7	11	7	7	89	32,6
Total	61	100	100	100	273	100,0

* Hors structures d'attente.

Source : CCIP/CREDA, Exploitation des données publiées par SEEurope en fev. 2007 et janv. 2008 et par ETUI-REHS, European company factsheets (<http://ecdb.worker-participation.eu>) en janv. 2009.