

**COLLOQUE**  
**LE REGISTRE DU COMMERCE EN EUROPE :**  
**« QUELLE SECURITE ? »**

**30 SEPTEMBRE 2004**

---

**□ Le contexte juridique européen : la société européenne, un atout pour les entreprises ?**

---

☞ A partir du 8 octobre 2004, il sera possible de créer une SE – *societas europaea* – sur le territoire de l'Union européenne, à la condition toutefois que l'Etat membre sur le territoire duquel on établit la SE ait pris les mesures nécessaires de transposition de la directive sur l'implication des travailleurs et d'adaptation de son droit des sociétés (levée des options notamment).

Certains Etats membres : Autriche, Belgique, Finlande, Danemark, Islande et Suède ont déjà pris les dispositions nécessaires, d'autres sont sur le point de le faire : Royaume-Uni, Pays-Bas et il existe des projets à des stades d'avancement différents dans les autres Etats membres.

**□ Quelle est la situation en France aujourd'hui ?**

---

S'il existe plusieurs projets, nous avons la certitude que le dispositif ne sera pas mis en place avant 2005.

☞ Il existe deux propositions de loi sénatoriales :

- de M. Philippe Marini, qui est le fruit des réflexions d'un groupe de travail associant universitaires et praticiens et porte sur les aspects du droit des sociétés,
  - de MM. Jean-Jacques Hyst et Jean-Guy Branger qui traite à la fois du droit des sociétés et du volet social.
- un projet élaboré par la Chancellerie, actuellement soumis à l'arbitrage du cabinet, avant de lancer une concertation interministérielle et une consultation publique ;
- un projet du Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale de transposition de la directive sur l'implication des travailleurs qui propose d'introduire dans le Code du travail un Chapitre XI nouveau intitulé « *Comité de SE et implication des salariés dans la SE* » dans Titre III, Livre IV du Code de travail, en cours de discussion.

Or, la transposition / adaptation est importante, puisque l'enjeu est la capacité française à attirer les SE sur son territoire. Cela suppose que :

- ❶ les options laissées aux Etats membres par la réglementation soient levées dans un sens privilégiant la liberté contractuelle : ex : possibilité de laisser aux statuts le soin de déterminer les conventions réglementées qui doivent faire l'objet d'une approbation préalable.
- ❷ le droit français des SA qui a vocation à être appliqué du fait des multiples renvois aux droits nationaux, soit suffisamment attractif, ce qui n'est pas vraiment le cas, à la différence du droit allemand (petites SA).

C'est ce qui nous avait conduit à « *inventer* » la SAS en 1990.

☞ Deux solutions sont possibles :

- **transformer la SAS en société anonyme simplifiée** : nous y sommes réticents, car il existe un risque de banalisation de la SAS,
- **modifier le droit des SA** en distinguant SA ouvertes et SA fermées, au moins pour les SE : SA unipersonnelle, validité des accords entre actionnaires (exclusion, inaliénabilité) (agrément désormais possible).

Mais pour qu'il se crée des SE en France ou dans d'autres Etats membres, encore faudrait-il que cette nouvelle structure réponde aux besoins des entreprises.

## □ De quoi ont donc besoin les entreprises ?

---

- **de se déplacer à l'intérieur de l'Union européenne**, sans contraintes : mobilité,
- **de s'organiser** en Europe, sur la base de règles communes, selon des structures souples et flexibles,
- de bénéficier d'une **fiscalité** incitative.

### 1. FACILITER LA MOBILITE DES ENTREPRISES EN EUROPE

Il s'agit là d'une revendication très ancienne des milieux d'affaires de pouvoir réaliser des fusions entre entreprises européennes et de pouvoir transférer le siège d'une société d'un Etat à l'autre.

Dans l'attente de l'adoption des propositions de 10<sup>e</sup> directive sur les fusions transfrontalières et de 14<sup>e</sup> directive sur les transferts de siège (que la Commission devrait adopter cet automne), il est évident que la SE constitue un plus important, puisque ce sera le seul moyen de réaliser ces opérations. Certains vont même jusqu'à dire que c'est le seul intérêt de la SE !

Il convient toutefois d'apporter un bémol à ce satisfecit, car cette mobilité peut se trouver « *contrainte* » par le dispositif social qui a été au cœur du débat sur la SE, pendant les dernières décennies. La SE ne pourra être introduite que si les dispositions sociales ont été respectées.

☞ Le dispositif social repose sur les principes suivants :

- liberté de négocier, avec dispositif de référence,
- principe « *avant – après* », c'est-à-dire garantie de préserver les droits acquis des salariés en matière d'implication dans les décisions prises par les entreprises.

Il y a un risque que la liberté de négocier des solutions sur mesure ne soit limitée par l'existence de dispositions de référence applicables à défaut d'accord [*un Etat membre peut décider de ne pas transposer les dispositions sur le système de référence, mais des SE ne pourront pas être immatriculées sur son territoire*].

Par ailleurs, le dispositif de négociation est affreusement compliqué : groupe spécial de négociation, règles de représentation au sein du groupe, longueur de la négociation.

☞ Il ne faut cependant noircir le tableau à l'extrême et il faut souligner que, dans de nombreux cas, la SE pourra être constituée sans participation des salariés aux organes d'administration de surveillance de la SE, soit parce qu'aucune des sociétés participant à l'opération ne connaît un tel régime, soit parce que les dirigeants et les représentants des salariés concernés conviendront de ne pas appliquer un tel système.

Rappelons toutefois que, dans tous les cas, il devra y avoir un accord sur l'information/consultation des salariés.

## **2. AMELIORER L'ORGANISATION DE GROUPES EN EUROPE :**

➤ SE devrait permettre :

- l'organisation de groupes selon des règles communes : SE avec établissements dans les différents Etats membres, ou SE par division opérationnelle, ou SE avec filiales SE éventuellement unipersonnelles,
- éviter les montages inutilement complexes et coûteux.

Mais la liberté contractuelle est très limitée, aux seuls cas expressément prévus par le règlement. Même si le règlement ne comporte plus que relativement peu de dispositions sur le fonctionnement de la SE, il demeure empreint de la rigidité des premiers projets.

☞ La multiplicité des renvois aux droits nationaux déplace le débat sur la souplesse et la liberté contractuelle vers les droits nationaux (*v. supra*).

Enfin, la SE n'est pas un « *produit toutes entreprises* ». L'exposé des motifs l'énonce très clairement : la SE est réservée aux entreprises d'une certaine taille, le montant du capital : 120.000 euros le confirme.

☞ C'est ce qui a conduit le MEDEF avec la CCIP à présenter un projet de société privée européenne, sorte de SAS européenne en 1998.

### 3. BENEFICIER D'UNE FISCALITE ATTRACTIVE :

La SE ne bénéficie d'aucun régime fiscal spécifique. En revanche, il est indispensable que la SE puisse bénéficier de la législation européenne en ce domaine, c'est-à-dire qu'elle soit expressément prévue par les textes existants.

La directive mère / fille a déjà été amendée en ce sens. La directive « fusions » est en cours de révision, mais cela prend plus de temps car d'autres modifications sont en discussion.

☞ **Un point important** : le transfert de siège devrait être possible pour les SE constituées sur le territoire français. Le projet de loi de finances pour 2005 prévoit de compléter l'article 222-2 du CGCI par une disposition précisant que le transfert de siège dans un autre Etat membre de la CE, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise.

### □ Les modalités de constitution de la SE

---

Si les modalités de fonctionnement de la SE ne présentent pas d'intérêt majeur (choix entre le système moniste : conseil d'administration ou dual : directoire et conseil de surveillance), en revanche, les modalités de constitution de la SE, au nombre de quatre, méritent d'être rappelées.

☞ A titre liminaire, il faut souligner que :

- la SE est réservée aux personnes morales : sociétés commerciales ou autres entités juridiques selon les cas, les personnes physiques ne peuvent donc pas constituer une SE,
- la SE ne peut être constituée *ab initio*,
- la SE exige un fait européen, le règlement réserve la constitution de cette forme de société aux seules sociétés et autres entités ayant des liens suffisants avec l'Union européenne.

☞ Quatre modes de constitution sont possibles :

- la fusion,
- la constitution d'une holding,
- la constitution d'une filiale,
- la transformation d'une SA en SE.

① **Fusion** : absorption, la société absorbante prenant la forme d'une SE ou fusion par création d'une société nouvelle, sous forme d'une SE à l'initiative de SA, lorsque deux au moins d'entre elles ont leur siège statutaire et leur administration centrale dans des Etats membres.

Il s'agit incontestablement de la plus grande avancée : certains considèrent que la SE est plus un moyen de réaliser une fusion que la fusion un moyen de constituer une SE. Ceci rend possible une fusion transfrontalière impossible jusqu'alors (règle de l'unanimité si changement de nationalité)

Ceci explique le degré de détails au règlement sur ce point comme sur le transfert de siège. Les règles applicables à la fusion constituent une combinaison des dispositions du règlement et de renvois nationaux à la loi de l'Etat du siège des sociétés participantes .

Il convient de mentionner l'article 25 sur le contrôle de la légalité de la fusion effectué conformément à la loi respective de chaque société : dans l'Etat d'origine et Etat du siège de la future SE.

L'effet est la transmission universelle de patrimoine, bien connue du droit français mais pas de tous les Etats membres notamment du Royaume-Uni.

② **Constitution d'une SE holding** : plusieurs SA et/ ou SARL peuvent constituer une SE holding, si deux d'entre elles au moins ont leur siège dans des Etats membres différents, ou si elles ont, depuis deux ans au moins, une société filiale relevant du droit d'un autre Etat membre ou un établissement situé dans un Etat membre autre que celui de leur administration centrale principale.

Les conditions sont les suivantes :

- pourcentage des actions à apporter pour que la holding soit constituée : plus de 50% des droits de vote permanents des sociétés à l'origine de la holding doivent être apportés à la société,
- transparence du projet : publicité du projet de constitution expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques et les conséquences pour les actionnaires et les travailleurs.

③ **Constitution d'une SE filiale** : des sociétés ou entités juridiques de droit privé ou public constituées selon le droit d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la CE et répondant aux mêmes conditions que celles fixées pour la constitution d'une holding peuvent constituer une SE.

⇒ *Question* : SAS peut-elle participer à la constitution d'une SE filiale ?  
*oui, selon certains, non selon d'autres, car elle ne figure pas sur la liste des sociétés visées.*

④ **Transformation d'une SA en SE** : une SA relevant du droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans un Etat membre, peut se transformer en SE, si elle a une filiale juridique rattachée à un autre Etat, sans dissolution ou création d'une personne morale nouvelle. Mais son siège statutaire ne pourra être transféré simultanément dans un autre Etat membre, à l'occasion de la transformation.

Dans tous les cas, l'immatriculation d'une SE est conditionnée par l'existence d'un accord sur l'implication des salariés ou l'application des dispositions de référence.

0 0  
0

☞ En conclusion, il faut noter le décalage assez paradoxal, mais sans doute provisoire, entre l'existence d'une coïncidence entre le siège statutaire et le siège réel, et la jurisprudence de la CJCE sur le siège réel.