

LES TECHNIQUES DE CONSTITUTION DE LA SOCIETE EUROPEENNE *

Alain COURET

Professeur à l'Université PARIS I - Panthéon-Sorbonne
Avocat associé, CMS Bureau Francis LEFEBVRE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION..... | 1 |
| I - La constitution dans le cadre d'un processus d'intégration..... | 6 |
| A./ La constitution d'un holding..... | 6 |
| B./ La fusion | 7 |
| 1° - Les caractéristiques saillantes de l'opération | 8 |
| 2° - Règles de conflit de lois | 10 |
| II./ La constitution étrangère à un processus d'intégration..... | 10 |
| A./ Les voies sélectives | 11 |
| 1° - La transformation..... | 11 |
| 2° - La filialisation à partir d'une SE préexistante | 11 |
| B - Une voie ouverte : la filialisation à partir de structures nationales | 12 |
| III - Le fonds procédural commun aux divers modes de constitution..... | 13 |
| A./ Les étapes procédurales communes : | 13 |
| B - Différenciations et particularismes | 15 |
| CONCLUSION | 15 |

INTRODUCTION

1. Madame Françoise BLANQUET nous a parlé du pourquoi ? Pourquoi créer une société européenne ? De son plaidoyer naît facilement la conviction qu'il y a dans nombre de cas intérêt à créer une Société Européenne. Vient donc la question du comment : comment créer une société de ce type ? C'est sur ces techniques de constitution que va porter notre réflexion. Bien évidemment, le premier sentiment est que la chose n'est pas simple. On ne crée pas une société européenne comme l'on crée une société ordinaire. Sans que cela soit formulé expressément, une telle société est implicitement liée à un **effet de taille**. Une telle société suppose la **préexistence de structures relevant de droits nationaux**, à une exception près. Elle ne saurait être une concurrente des structures nationales. Mais on verra ultérieurement que les choses ne sont peut être pas aussi évidentes. On reviendra sur tous ces points.

* Extrait du colloque « La société européenne, organisation juridique et fiscale, intérêt, perspectives », des 3 et 4 octobre 2002, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

2. Quelles peuvent donc être les techniques de constitution de la société européenne ? Sur cette question, le règlement est en apparence riche, sinon prolix.

Ainsi un titre entier du règlement, le titre II, est intitulé "CONSTITUTION". Mais le titre Ier de ce même règlement par la lecture duquel il convient logiquement de commencer n'est pas non plus muet sur la question. En effet, les articles 2 et 3 énumèrent la liste des techniques utilisables :

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

sont évoqués par l'article 2.

L'article 3 évoque pour sa part la création par une SE de filiales sous forme de SE.

C'est donc au total cinq voies d'accès qui apparaissent donc à la lecture du titre Ier.

La question de la constitution est ensuite reprise et bien sûr approfondie dans le titre II du règlement sur près de 13 pages, ce qui montre bien qu'une attention toute particulière a été apportée à ce point. Certains n'ont pas hésité à dire que là résidait un **centre d'intérêt majeur**¹ dans le règlement.

3. Pour autant on aurait tort de croire au caractère exhaustif du traitement des questions par le législateur européen : il s'agit plutôt d'une approche globalement sommaire² : Mais à vrai dire, ces longues pages ne se divisent pas en parts égales. A certaines de ces techniques le législateur consacre tout son intérêt : il en est ainsi de **la fusion** qui concentre les 2/3 des dispositions nouvelles. La constitution d'une SE holding fait également, mais à un moindre degré, l'objet d'approfondissements substantiels ; en revanche, fort singulièrement, quelques lignes à peine suffisent à traiter de la constitution d'une SE filiale. Et la question de la transformation d'une société anonyme en société européenne fait l'objet de développements également très brefs.

Ces inégalités dans la longueur du traitement accordé à chaque voie d'accès ont sans doute plusieurs explications. mais l'une d'elles réside dans le fait que, pour certaines formules, le législateur européen pouvait sans inconvénient aucun renvoyer aux droits nationaux alors que, pour d'autres, on ne pouvait s'en tenir à ce simple renvoi.

4. Une question préalable a déjà été soulevée par plusieurs commentateurs³ : l'attention portée au législateur européen à ces modes de constitution doit elle laisser

¹ En ce sens : Charles GOYET "Présentation du Règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne (societas europaea) in Les petites Affiches 16 avril 2002 n° 76-23

² Cf. Monique LUBY, obs. RTD Com. 2001 p. 831

³ Par exemple Jean-Claude PAROT, Francis COLLIN, Jean-Philippe DOM "La société européenne" Actes Pratiques et Ingénierie sociétaire n° 63 - Mai-Juin 2002 n° 100 p. 27

présumer de l'existence d'un **numerus clausus** ? Certains le pensent ⁴ mais d'autres considèrent que pourrait être créée une SE "ex nihilo", leur raisonnement s'appuyant sur une utilisation combinée des articles 15 et 9 du règlement 2157/2001. Rappelons les termes de l'article 9 ⁵ "*sous réserve des dispositions du présent règlement, la constitution d'une SE est régie par la loi applicable aux sociétés anonymes de l'Etat où la SE fixe son siège statutaire*". Une saisine pour avis de la CJCE sur ce point pourrait sans doute donner des éclairages intéressants ⁶.

5. On peut d'ores et déjà, à ce stade de l'exposé, mettre en exergue un certain nombre de **règles communes** à tous les modes de création.

Est-il d'abord besoin de le rappeler, la constitution d'une société européenne est un **privilège de personnes morales** : les personnes physiques en sont normalement écartées sous réserve toutefois pour ces dernières de s'associer au processus dans des conditions sur lesquelles on aura à revenir ⁷.

6. Ensuite, quelle que soit la voie d'accès envisagée, cette voie suppose que **l'appartenance à deux Etats membres au moins soit vérifiée**. L'idée fort bien exprimée par certains promoteurs de la réforme est que la constitution d'une société européenne doit être réservée aux groupements à dimension réellement communautaire ⁸ :

- la naissance de la SE par voie de fusion impose que les deux partenaires relèvent du droit d'Etats membres différents ;
- la naissance de la SE par voie de holding impose en principe que les sociétés apportées relèvent du droit d'Etats membres différents.

Toutefois cette exigence de **pluralité de rattachements** peut se réaliser par **l'intermédiaire de filiales** :

- ainsi, la réalisation d'un holding (par le haut) peut être réalisée par des sociétés relevant d'Etats membres différents mais aussi par des sociétés qui ont depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre Etat membre ou une succursale située dans un Etat membre ;

⁴ Monique LUBY "La societatis europea : beaucoup de bruit pour rien/ou pour si peu ..." ! Juris-Classeur Droit des sociétés Février 2002 p. 4-10 ; également Gérard BLANC "La société européenne : la pluralité des rattachements en question" Le Dalloz 2002 n° 12 p. 1052 n° 2 - Chronique RTD Com. Juillet-septembre 2001 p. 831 ; Françoise BLANQUET "Enfin la société européenne - La SE" Revue du Droit de l'Union Européenne 1/2001 p. 89

⁵ PAROT, COLLIN, DOM précité n° 100

⁶ PAROT, COLLIN, DOM, op. cit. loc. cit.

⁷ Voir sur cette question PAROT, COLLIN, DOM, op. cit., loc. cit. n° 99 p. 27 qui s'interrogent sur l'étendue réelle de cette exigence

⁸ E. DAVIGNON et B. ROGER "Vers la société européenne" Le Monde du 17 février 2001 p. 15

- ainsi encore une filiale peut être réalisée soit entre des entités juridiques relevant du droit d'Etats membres différent ou qui ont depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre Etat membre ou une succursale située dans un autre Etat membre ;
- ainsi enfin une société anonyme peut se constituer en SE si elle a depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre Etat membre.

Reste que le mot filiale doit être entendu au sens strict que lui donne le droit : on ne saurait se suffire d'un simple établissement ⁹.

7. Toujours en demeurant dans l'ordre des conditions premières, quelle que soit la voie d'accès envisagée, elle est également réservée à des sociétés ou des entités juridiques qui sont à la fois :

- constituées selon le droit d'un Etat membre ;
- et ayant leur siège statutaire
- et leur administration centrale dans la Communauté.

A cette règle est toutefois apporté un correctif par l'alinéa 5 de l'article 2 du Règlement : un Etat membre peut prévoir qu'une société n'ayant pas son administration centrale dans la Communauté sera néanmoins à même de participer à la constitution d'une Société européenne :

- si elle est constituée selon le droit d'un Etat membre ;
- à son siège statutaire dans ce même Etat membre ;
- et **à un lien effectif et continu** avec l'économie d'un Etat membre, ce lien effectif et continu pouvant être réalisé par une agence succursale ou un établissement.

8. Une dernière série de conditions tient à la nécessaire **détermination de la participation des travailleurs** selon les dispositions de la Directive (article 32 § 6 du règlement). La création d'une société européenne est normalement subordonnée à l'existence d'un accord sur "*l'implication des travailleurs*" au sens de la directive n° 2001/86. Observons toutefois que par exception à cette dernière règle, la création d'une société européenne par voie de filialisation ne semble pas impliquer le respect de cette dernière obligation ¹⁰, ce qui n'est pas sans intérêt quant à l'opportunité de choisir cette formule. Cependant, la question du rôle des travailleurs sera reprise au cours de cette matinée par d'éminents spécialistes et je m'abstiendrai donc d'aller plus loin sur cette question.

Voici pour les premiers "facteurs" communs, par delà la **pluralité des voies d'accès** organisées pour l'accès à la société européenne.

⁹ Cf. Françoise BLANQUET, Revue de l'Union Européenne 1/2001 p. 91

¹⁰ Charles GOYET, article précité

9. Les facteurs communs exposés, la pluralité des voies d'accès s'impose à nouveau à l'observateur qui est néanmoins à même de dégager quelques articulations majeures. Il en est ainsi une première qui procède de la discrimination introduite par le législateur européen et fondée sur l'aptitude à promouvoir une société européenne. En effet, une chose frappe d'emblée: singulièrement, et dans des conditions qui ne s'imposent véritablement avec aucune logique, cette pluralité de modes de constitution **ne vaut pas pour tout le monde**. L'accès à la SE est dépendant de la forme juridique initiale :

- il est d'abord des voies d'accès réservées, ouvertes à certaines formes de groupement seulement ;
- il est ensuite des voies d'accès ouvertes, accessibles à toutes les formes de groupement.

Cependant, il convient de relever que les discriminations ainsi opérées constituent un réel progrès par rapport à certains états antérieurs du projet de règlement qui écartaient un certain nombre de formes juridiques de la possibilité de promouvoir une société européenne ¹¹.

10. Une deuxième articulation, peut être plus propice à un exposé méthodique de la matière, participe de la démarche stratégique dans laquelle s'inscrit la création de la société européenne.

Tantôt en effet cette constitution se réalisera dans le cadre d'un **processus d'intégration** plusieurs entreprises concourant à l'identification d'un ensemble plus vaste : c'est probablement ce type de processus qui s'impose le plus immédiatement pour l'observateur et c'est la raison pour laquelle nous l'envisagerons dans un premier temps (I).

Mais une des richesses de la société européenne tient également à notre sens au fait qu'elle est également à même de se mettre en place dans un **cadre étranger à ce processus d'intégration**, ce qui nous envisagerons dans un deuxième temps (II).

Quelle que soit cependant la démarche retenue, et sous réserve d'exceptions, il est une sorte de fonds commun procédural aux diverses voies d'accès que l'on envisagera dans un troisième temps (III).

I - La constitution dans le cadre d'un processus d'intégration

II - La constitution étrangère à un processus d'intégration

III - Le fonds procédural commun aux divers modes de constitution

¹¹ Proposition de règlement du 16 mai 1991, JOCE n° C 176 du 8 juillet 1991

I - LA CONSTITUTION DANS LE CADRE D'UN PROCESSUS D'INTEGRATION

11. Le processus d'intégration apparaît comme celui qui justifie le plus largement l'instauration de la société européenne. Celle-ci a été pensée pour les grandes entreprises¹² et ce sont ces dernières qui s'inscrivent le plus naturellement dans les processus d'intégration. Les premiers commentateurs n'ont pas manqué d'observer que la société anonyme européenne serait désormais le **vecteur privilégié des fusions internationales**. Cette remarque est sans doute exacte avec cette observation préalable que la fusion est réservée aux seules sociétés anonymes (B). A côté de la fusion, il est cependant une voie plus ouverte puisqu'accessible aux SA mais aussi aux SARL : il s'agit de la constitution d'un holding, et c'est cette première voie que l'on explorera tout d'abord (A).

A./ La constitution d'un holding

12. L'article 22 nous donne dans l'alinéa 2 du paragraphe 1 le critère de distinction de cette situation eu égard à la fusion "*Les sociétés qui promeuvent la constitution d'une SE, subsistent*". Le deuxième alinéa de l'article 2 précise pour sa part que les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée peuvent donc "*promouvoir la constitution d'une SE holding*". Il convient de s'interroger sur l'opportunité du recours à cette voie d'accès.

13. La technique en soi n'est pas véritablement nouvelle dans la sphère européenne. Ainsi se sont constituées précédemment EADS, AVENTIS, EURONEXT etc... La constitution de holdings était une alternative possible à l'impossibilité de réaliser des fusions transfrontalières. Aujourd'hui cet obstacle est dépassé et l'on peut procéder à une véritable fusion. Reste à savoir si des mesures de coordination concernant le régime fiscal de la fusion pourront être adoptées en temps suffisant. Si ces mesures pouvaient être adoptées, la constitution d'un holding serait une voie particulièrement séduisante. D'autant plus séduisante que le règlement n'a pas imposé de "métier" nécessaire pour la SE HOLDING : au choix de ses fondateurs, la SE HOLDING pourra être une simple société de participation financière ou une société tête de groupe ou de sous-groupe¹³.

14. Une certitude pour l'instant : la voie retenue est **passablement contraignante**, abstraction faite d'une démarche procédurale sur laquelle il sera revenu ultérieurement.

Voici trois exemples des contraintes pesant sur le processus : Un premier exemple peut être tiré du pourcentage minimal des actions ou parts de chacune des sociétés promouvant l'opération que les actionnaires ou associés doivent apporter pour que la S.E. soit constituée. Le règlement prévoit que ce pourcentage doit consister **en actions**

¹² Cf. Monique LUBY, RTD Com. 2001 p. 831

¹³ Françoise BLANQUET "Enfin la société européenne", Revue du Droit de l'Union Européenne 1/2001 p. 90

conférant plus de 50% des droits de vote permanents. Mais à vrai dire, cette règle constitue un assouplissement eu égard à la norme initiale qui exigeait un pourcentage de 100%. Car dans la proposition de 1989, toutes les actions des sociétés fondatrices passaient à la SE en échange des actions de la SE holding.

15. Un deuxième exemple peut être tiré de l'exigence de transparence qui semble devoir dominer la démarche. Une très forte **transparence** s'impose car le projet doit comporter un rapport expliquant et justifiant les aspects économiques de la constitution de la SE ainsi que les conséquences pour les actionnaires et les travailleurs, et précisant le pourcentage des actions attribuées aux actionnaires. Toutefois, comme on a pu déjà le faire remarquer de façon pertinente, les **sanctions** concernant d'éventuels manquements à cette transparence ne sont nullement spécifiées ¹⁴.

16. Enfin, des contraintes particulières peuvent être introduites par les Etats membres : au terme de l'article 33, "*un Etat membre peut adopter, en ce qui concerne les sociétés qui promeuvent l'opération, des dispositions destinées à assurer la protection des actionnaires minoritaires qui s'opposent à l'opération, des créanciers et des travailleurs*". Au demeurant, d'autres dispositions contraignantes intéressant ces catégories sont déjà présentes dans le règlement. Ainsi l'assemblée générale de chacune des sociétés qui promeuvent l'opération peut subordonner le droit à l'immatriculation de la SE à la condition qu'elle entérine les modalités d'implication des travailleurs dans la SE (article 32 § 6). Ainsi encore, les actionnaires ou porteurs de parts des sociétés qui promeuvent l'opération disposent d'un délai de trois mois pendant lequel ils peuvent communiquer aux sociétés promotrices leur intention d'apporter leurs actions ou parts en vue de la constitution de la SE (article 33 du Règlement). Et le paragraphe 3 de l'article 33 accorde un délai supplémentaire d'un mois aux actionnaires aux porteurs de parts des sociétés qui promeuvent l'opération qui n'ont pas communiqué leur intention dans le délai visé.

17. Il est manifeste que la complexité procédurale de la formule sur laquelle on reviendra ultérieurement fait de cette démarche une démarche lourde synonyme, pour reprendre l'expression de notre collègue Charles GOYET, "*de bouleversement décisif de l'organigramme de groupe*" ¹⁵. Bien évidemment, on ne saurait rechercher à abriter dans une structure aussi lourde un simple pacte d'actionnaires.

De ce point de vue, plus décisif encore est évidemment le schéma de fusion.

B./ La fusion

¹⁴ GOYET, op. cit., loc. cit.

¹⁵ GOYET, op. cit., loc. cit.

18. La possibilité de créer une société européenne par voie de fusion représente une avancée tout à fait spectaculaire. La société européenne va permettre de réaliser des fusions transfrontalières qui étaient jusqu'ici difficiles à réaliser ¹⁶. En effet, dans la quasi-totalité des cas, le principe de l'unanimité s'imposait. Désormais, la fusion pourra se faire **sans exigence d'unanimité** puisque les conditions qui prévalent sont celles de la fusion interne. L'enthousiasme que l'on observe çà et là au vu de ce mode d'accès soulève une interrogation immédiate : la fusion est-elle un moyen de constituer la société européenne ou la création d'une SE est-elle l'instrument de la réalisation de cette fusion ? N'y aura-t-il pas dans bien des cas **confusion entre la fin et les moyens** ? Si comme beaucoup le pense, la SE permet avant toute chose de réaliser des fusions transfrontalières, il y a de fortes chances pour que dans la plupart des cas la fin se dissolve dans le moyen utilisé.

19. Mais peut-être faut-il aussi tempérer d'emblée l'enthousiasme que pourrait susciter chez certains la technique de la fusion : les résistances étatiques ont reçu un écho : selon l'article 19, la législation d'un Etat membre peut prévoir qu'une société relevant du droit de cet Etat membre ne peut participer à la constitution d'une SE par voie de fusion si une autorité compétente de cet Etat membre s'y oppose avant la délivrance d'un certificat dont on va faire état dans quelques instants. Encore une telle résistance ne saurait-elle être discrétionnaire :

- cette opposition ne peut avoir lieu que pour des raisons d'intérêt public
- elle est susceptible de recours devant une autorité judiciaire.

On envisagera successivement les caractéristiques saillantes de l'opération telles qu'elles se dégagent des **règles matérielles** fixées par le règlement, puis la question de la loi applicable car le règlement contient aussi des **règles de conflit de lois**.

1° - Les caractéristiques saillantes de l'opération

20. En nous situant d'abord sur le terrain de la **notion même de fusion**, observons que le législateur européen a retenu une acception assez large de cette notion de fusion. L'article 17 dispose que la fusion peut être réalisée soit par **absorption** soit par **constitution d'une nouvelle société** ce qui n'a en soi rien d'extraordinaire ¹⁷. Toutefois,

¹⁶ Voir notamment Hervé LE NABASQUE "Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières" Mélanges Claude CHAMPAUD "Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20ème siècle - Editions Dalloz 1997 p. 417 et s. ; Michel MENJUCQ "La mobilité des sociétés dans l'espace européen" LGDJ 1997, Thierry TILQUIN "Fusions et scissions - Aspects transfrontaliers" Dictionnaire Joly Stés ; Jean-Jacques DAIGRE "Les fusions internationales (et opérations assimilées) : esquisse d'une analyse et de solutions", Droit des Stés - Actes pratiques - Juillet-août 1998 p. 3 ; VIANDIER et CAUSSAIN, Chronique d'actualité en droit des sociétés, JCP G 1993.I.3715 n° 14 ; JCP G 1997.I.4058 n° 12 ; JCP E 1997.I.710 n° 11 ; Françoise BLANQUET "Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés", Rev. Soc. 1 janvier-mars 2001 ; Maurice COZIAN "Les fusions internationales : mythe ou réalité ? Petites Affiches 22 décembre 2000 p. 3

¹⁷ 2, (a) et (b)

on ne saurait oublier que la fusion-absorption n'était pas envisagée dans les versions premières de la société européenne ¹⁸.

Entrent également dans la sphère d'application du règlement la fusion entre une société-mère et sa filiale à 100%, et même la fusion-absorption effectuée par une société qui détient 90% ou plus "*mais pas la totalité des actions ou autres titres conférant un droit de vote dans l'assemblée générale d'une autre société*". Dans les deux cas, la procédure se trouve être allégée (article 31-2).

21. Le législateur a ensuite retenu une **acception large des effets** de cette fusion. Cette fusion en effet réalise une transmission universelle du patrimoine, solution bien connue du droit français mais que l'on ne retrouvait pas partout dans les divers Etats de la Communauté et plus particulièrement dans les pays de la COMMON LAW. Il y a donc **transmission sans liquidation de la société absorbée ou des sociétés qui étaient parties à une fusion par création d'une société nouvelle**. En outre, le règlement reprend la solution de l'article 122-12 du Code français du travail s'agissant des contrats individuels de travail et plus généralement des **conditions d'emploi**.

22. Ce dernier point s'inscrit dans une logique plus large de protection des divers ayants-droits et notamment des "créanciers". Par créanciers, il faut entendre :

- les créanciers chirographaires
- les obligataires
- les porteurs de titres "autres que les actions auxquels sont attachés des droits spéciaux des sociétés qui fusionnent" ; formule dont on a pu souligner le caractère quelque peu sibyllin ¹⁹.

Toujours sous l'angle de la protection des divers ayants-droit, le 2ème alinéa de l'article 23 décide que "*Un Etat membre peut adopter, en ce qui concerne le sociétés qui fusionnent et qui relèvent de son droit, des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion*". Cette disposition est le corollaire naturel de la **disparition de l'exigence d'unanimité** qui bloquait les fusions transfrontalières.

23. Le législateur européen s'est préoccupé encore d'**assurer le caractère efficace de cette fusion** en édulcorant les risques de remise en cause. Pour cela a été conçu un système passablement complexe de contrôle de la légalité de la fusion qui s'exerce en deux temps :

- Dans un premier temps, un **contrôle formel** est exercé au niveau de chacune des sociétés qui fusionnent : une autorité de l'Etat de chacune d'entre elles doit délivrer un certificat attestant que tous les actes et formalités sont accomplis ;

- Dans un deuxième temps, un contrôle va s'exercer au niveau de l'Etat membre dans lequel la SE installera son siège social. Cette fois-ci le **contrôle** n'est pas formel mais **approfondi** :

¹⁸ Cf. Monique LUBY "La société européenne" Joly Communautaire juillet 1995

¹⁹ COLOMBANI et FAVERO, op. cit., p. 77 n° 261

- contrôle du respect des conditions substantielles de constitution
- contrôle des modalités relatives à la participation des travailleurs
- contrôle du respect des dispositions nationales en matière de sociétés.

La nullité de la fusion ne peut plus être prononcée après immatriculation. Simplement, l'absence de contrôle de la légalité de la fusion peut constituer une cause de dissolution de la S.E. (article 30).

Cette immatriculation qui paralyse désormais toute action en nullité est également le **point de départ des effets de la fusion** (articles 12 et 27 du règlement).

2° - Règles de conflit de lois

24. Plusieurs parmi les dispositions du règlement sont des règles de conflit. L'article 18 contient une règle de portée générale puisqu'il dispose que pour les matières non couvertes ou partiellement par lui, chaque société participant à la constitution d'une SE par voie de fusion est soumise aux dispositions du droit de l'Etat membre dont elle relève qui sont applicables à la fusion de sociétés anonymes : c'est donc le **principe de subsidiarité** qui est ainsi posé.

L'article 24 déjà évoqué renvoie aux Etats membres pour la protection des créanciers, des obligataires, des porteurs de titres autres que les actions : c'est le droit de l'Etat membre dans lequel la société concernée par la fusion a son siège social qui est compétent pour organiser cette protection.

Compte tenu de l'intervention de mon successeur à cette tribune, Monsieur le Recteur Jacques BEGUIN, je ne m'appesantirai pas davantage sur ces questions. L'ampleur même du sujet traité invite en effet à aborder maintenant les techniques de constitution de la SE qui ne s'inscrivent pas dans un processus d'intégration.

II./ LA CONSTITUTION ETRANGERE A UN PROCESSUS D'INTEGRATION

25. Hors les logiques d'intégration, le recours à la société européenne devrait a priori être moins fréquent. Toutefois, le règlement fournit des modes de création qui peuvent être les servants de deux logiques économiques. Une première logique qui est celle d'une **restructuration intra-groupe** peut trouver les moyens de sa réalisation pour autant que soient remplies des conditions qui créent une évidente sélectivité (A). Mais il faut également prendre acte d'une deuxième logique plutôt ouverte - mais non exclusivement - vers la **coopération intergroupes** qui est également satisfaite et l'accès est ici ouvert au plus grand nombre d'acteurs économiques (B).

A./ Les voies sélectives

26. Deux processus sont organisés qui permettent ce type de restructuration : d'une part la transformation réservée à la seule société anonyme (1°), d'autre part la filialisation à partir d'une société européenne préexistante (2°).

1° - La transformation

27. Elle ne figurait pas dans les projets initiaux. Elle a été introduite en 1991 à la demande du Parlement européen et du Comité économique et social.

La transformation est régie par l'article 36 du règlement qui renvoie à l'article 2 § 4 pour la détermination de son domaine d'application. Cet article 2 **réserve à la société anonyme** le droit de se transformer en SE, solution qui paraît pour le moins difficile à expliquer. Une condition autre que la qualité de société anonyme doit être retenue : il ne peut être procédé à la transformation **que si les titres de la filiale dans un autre Etat membre sont détenus depuis plus de 2 ans** (article 2 § 4 du Règlement).

28. Cette transformation obéit à un schéma procédural sur lequel on reviendra dans quelques instants. Globalement, les conditions sont **peu exigeantes**. Observons toutefois que les Etats peuvent compliquer un petit peu les choses en subordonnant la transformation au **vote favorable d'une majorité qualifiée ou de l'unanimité des membres** au sein de l'organe de la société à transformer dans lequel la participation des travailleurs est organisée (36 al. 8).

29. Les alinéas 2, 3 et 9 de l'article 36 précisent la portée de la transformation. **Positivement**, la transformation d'une société anonyme en SE ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle ; **négativement**, le siège statutaire ne peut être transféré d'un Etat membre à un autre à l'occasion de la transformation

Par ailleurs, l'alinéa 9 nous indique que les droits et obligations de la société à transformer en matière de conditions d'emploi résultant de la législation, de la pratique et des contrats de travail individuel ou des relations de travail au niveau national et existant à la date de l'immatriculation sont transférés à la SE du fait même de cette immatriculation.

2° - La filialisation à partir d'une SE préexistante

30. Article 3, al. 2 : "*Une SE peut elle-même constituer une ou plusieurs filiales sous forme de SE*"

La société européenne a donc vocation à faire naître d'autres sociétés européennes, privilège non-négligeable mais qui semble conforme à une évidente logique. Cette voie présente une originalité évidente : la deuxième phrase de l'article 3 al. 2 écarte l'application des dispositions étatiques exigeant plus d'un actionnaire pour la SA. **Une SE peut donc créer des sociétés unipersonnelles filiales.**

31. Comment va s'organiser la concurrence entre le droit français et le droit européen ? C'est là une question importante, tout au moins s'agissant des sociétés anonymes. Car la question vaut aussi pour les SARL mais l'existence en France de l'EUURL évacue la question. Très probablement, la SE révélera son aptitude à faire évoluer les droits nationaux et c'est au demeurant aux yeux de certains le bénéfice le plus grand qu'il y ait à tirer de l'innovation. Dans le cadre de l'adaptation du droit français, une urgence sera donc sans doute d'autoriser la société anonyme unipersonnelle.

Quoiqu'il en soit, l'organisation des groupes européens des sociétés sera grandement facilitée tout au moins si l'on en croit l'expérience française : la SASU a été tout particulièrement appréciée par les groupes français.

B - Une voie ouverte : la filialisation à partir de structures nationales

32. L'instrument privilégié de la coopération intergroupes est la **filiale commune**. Or, le règlement prévoit la possibilité de créer une société européenne par la voie de cette filiale commune. Ceci étant relevé, le règlement n'est guère bavard sur le sujet puisqu'il s'en tient à **deux articles**, la raison tenant au renvoi opéré par le législateur au droit de l'Etat membre dans lequel la filiale sera constituée. En effet, la filiale ainsi constituée est considérée comme une société anonyme relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire (article 3 du Règlement).

33. Cette filialisation est une voie largement ouverte. Sont concernées en effet les "*sociétés au sens de l'article 48 du traité, ainsi que d'autres entités juridiques de droit public ou privé*". La formule est assez libérale pour que l'on puisse concevoir une société européenne née d'un processus de filialisation initié par des sociétés de personnes²⁰. Mais elle ne semble pas cependant assez libérale pour permettre aux SAS d'être partenaires dans le processus : les annexes du règlement 2157 ne mentionnent pas la SAS parmi les formes de sociétés françaises pouvant concourir à la formation d'une SE²¹.

34. Cette voie est d'autant plus largement ouverte que, comme on l'a déjà évoqué, l'immatriculation de ce type de société européenne n'est pas subordonnée au règlement préalable des questions posées par "*l'implication des travailleurs*"²²

²⁰ Michel MENJUCQ "Droit international et européen des sociétés" Montchrestien 2001 p. 131 § 104

²¹ Charles GOYET, article précité p. 25

²² Charles GOYET, op. cit.

Elle est d'autant plus largement ouverte qu'elle n'est guère partie prenante dans une sorte de fonds procédural qui est commun aux divers autres modes de constitution, ce à quoi on va maintenant s'attacher.

III - LE FONDS PROCEDURAL COMMUN AUX DIVERS MODES DE CONSTITUTION

35. Il eut été fastidieux dans les développements précédents de reprendre chaque fois le déroulement procédural de l'opération. A la relecture des textes et sauf à exclure la constitution par voie de création de filiales, on constate en effet l'existence d'un fonds procédural commun **construit au demeurant autour de l'opération de fusion** : cette dernière est sans doute la plus exigeante du point de vue du déroulement des étapes procédurales de la constitution (A). Mais bien entendu, si l'on examine chaque voie spécifique, on relève quelques facteurs de différenciation et de particularisme (B).

A./ Les étapes procédurales communes :

36. Elles sont pratiquement identiques dans les divers cas de figure. S'imposent l'établissement d'un projet de constitution de la SE par les organes de direction ou d'administration des sociétés qui promeuvent l'opération, une publicité effectuée selon les modalités prévues par la loi de chaque Etat membre, un mois au moins avant la date de l'A.G. appelée à se prononcer sur l'opération, la désignation d'experts ou l'agrément d'experts par une autorité judiciaire ou administrative de l'Etat membre dont relève chaque société (\neq fusion), le vote d'une assemblée générale ou de plusieurs, enfin des formalités d'immatriculation et de publicité.

37. **Reprenons rapidement ces étapes :**

- **L'établissement d'un projet de constitution**

C'est là l'essentiel en fait de la procédure. Selon les cas, ce projet sera un projet :

- de fusion
- de constitution
- de transformation

En cas de fusion de sociétés préexistantes ou de constitution de holdings ces projets doivent être riches d'indications diverses (article 20 du règlement, article 32). En cas de transformation, il s'agira d'abord d'expliquer les raisons et de préciser les conséquences pour les actionnaires et les travailleurs.

- **Publicité du projet**

- publicité au moins un mois avant la date de l'AG devant se prononcer sur l'opération
- publicité conformément à la loi de l'Etat dans laquelle chaque société est située

38.

- **Désignation d'experts**

Au cas **de fusion**, au lieu et place des experts opérant pour le compte de chacune des sociétés qui fusionnent, un ou plusieurs experts indépendants dirigés à cet effet et sur demande conjointe de ces sociétés par une autorité judiciaire ou administrative de l'Etat membre dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la future SE, peuvent examiner le projet de fusion et établir un rapport **unique** destiné à l'**ensemble** des actionnaires, solution plus libérale que celle du droit français.

Au cas de **constitution d'une SE holding**, il est également possible, par accord entre les sociétés qui promeuvent l'opération, de faire établir un rapport écrit par un ou plusieurs experts indépendants désignés ou agréés par une autorité judiciaire ou administrative de l'Etat membre dont relève l'une des sociétés promouvant l'opération. On aura noté que le ou les experts indépendants peuvent être simplement agréés : ils ne sont pas nécessairement désignés dans ce cas de figure. Au cas de transformation, un ou plusieurs experts indépendants peuvent être également soit désignés soit simplement agréés par une autorité administrative ou judiciaire de l'Etat membre dont relève la société qui se transforme en S.E.

- **Vote de la ou des assemblées générales**

Il se fait aux conditions de majorité de l'assemblée générale extraordinaire.

- **Immatriculation et publicité**

L'immatriculation se fait "*dans l'Etat membre de son siège statutaire dans un registre désigné par la législation de cet Etat membre*"²³. Rappelons ici ce principe important que l'immatriculation est conditionnée par le respect de leurs obligations sociales pour les constituants²⁴ et qu'elle invoque en toutes circonstances le point de départ de la personnalité morale de la SE.

²³ Article 12 § 1 Règlement

²⁴ Article 12 § 2, 3 et 4 du Règlement

S'agissant enfin de la publicité, l'immatriculation fait l'objet d'un avis publié pour information au J.O.C.E. après la publication initiale.

B - Différenciations et particularismes

39. Le schéma est naturellement amodié en fonction des besoins spécifiques à chaque procédure d'accès.

Ainsi par exemple s'agissant du **contenu de la mission des experts indépendants**, on observera qu'il est très limité s'agissant de l'hypothèse de transformation : ils ont simplement pour mission de constater que la société dispose d'actifs nets au moins équivalents au capital social augmenté des réserves que la loi ou le statuts ne permettent pas de distribuer.

En cas de constitution par voie de holding, le rapport est plus riche : il doit indiquer les difficultés particulières d'évaluation et déclarer si le rapport d'échange d'actions ou de parts envisagé est ou non pertinent et raisonnable, en précisant les méthodes suivies pour sa détermination et si ces méthodes sont adéquates en l'espèce.

En cas de fusion, le règlement est muet sur le contenu du rapport des experts : il faut donc en revenir aux droits nationaux.

40. Ainsi encore s'agissant de la **réunion de la ou des assemblées générales** selon le cas. Sauf le cas de transformation où une assemblée générale suffit, il faut au moins une assemblée générale extraordinaire pour chacune des sociétés parties à l'opération de fusion ou à l'apport partiel d'actif. Il est de ce point de vue une modalité de différenciation que l'on pouvait espérer et qui n'est malheureusement pas présente : lorsque l'on est en effet en présence d'une fusion simplifiée, il doit y avoir réunion de l'assemblée générale de l'absorbée, ce que le droit français n'exige heureusement pas²⁵.

CONCLUSION

Cet examen rapide des voies d'accès à la société européenne révèle au fond deux vérités :

- le droit français ne devrait avoir à faire que des efforts limités pour aider au processus même de constitution. L'effort du législateur français devra porter davantage sur **l'attrait du paysage juridique français** pour envisager d'y immatriculer une société européenne ;
- la solution de la filialisation semble apparaître comme le moyen le plus ouvert et le plus simple de constituer une société européenne. Mais on a pu noter également que la

²⁵ L'article 31 § 1 du Règlement qui exclut l'application de diverses règles ne vise pas l'article 23 § 1

transformation était aussi un procédé assez simple, avec cette réserve qu'elle n'est possible que pour les seules sociétés anonymes.

Manifestement, la question du *numerus clausus* évoquée dans l'introduction de ce rapport ne sera pas déterminante quant à l'avenir de la société européenne. La société européenne doit pouvoir dans le plus grand nombre de cas trouver son mode naturel de constitution.

La vraie question est celle de l'intérêt véritable de la formule. Ici comme dans bien d'autres domaines, qui voudra la fin n'aura guère de difficultés à trouver les moyens pour la réaliser.

PLAN

I - La constitution dans le cadre d'un processus d'intégration

A. La constitution d'un holding

B - La fusion

1° - Les caractéristiques saillantes de l'opération

2° - Règles de conflit de lois

II - La constitution extérieure à un processus d'intégration

A - Les voies d'accès sélectives

1° - La transformation, réservée à la SA

2° - La filialisation à partir d'une SE préexistante

B - Une voie ouverte : la filialisation à partir de structures nationales

III - Le fonds procédural commun aux divers modes de constitution

A. Les étapes procédurales communes

B - Différenciations et particularismes au sein des diverses étapes