

# LE RATTACHEMENT DE LA SOCIETE EUROPEENNE

**Jacques BÉGUIN**

Professeur émérite à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne  
Ancien recteur de l'Académie de Strasbourg

<b>I. LA PRIMAUTE DISCRETE DU RATTACHEMENT EUROPEEN DE LA SE .....</b>	<b>4</b>
A./ Une identité européenne obligatoire mais limitée.....	5
1./ La SE n'a pas d'immatriculation européenne.....	5
2 - La SE n'a pas de nationalité européenne .....	7
B./ Une réglementation européenne réduite à l'essentiel.....	8
1./ La réglementation européenne bénéficie d'une primauté.....	8
2./ Le domaine de la réglementation européenne est volontairement restreint. ....	9
<b>II. LE MAINTIEN AFFIRME DU RATTACHEMENT ETATIQUE.....</b>	<b>15</b>
A./ Le renvoi à un régime étatique spécifique aux SE.....	15
1./ Les Etats membres se voient parfois reconnaître un « droit d'opposition ».....	15
2./ Les Etats sont invités à se doter d'un Droit spécifique de la SE.....	16
B./ Le renvoi au Droit commun des SA locales .....	19
1./ Le renvoi au Droit commun des SA locales de l'Etat du siège des sociétés promotrices.....	19
2./ Le renvoi au Droit local de l'Etat du siège de la SE .....	20
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>23</b>

1. En Droit international positif, une société commerciale doit avoir un rattachement étatique ou interétatique.

Ce rattachement revêt deux aspects qui sont souvent confondus, mais qu'il convient de distinguer.

Le premier est celui du rattachement de la société en tant qu'entreprise juridiquement organisée. C'est celui de la loi applicable au fonctionnement et à la vie de la société, liquidation incluse, en interne et vis à vis de ses partenaires économiques.

Le second est celui du rattachement de la société en tant qu'unité économique, c'est à dire faisant partie du système économique d'un Etat. C'est celui de la nationalité de la société.

Les deux raisonnements sont différents.

La recherche de la loi applicable à une société, indépendante ou filiale d'un groupe, est une question qui se pose en matière de société exactement comme en toute autre matière. Il faut savoir quelles règles appliquer dans une situation que plusieurs lois auraient une vocation éventuelle à régir.

La détermination de la nationalité d'une société (ou, éventuellement d'un groupe) est une question qui se pose lorsque un Etat décide que l'exercice de tel droit ou de telle activité obéit à des règles différentes selon que l'opérateur économique est membre de la communauté nationale ou non <sup>1</sup>.

La question que nous nous posons est celle de savoir quel est ou quels sont, sous l'un et l'autre de ces deux angles, le ou les rattachement(s) de la société européenne [SE].

---

<sup>1</sup> V. J. Béguin, *La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique*, Etudes offertes à P. Catala, p. 859.

2. Si l'on ne connaissait pas l'histoire du difficile avènement de la société européenne, on serait tenté de répondre d'emblée que le rattachement qui s'impose tout naturellement dès l'instant que le législateur européen met en place une société de type européen est un rattachement européen.

La réponse à la double interrogation que l'on vient de formuler serait simple.

La loi applicable à la société européenne serait le Droit européen.

Le nationalité de la société européenne serait la nationalité européenne.

Et, honnêtement, cette double réponse simple aurait bien correspondu à ce que l'on était en train de faire.

Il s'agissait de mettre en place un modèle approprié à des sociétés ayant vocation à déployer leur activité sur tout le territoire de l'Union. Donc d'un modèle de société identique pour tous les opérateurs européens quel que soit leur Etat d'appartenance et doté d'une mobilité sans entraves à travers le territoire de toute l'Union. Quoi de plus évident, dès lors, que de conclure qu'il fallait que ce modèle de société européenne obéisse à un Droit unique et de lui attribuer un rattachement législatif unique en le dotant – et uniquement – d'un régime juridique de Droit européen ?

Si l'on voulait, d'autre part, lui donner une stature européenne et une entière liberté d'action à l'échelle de l'Union, il fallait extraire cette personne morale européenne de la communauté nationale de tel ou tel Etat membre et décider qu'elle aurait, non pas la nationalité d'un Etat membre, mais une nationalité européenne opposable en tant que telle aux Etats non membres de la Communauté.

3. Mais, comme on le sait, les choses n'ont pas pu être aussi simples.

Le premier élan créateur de la société européenne – il y a quelque trente ans – a été en ce sens. Le projet d'origine – celui des années 1970 – visait à doter la société européenne d'un statut supranational indépendant des Droits étatiques. La société européenne était – essentiellement – une institution de Droit commercial européen. Le législateur européen projetait de lui consacrer un Règlement très complet de 284 articles qui prévoyait tout et était conçu pour se suffire à lui-même. Si ce monument présentait une lacune, l'interprète était invité à se référer, non à un Droit étatique, mais aux principes généraux du Droit Européen, à défaut, aux principes généraux du Droit commercial international. Et la mission de forger la jurisprudence appelée à trancher les questions qui auraient été laissées sans réponse était confiée à la CJCE. Il y avait unité de rattachement, unicité de Droit applicable.

Comme on le sait, le raisonnement a fait long feu et cet ambitieux projet s'est heurté à une réaction de rejet de la part des Etats.

Ce rejet se fondait sur deux raisons.

La première raison est que ce monument de Droit commercial européen – déconnecté de tout lien avec les Droits commerciaux des pays membres – a fait peur aux Etats. D'inspiration germanique, il reposait sur un certain nombre de choix législatifs qui heurtait les Droits des pays latins. Sa lourdeur, d'autre part, rebutait les Droits anglo-saxons par la trop faible latitude qu'il laissait à la liberté statutaire.

La deuxième raison est que les Etats membres étaient fondamentalement divisés sur le sujet épineux de l'implication des travailleurs et qu'il s'avérait impossible de parvenir sur ce point capital au consensus nécessaire pour s'accorder sur un dispositif commun de Droit européen.

4. Pour se donner une chance d'aboutir, les autorités européenne ont du changer de stratégie. Leur réaction des – à travers les nombreuses tentatives qui ont précédé la Règlement et la Directive de 2001<sup>2</sup> a été double.

Pour surmonter le premier obstacle - celui qui était lié à la lourdeur du projet initial - le législateur a – de projet en projet – allégé le Règlement proposé. Le texte est passé de 284 articles à 70. Il l'a assoupli en ménageant des options – en particulier entre le système moniste et le système dualiste.

Mais, dès cet instant, le projet ne se suffisait plus à lui même. Et il a fallu revenir, pour que la société européenne soit soumise à un régime précis, à la technique du renvoi aux Droits des Etats membres.

A partir du moment, en effet, où l'on optait pour un Règlement européen qui ne contiendrait plus l'alpha et l'oméga du Droit applicable à une société européenne, force était de désigner un Droit des sociétés précis et complet pour « combler les trous » et compléter le dispositif. La seule solution était de rattacher la société européenne – aussi – à un Droit étatique. Force était également, car le vent souffle en ce sens, de laisser une plus grande place aux statuts.

La conséquence immédiate a été que l'unité du rattachement a été nécessairement remise en cause. On était obligé de passer de l'unité du rattachement à sa pluralité<sup>3</sup>.

En ce qui concerne l'implication des travailleurs, il a fallu prendre un parti plus radical encore.

Le fossé entre les traditions juridiques des Etats admettant la participation des travailleurs, sous telle ou telle forme, à la gestion de la société et celles des Etats qui ne veulent pas dépasser le stade de l'information des travailleurs et n'entendent pas les associer à la gestion était trop profond. Il ne permettait pas d'espérer mettre au point pour la société européenne un régime d'implication des travailleurs qui aurait été admis par tous les Etats membres. C'est la raison pour laquelle, en 1989, la décision a été prise de préparer, non pas un texte de Droit européen, mais deux : un Règlement pour les aspects de Droit commercial et une Directive pour l'implication des travailleurs. Cette séparation avait pour but de séparer les champs de négociation et de rassurer les Etats.

Cette stratégie a permis d'aboutir.

Mais le résultat est que, pour cet aspect très important du régime juridique de la société européenne, le législateur européen ne pose plus aucune règle lui-même. Il fixe des objectifs législatifs précis dans sa Directive. Mais le Droit applicable sera entièrement écrit dans des textes élaborés par les Etats membres. Sous l'angle du rattachement, la conséquence est

---

<sup>2</sup> Règlement (CE) n° 2157/2001 et Directive n° 2001/86/CE du 8 octobre 2001 (*JOCE n° L. 294, 10 novembre 2001, p. 1*). On citera parmi les récents commentaires : G. Blanc, *La société européenne : la pluralité des rattachements en question*, D 2002, p. 1052 ; F. Blanquet, *Enfin la société européenne*, Rev. du Droit de l'Union européenne 2001, p. 65 ; F. Blanquet, *La société européenne n'est plus un mythe*, Rev. Dr. Int. et Dr. comp 2001, p. 139 ; P. Dom, J.P. Parot, J.C. Colin, *La société européenne*, Actes pratiques 2002, n° 63, Mai-juin 2002, p. 5 ; C. Fouassier, *Le statut de la société européenne : un nouvel instrument juridique au service des entreprises*, Rev. Marché commun et Union européenne 2001, n° 445, p. 85 ; M. A. Frison-Roche, *La société européenne*, D 2001, p. 290 ; A. Lévy, A. Outin-Adam, J. Simon, *La SE est arrivée*, Les Petites affiches 2000, n° 252, p. 4 ; M. Luby, *La societas europaea : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...)*, Droit des sociétés 2002, n° 2, p. 4 ; M. Menjucq, *La société européenne, enfin l'aboutissement*, D 2001, p. 1085 ; M. Menjucq, *La circulation internationale des sociétés*, Bull. Joly 2001, n° 3, p. 233 ; M. Menjucq, *La société européenne*, Rev. Soc. 2002, p. 225 – *La société européenne*, Colloque du Centre de Droit de l'entreprise [Pr C. Goyet] de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, 7 février 2002, Les Petites Affiches 2002, n° spécial [n° 76] ; J.L. Colombani, M. Favero, *Societas europaea, La société européenne*, éd. Joly, 180 p., 2002 – Le présent rapport reprend certaines des analyses présentées à propos du projet de Règlement de 1996 in J. Béguin, *Quel avenir pour la société européenne ?*, Mélanges Terré, 1999, Dalloz-Litec, p. 307.

<sup>3</sup> V. G. Blanc, *La société européenne : la pluralité des rattachements en question*, D 2002, p. 1052.

radicale. Il n'y a plus place pour aucun rattachement européen. Le rattachement est entièrement et uniquement étatique.

5. Le risque était alors de renvoyer trop fort le balancier dans l'autre sens.

Car cette pluralité de rattachements de la société européenne n'est pas sans inconvénients.

Elle complique la recherche de la règle applicable. Il va falloir tantôt la trouver dans le Droit européen lui-même, c'est à dire dans le Règlement, tantôt dans le Droit d'un des quinze Etats membres, tantôt dans les statuts.

Elle est source de conflits.

Puisque l'on donne compétence à tel ou tel Droit étatique, il va falloir déterminer lequel. Bien sûr, le Règlement européen va fournir un critère de rattachement. Mais l'existence latente de conflits n'est jamais bonne. Et, dans certains cas complexes, l'application du critère de rattachement pourra donner lieu à discussion.

Les frontières entre les blocs de règles fournis par le Règlement européen et les blocs de règles fournis par le Droit étatique applicable, d'autre part, seront parfois difficiles à établir avec clarté. Et ce sera une nouvelle source de discussions.

Il est clair, enfin, que la pluralité des rattachements va induire de notables différences entre les différentes sociétés européennes qui vont se constituer à partir de 2004 à travers l'Europe. Certes, depuis 1968, la transposition des batteries de Directives publiées en la matière a puissamment contribué au rapprochement des Droits de sociétés des Etats membres. Mais le champ des Directives ne couvre pas encore la totalité du Droit des sociétés. Et, en dépit des Directives, les Droits des sociétés des Etats membres ne sont pas uniformes. Donc, les sociétés européennes, dans toute la mesure où elles seront régies par tel ou tel Droit étatique, ne seront pas identiques. Il n'est pas exclu que l'on voie même se développer une certaine concurrence entre ces Droits sous forme d'une sorte de « Law shopping ». Cette diversité, en tout cas, peut apparaître comme n'étant pas exactement conforme au concept même de société européenne.

6. C'est la raison pour laquelle le législateur européen a été soucieux de faire régner un certain ordre dans cette diversité.

Il admet, certes, un principe de pluralité des rattachements.

Mais il établit une hiérarchie entre les rattachements.

Il accorde, bien entendu une priorité au rattachement européen. Mais cette primauté est discrète.

Le rattachement étatique conserve une place marquée.

C'est ce qu'on se propose de montrer en mettant successivement en lumière :

- I - La primauté discrète du rattachement européen de la SE
- II - Le maintien affirmé du rattachement étatique de la SE

## **I. LA PRIMAUTE DISCRETE DU RATTACHEMENT EUROPEEN DE LA SE**

7. La discrétion du rattachement européen de la SE caractérise aussi bien son « rattachement identitaire » que son « rattachement législatif ».

- La SE est dotée d'une « identité européenne » obligatoire mais limitée
- La SE est soumise à une « réglementation européenne » réduite à l'essentiel.

## **A./ Une identité européenne obligatoire mais limitée**

8. La SE est, bien entendu, dotée d'une identité européenne qui va se traduire par un certain nombre de caractéristiques obligatoires dont elle aura le monopole.

Mais son rattachement européen trouve sa limite en ce sens qu'il est écarté sur deux points essentiels :

- La SE n'a pas d'immatriculation européenne
- La SE n'a pas de nationalité européenne

### 1./ La SE n'a pas d'immatriculation européenne

9. La SE n'est évidemment pas une SA comme les autres. Le Règlement prend toutes les précautions pour qu'elle ait une nette « caractérisation » européenne.

Cette « caractérisation » européenne se traduit par trois traits : l'appellation européenne, la dimension européenne et la mobilité européenne.

10. Le premier signe du rattachement européen de la SE est son appellation (art. 1). Elle en aura le monopole. Si une société existante, quelque part en Europe, a déjà eu la prémonition de se nommer ainsi, on ne lui cherchera pas noise. Mais à l'avenir seules pourront se nommer SE et user du label latin « *societas europaea* » les SE constituées en application du Règlement. Ce sera, d'ailleurs, une obligation. Afin que nul n'en ignore, la SE devra faire précéder ou suivre sa dénomination de l'acronyme SE. Et pour pouvoir bénéficier de cette « appellation contrôlée », elle aura du établir que sa dimension européenne lui permettait d'y prétendre.

11. Cette dimension européenne se vérifie, tout d'abord, à l'échelle des (ou de la) société(s) promotrice(s) de la SE. Il faut que ces sociétés promotrices aient, elles-mêmes, donné des gages de dimension européenne ou, du moins, interétatique. C'est à dire, à la fois, de rattachement législatif européen et d'activité économique transfrontières (art. 2).

1<sup>ère</sup> condition : seules peuvent être à l'origine d'une SE une ou des sociétés constituées selon le Droit d'un Etat membre.

2<sup>ème</sup> condition : Si les sociétés promotrices sont plusieurs [fusion, holding, filiale commune] il faut : soit que deux au moins relèvent du Droit de deux Etats différents, soit, dans le cas de holding ou de filiale commune, que deux au moins aient depuis deux ans au moins une filiale relevant du Droit d'un autre Etat membre ou un établissement situé dans un autre Etat membre.

Si la société promotrice est unique [transformation], on exige d'elle qu'elle ait depuis deux ans au moins une filiale dans un autre Etat membre.

3<sup>ème</sup> condition : il faut que les sociétés promotrices aient leur siège statutaire et leur administration centrale dans la Communauté. Pas nécessairement dans le même Etat. Mais sur le territoire de l'Union. Avec une dérogation (art. 2-5) : Un Etat membre peut prévoir que, si une société promotrice a son administration centrale hors d'Europe, la SE pourra être créée si elle a été constituée selon le Droit d'un Etat membre et qu'elle y a son siège statutaire, à condition qu'elle ait avec l'économie d'un Etat membre un « lien effectif et continu ». Par exemple, précise le préambule, si elle y a un établissement d'où elle mène les opérations.

12. Le critère le plus révélateur est celui qui est exigé au terme de l'opération : celui qui détermine le « rattachement identitaire » européen de la SE elle-même. L'article 7 – qui le définit – porte la marque du combat entre rattachement européen et rattachement étatique.

Au départ du raisonnement, le législateur européen avait, d'abord, à choisir entre les trois critères traditionnels : l'incorporation, le siège statutaire (seul) et le siège statutaire accompagné d'une exigence de réalité [ce qui implique de considérer à la fois le siège statutaire et l'administration centrale]. Le choix du Règlement est clair : c'est celui du siège réel. C'est, d'ailleurs, une nouveauté en Droit communautaire.

Mais il y a plusieurs manières de formuler l'exigence de réalité. Le rattachement le plus européen aurait été de dire : il suffit que le siège, d'une part, et l'administration centrale, d'autre part, soient sur le territoire de la Communauté. Peu aurait importé que ce ne soit pas dans le même Etat membre. C'est très certainement ce qu'à Bruxelles on aurait aimé faire. On en a la preuve dans l'article 69 a) où l'on lit que, dans cinq ans, la Commission pourra proposer une modification du Règlement afin d'autoriser une SE à avoir son siège dans un Etat et son administration dans un autre, pourvu que ce soit en Europe. Mais en 2001, c'était trop tôt. Le « rattachement identitaire » est européen, mais il conserve un caractère étatique marqué. A deux égards.

D'abord en ce qui concerne la règle. Selon l'article 7, le siège de la SE et son administration centrale doivent être situés non seulement en Europe, mais dans le même Etat membre. Le rattachement est européen, puisqu'il faut que ce soit un Etat membre. IL a, toutefois, une forte coloration étatique puisqu'il faut que ce soit le même Etat membre.

Mais la résistance des Etats a obtenu bien davantage. Le règlement permet, en effet, aux Etats membres de décider que – comme c'est le cas en Droit français – le siège et l'administration centrale devront être non seulement dans le même Etat membre, mais dans le même lieu.

Au total, l'analyse est claire : le « rattachement identitaire » de la SE est européen, mais il est fortement canalisé à l'échelle des Etats membres.

13. Le troisième trait de la « caractérisation européenne » de la SE est sa mobilité. C'est une des grandes avancées de la SE.

On connaît le paradoxe. Le Marché commun a été fait pour réaliser la libre circulation et le libre établissement des agents économiques. Les commerçants individus peuvent librement se déplacer au sein de l'Union. Mais les sociétés sont frappées d'immobilité. Elles ne peuvent, ni en Droit, ni en fait, transférer leur siège d'un Etat à un autre. La 14<sup>ème</sup> Directive aura pour objectif d'imposer aux Etats de permettre le transfert de siège d'un Etat membre à un autre. Mais on l'attend toujours. Or, voici la SE. L'un de ses grands avantages – mis en avant par le Préambule – sera de disposer d'un modèle de société qui, lui, va bénéficier – par nature – de la mobilité à l'échelle européenne. Elle va pouvoir, au cours de son existence, transférer librement son siège d'un Etat membre à un autre.

Et, en effet, l'article 8 du Règlement est tout entier consacré à indiquer à quelles conditions et selon quelle procédure une SE va pouvoir user de cette possibilité. Mais, ici encore, on sent très fortement la résistance des Etats. Le Règlement aurait pu écrire : « La SE est libre de transférer son siège social à tout moment d'un point à un autre du territoire de la Communauté. Il suffit qu'elle change son immatriculation ». Or, ce n'est pas du tout ce qu'écrit l'article 8. On devine que le Fisc des Etats membres n'entendent pas risquer de perdre ainsi des contribuables importants. Et que leur Sécurité sociale n'est pas davantage soucieuse de voir partir des cotisants considérables. Le Règlement, dès lors, met en place une procédure qui est l'exacte préfiguration de la 14<sup>ème</sup> directive. C'est à dire une procédure conçue comme une procédure de transfert interétatique de siège avec formalisme, nouveaux statuts, garanties pour les créanciers – notamment publics – et non comme une procédure libre telle qu'elle devrait être si l'on se contentait d'un rattachement européen.

14. C'est dans le même esprit que l'on n'a pas mis en place une immatriculation européenne.

Certes, le Règlement aménage une publicité européenne (art. 14). Mais c'est toujours pour information et *a posteriori*. C'est lorsque l'immatriculation est faite ou lorsque la radiation a eu lieu ou lorsque le transfert de siège aura été suivi d'une nouvelle immatriculation qu'il faudra – dans le mois – publier un avis au JOCE. Mais ce n'est pas à l'échelon européen que les choses importantes se passent. C'est à l'échelon étatique.

15. Les « choses importantes » sont l'immatriculation elle-même ou la radiation. L'importance de l'immatriculation est attestée par l'article 16-1 du Règlement qui – à l'instar de la règle française – dispose que la SE acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation.

Or, la responsabilité et l'organisation de cette immatriculation est entièrement déléguée (art. 12) par le législateur européen à l'Etat du siège. Ainsi d'ailleurs que la première publicité, celle qui compte puisqu'elle conditionne l'opposabilité aux tiers (art. 13). L'article 12 précise que l'instrument étatique de l'immatriculation doit être un « registre ». mais, à partir de là, c'est aux Etats membres de tout faire. Bien entendu, les conditions propres de la création d'une SE devront être vérifiées. Mais le législateur européen fait entièrement confiance aux autorités compétentes des Etats – tel le Registre du commerce et des sociétés en France – pour opérer cette vérification et aux législateurs étatiques pour en fixer les modalités.

Le choix est donc clair. Le rattachement identitaire étatique l'emporte très nettement. La naissance de la société s'opère non à l'échelon communautaire, mais à l'échelon étatique. Le souci a été de ne pas heurter les prérogatives des Etats. C'est dans le même souci qu'est traitée – ou plutôt qu'est éludée – la question de la nationalité.

## 2 - La SE n'a pas de nationalité européenne

16. La question de la nationalité de la SE ne pouvait pas être complètement ignorée. Mais le règlement l'a traitée d'une manière empirique. Il a esquivé la prise de position sur le concept lui-même.

Il n'est pas très fréquent, concrètement, que l'on doive décider de la nationalité d'une société. Mais cela arrive. Chaque fois qu'un régime juridique, fiscal ou social discrimine et contient des règles différentes pour les commerçants nationaux et pour les commerçants étrangers, ou pour les sociétés nationales et pour les sociétés étrangères, alors, il faut bien trancher et dire si telle société a la nationalité de l'Etat considéré ou une nationalité étrangère. Les lois sur les activités de presse, sur les activités d'armement maritime, de défense ou de sécurité publique peuvent contenir de telles discriminations. L'octroi de la « protection diplomatique » à l'étranger – hors Communauté – peut aussi poser ce type de question.

Quelle sera, alors, la « nationalité » de la SE ?

17. La question est de nouveau celle du choix entre un rattachement européen et un rattachement étatique.

La SE a-t-elle la nationalité européenne ou la nationalité d'un Etat membre ?

La réponse est dans l'article 10.

Malheureusement, l'article 10 n'emploie pas – volontairement sans doute – le mot « nationalité ». Il ne dit pas : « La SE a la nationalité européenne ». Mais il ne dit pas non plus : « La SE a la nationalité de l'Etat membre où est situé son siège ». Il emploie une formule qui mêle le critère de l'incorporation et le critère du siège. : « Une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une SA constituée selon le Droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire ».

Au plan pratique, la portée de cette règle est claire.

Chaque fois qu'un problème de condition des étrangers se posera à l'égard d'une SE dans un Etat membre déterminé, la règle à suivre sera la même règle que celle que l'on aurait suivie à l'égard d'une SA immatriculée dans l'Etat où la SE a son siège.

Il est important de le préciser parce que, de plus en plus, lorsqu'un Etat européen prend une disposition pour laquelle il discrimine entre sociétés nationales et sociétés étrangères, il ajoute que les sociétés ayant la nationalité d'un Etat de la CEE ou de l'EEE seront assimilées aux sociétés nationales et non aux sociétés étrangères.

Sur un plan purement pratique, donc, on saura comment faire.

18. Mais sur un plan plus conceptuel – sur le plan de la notion de nationalité – le texte est difficile à interpréter.

On peut, semble-t-il, le lire de deux façons.

1<sup>ère</sup> interprétation : Si le législateur a écrit que la SE doit être traitée « comme » les SA locales de l'Etat du siège, c'est qu'il ne voulait pas qu'elle ait la nationalité d'un Etat membre. Tout doit se passer comme si elle avait la même nationalité que les sociétés immatriculées dans l'Etat membre où elle a son siège. Mais elle n'a pas, pour autant, cette nationalité. En ce cas, comme il faut bien qu'elle en ait une, ce pourrait être la nationalité européenne.

2<sup>ème</sup> interprétation : Si le législateur n'a pas dit que la SE a la nationalité européenne, c'est qu'il n'a pas voulu le faire ou qu'il a estimé qu'il ne pouvait pas le faire. Il aurait alors doté la SE d'une nationalité d'adoption : la même que celle des SA immatriculées dans l'Etat membre où elle a son siège.

Le plus probable est que le législateur européen a volontairement laissé cette question de nationalité dans l'ombre.

Et il faut bien reconnaître qu'à supposer même que la 1<sup>ère</sup> interprétation puisse être envisagée, l'affirmation du rattachement européen de la SE par la nationalité demeure hasardeuse. Ce n'est plus de la discrétion. C'est l'Arlésienne...

Si l'on fait le bilan du « rattachement identitaire » de la SE, on voit que son rattachement européen se manifeste uniquement par une dénomination, une dimension européenne strictement canalisée dans le cadre des Etats membres, une immatriculation qui est entièrement déléguée aux Etats membres et une nationalité européenne purement fantomatique.

Son rattachement législatif européen, lui, n'est pas fantomatique. Il existe bel et bien. Mais il, lui aussi, placé sous le signe de la discrétion. La réglementation européenne de la SE prime sur les lois étatiques. Mais la volonté très nette du législateur européen a été de la réduire à l'essentiel.

## **B./ Une réglementation européenne réduite à l'essentiel**

19. C'est la deuxième facette de la primauté discrète du rattachement européen de la SE.

Les deux termes de la proposition doivent être successivement mis en lumière :

- La réglementation européenne bénéficie d'une primauté
- Mais son domaine effectif est, en réalité, volontairement restreint.

### **1./ La réglementation européenne bénéficie d'une primauté**

20. Le principe de la primauté du bloc des règles européennes en matière de SE résulte de l'article 9 du Règlement.

Ce texte met en place une hiérarchie des normes qui met très clairement le Droit

européen en 1<sup>ère</sup> ligne et formule un critère de rattachement [qui, par rapprochement avec l'article 7, est celui du siège réel].

Selon cet article 9, une SE est régie : 1) par le Règlement lui-même. C'est la charte de base. En cas de conflit avec les autres sources, elle prime ; 2) par les dispositions des statuts de la SE lorsque – pour les matières que couvre le Règlement – ce dernier l'autorise expressément ; 3) pour les matières non traitées par le Règlement ou lorsqu'une matière est régie par le Règlement, mais partiellement, l'article 9 établit une « sous-hiérarchie » entre trois types de normes : a) les lois que va se donner chaque Etat membre pour régir spécifiquement les SE ; b) les lois qui existent déjà dans chaque Etat membre pour régir les SA locales ; c) les statuts de la SE, dans l'espace de liberté qui leur est laissé pour les SA locales par le Droit de l'Etat du siège de la SE.

Bien évidemment, lorsque les Etats membres élaboreront les règles spécifiques aux SE relevant de leur compétence, ils devront respecter la batterie des Directives qui, depuis 1968, ont été publiées et transposées en matière de sociétés.

21. Comme le fait remarquer M. G. Blanc <sup>4</sup>, la règle de l'article 9 pose un principe de subsidiarité, mais conçu en sens inverse de celui que le Droit communautaire lui attribue habituellement [article 5 du Traité]. Généralement, c'est la règle européenne qui a vocation à s'appliquer à titre subsidiaire. Ici, c'est le contraire. Les dispositions étatiques ont vocation à s'appliquer : a) lorsque la question n'est pas traitée par le Règlement ; b) lorsque ce dernier ne la couvre que partiellement. M. G. Blanc évoque, à cet égard, l'avertissement de M. J. Carbonnier qui avait prévu ce renversement et nous avait avertis : au fur et à mesure de l'extension du champ couvert par le Droit communautaire, le principe de subsidiarité était appelé à connaître de semblables renversements en fait ou en Droit. Ici, c'est clairement en Droit.

Au plan du principe, c'est donc la règle européenne qui reçoit la vocation première à s'appliquer. Les Droits étatiques se voient attribuer – toujours au plan du principe – le rôle second : ils s'appliquent à défaut de règle communautaire ou dans le prolongement d'une règle communautaire pour la mettre en œuvre, à l'instar d'un décret d'application en Droit interne.

Mais si on quitte le plan du principe pour mesurer le poids respectif du dispositif européen et des Droits étatiques, on voit aussitôt que, dans la réalité du rattachement législatif de la SE, cette primauté de la règle européenne demeure résolument discrète, car son domaine est volontairement restreint.

## 2./ Le domaine de la réglementation européenne est volontairement restreint.

22. Lorsqu'en 1996, le législateur européen a relancé le processus d'élaboration des textes relatifs à la SE, il était bien décidé à donner aux Droits des Etats membres une compétence législative large.

Il convenait donc, tout d'abord, que le Règlement formule un critère de rattachement qui évite ou limite au maximum les « conflits de systèmes » <sup>5</sup>. Il résulte de la combinaison de l'article 7 et de l'article 9 du Règlement que, dans le cadre de la hiérarchie des normes de l'article 9, le Droit étatique compétent pour régir une SE est celui de l'Etat de son siège réel.

Il fallait, en second lieu, proposer aux Etats membres un modèle souple, laissant beaucoup d'initiative aux Droits étatiques et dont le « noyau dur » européen serait réduit à l'essentiel.

---

<sup>4</sup> G. Blanc, *La société européenne : la pluralité des rattachements*, D 2002, p. 1052.

<sup>5</sup> V. M. Menjucq, *La société européenne*, Rev. Sociétés 2002, p. 233 et note (15 bis).

Le dispositif européen se limite à deux objectifs :

- mettre en place les quatre modes de constitution de la SE
- tracer le schéma de sa structure de base

### **a – Mise en place des quatre modes de constitution de la SE**

23. S'agissant des modes de constitution de la SE, les auteurs du règlement n'ont eu d'autre ambition que de clarifier et de tracer des cadres. Il n'était pas nécessaire de faire davantage dès l'instant que le parti était pris de renvoyer au maximum – même pour ces techniques propres aux SE – aux législations des Etats membres.

24. C'est pour la constitution par fusion que le dispositif est le plus nourri : une quinzaine d'articles qui comportent un certain nombre de règles spécifiques. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. Le sujet des fusions transfrontalières est l'un de ceux sur lesquels les Droits étatiques se sont, jusqu'à présent, révélés impuissants à fournir des solutions satisfaisantes. La Directive fiscale du 23 juillet 1990 a été transposée. Imparfaitement d'ailleurs. Mais on attend toujours la 10<sup>ème</sup> Directive sur le régime juridique. Dès cet instant, le Règlement ne pouvait pas faire l'économie d'un régime précis des opérations de fusion destinées à donner naissance à une SE. Il offre donc tout un dispositif qui incorpore, d'ailleurs, les dispositions de la future 10<sup>ème</sup> Directive (art. 17 à 31). On y trouve des règles européennes qui se suffisent à elles-mêmes, par exemple sur le projet de fusion (art. 20). Mais la plupart des règles qui composent ce régime posent des normes de base qui, pour s'appliquer effectivement, devront trouver le relais de normes étatiques.

L'article 22, par exemple, prescrit des expertises, mais le processus de nomination des experts est laissé aux Etats.

Le point clé du régime : celui des « certificats concluants » (art. 25 et 26) qui rendra l'opération incontestable est propre au Droit européen et à la SE. Mais les modalités sont déléguées aux Droits des Etats membres chargés de désigner les autorités compétentes.

Le règlement énumère avec précision les effets de la fusion (art. 29). Ces dispositions s'appliquent impérativement et directement. Mais elles font également place aux Droits étatiques. Si, par exemple, la loi d'un Etat membre soumet l'opposabilité aux tiers de certains aspects de la fusion [transfert de certains biens, droits ou obligations] ces formalités devront être respectées.

Il reste que, pour la fusion, le « noyau dur » européen ne pouvait pas éviter d'avoir une certaine consistance.

25. C'est déjà moins vrai pour la constitution par création d'une « holding » bien que ce mode de constitution, lui aussi, appellait un minimum de réglementation européenne. Car il faut que le régime offre la garantie d'une certaine coordination des opérations. Le Règlement y consacre généreusement trois articles (art. 32 à 34). La procédure y est tracée dans les grandes lignes.

26. Les deux autres modes de constitution – par création de filiale commune et par transformation d'une SA – sont, eux, exemplaires de la doctrine du « noyau européen minimum ». Le Règlement se borne, pratiquement, à les définir, à les légitimer et à poser quelques rares règles. Mais, pour l'essentiel, leur régime juridique sera emprunté, selon les cas, aux Droits des Etats membres dont relèvent les sociétés promotrices ou à celui de l'Etat du siège de la future SE.

On retrouve la même méthode pour le régime applicable à la SE, une fois qu'elle est constituée. L'idée est alors que le dispositif européen doit se limiter à tracer un schéma structurel de base.

### **b – Mise en place d'un schéma structurel de base**

27. Le Règlement met en place les organes, esquisse ou définit leurs compétences respectives, pose un certain nombre de règles indispensables, mais s'efface, dès qu'il peut, pour laisser le champ libre aux Droits étatiques et aux statuts.

Il est loin le temps où les autorités communautaires pensaient devoir et pouvoir imposer pour la SE un modèle sociétaire complet jugé mieux approprié à la gestion moderne d'une entreprise de dimension européenne. Le Règlement offre une base. Les législateurs étatiques sont invités à la compléter.

28. Il convient d'évoquer ici, tout d'abord, la question du choix entre la structure moniste (avec assemblée générale et organe d'administration) et la structure dualiste (avec assemblée générale, organe de direction, collégial ou non et organe de surveillance). Le Règlement envisage tous les cas de figure (art. 39-5 et art. 43-4). Ou bien l'Etat du siège connaît les deux systèmes pour les SA locales. Les créateurs de la SE choisiront alors librement. Ou bien l'Etat du siège ne connaît qu'un seul système pour les SA locales. Soit un système moniste. Soit un système dualiste. Les articles 39-5 et 43-4 du Règlement semblent considérer, alors que l'Etat du siège sera libre. L'un et l'autre, en effet, disposent qu' « en l'absence de dispositions relatives », soit « à un système dualiste », soit « à un système moniste », en ce qui concerne les SA locales, l' « Etat membre peut adopter les mesures appropriées concernant les SE ». Le Règlement emploie le verbe « peut » et non le verbe « doit ». L'interprète est donc conduit – du moins au premier examen – à considérer que l'Etat membre sera libre. Il pourrait prévoir une règle différente – sur son territoire – pour les SE et pour les SA locales. « Ses » SE auraient alors le choix. Mais il pourrait aussi bien imposer aux SE qui auront leur siège sur son territoire l'unicité de système de la loi locale. « Ses » SE ne pourraient, dès lors, être que monistes ou que dualistes. Si cette interprétation devait être reçue, la norme du Règlement serait, certes, libérale. Mais libérale « à travers » le canal des Etats membres. Il ne s'agirait pas tant de s'en remettre à la liberté statutaire que de respecter la diversité des Droits étatiques<sup>6</sup>.

29. Une fois réglée cette question initiale du choix du type de structure, le Règlement se préoccupe de poser les pierres angulaires de l'architecture de la SE. Il formule à cette fin un certain nombre de dispositions qui ont pour objet de mettre en position les principaux organes de la SE et de définir leur mission.

Il le fait de deux façons.

---

<sup>6</sup> Lors du colloque de Paris des 3 et 4 octobre 2002, à l'occasion duquel ce rapport fut présenté, Mme F. Blanquet – avec toute l'autorité que lui confère son incomparable connaissance des travaux préparatoires du Règlement - a exposé que l'emploi du verbe « peut » s'expliquait par une concession faite à certains Etats [parmi lesquels la Grande Bretagne] désireux de se réserver la possibilité de ne pas légiférer. En dépit de l'emploi du verbe « peut », il conviendrait de lire l'article 39-5 et l'article 43-4 comme imposant aux Etats membres d'offrir aux fondateurs de SE appelées à être soumises à leur Droit local le libre choix entre le système moniste et le système dualiste, même si ce Droit local ne prévoit pas ce libre choix pour les SA locales. Il y aurait donc lieu de lire l'article 39-5 et l'article 43-4 du Règlement comme s'ils disposaient que l' « Etat membre doit offrir, pour les SE, le libre choix entre le système moniste et le système dualiste. Il peut ou non adopter les mesures appropriées concernant les SE ».

30. Le Règlement formule, tout d'abord, quelques règles impératives qui pourraient se suffire à elles-mêmes.

On en retiendra quelques exemples.

- Dans le système dualiste, l'article 40-1 fixe les missions respectives de l'organe de direction (exercer le pouvoir de gestion) et de l'organe de surveillance (contrôler la gestion) et l'article 39-3 pose le principe de non cumul entre les deux organes.

- Dans les deux systèmes, les articles 40-2 et 43 assurent l'articulation de base entre les organes en disposant que les nominations de l'organe de surveillance (système dualiste) comme de l'organe d'administration (système moniste) sont de la compétence de l'assemblée générale et établissent la coordination avec le mode d'implication des travailleurs.

- Toujours dans les deux systèmes, les articles 42 et 45 prévoient que l'organe de surveillance (système dualiste) comme l'organe d'administration (système moniste) élisent leurs présidents dans leur sein et précisent que ce ne peut pas être un membre qui siège au titre de l'implication des travailleurs.

- Dans le système dualiste, l'article 41 pose une série de règles impératives pour affermir l'obligation pour l'organe de direction d'informer l'organe de surveillance et pour conférer à ce dernier toutes les prérogatives nécessaires à cet égard.

- Le Règlement contient également un certain nombre de dispositions impératives relatives aux assemblées générales. L'article 58 précise quelles voix doivent être décomptées ou non parmi les voix exprimées. L'article 60 pose le principe du vote séparé pour les catégories d'actionnaires aux droits spécifiques de qui la décision porte atteinte.

La plupart des règles de ce type sont évidentes et ne risquent pas de soulever des oppositions. Le règlement pouvait se permettre de les rendre impératives. Elles sont importantes, mais leur nombre est limité.

31. Le Règlement – c'est sa deuxième manière d'opérer - nuance souvent sa position impérative en permettant aux Etats membres de compléter telle ou telle règle impérative. La règle européenne n'est pas supplétive. Mais elle ne règle pas tout. Elle laisse un « espace » à occuper par les Droits étatiques ou par les statuts.

Les exemples sont déjà plus nombreux.

- Un premier exemple est celui de l'article 4 sur le montant du capital. La règle de principe (art. 4-1) est impérative : le capital minimum est : 120 000 euros. Mais l'article 4-2 prévoit que la législation d'un Etat membre qui prévoirait un capital plus élevé pour les sociétés exerçant certains types d'activités s'appliquerait aux SE ayant leur siège sur le territoire de cet Etat.

- Une deuxième série d'exemples est fournie par toutes les hypothèses dans lesquelles une opération concernant la création ou la vie de la SE exige une mesure de publicité. La démarche est simple. Tel article du Règlement exige la mesure de publicité. Sur le principe, il est impératif. Mais il délègue les modalités. Pour la mise en œuvre, il renvoie aux Droits étatiques. La méthode est définie par l'article 13. Elle est déclinée par une série de dispositions particulières. La règle européenne peut, d'ailleurs, préciser quelles informations doivent être publiées. A partir de là, chaque Etat fixera les modalités. Dans certains cas (v. article 21), le Règlement permet aux Etats de rajouter des exigences supplémentaires.

Une troisième série d'exemples concerne le fonctionnement des organes de la SE.

Dans le système dualiste, la compétence de base des deux organes est régie par une règle impérative. Mais les articles 39-1 et 43 laissent aux Droits étatiques le soin de prévoir les modalités de la gestion courante par un ou plusieurs directeurs généraux.

Toujours dans le système dualiste, une règle impérative prévoit qu'un membre de l'organe de surveillance peut pallier une vacance au sein de l'organe de direction. L'article 39-3 laisse aux Droits étatiques le soin de fixer la limite de temps.

L'article 41 qui contient les règles impératives sur le droit à l'information de l'organe de surveillance laisse libres les Droits étatiques de décider s'il peut être reconnu à ses membres à titre individuel.

Dans le système moniste, l'article 43 qui prévoit la nomination des membres de l'organe d'administration par l'assemblée générale est impératif, mais laisse les Droits étatiques libres de permettre à une minorité d'actionnaires d'en nommer une partie.

Toujours dans le système moniste, l'article 44 fixe impérativement une périodicité minimum pour les réunions de l'organe d'administration. Mais, à l'intérieur de ce minimum, c'est aux statuts de décider.

Dans les deux systèmes, la durée des mandats est fixée à 6 ans. C'est également une règle impérative. Mais, à l'intérieur de ce maximum, les statuts décident.

Un autre exemple concerne le secret professionnel des membres des organes. L'article 49 en fait une règle impérative. Mais il l'assouplit en précisant que les Etats peuvent autoriser certaines divulgations pour des raisons d'intérêt public.

- Un dernier exemple est fourni par les règles de fonctionnement des assemblées générales. Les articles 55 et 56 aménagent la possibilité pour les actionnaires représentant un certain pourcentage du capital de demander la convocation de l'assemblée et l'inscription de tel ou tel point à l'ordre du jour. Ils fixent ce pourcentage à 10 %. Mais ils permettent aux Droits étatiques de retenir un pourcentage différent à condition de ne pas mettre la barre plus haut.

Tous ces exemples montrent que le Règlement est très attentif à n'être impératif que sur des points qui ne prêtent pas à discussion. Et lorsqu'il se montre impératif, d'autre part, il n'expulse pas nécessairement les Droits étatiques. Il leur permet souvent d'introduire des modulations, des précisions. Il leur laisse une marge.

31. En revanche dès que l'on entre dans des dispositifs qui risquent soulever des divergences, le Droit européen va changer de tactique. Il va proposer, non imposer. Il va devenir supplétif. Supplétif par rapport à quoi ?

Ici, les autorités européennes étaient à la croisée des chemins.

On peut imaginer qu'elles auraient pu saisir l'occasion (historique) de la mise en place de la SE pour franchir un pas décisif dans le sens du courant de pensée actuellement dominant et d'opter, à l'échelle européenne, pour la liberté statutaire la plus étendue.

Cela eût été audacieux.

Mais cela eût été, sans doute, prendre trop de risques.

Cela aurait été, en effet, aller à l'encontre de ce qui est encore la tradition d'un certains nombre de Droits étatiques.

La gestation de la SE avait été longue et délicate.

Les autorités européennes étaient dans la nécessité d'obtenir l'accord des Etats membres.

Elles ont donc fait un choix de fond. Ce choix est, dans toute la mesure où leur dispositif était supplétif, de renvoyer prioritairement aux Droits étatiques plutôt qu'aux statuts.

33. Bien évidemment, il arrive que le Règlement abandonne tel ou tel point directement aux stipulations des statuts de la SE.

On peut citer quelques exemples.

- L'article 46-2 prévoit que les membres des organes peuvent être renommés une ou plusieurs fois. Mais il permet aux statuts d'être plus restrictifs.

- L'article 50 fixe les règles de quorum et de majorité dans les assemblées générales ordinaires : quorum de ½, majorité simple, voix prépondérante du président. Mais ce ne sont que des règles supplétives : les statuts peuvent en décider autrement.

Ce type de démarche est, toutefois, rare.

34. Dans la majorité des cas, lorsque le dispositif européen renvoie aux statuts, c'est aux statuts, certes, qu'il donne compétence, mais encadrés par le Droit de l'Etat membre du siège. Les exemples sont nombreux.

- Sur le point capital de savoir, dans le système dualiste, qui nomme le ou les membres de l'organe de direction, l'article 39-2 pose la règle selon laquelle ils sont nommés et révoqués par l'organe de surveillance. Ils ajoute, cependant, que les statuts peuvent décider qu'ils sont nommés par l'assemblée générale. Mais à une condition : que le Droit de l'Etat membre du siège de la SE admette cette possibilité.

- Toujours dans le système dualiste, l'article 39-4 dispose que le nombre des membres de l'organe de direction [ou les règles pour le déterminer] est [sont] fixé[es] par les statuts. Mais il précise aussitôt que le Droit de l'Etat membre du siège peut fixer un minimum et/ou un maximum. En ce qui concerne l'organe de surveillance, le Droit de l'Etat membre peut non seulement fixer un minimum et un maximum mais il peut même imposer un nombre fixe (art. 40-3).

- Quel que soit le système, les statuts peuvent (art. 47-3) fixer des conditions particulières d'éligibilité pour les membres qui représentent les actionnaires dans les organes. Mais uniquement « à l'instar » de ce qui est prévu par la loi de l'Etat membre du siège de la SE pour les SA locales.

- Selon l'article 47-1, ce sont les statuts qui définissent les modalités selon lesquelles une société ou une autre entité juridique peut être membre des organes d'une SE. Mais c'est seulement sous réserve que la loi de l'Etat membre du siège n'en dispose pas autrement.

- Sur le point – très central – de savoir quelles sont les limites des pouvoirs des organes de gestion, l'article 48-1 dispose que ce sont les statuts qui énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation de l'organe de surveillance [dans le système dualiste] ou à décision expresse de l'organe d'administration [dans le système moniste]. Mais l'article 48-2 ajoute qu'un Etat membre peut déterminer les catégories d'opérations devant au minimum figurer dans les statuts.

- Symétriquement, l'article 50 fixe la compétence de l'assemblée générale. Cette compétence est définie : a) sur certains points par le Règlement ; b) par le régime d'implication des travailleurs, mais, en outre, : a) par la loi de l'Etat membre du siège de la SE ; b) par les statuts, mais à condition que ce soit en conformité avec cette loi. Liberté statutaire, donc, mais très relative : uniquement à travers le Droit de l'Etat du siège tel qu'applicable aux SA locales.

A travers ces exemples, on voit bien que l'hommage rendu par le Règlement à la liberté statutaire n'est qu'indirect. Le résultat est que : si le Droit étatique du siège est très libéral et fait lui-même une large part à la liberté statutaire, le renvoi aboutit – en fait – à aller dans un sens libéral. Mais, à l'inverse, chaque fois que le Droit étatique du siège est plus impératif et a tendance à « cantonner » la liberté statutaire, le dispositif européen aboutit à appliquer le même « cantonnement » à la SE.

35. Il est permis de penser que c'est à regret que le législateur européen n'a pas été plus franchement dans le sens de la liberté statutaire. Deux indices sont en ce sens :

- Le 1<sup>er</sup> indice est la place des statuts dans la hiérarchie des normes de l'article 9 : la SE est régie, selon cette hiérarchie : a) par le Règlement européen ; b) par les statuts [directement]

lorsque le règlement l'autorise expressément. Pour l'immédiat, on l'a constaté, cela n'arrive pas souvent. Mais cela peut changer à l'avenir et c'est dans la perspective de ce changement possible que le Règlement a fait figurer le renvoi exprès et direct aux statuts au deuxième rang de la hiérarchie des normes.

- Le 2<sup>ème</sup> indice est l'article 69-2 qui dispose que, dans 5 ans, la Commission présentera un rapport au Conseil et au Parlement et que, dans ce rapport, elle devra examiner s'il ne convient pas d'autoriser les Etats membres à aller dans le sens d'une plus grande liberté statutaire dans le Droit de la SE, en prenant, au besoin, une législation différente pour les SE et pour les SA locales. On observe, toutefois, que même dans cette perspective d'ouverture à 5 ans, l'accroissement de la liberté statutaire continuera à dépendre du bon vouloir des Etats membres.

Et, en tout cas, présentement, le renvoi direct aux statuts n'est pas la démarche centrale du Règlement. Le choix de fond est celui d'un maintien affirmé du rattachement étatique.

## **II. LE MAINTIEN AFFIRME DU RATTACHEMENT ETATIQUE**

36. Le renvoi aux Droits étatiques pour déterminer le régime applicable à la SE peut prendre deux visages :

- Dans un certain nombre de cas, le Droit européen invite les Etats à faire preuve d'imagination, à ne pas transposer nécessairement leur Droit applicable aux SA locales, à inventer et à se doter d'un régime étatique, certes, mais spécifique aux SE ;

- Dans d'autres cas, plus nombreux, le Règlement européen renonce à cette spécificité.

Ayant posé, par les dispositions propres que nous avons relevées, les bases structurelles de la SE, il en aligne purement et simplement le régime sur celui des SA de l'Etat où la SE a son siège.

### **A./ Le renvoi à un régime étatique spécifique aux SE**

37. Le renvoi à un régime étatique spécifique aux SE revêt lui-même deux aspects :

- Les Etats membres se voient parfois reconnaître un « droit d'opposition ».

- Les Etats membres sont invités à se doter d'un Droit spécifique de la SE.

#### **1./ Les Etats membres se voient parfois reconnaître un « droit d'opposition »**

38. Les exemples de ce « droit d'opposition » reconnu aux Etats ne sont pas très nombreux.

Ils traduisent tous une sensibilité particulière des Etats à l'égard des SE intéressant ou susceptible d'intéresser positivement leur économie.

Le Règlement leur reconnaît dès lors un « droit d'opposition » pour des raisons « d'intérêt public » dont ils sont juges.

- Le 1<sup>er</sup> exemple est fourni par le régime de la constitution d'une SE par fusion. L'article 19 prévoit que la législation d'un Etat membre pourra prévoir qu'une société [promotrice] relevant du Droit de cet Etat ne pourra pas participer à la constitution d'une SE par fusion si une « autorité compétente » de cet Etat s'y oppose pour une raison d' « intérêt public » avant la délivrance du « certificat concluant ».

- Le 2<sup>ème</sup> exemple concerne le transfert du siège d'une SE d'un Etat membre à l'autre. Le Règlement prévoit que la législation d'un Etat membre peut prévoir que le transfert du siège d'une SE immatriculée sur son territoire vers un autre Etat membre – dont résulterait un

changement de Droit [étatique] applicable – ne prend pas effet si dans un délai de deux mois après la publication du projet, une « autorité compétente » de cet Etat s’y oppose pour une raison d’ « intérêt public ».

Que faut-il entendre par raison d’ « intérêt public » ? Ce peut être un intérêt de sécurité, de défense. Lorsque les Etats ont obtenu que ces règles soient insérées dans le Règlement, ils avaient également sûrement en tête leurs intérêts financiers, en particulier fiscaux.

Dans le 1<sup>er</sup> comme dans le 2<sup>ème</sup> exemple, l’opposition formulée par l’autorité compétente de l’Etat devra être susceptible d’un recours devant l’autorité judiciaire.

En dehors de ces prérogatives « régaliennes », les Etats sont, par ailleurs, invités par un certain nombre de dispositions du Règlement à se doter de règles spécifiques aux SE.

## 2./ Les Etats sont invités à se doter d’un Droit spécifique de la SE

39. Ce Droit spécifique de la SE que va devoir élaborer le législateur de chaque Etat membre comportera deux type de normes :

- Le régime juridique dont chaque Etat va devoir se doter pour transposer la Directive de 2001 relative à l’implication des travailleurs :

- Le régime juridique dont chaque Etat peut décider de se doter sur les sujets laissés à son initiative par le Règlement relatif à la SE.

### **a – Régimes étatiques élaborés pour transposer la Directive de 2001 relative à l’implication des travailleurs.**

40. Ce régime juridique correspond à un premier ensemble de règles spécifiques à la SE qui s’impose avec évidence. Ce sont toutes les règles que les Etats membres vont devoir mettre au point pour transposer dans leurs Droits la Directive européenne du 8 octobre 2001 sur l’implication des travailleurs. Par définition même, cette Directive – aussi précise soit-elle – ne contient pas de dispositions destinées à régir directement les SE sans le truchement de la transposition étatique. Elle va, par nature, obliger les Etats à élaborer une législation qui sera, nécessairement, propre aux SE.

C’est un secteur dans lequel, on le sait, le rattachement législatif pose un problème particulièrement épineux en raison du caractère ultra sensible du sujet et de la profondeur des différences entre les législations des Etats européens. De la simple « information » des travailleurs à la « participation » de leurs représentants dans les organes des SA, en passant par les procédures de « consultation », le spectre était et demeure très ouvert.

La Directive met en place un mécanisme complexe [qui sera exposé en détail par un autre rapport] et dont les traits essentiels sont : le principe « avant-après » et le « « groupe de négociation » parallèle à la constitution de la SE, Tout est fait pour qu’il débouche sur un accord. Faute d’accord, la Directive invite les Etats à imposer un « dispositif de référence » exigeant, donc propice à encourager l’accord.

Lors du compromis de Nice (décembre 2000), une importante dérogation a été introduite. La directive admet qu’en cas de constitution de la SE par fusion, un vote de 2/3 des représentants des travailleurs pourra imposer la participation dans la SE lorsque, dans les sociétés promotrices, 25% en bénéficiaient avant. Mais les Etats pourront décider de ne pas transposer cette norme de la Directive. En ce cas, la SE ne pourra pas être immatriculée dans cet Etat.

En dehors de cette dérogation, il faut reconnaître que les Etats ont peu de latitude. La Directive est très précise.

Tout, cependant ne leur est pas imposé. Les rédactions des lois de transpositions pourront comporter un certain nombre de différences. Par exemple : sur la question de savoir s’il sera

possible de faire participer au groupe de négociation des syndicalistes extérieurs aux sociétés participant à l'opération.

Conformément à la ligne générale qui est la sienne, le législateur européen dispose (art. 6 et art. 7 de la Directive) que la loi applicable à la procédure de négociation et la loi qui devra contenir le « dispositif de référence » sera la loi de l'Etat membre du siège de la future SE.

41. Il nuance, toutefois, cette règle générale de conflit par quelques règles adjacentes.

L'article 10 de la Directive dispose que la loi applicable aux dispositions de protection des travailleurs – telles que, par exemple, la protection spéciale des travailleurs désignés pour siéger dans les organes – sera constituée, d'abord pour le « groupe de négociation », puis pour les organes de la SE elle-même, par « les lois et pratiques » en vigueur dans leur pays d'emploi.

Les articles 11 et 12 de la Directive donnent aux Etats membres – en dehors du critère du siège proprement dit – une sorte de compétence générale pour veiller à ce que la constitution ou le fonctionnement d'une SE ne débouche pas sur un déficit de protection pour les salariés.

L'article 11 dispose que les Etats membres doivent prendre toutes « mesures appropriées » pour éviter les détournements de procédure, c'est à dire la création d'une SE qui aurait pour seul but de priver les salariés de leurs droits en matière d'implication des travailleurs.

L'article 12 commande, lui, aux Etats membres de prendre toutes « mesures appropriées » [en particulier, de veiller à l'existence de procédures administratives ou judiciaires] pour que les responsables des établissements ou des filiales d'une SE, les représentants des travailleurs et les travailleurs eux-mêmes respectent bien – chacun à son échelon – toutes les règles sur l'implication des travailleurs « que la SE ait ou non son propre siège sur son territoire ».

Voilà donc tout un bloc de législation spécifique à la SE – considérable – que l'interprète devra rechercher non dans un document européen, mais dans le Droit des Etats membres

Un deuxième ensemble de règles spécifiques à la SE devra être recherché dans les Droits des Etats membres est constitué par toutes les dispositions pour lesquelles le Règlement européen, soit commande, soit permet, aux Etats membres de prendre de telles règles.

## **b – Régimes étatiques spécifiques élaborés en application du Règlement**

42. Les Etats sont habilités ou invités par le Règlement à élaborer leur propre Droit des SE sur de nombreux sujets.

Ils le feront de deux façons :

– tantôt ils élaboreront des règles véritablement propres aux SE.

– tantôt ils adapteront aux SE les règles qu'ils appliquent à leurs SA locales – pour les assouplir ou pour les durcir selon la politique propre qu'ils souhaitent appliquer aux SE.

Ces deux modalités techniques sont souvent employées l'une et l'autre à propos du même sujet.

Les sujets sur lesquels le Règlement délègue ainsi expressément aux Etats l'élaboration d'une règle par nature « européenne » sont très divers.

On en retiendra un certain nombre d'exemples :

- 1<sup>er</sup> exemple : La protection des actionnaires minoritaires au moment de la constitution de la SE ou au moment du transfert du siège de la SE d'un Etat membre à un autre. Il s'agit, dans le premier cas, des actionnaires minoritaires des sociétés promotrices qui envisagent de se fusionner ou de créer une holding pour constituer une SE et, dans le second, d'une SE qui déciderait de transférer son siège d'un Etat membre à un autre. Le Règlement, dans les trois cas (art. 24-2 pour la fusion ; art. 34 pour la holding ; art. 8-5 pour le transfert de siège), use de la même formule. Il permet aux Etats membres [du siège de la société promotrice dans les

deux premiers cas ; du siège de la SE dans le troisième] de prendre toutes dispositions destinées à assurer une « protection appropriée » aux actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion, contre la création d'une holding ou contre le transfert de siège. Il laisse donc une assez large marge d'invention aux législateurs des Etats membres, tout en leur imposant une obligation de résultat.

- 2<sup>ème</sup> exemple : la protection des créanciers en cas de transfert de siège. Le Règlement (art. 8-7) se borne à énoncer, ici encore, une obligation de résultat : il faudra que les Droits des Etats membres prévoient en pareil cas une « protection adéquate » des créanciers. A chaque Etat membre d'imaginer et de mettre en place la protection qu'il jugera appropriée. En principe, cela ne devrait concerner que les créances antérieures à la publication du projet de transfert. Mais le règlement prévoit qu'un Etat membre pourra étendre cette protection aux créances postérieures à la publication du projet de transfert pourvu qu'elles soient nées (ou susceptibles de naître) avant le transfert. Ce qui serait déjà un « durcissement » de la règle. Le Règlement fait, surtout, une autre concession aux Etats soucieux de protéger les intérêts de leur administration fiscale, de leur Sécurité sociale ou de leurs autres entités publiques. Les Etats pourront, pour ces créanciers puissants et prioritaires, renforcer la protection au delà du niveau de la « protection adéquate » dont bénéficieront les autres créanciers. Ils pourront aller jusqu'à prescrire le « désintéressement » [en d'autres termes : de payer l'intégralité de la dette avant le transfert, même si le terme n'est pas échu] ou une « garantie de paiement » [telle que le séquestre de l'argent nécessaire]. C'est aller très loin dans le sens de la délégation laissée aux Etats de formuler la règle européenne.

- 3<sup>ème</sup> exemple : Les conditions de vote de l'assemblée générale d'une SA qui entend se transformer en SE. C'est le Droit de l'Etat membre du siège de la SA qui se transforme qui fixera la majorité à laquelle l'assemblée générale de la SA devra adopter le projet de transformation. Il pourra décider que ce sera à la même majorité que les SA locales lorsqu'elles se transforment en Droit interne en un autre type de société. Il pourra aussi exiger une majorité qualifiée plus exigeante. Ce sera le cas si l'Etat concerné témoigne d'une certaine méfiance à l'égard du modèle de la SE. Il pourra même aller – lorsque la SA qui veut se transformer en SE est dotée d'un régime de participation des travailleurs – aller jusqu'à exiger l'unanimité de l'organe au sein duquel les représentants des travailleurs sont appelés à voter.

- 4<sup>ème</sup> exemple : Les règles de quorum et de majorité applicables dans les assemblées générales des SE pour les modifications de statuts. Le Règlement (art. 59) pose simplement une règle de majorité qualifiée : celle des 2/3. Mais, comme on aura l'occasion de le redire, cette règle est supplétive. Si le Droit de l'Etat membre du siège de la SE exige, pour les SA locales, une majorité plus élevée – donc plus protectrice des intérêts des actionnaires minoritaires – c'est la règle du Droit local qui l'emporte. Toutefois, un Etat membre pourra – par une règle qui sera, elle, propre aux SE – prévoir que lorsque la modification de statuts aura été votée avec un quorum de 1/2, une majorité simple suffira.

43. Comme on le voit, le Règlement, lorsqu'il prend des dispositions telles que celles que l'on vient de citer, renvoie à des règles européennes [particulières aux SE] que les Etats membres sont habilités ou invités à imaginer et qui seront propres à « leurs » SE. C'est ce qui a fait dire à certains observateurs que l'on serait en présence, non pas d'un modèle sociétaire européen, mais d'un modèle par Etat. On aura un modèle sociétaire européen français, un

modèle allemand, un modèle italien etc <sup>7</sup> D'autres commentateurs préfèrent parler d'un modèle de SE « à variation nationale » <sup>8</sup>.

Cette méthode n'est utilisée, toutefois, que pour des dispositions bien particulières dont on a cité les principales. La méthode d'usage général sera de renvoyer purement et simplement au Droit commun des SA locales.

## **B./ Le renvoi au Droit commun des SA locales**

44. Le renvoi au Droit commun des SA locales peut revêtir deux aspects :

- Au stade de la création de la SE, le renvoi sera opéré le plus fréquemment au Droit commun des SA locales de l'Etat du siège des sociétés promotrices.

- En ce qui concerne la SE déjà créée, le renvoi s'opérera, bien entendu, au Droit des SA locales de l'Etat du siège de la SE elle-même.

### **1./ Le renvoi au Droit commun des SA locales de l'Etat du siège des sociétés promotrices**

45. Lorsque le Règlement pose les règles applicable à la création d'une SE, il renvoie, chaque fois qu'il le peut, aux Droits étatiques du siège des sociétés promotrices. Cela se comprend aisément. D'une part, cela est conforme à la ligne générale que s'est tracée le législateur européen. D'autre part, c'est tout naturel. Tant que la SE n'est pas créée, le champ est occupé par les sociétés promotrices qui sont des sociétés locales. Autant les faire fonctionner – y compris lorsqu'elles créent une SE – selon leur propre Droit.

On le constate dans l'aménagement de chacun des quatre modes de constitution.

- Fusion : Comme on l'a rappelé ci-dessus, s'agissant de la constitution de la SE par fusion, le Règlement était obligé de prendre des dispositions détaillées car, faute de la 10<sup>ème</sup> Directive [juridique] sur les fusions transfrontalières, les Droits des Etats membres sont insuffisants sur le sujet. Néanmoins, on relève que, chaque fois que cela lui paraît approprié, le Règlement renvoie aux Droits des Etats du siège des sociétés fusionnantes : pour les formalités de publicité (art. 28) ; pour les mesures de protection des créanciers, des obligataires, des porteurs de titres spéciaux autres que les actions (art. 24-1) ; pour le contrôle de légalité (art. 25-1) ; pour les formalités qui conditionnent l'opposabilité aux tiers des transferts de biens, de droits et d'obligations (art. 29-3). Et, de toutes façons, ces dispositions particulières sont couvertes par une « disposition balai », une règle de « renvoi global » (art. 18) : « pour les matières non couvertes par la section 2 [consacrée par le Règlement à la constitution de la SE par fusion] ou lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts, chaque société participant à la constitution d'une SE par voie de fusion et soumise aux dispositions du Droit de l'Etat membre dont elle relève qui sont applicables aux fusions ».

- Holding : Le Règlement est moins précis. Il formule un renvoi explicite aux Droits des Etats membres des sociétés promotrices à propos de la publicité (art. 32-3) (art. 33-3) et à propos de la procédure d'expertise (art. 32-4). Le renvoi global pour les matières non couvertes est implicite.

- Filiale : En ce qui concerne la constitution d'une SE par création de filiale commune, le Règlement est bref. La règle européenne se résume (art. 36) à une disposition de renvoi global : on applique aux sociétés promotrices leur Droit local.

<sup>7</sup> V. J. Boucourechliev, *Les voies de l'Europe des sociétés*, JCP E 1996, I, 560.

<sup>8</sup> M. Menjucq, *La société européenne*, Rev. Soc. 2002, p. 225. M. G. Blanc emploie l'expression de « sociétés nationales à caractère européen » in : *La société européenne, la pluralité des rattachements en question*, D 2002, p. 1052.

- Transformation : Le Règlement contient quelques dispositions spécifiques, mais pour l'essentiel : publicité (art. 37-5) ; expertise (art. 37-6) ; vote de l'assemblée générale (art. 37-7). Le réflexe est le même : appliquer le Droit local propre à la société qui se transforme. Cette méthode du renvoi systématique ou du renvoi global aux Droits étatiques des Etats membres va également se rencontrer de manière très générale une fois la SE créée pour déterminer le régime qui lui sera applicable.

## 2./ Le renvoi au Droit local de l'Etat du siège de la SE

46. Le renvoi au Droit local de l'Etat du siège de la SE pour déterminer le régime qui lui sera applicable est, en réalité, une règle de principe.

L'article 9 c) la formule comme un principe général de solution de conflit.

Quand il n'en est pas disposé autrement, c'est à dire quand il n'y a pas dans le Règlement une norme différente, la SE sera considérée, en règle générale, comme une SA relevant du Droit de l'Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège.

A la limite, le Règlement aurait pu se contenter de poser ce principe. L'interprète aurait, ainsi, été muni d'une règle simple. Ne trouvant pas de règle particulière dans le Règlement, il lui aurait suffi de consulter le Droit des sociétés de l'Etat membre du siège et il aurait appliqué à la SE la règle valable pour les SA locales.

Les auteurs du règlement, cependant, ne se sont pas contentés de cette règle simple qui aurait permis d'alléger encore son dispositif. Pourquoi ? Ils ont sans doute pensé que leur texte n'aurait pas la majesté convenable.

Et ils reprennent, méthodiquement, les principaux problèmes que posent : la constitution, le fonctionnement, la comptabilité, la dissolution, la liquidation d'une SA pour les traiter ou pour les évoquer à propos de la SE.

Quitte à conclure, presque invariablement, que la solution doit être cherchée dans le Droit des SA locales de l'Etat où la SE a implanté son siège.

Ce renvoi systématique au Droit commun des SA locales de l'Etat du siège est, selon les cas, opéré selon deux techniques différentes.

47. Selon une première technique, l'application du Droit commun des SA locales ne sera pas automatique. Il y faudra une disposition formelle du Droit de l'Etat membre du siège qui viendra dire – expressément – que, sur l'invitation du Droit européen, il règle tel sujet touchant aux SE par la disposition correspondante de son Droit commun des SA.

Cela suppose que le Règlement européen ne soit pas muet sur le sujet. Il se s'est exprimé en posant une règle. Mais, point capital, il n'est que supplétif. Il propose sa solution. Mais tout Etat membre sera libre : non d'inventer une solution, mais – plutôt que d'appliquer la règle européenne - d'étendre à « ses » SE la solution que prévoit son propre dispositif local pour « ses » SA.

Cette première technique concerne un petit nombre de sujets précis.

- 1<sup>er</sup> exemple : La périodicité de l'assemblée générale de la SE. Le règlement pose une règle de Droit européen : au moins une fois par an. Mais il rend sa règle partiellement supplétive en décidant que si l'Etat du siège prévoit une fréquence supérieure pour tel ou tel type de SA locale exerçant tel ou tel type d'activité, il faudra appliquer cette règle locale aux SE.

- 2<sup>ème</sup> exemple : La règle de majorité des délibérations ordinaires de l'assemblée générale. Ici, encore, le Règlement pose une règle supplétive. C'est la règle – très habituelle – de la majorité simple des voix valablement exprimées. Mais cette règle est supplétive. Elle cède le pas chaque fois que le Droit étatique local de l'Etat du siège, par telle ou telle disposition applicable aux SA locales, requiert une majorité plus élevée.

48. La deuxième technique du renvoi aux Droits locaux des Etats membres du siège consiste, pour le Règlement, à ne même pas se soucier de poser une règle supplétive. Il évoque le sujet. Et il se borne à dire : « pour ce point précis ou pour cet ensemble de questions, le Droit européen renvoie directement et en bloc au Droit étatique applicable aux SA locales dans l'Etat du siège de la SE ». Le régime juridique applicable à la SE sera, pour ce sujet ou pour cet ensemble de problèmes, de plein droit, la législation locale sur les SA.

Les dispositions de ce type dans le Règlement sont, à la fois, très nombreuses et très larges. Le Règlement passe en revue les principaux chapitres du Droit des SA et, à chaque fois, pan par pan, le Droit européen se démet et renvoie au Droit local des Etats membres.

Les exemples sont très nombreux.

- 1<sup>er</sup> exemple : Tout ce qui concerne le capital – en dehors du montant minimum. Toutes les règles sur le maintien du capital, les modifications de capital, le régime des actions, le régime des obligations, le régime des autres catégories de titres sont (art. 5) à rechercher dans le Droit de l'Etat membre du siège applicable aux SA locales.

- 2<sup>ème</sup> exemple : La constitution de la SE (art. 15) – si l'on met à part les dispositions propres à chacun des quatre modes spécifiques de création - est toute entière régie par le Droit étatique du siège applicable aux SA locales.

- 3<sup>ème</sup> exemple : En ce qui concerne la composition des organes, les incompatibilités, les incapacités sont définies par le Droit étatique du siège de la SE applicable aux SA locales. L'article 47-2 du Règlement dispose que ne peuvent être membres d'un organe de SE ou représentant d'une société au sein d'un organe de SE les personnes qui, selon le Droit étatique du siège de la SE ne peuvent pas être membres de l'organe d'une SA locale.

- 4<sup>ème</sup> exemple : Un autre point relatif aux organes de la SE concerne les droits qui peuvent être accordés par le Droit de l'Etat du siège de la SE à une minorité d'actionnaires, ou à d'autres personnes, ou à d'autres autorités, de nommer une partie des membres des organes d'une SA locale. Le Règlement dispose (art. 47-4) que les mêmes droits seront reconnus dans chaque Etat membre pour les SE.

- 5<sup>ème</sup> exemple ; Le vaste et sensible domaine de la responsabilité des dirigeants à l'égard de la SE et, lui aussi, l'objet d'un renvoi global au DE du siège de la SE applicable aux SA locale. L'article 51 prévoit que les membres des organes de direction, de surveillance [régime dualiste] ou d'administration [régime moniste] de la SE répondent du préjudice subi par la SE du fait de la violation de leurs obligations selon le Droit de l'Etat du siège applicable aux SA locales.

- 6<sup>ème</sup> exemple : Les règles de convocation de l'assemblée générale. L'article 54-2 dispose que l'assemblée générale est convoquée par l'organe de direction, de surveillance [régime dualiste] ou d'administration [régime moniste] ou par toute autre autorité compétente conformément à la loi de l'Etat du siège applicable aux SA locales.

- 7<sup>ème</sup> exemple : Il en est de même (article 51) pour l'organisation de l'assemblée générale, pour son déroulement, pour les procédures de vote etc...

- 8<sup>ème</sup> exemple : C'est également très largement par renvoi global aux Droits étatiques des Etats membres tels qu'applicables aux SA locales que le règlement traite du sujet actuellement très sensible des règles applicables aux comptes de la SE : comptes sociaux et comptes consolidés ; comptes annuels, rapport de gestion, contrôle des comptes, publicité, qu'il s'agisse des SE de Droit commun (art. 61) ou des SE qui se constitueront dans les secteurs de la banque ou de l'assurance (art. 62). Cette question du Droit applicable, selon les cas de figure, aux comptes de la SE est l'objet de précisions importantes dans le préambule du Règlement. Le point 15 du Préambule précise que, eu égard au rapprochement effectué par la 4<sup>ème</sup> Directive concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés et la 7<sup>ème</sup>

Directive, concernant les comptes consolidés, les dispositions de ces Directives peuvent être rendues applicables aux SE tout en leur laissant le choix entre les options offertes par ces dispositions.

9<sup>ème</sup> exemple : Toutes les questions, enfin, relatives à la dissolution et à la liquidation de la SE, liées ou non à sa déclaration d'insolvabilité, sont, elles aussi, renvoyées à la loi qui s'appliquerait à une SA de l'Etat membre du siège (art. 63).

49. La formule que l'on vient de noter à la lecture de l'article 63 du Règlement met en lumière un aspect très important du renvoi par le Droit européen aux Droits étatiques du siège applicables aux SA locales. Il s'agit de la question de savoir comment déterminer la loi applicable à une SE lorsque l'on se trouve face à une question pour laquelle le Droit des sociétés [en l'occurrence, le Droit des sociétés de l'Etat du siège applicable aux SA locales] est susceptible d'entrer en conflit avec un autre Droit.

Cette question est partiellement traitée dans le Préambule du Règlement.

Les considérants 16 et 17 du Préambule la traitent pour le sujet particulier de la protection des actionnaires minoritaires et des tiers dans les groupes de sociétés, par exemple en matière d'établissement des comptes consolidés. Le point 16 rappelle que les « principes généraux du Droit international privé », lorsqu'une entreprise contrôle une autre entreprise relevant d'un ordre juridique différent, ses droits et obligations en matière de protection des actionnaires minoritaires et des tiers sont régis par le Droit dont relève l'entreprise contrôlée, sans préjudice des obligations auxquelles l'entreprise qui exerce le contrôle est soumise en vertu des dispositions du Droit dont elle relève. Le considérant 17 précise que ces principes sont applicables aussi bien dans le cas où la SE exerce le contrôle que dans le cas où la SE est la société contrôlée.

Le considérant 21 du préambule fournit, lui, une règle d'interprétation générale.

Il rappelle qu'en Droit international privé, le domaine d'application du Droit des sociétés connaît un certain nombre de limites et doit, sur certaines questions, céder le pas à l'application d'une loi désignée selon un autre critère de rattachement que celui qui préside au choix de la loi applicable en matière de sociétés proprement dit. Et le préambule (considérant 21) cite : « la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle ou l'insolvabilité ». La règle qu'il pose est formulée en termes assez généraux. Dans ces domaines, dispose-t-il (considérant 21), et dans les autres domaines non couverts par le Règlement, sont applicables : le Droit des Etats membres et le Droit communautaire. La meilleure façon d'entendre cette indication du préambule est d'appliquer aux problèmes de conflit de lois la ligne générale du Règlement : pour déterminer, en cas de conflit de lois, la loi applicable à une SE, il convient de faire application du Droit international privé de l'Etat membre où est situé son siège, exactement comme on le ferait pour une SA relevant du Droit de cet Etat membre. C'est à ce Droit international privé étatique que l'on demandera de qualifier. Et l'on appliquera sa règle de conflit sur la base de cette qualification pour donner compétence, soit à la *lex societatis*, soit à une autre loi étatique.

Sauf l'allusion contenue dans le considérant 21 du préambule, le Règlement est muet sur le régime fiscal de la SE. Les interprètes en déduisent que la SE est soumise aux législations fiscales étatiques qui s'appliquent aux SA relevant de leur fiscalité.

Au total, le mode de solution des problèmes de conflit de lois que peut soulever la SE sont une nouvelle illustration du renvoi global par le législateur européen vers les Droits étatiques.

50. Cette succession de renvois globaux s'ajoutant à la règle de principe selon laquelle le Droit étatique de l'Etat du siège d'une SE a une vocation générale pour régir tout ce qui n'est

pas réglé par le Droit européen fait que, dans la réalité concrète de la vie des SE, les Droits étatiques joueront un rôle considérable.

Compte tenu des dissemblances qui – en dépit de l'effet d'harmonisation des Directives – subsiste entre les Droits des sociétés des Etats membres, les SE présenteront, d'un Etat membre à l'autre, des différences significatives et offriront beaucoup de similitudes avec les SA de Droit commun.

Tel est le choix : le « minimum » nécessaire – et il est loin d'être négligeable – pour assurer à la SE un rattachement européen, le « maximum » diplomatique pour ne pas rompre son « enracinement » étatique.

\*  
\* \*

## **CONCLUSION**

51. Si l'on dresse le bilan, que voit-on ?

- 1°. On débouche clairement sur une dualité, voire sur une pluralité de rattachements – notamment législatifs.

- 2°. Cela va donner un travail difficile de coordination - d' « épissure » - aux législateurs étatiques. Ils vont devoir, dans chaque Etat membre, construire un Droit propre pour « leurs » SE. Ce Droit étatique de la SE sera fait de pièces diverses. Les législateurs étatiques marqueront une distance variable entre le Droit de la SE de l'Etat concerné et le Droit européen de la SE [composé du Règlement et de la Directive] mais devront les coordonner étroitement avec ce dernier. Ils devront, d'autre part, préciser la distance, également variable, entre le Droit étatique de la SE et le Droit applicable aux SA locales. Ce sera un travail délicat car la « feuille de route » fournie par le Règlement n'est pas toujours limpide.

- 3°. Le Droit de la SE dans son ensemble, ainsi composé d'un bloc communautaire [le Règlement et la Directive] et de 15 Droits étatiques différents, offrira des dissemblances. Ces dissemblances seront un facteur de complication. Elles se prêteront éventuellement au « *Law shopping* ». Elles atténueront un peu la portée du grand dessein défini par le considérant n° 2 du préambule : « créer un cadre juridique uniforme dans lequel les sociétés des différents Etats membres devront être en mesure de planifier et de mener à bien la réorganisation de leurs activités à l'échelle de la Communauté ».

Ce grand dessein n'est aucunement remis en cause pour autant.

La relative complexité qui résulte de la pluralité des rattachements de la SE était le prix à payer pour qu'elle voie le jour.

Les avantages l'emportent largement sur les inconvénients.