

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

## La *Societas europaea*

**Reinhard DAMMANN**  
Avocat à la Cour

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

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

Commençons par le caractère contractuel.

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

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

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

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

Une question reste non résolue : les franchissements de seuils.

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

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

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

Qu'est-ce que la mobilité des sociétés ? La mobilité des sociétés signifie que vous pouvez librement choisir votre droit applicable à travers l'immatriculation de votre société. Ainsi ancrée, en quelque sorte, dans le droit national, votre société ne flotte pas dans l'ordre juridique supra

national. Pour des raisons de logique contractuelle, il me semble important que les acteurs économiques puissent choisir librement le droit applicable à une société et qu'ils puissent en changer. C'est-à-dire changer le siège statutaire d'un pays à l'autre. Si vous regardez le principe de la société européenne, vous pouvez le faire, mais vous êtes obligés de déménager votre administration centrale. Est-ce cohérent par rapport aux jurisprudences communautaires ? La réponse est non. La jurisprudence communautaire, comme cela a été rappelé avant moi, a indirectement, mais clairement, condamné la notion de siège social réel en droit international privé. Ce qui veut dire qu'aujourd'hui, si vous appliquez la jurisprudence communautaire, un État membre ne peut pas opposer la théorie du siège social réel pour empêcher une société de bouger.

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

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

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

comme modèle et comme instrument de mobilité des sociétés, notamment au sein d'un groupe, se mette à la hauteur des enjeux et garde cette attractivité qu'elle a aujourd'hui pour des acteurs économiques importants.