

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

La *Societas Privata Europaea*

Dietmar HELMS
Rechtsanwalt, Baker & McKenzie (Frankfort)

Mesdames et Messieurs,

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

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

I – La SPE dans le paysage économique et juridique allemand

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

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

Si on demande à ces entreprises pourquoi elles n'optent pas pour des agents de commerce ou des succursales, elles répondent, en majorité, qu'elles préfèrent avoir une filiale sur place, très souvent organisée sous forme d'une SARL de droit local, c'est-à-dire une société qui leur offre la personnalité juridique ainsi que la responsabilité limitée. Avoir des filiales facilite, en outre, le traitement fiscal et permet d'éviter une potentielle double taxation.

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

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

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

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

II – Le fait européen

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

En outre, l'idée fondamentale du marché unique est que franchir une frontière à l'intérieur de ce marché ne doit pas créer des coûts supplémentaires. La SPE contribue donc à la réalisation de ce marché unique parce qu'elle permet de réduire les coûts de création et d'opérations des filiales étrangères comme notre cabinet l'a récemment démontré dans une étude relative aux honoraires juridiques liés à la création des filiales transfrontalières.

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

III – Le droit applicable

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

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

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