

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

La *Societas Privata Europaea*

Federico PERNAZZA

Professeur à l'Université La Sapienza (Rome), Avocat au Barreau de Rome

Ce n'est pas un hasard si, alors que la proposition de règlement sur la SPE va bientôt être publiée, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris se fait le chantre des instruments de mobilité des entreprises en Europe. En effet la CCIP peut être considérée comme la mère de la SPE ; bien sûr, pas comme la « mère naturelle », puisque le long processus de gestation a été suivi par les institutions communautaires compétentes, mais plutôt comme la « mère génétique ». La proposition de règlement (1) dispose, en effet, d'un ADN ou, plus explicitement, de caractéristiques juridiques qui figuraient déjà dans une étude du CREDA de 1973 intitulée « Pour une SARL européenne » (2) dont les grandes lignes ont été reprises en 1997, dans un nouvel ouvrage du CREDA : « Propositions pour une société fermée européenne » (3).

Ce sont ces caractéristiques génétiques, renforcées par les progrès de la législation et de la jurisprudence communautaire en droit des sociétés, qui permettent de prévoir raisonnablement que l'utilisation de la SPE sera plus large que celle des autres modèles d'organisation communautaires (GEIE, SE, SCE). Bien entendu, l'importance de l'introduction des modèles d'organisation communautaires ne doit pas être mesurée seulement sur la base du nombre d'immatriculations, parce qu'il faut également considérer les effets indirects sur les dispositions nationales, qui ont été quelquefois surprenants (V. par exemple, les conséquences sur le droit sociétaire allemand de l'introduction de la SE et de la jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement). Pour la SPE, néanmoins, si elle reste, dans sa configuration finale, fidèle au texte de la proposition, on peut penser que l'effet direct mesuré en termes d'immatriculations sera non négligeable.

Parmi les aspects les plus importants qui le laisse présager, on peut énumérer : la vaste sphère d'application ; les sources juridiques ; les prérogatives concernant l'établissement et la circulation ; l'étendue des modalités d'accès ; l'efficacité économique et administrative ; la flexibilité d'organisation. Seules quelques unes de ces caractéristiques seront abordées ici.

(1) La proposition de règlement a été adoptée par la Commission dans le cadre de l'ensemble de mesures en faveur des PME, dénommé "Small Business Act for Europe – (SBA)" présenté par le Président Barroso le 25 juin 2008. Ses lignes directrices ont toutefois été dévoilées avec un peu d'avance et sont la base de la présente intervention. Pour de plus amples informations : http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba_fr.htm.

(2) *Pour une SARL européenne*, sous la dir. de J. Boucourechliev, CREDA, PUF, 1973.

(3) *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la dir. de J. Boucourechliev, CREDA, OPOCE, 1997.

Sa large sphère d'application est peut-être sa caractéristique la plus importante, notamment dans la perspective d'une comparaison entre ce nouveau modèle communautaire et certains modèles nationaux, avec lesquels il entrera fatalement en compétition.

La SPE s'adresse, de fait, à toutes les organisations européennes d'entreprise qui ont l'intention de s'organiser en société dotée de la limitation de responsabilité et d'un capital réparti en actions, sans faire appel public à l'épargne. D'ailleurs, cette dernière perspective n'est pas exclue, puisque la SPE peut être transformée en SE ou en un modèle national qui autorise l'accès aux marchés financiers.

De plus, bien que la SPE ait été conçue comme un modèle dédié aux petites et moyennes entreprises, en réalité, son champ d'application s'étend aussi aux grandes entreprises fermées et aux sociétés faisant partie d'un groupe comprenant également des sociétés cotées, à condition que les titres circulant sur les marchés financiers ne soient pas émis par la SPE.

On ne peut pas cacher que les systèmes nationaux proposent de nombreux modèles de sociétés qui ont comme « cible » le même type d'organisation d'entreprise. Depuis longtemps, selon diverses approches, la législation des sociétés anonymes a été rendue plus flexible pour répondre aux exigences des petites et moyennes entreprises qui ne font pas appel public à l'épargne : la SAS française, la *kleine AG* allemande, la réforme de 2003 de la *S.p.A* italienne et, dernièrement, la *Private Limited Company*, avec le *Companies Act* anglais de 2006, en sont les principaux exemples. Dans certains pays, d'autres modèles sociétaires, compte tenu de leur diffusion, peuvent rivaliser avec la SPE : il s'agit de types de sociétés fermées, dotées de la responsabilité limitée, mais qui n'émettent pas d'actions (en particulier, la *GmbH* allemande et la *S.r.l.* italienne, qui ont fait l'objet de récentes modifications législatives, précisément dans le but de les rendre plus efficaces et flexibles). Les particularités de la SPE doivent donc être évaluées parallèlement à celles des modèles nationaux avec lesquels elle rivalise.

a) Le premier aspect de comparaison est constitué par **les sources juridiques applicables** respectivement à la SPE et aux types de sociétés nationales.

La proposition de règlement de la SPE distingue clairement, à l'article 4, les matières dans lesquelles trouvent application le Règlement et l'acte constitutif (énumérées à l'annexe I) et les autres matières régies par les normes nationales du pays où est enregistrée la société. Le système peut apparaître plus complexe que celui qui s'applique aux sociétés « purement » nationales. En réalité, la jurisprudence de la Cour de justice montre la nécessité, pour les sociétés nationales, de prendre en considération les sources communautaires, outre les dispositions nationales d'application des directives. Le concours de sources est donc désormais un élément commun à tous les types de sociétés, nationales et communautaires, et ne peut pas être considéré comme une problématique propre à ces dernières. Par ailleurs, la répartition des matières prévues par la SPE apparaît plus simple que la solution adoptée par la SE qui, en faisant référence à l'acte constitutif pour les matières énumérées dans l'annexe I,

créé un risque de lacunes que seule une pratique consolidée de l'organisation en charge du contrôle lors de la constitution pourra limiter. Il reste cependant à vérifier si le contrôle lors de l'enregistrement prévu à l'article 10 concerne également l'intégralité de l'acte constitutif, à savoir l'existence de tous les éléments prévus à l'annexe I, rappelés à l'article 8.

b) Le second aspect concerne **la liberté d'établissement primaire et secondaire**. Suite à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'arrêt *Centros*, il s'est créé une situation contradictoire : la société communautaire par excellence, la SE, subit des limitations à la liberté d'établissement supérieures à celles des sociétés nationales, en vertu de l'obligation d'avoir le siège enregistré dans le pays où se trouve son administration centrale. Ce paradoxe est résolu avec la SPE, qui, selon l'article 7 de la proposition de règlement, doit avoir son siège statutaire et son administration centrale dans l'Union européenne, mais il n'est pas nécessaire que l'administration centrale, ou le siège principal d'activité, soit dans le pays d'immatriculation.

c) Une observation analogue peut être faite quant à la **constitution**. Tout d'abord, la SPE n'est pas assujettie à la condition de transnationalité qui caractérise le GEIE, la SE et la SCE : elle est donc utilisable comme n'importe quelle société nationale. De plus, toutes les formes de constitution propres aux sociétés nationales, même unilatérales, sont admissibles.

d) Jusqu'ici la SPE présente donc des **caractéristiques** comparables, pour l'essentiel, à celles des sociétés avec lesquelles elle pourra rivaliser. D'ailleurs, quelques autres aspects de réglementation pourraient rendre la SPE plus attractive que certaines sociétés nationales utilisées par le même type d'entreprise.

Quelques exemples :

– La proposition de règlement entend simplifier la procédure de constitution et de modification de l'acte constitutif. Les États membres sont donc tenus de mettre en œuvre le règlement en effectuant un contrôle administratif et judiciaire de la légalité des documents et des éléments essentiels de l'acte ou bien en prévoyant leur certification. En Italie, pour la constitution des sociétés de capitaux, il est prévu soit un acte notarié, soit un contrôle formel du registre. La SPE pourrait donc bénéficier d'un régime de constitution préférentiel et moins coûteux.

– La seconde directive sur les sociétés ne s'applique pas à la SPE ; par conséquent, le capital, soit au moment de la constitution, soit au cours de la vie de la société, peut être inférieur à 25 000 €. Le règlement a donc pu effectuer un choix radical : le capital minimum est fixé à 1 €. Cela met en évidence une différence significative par rapport à de nombreuses sociétés de capitaux nationales, surtout parmi les sociétés dont le capital est constitué par des actions. Par exemple, la *S.p.A.* italienne, même si elle ne recourt pas au marché financier, doit posséder un capital minimum de 120 000 €, la SAS française, comme la SA qui ne fait pas appel public à l'épargne, 37 000 € (Voir l'article 2327 du Code civil italien pour la *S.p.A.* et les articles 224-2 et 227-1 du Code de commerce pour la SA et la SAS. La loi dite de

modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé, en France, l'obligation d'un capital minimum pour la SAS). De plus dans la SPE, à la différence des sociétés nationales, le capital doit être intégralement souscrit, mais aucun pourcentage minimum à verser au moment de la souscription n'est fixé.

– La protection des créanciers, vu la réduction radicale du capital minimum, est assurée par un double système. D'un côté, les règles générales sur le rapport entre capital et patrimoine sont applicables, mais avec une efficacité évidemment réduite si le capital est minime. D'un autre côté, la distribution des dividendes est subordonnée à un test de solvabilité et les statuts peuvent exiger que les dirigeants attestent par écrit que la société a la capacité de satisfaire à celles de ses obligations qui arriveront à expiration au cours de l'année suivant la distribution. Il s'agit d'un régime intermédiaire entre celui basé exclusivement sur le capital et celui caractérisé par le test de solvabilité ; un régime qui offre en pratique plus de garantie pour le créancier mais, peut-être, moins de souplesse pour la société.

– La proposition de règlement contient très peu de normes concernant les dirigeants, en laissant donc à l'acte constitutif le soin d'opter pour la présence d'un ou plusieurs administrateurs, pour un système moniste ou un système dualiste. Sous cet aspect, on perçoit un parallélisme avec la grande liberté d'organisation prévu par des modèles nationaux, notamment la *S.p.A* italienne non cotée, après la réforme de 2003. Dans le règlement sur la SPE, les possibilités sont encore plus larges : il ne s'agit pas d'un choix entre plusieurs modèles prédéterminés, mais plutôt d'une vraie délégation à l'acte constitutif, avec très peu de limites de caractère impératif.

Un dernier aspect : la participation des travailleurs. Il est bien connu que la recherche d'un accord sur une modalité de participation des travailleurs dans les organes sociaux a paralysé pendant de nombreuses années le règlement sur la SE. Il ne semble pas que cela doit être le destin de la SPE, pour diverses raisons.

En premier lieu, la SPE a été conçue pour des petites et des moyennes entreprises, qui ont en principe un nombre réduit de salariés. Seulement dans peu de systèmes nationaux le principe légal de la participation des travailleurs est étendu à ce type d'entreprises (Danemark, Suède, République Tchèque, Slovaquie). L'Italie est, par contre, un des pays où la participation des travailleurs dans les organes sociaux n'est ni prévu par la loi, ni courant.

En deuxième lieu, grâce à la longue gestation du règlement sur la SE et à la directive sur les fusions transfrontalières, le chemin est désormais tracé. Le principe de la tutelle des formes de participation des travailleurs pratiquées dans les sociétés qui participent à la constitution d'une SPE (comme d'une SE), permet de respecter les traditions nationales, sans imposer leur application, si elle n'est pas nécessaire. Cette solution, très souple, semble particulièrement adaptée à la SPE.

Enfin, il est évidemment encore trop tôt pour évaluer quelle sera l'utilisation pratique de la SPE et, en général, son effet direct ou indirect sur l'évolution du droit des sociétés en Europe. Mais on peut déjà affirmer que, si le contenu du projet de règlement n'est pas radicalement modifié, la SPE aura toutes les caractéristiques nécessaires pour rivaliser avec les sociétés de capitaux nationales et constituer un nouvel atout pour les entreprises européennes.