

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II
MAGISTERE DE JURISTE D'AFFAIRES – D.J.C.E.
MASTER 2 DE DROIT DES AFFAIRES

15 mai 2009



Quelle pertinence pour la Société Européenne au lendemain de
l'adoption en droit français de la directive sur les fusions
transfrontalières ?

Quentin Jobard.

Mémoire sous la direction de Monsieur François Barrière.

L'Université Panthéon-Assas Paris II - Droit, Economie, Sciences Sociales - n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

Liste des abréviations.....	4
Introduction.....	5
Aux origines de la société européenne.	5
Le sommet de Nice ou l'improbable compromis.	8
Un succès jusqu'à présent tout relatif	8
La SE comme vecteur de facilitation des rapprochements paneuropéens.....	10
Titre premier : la voie de la fusion transfrontalière via la constitution d'une SE.....	14
A- Des fusions transfrontalières autrefois quasi impossible.	15
B- La SE ou l'avènement d'un outil au service des fusions transfrontalières.....	17
1- La consécration de la faisabilité d'une fusion transfrontalière grâce à la création d'un corps de règles unifiées.....	17
2-Un panachage de règles substantielles et de règles nationales.	20
C- Un règlement SE emprunt de lourdeurs certaines	20
1-Un lourd volet social.	21
2- Le risque d'opposition d'une autorité publique à la constitution de SE par voie de fusion.	24
3- Un nombre de candidats de facto restreint.....	25
a- Le règlement SE : un outil strictement réservé aux SA.	26
b- Un capital social exigeant.....	27
c- Une définition trop étroite de la fusion.....	27
4-Le règlement SE inopérant face au problème lié à la parité d'échange.	28
Titre II- La voie de la fusion transfrontalière via le recours à la directive transfrontalière transposée en droit français par la loi du 3 juillet 2008.....	30
A- Une attractivité renforcée.	31
1- Un champ d'application razione personae élargi.....	34
2- Vers un contrôle plus rationnel des opérations de fusions paneuropéennes	37
3- Une conception libéralisée de l'expert indépendant.....	38
4-Une liberté accrue dans le contrôle de légalité de l'opération.....	39
B- Un volet social affiné.....	41
1- Une redéfinition allégée des droits des salariés.	41
2- L'instauration de « cas de dispense »	44
Titre III- Un maintien de l'attractivité de la SE qui passe par la promotion des ses autres atouts.	46

A- Les faveurs juridiques généralement attachées à la constitution d'une SE.	47
B- Le bénéfice d'un label européen.....	50
Annexes.	53
Calendrier d'une opération de fusion via la directive fusion transfrontalière.....	53
Interview du directeur juridique du groupe Scor.....	54
Bibliographie.	66

Liste des abréviations

- Aff. : affaire
- AMF : Autorité des marchés financiers.
- Bull. Joly Sociétés : Bulletin Joly.
- CoMoFi/ CMF : Code monétaire et financier.
- C. com : Code de commerce.
- CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes.
- D. : Dalloz
- Directive FT : directive fusions transfrontalières.
- Doc. fr. : La documentation française.
- Dr. & patr. : Droit & Patrimoine.
- GEIE : Groupement européen d'intérêt économique.
- JCP éd. E. : JCP édition entreprises.
- JOCE : Journal officiel des Communautés européennes.
- JOUE : Journal officiel de l'Union Européenne.
- LPA : les Petites Affiches.
- Not. : notamment
- Obs. : observations
- PME : Petites et moyennes entreprises.
- Préc. : précité
- Rapp. : rapport
- Règl. : Règlement
- Rev. Crit. DIP : Revue critique droit international privé.
- Rev. Sociétés : Revue des sociétés.
- RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires.
- RTD : Revue trimestrielle du droit.
- SCE : Société coopérative européenne.

- SE : société européenne / Societas Europaea.
- SPE : Société privée européenne.
- V. : voir

Introduction

Aux origines de la société européenne.

L'idée somnolait dans les cartons depuis plusieurs décennies, insensibles aux pressants appels du pied des praticiens désireux de pouvoir recourir, pour le traitement de leurs affaires, à la création d'une structure sociétaire de dimension européenne. Pour contenir cette impatience légitime, il aurait convenu de se remémorer le propos désormais célèbre que l'on prête à l'un des pères fondateurs du projet Europe, Robert Schuman : « *l'Europe ne se fera pas en un jour, ni sans heurts. Rien de durable ne s'accomplit dans la facilité. Pourtant elle est déjà en marche. (...) Cette idée « Europe » sera la force contre laquelle se briseront tous les obstacles* ».

Pourtant, à la surprise générale, à l'occasion du Conseil européen de Nice, qui s'est tenu à la fin de l'année 2000, les quinze gouvernements de l'Union Européenne, sont parvenus à trouver un accord historique, -et ce après plusieurs décennies de débats animés pour tenter de réunir un consensus sur la question de cet instrument communautaire- pour donner naissance à la « société européenne », elle qui jusqu'alors était souvent adossée au sobriquet de « serpent de mer » du droit des sociétés, ou encore d' « Arlésienne du droit ». Dans la foulée du sommet de Nice, ont été adoptés à l'unanimité, le 8 octobre 2001, le règlement 2157/2001 du Conseil « relatif au statut de la société européenne » ainsi que la directive 2001/86/CE du même organe « complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs ».

Il s'agit en réalité de l'aboutissement pratique d'une gestation longue puisque les premiers travaux de recherches sur la question remontent au début des années soixante-dix. La publication de l' « avant-projet Sanders¹ », fut suivie de près par une proposition de règlement de la Commission européenne en date du 30 juin 1970² portant élaboration d'un statut complet de la société européenne. La démarche avait été initiée alors par la France qui croyait

¹ Du nom du professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam qui présida ce groupe d'experts, chargé par la Commission européenne d'élaborer un avant-projet d'un statut de société anonyme européenne qui fut transmis au Conseil en 1967. Cf en ce sens le Document Commission des Communautés européennes – Etudes sur un projet de société anonyme européenne, Série Concurrence, 1967, 6

² JOCE 10 octobre 1970, n° C 124, p.1, Bull. CE 8 - 1970

bon de mettre sur pied une forme sociétaire gouvernée tant au niveau de sa création que de celui de son fonctionnement par des règles matérielles communautaires créées de toute pièce à cette occasion. Il est certain que le projet présenté ne manquait pas d'ambition, dans la mesure où il entendait conférer à la future société européenne un statut entièrement transnational, dépourvu de tout renvoi aux législations des Etats membres. Comme l'a très justement souligné un auteur, cette nouvelle forme de société « *était alors appelée à flotter au-dessus du droit des Etats membres, à l'instar d'une bannière communautaire, dans une sorte de no man's land juridique*³ ». Probablement trop en avance sur son temps, trop audacieux les projets sont restés lettre morte, se heurtant à la réticence farouche des Etats membres qui entendaient préserver leur souveraineté nationale de tout empiètement communautaire. Une méfiance particulièrement justifiée dans les pays dits de tradition *common law* par le fait que le droit européen des sociétés était à l'époque fortement influencé par l'héritage *civil law*, et que cette domination de celui-ci sur celle-là s'est traduite dans les faits par un modèle de société européenne, assis sur les dogmes du droit allemand des sociétés anonymes (*Aktiengesetz*), aux dires de certains « *le plus remarquable, mais aussi le plus exigeant, le plus dirigiste et le plus bardé de procédures de l'Union* »⁴. Aussi les premiers modèles imaginés proposaient-ils un système de gestion dualiste, caractérisé par une répartition des pouvoirs au sein de la société inspirée du modèle allemand⁵. L'héritage allemand se poursuivait jusque dans la représentation des salariés au sein du conseil de surveillance, véritable clonage du modèle rhénan de la *Mitbestimmung*, fameuse codétermination à l'allemande, et ce dans la droite ligne du commentaire du règlement de 1970, lequel insistait sur le fait qu'il convenait de favoriser « *la coopération aussi bien entre les travailleurs et la direction des entreprises qu'entre les travailleurs des différents pays* ». C'est par la suite, précisément autour de ce volet social de la participation des salariés à la gestion d'une éventuelle structure européenne que les difficultés se sont concentrées, cristallisant par la même une opposition quasi idéologique entre les partisans du modèle social allemand et les autres, plus libéraux.

Consciente du gigantesque potentiel qui sous tendait la concrétisation d'une telle innovation, La Commission a refusé d'abandonner la lutte et a poursuivi ses efforts, mais en adoptant cette fois-ci une nouvelle politique législative, plus à même de susciter le compromis des Etats membres ; et ce en réduisant autant que possible les règles matérielles communes et en

³ C. Ducouloux-Favard, « Longue histoire pour la naissance de la société européenne », *suppl. Rev. Lamy dr. aff.* Avril 2002, n°48, p. 9.

⁴ *Ibid.* p. 31.

⁵ Le droit allemand des sociétés distingue en effet le *Vorstand* -directoire- de l'*Aufsichtsrat* -conseil de surveillance-

les remplaçant par des renvois fréquents aux législations nationales. La Commission en était alors parvenue au constat que « *le fonctionnement de la SE n'exigeait pas de règles communautaires uniformes*⁶ », comprendre ici, de règles matérielles. Mais pour aussi louable qu'était ce changement de direction dans la stratégie législative, il n'en demeurait pas moins que le lobby allemand défendant efficacement le modèle de la codétermination ne faisait qu'enliser les différents projets qui ne pouvaient que rester lettre morte. Le camp allemand qui comptait parmi ses fervents défenseurs, notamment le Luxembourg ainsi que les Pays-Bas, craignait que l'élaboration de la SE n'intervienne dans un contexte d'enchères inversées s'agissant du volet social, c'est-à-dire que les organes compétents décident de la localisation du siège social dans un Etat membre, qui ne connaisse pas le système de la cogestion, ou sans aller jusque là, qui soit caractérisé par un droit du travail n'offrant qu'une protection que très relative aux travailleurs. Pourtant, dès 1989, un accord était en passe d'être trouvé, reposant sur le concept de l' « avant-après », lequel visait à garantir une forme de continuité qualitative dans la protection qui était offerte aux travailleurs. L'idée étant que la société absorbante ou celle issue de la fusion offre un niveau de protection au moins équivalent à celui existant dans la société absorbée.

Plus précisément, le système était censé fonctionner de la manière suivante : si « avant » la création de la SE, les travailleurs appartenant aux sociétés nationales ne bénéficiaient pas d'un système de participation aux organes de gestion, la création d'un dispositif de participation au sein de la SE n'était alors que facultative. En revanche, dans les cas où la participation préexistait à la création de la SE, il convenait de maintenir le mécanisme lors de la création de la SE, en s'alignant sur « *les pratiques nationales les plus avancées pour maintenir les droits acquis des salariés*⁷ ». Cependant le spectre de l'impossible consensus n'a pas tardé à réapparaître, précisément lorsqu'il s'est agi de déterminer le seuil qui permettrait aux salariés d'imposer à l'occasion de la constitution de la SE, le système de participation -ce pouvoir ne présentant un intérêt que dans l'hypothèse où la SE viendrait à être créée par voie de fusion, c'est-à-dire lorsque les sociétés nationales disparaissent au profit de l'avènement de la SE-. L'Espagne notamment, refusant de faire la moindre concession sur ce point.

⁶ Cf. en ce sens le 9^o considérant de la proposition de règlement en date du 29 août 1989, portant statut de la société européenne, COM (1989) 268, JOCE 16 oct. 1989, n^o C 263.

⁷ J.-L. Colombani et M. Favero, « Societas Europaea », éd. Joly, coll. « Pratiques et Affaires 2001 », 2002, p. 14

Le sommet de Nice ou l'improbable compromis.

Si en principe la maxime veut qu'« à l'impossible nul n'est tenu » ; il semblerait que le sommet de Nice soit parvenu à braver ce qui était pourtant annoncé comme insurmontable, en parvenant à la surprise générale à réunir un consensus sur le chiffre de 25% marquant le seuil minimum permettant aux salariés, dans le cas d'une SE issue de la fusion de deux sociétés nationales préexistantes, d'imposer le système de participation.

Le compromis adopté par les chefs d'État et de gouvernements permet à un État membre de ne pas appliquer la directive aux SE constituées dans le cadre d'une fusion, auquel cas la SE ne pourra être immatriculée dans l'État membre considéré que pour autant, soit qu'un accord soit conclu entre la direction et les salariés, soit qu'aucun salarié de la SE n'ait bénéficié d'un droit de participation avant la création de la SE.⁸

Près d'un an après la tenue du sommet de Nice, la société européenne fut instituée par le règlement du Conseil en date du 8 octobre 2001 « relatif au statut de la société européenne » et la directive n°2001/86/CE du Conseil du même jour « complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs ».

C'est en France la loi dite Breton qui s'est chargée de recevoir dans l'ordre juridique interne ces normes communautaires⁹, en les introduisant dans le Code de commerce¹⁰. Cette loi a fait l'objet de deux décrets d'application, l'un relatif au volet « droit des sociétés »¹¹, l'autre au volet « droit social »¹².

Un succès jusqu'à présent tout relatif

L'euphorie qui a accompagné la naissance de cet instrument annoncé comme révolutionnaire - en témoigne le volume des articles publiés sur le sujet depuis les années deux mille - contraste fortement avec la circonspection des praticiens qui ne lui ont réservé qu'un timide accueil dans les années qui ont suivi sa création, probablement inquiets face à l'importance du travail de droit européen mais aussi de droit comparé qui les attendait. Il n'en demeure pas moins, que si les débuts ont été difficiles, le rythme de croissance du nombre de SE créées ne cesse de croître années après années. Aux dernières nouvelles, il semblerait qu'existent actuellement en Europe quelques 350 sociétés européennes. Néanmoins le lecteur ne doit pas

⁸ Statut de la société européenne : La Commission accueille favorablement l'adoption formelle au sein du Conseil. Référence : IP/01/1376 ; Date : 08/10/2001

⁹ Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'Economie, dite Loi Breton.

¹⁰ Cf. en ce sens les articles L 229-1 à L 229-15 du Code de commerce.

¹¹ Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne.

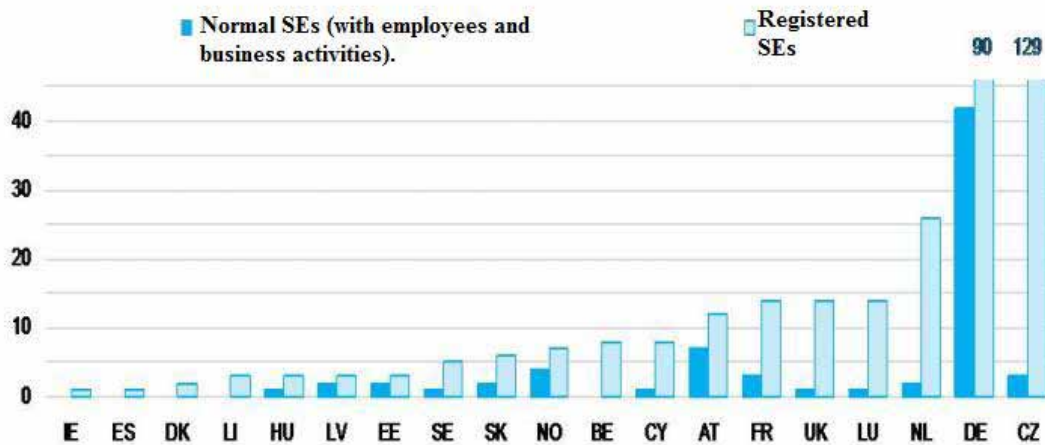
¹² Décret n° 2006-1360 en date du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le Code du travail.

se laisser tromper par ce chiffre relativement important qui masque en réalité une croissance de la SE à deux vitesses. On constate en effet un développement important ces dernières années de sociétés européennes sans salariés. Certaines n'ont même pas d'activité et constituent des coquilles vides en attentes d'activité ; l'idée étant d'offrir à des entrepreneurs désireux de recourir à la forme de la société européenne dans un but particulier, la possibilité d'utiliser, sans délai, une structure préconstituée. Ce phénomène représente une réelle menace pour la garantie des droits sociaux conférés aux éventuels futurs salariés. Car de ce point de vue, il convient de garder à l'esprit que les mécanismes de garantie des droits sociaux des salariés tels que « *l'information, la consultation et la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise* »¹³ sont assurés uniquement au moment de la création de la société européenne. Certains s'inquiètent face à ce phénomène de contournement et soulignent qu'actuellement, les dispositifs existants ne permettent pas d'assurer une garantie suffisante des droits du salarié.

En revanche le développement des sociétés européennes que l'on pourrait qualifier de « normales » est beaucoup moins rapide¹⁴. Le phénomène de développement à double vitesse atteint son acmé en République Tchèque où l'on dénombre près de quarante trois fois plus de SE sans salariés que de SE avec salariés !

¹³ Directive 2001/86/CE sur l'implication des travailleurs.

¹⁴ <http://www.worker-participation.eu> .European Companies (SE) - News from the SE Factsheet Database (April 2009).



Data source: ETUI SE Factsheets Website, <http://ecdb.worker-participation.eu> (24 March 2009)

Certains auteurs animés du même optimisme que Pangloss dans l'œuvre de Voltaire n'hésitent pas à soutenir que l'innovation de manière générale, mais à plus forte raison lorsqu'elle prend un caractère juridique, suscite inévitablement de l'inquiétude. Et de rappeler qu'en France, la société par action simplifiée a connu après son instauration par la loi du 3 janvier 1994, des débuts plus que modestes et que ce n'est que bien plus tardivement qu'elle a rencontré le succès qu'elle connaît toujours actuellement¹⁵. Gageons donc que le futur donnera raison à la comparaison car dans le cas contraire, la société européenne serait synonyme d'un formidable gâchis de temps (plus de trente-cinq ans d'élaboration législative) et, consécutivement, de moyens (matériels et humains) communautaires et apporterait la preuve non pas de la léthargie du législateur communautaire mais de son incapacité à produire des normes de droit, capables de former un consensus entre les différents Etats membres de la Communauté, et à même d'assurer conformément à toute bonne règle de droit, prévisibilité et sécurité.

La SE comme vecteur de facilitation des rapprochements paneuropéens

Il ne s'agira pas ici d'établir une étude critique de la société européenne dans son ensemble mais de tenter de prouver qu'elle a, en partie du moins, été conçue comme un vecteur de facilitation des mouvements de fusions transfrontalières entre sociétés situées au sein de la

¹⁵ Michel Menjuck, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *Revue société*, n°2, avril 2007, p. 253.

communauté. Car parmi les quatre modes de constitution d'une SE -transformation, constitution d'une holding, constitution d'une filiale ou fusion- c'est la voie de la fusion entre deux sociétés préexistantes qui a été privilégiée. A ce propos, les enquêtes révèlent que les SE constituées par voie de fusion représentent plus de la moitié des créations de SE.

On entend par « fusion transfrontalière » une fusion entre deux ou plusieurs sociétés relevant d'Etats membres différents, donc de législations nationales différentes. Comme dans l'immense majorité des cas, le droit s'est efforcé de suivre et de servir les évolutions économiques. L'élaboration de la SE répond à l'origine à d'importants enjeux pratiques, tels que le renforcement de la compétitivité au niveau mondial des entreprises européennes et ce via le regroupement entre entreprises transfrontalières. Les fusions internationales permettent ainsi de transformer une filiale en succursale et ainsi de fluidifier les échanges de trésorerie, de rationaliser et d'accélérer les remontées de cash, de faciliter la prise de décision grâce à une seule direction de tête de groupe, mais aussi d'améliorer le respect des normes prudentielles¹⁶. A ce sujet, les communications de la Commission datant de la fin des années quatre-vingts dix témoignaient déjà de cette prise de conscience de l'importance des mouvements de rapprochement entre entreprises européennes et déploraient alors une certaine et regrettable inhibition en la matière :

« Confrontées à la complexité croissante des systèmes technologiques, au raccourcissement des cycles de vie des produits de haute technologie et au coût exponentiel de leur conception et de leur développement, les entreprises sont amenées à nouer des alliances pour se ménager un accès à des savoir-faire complémentaires, partager les risques, et étendre leurs réseaux de distribution sur le plan régional et mondial. Ces opérations sont également un moyen de créer rapidement de la valeur vis-à-vis des marchés¹⁷ ».

« La mondialisation est, pour l'Europe, une chance à saisir plutôt qu'une menace. Loin d'être la cause du chômage en Europe, elle est source potentielle de création d'emploi. Il existe un lien étroit entre le développement des échanges mondiaux, la croissance économique et l'emploi : la majeure partie de la prospérité de l'Union repose aujourd'hui sur le commerce et l'investissement international. Mais pour en tirer le meilleur parti, pour l'influencer au mieux des intérêts de ses citoyens et de l'économie européenne, l'Union doit s'adapter sans attendre à ce nouvel état de fait, et se doter des meilleurs outils pour l'exploiter.¹⁸ »

¹⁶ Hubert Segain, « Fusions transfrontalières, va-t-on vers plus de confiance ? », *Journal des sociétés*, n° 58, Octobre 2008.

¹⁷ Communication de la Commission intitulée « *la compétitivité des entreprises européennes face à la mondialisation-comment l'encourager* ». COM (1998) 718 final. p. 17 et s.

¹⁸ Introduction de la Communication de la Commission, précitée. p. 1

Monsieur Frits Bolkestein est venu en 2003, apporter de l'eau au moulin de la réforme en soutenant l'idée, alors qu'il était membre de la Commission européenne chargé du marché intérieur, que le fait de faciliter les fusions transfrontalières représentait un instrument prépondérant dans le dessein de promouvoir la coopération et les restructurations nécessaires au renforcement de la compétitivité des entreprises composant le maillage économique de la communauté¹⁹. Et de se réjouir de la naissance officielle de cet outil communautaire, en déclarant, la même année : « *la Société Européenne permettra à de multiples entreprises de développer et de restructurer leurs activités transfrontalières sans passer par les formalités administratives interminables et coûteuses qu'implique l'établissement d'un réseau de filiales. Elle marque donc un progrès dans nos efforts tendant à intégrer le marché intérieur dans la réalité quotidienne des entreprises, à encourager un plus grand nombre de celles-ci à saisir leur chance au-delà des frontières nationales et à renforcer la compétitivité de l'Europe, conformément aux objectifs fixés au sommet de Lisbonne.* »

L'idée a donc mûri que les fusions transfrontalières intra-UE étaient susceptibles de créer de véritables « champions européens », forts et capables de gagner sur les marchés internationaux tout en permettant aux consommateurs européens, industriels et privés, de bénéficier d'un meilleur choix de produits et de services ainsi que d'une qualité accrue.²⁰

Il est vrai qu'antérieurement à l'avènement de la SE, la situation était marquée par l'absence de textes européens sur les fusions intracommunautaires. Pourtant le Traité de Rome, entendait favoriser, dès son origine, de telles opérations. Son article 293 est à ce titre sans équivoque lorsqu'il dispose que : « *les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leur ressortissants (...) la possibilité de fusions de sociétés relevant de législations différentes* ». La méthode paraissait attrayante mais elle n'a en pratique produit aucun résultat. Si des négociations ont bel et bien été initiées, elles n'ont jamais permis d'aboutir concrètement à la conclusion d'accords. Certains se sont réjouis de cet échec car ils soulignaient que si des accords avaient été trouvés, ils auraient d'une part nécessairement concerné un nombre limité d'Etats membres, et d'autre part, la multiplication des différents accords n'aurait fait qu'entraîner un véritable imbroglio normatif, rendant la pratique des fusions intracommunautaires d'un maniement pour le moins délicat sinon impossible.

¹⁹ Communication de la Commission faisant suite au rapport final du groupe d'experts de haut niveau en matière de droit des sociétés présidé par Jaap Winter qui traite de la modernisation du droit européen des sociétés.

²⁰ *In Challenges to the Integration of the European Market : Protectionism and Effective Competition Policy*, 12 juin 2006.

Le vent de l'harmonisation est venu de Bruxelles ; la troisième directive, datant de 1978 est venue harmoniser les droits nationaux sur les fusions internes²¹. Pas moins de sept ans plus tard intervint la publication de la proposition de 10^e directive sur les fusions transfrontalières de sociétés anonymes qui s'était fixée l'ambitieux programme de rendre techniquement possible les fusions de sociétés anonymes établies dans des Etats membres différents. La proposition de directive imaginait un régime de conflit de loi tout à fait élémentaire en droit international privé, à savoir : application distributive du droit de l'absorbante pour la société absorbante et du droit de l'absorbé pour la société absorbée. Néanmoins un certain nombre d'Etats membres, au rang desquels figurait notamment l'Allemagne, a manifesté son hostilité à la proposition de règlement craignant qu'elle ne constitue le terreau d'un contournement du système de la cogestion -*Mitbestimmung*-

Néanmoins les événements se sont accélérés lorsque la Commission a présenté le 18 novembre 2003 une proposition de directive visant à faciliter les fusions transfrontalières au sein de la communauté qui a donné naissance à la directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières des sociétés de capitaux²². La France, traditionnellement retardataire pour les transpositions, a adopté la dixième directive par une loi du 3 juillet 2008²³, soit près de sept mois après le délai butoir de transposition fixé par la Commission. La loi française a été récemment complétée par trois décrets d'application datant de la fin de l'année 2008 et du début de l'année 2009²⁴.

C'est ainsi qu'aujourd'hui les praticiens peuvent se réjouir d'avoir à disposition deux outils communautaires permettant de faciliter les rapprochements entre entreprises appartenant à des Etats membres différents ; d'un côté la SE -via sa constitution par voie de fusion²⁵- de l'autre, la dixième directive. Si la notion de *forum shopping* se cantonnait jusqu'à présent au phénomène de mise en concurrence des différents systèmes juridiques, notamment entre Etats membres, il semblerait que la définition puisse s'élargir, en s'appliquant désormais à la

²¹ Dir. n° 78/855/CEE, 9 oct. 1978, « fondée sur l'article 54§3 du Traité et concernant les fusions des sociétés anonymes » JOCE 20 oct. 1978, n° L 295, p.36.

²² Directive n° 2005/56/CE, JOUE n° L 310, 25 nov. 2005, p. 1.

²³ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, principalement consacrée aux fusions transfrontalières.

²⁴ Les décrets n° 2008-1116 et n° 2008-117 du 31 octobre 2008 relatifs à la participation des salariés dans les sociétés issues de la fusion transfrontalière. Le décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés prévoit les mesures d'application particulières, renvoyant aux « Dispositions générales » regroupant les articles R. 236-1 à R. 236-12 du Code de commerce pour les règles non contraires. 25 Deux types de fusions permettent de constituer une SE. La voie de la fusion absorption d'une SA par une autre, la société absorbante demeure alors inchangée mais acquiert alors la qualité de SE. L'autre possibilité consiste à fusionner deux SA d'Etats membres différents pour constituer une société nouvelle qui prendra la forme d'une SE.

concurrence entre les normes juridiques de source communautaire. En effet face à cette actuelle dualité de l'offre communautaire, les dirigeants sociaux devront dorénavant se livrer à des arbitrages pour déterminer lequel de ces deux outils offrira le plus de sécurité, de prévisibilité, tout en permettant par ailleurs une fusion dans des conditions de délais et de coûts raisonnables. Ce nouveau paradigme, censé favoriser la compétitivité de nos entreprises européennes mérite donc quelques explications.

Aussi convient-il aujourd'hui de s'interroger sur le fait de savoir si oui ou non le recours à la SE demeure pertinent lorsqu'est envisagée une fusion intracommunautaire.

Pour le dire autrement, la réception par les différents Etats membres de la dixième directive a-t-elle rendu obsolète le recours à la SE en tant qu'outil au service des fusions transfrontalières ? La dixième directive est-elle aussi attrayante que certains veulent bien le faire croire ?

Autant de questions auxquelles il conviendra d'apporter quelques éléments de réponse.

Aux fins de permettre une comparaison analytique des différents outils proposés par le législateur communautaire, il conviendra de se pencher en premier lieu sur le cas d'une fusion transfrontalière en recourant à la constitution d'une SE (Titre premier), puis dans un second temps sur le cas d'une fusion transfrontalière via la dixième directive (Titre second). La mise en balance des deux outils permettra de mesurer leur attrait respectif.

Quel que soit le verdict, il importera de préciser que la SE ne se résume pas à un unique outil au service des fusions transfrontalières. Bien au contraire, il semble s'agir davantage d'une « boîte à outil » offrant des possibilités dépassant largement le cadre de la notion de fusions intracommunautaires (Titre troisième).

Titre premier : la voie de la fusion transfrontalière via la constitution d'une SE.

Malgré les lourdeurs, rigidités et complexités qui caractérisent le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 (C), il nous semble toutefois essentiel de lui reconnaître un réel caractère précurseur, dans la mesure où, le premier, il instaure un régime facilitant les opérations de fusions entre sociétés de la Communauté (B). L'avènement de ce nouvel outil est d'autant

plus louable qu'il met fin à une longue période de vide juridique, tout à fait incompatible avec les indispensables impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité (A).

A- Des fusions transfrontalières autrefois quasi impossible.

Il convient de reconnaître d'emblée ce mérite à la société européenne d'avoir permis le balisage du terrain de la fusion transfrontalière, en instaurant un véritable corps de règles matérielles, et permettant, par voie de conséquence de faire la lumière sur certains aspects, autrefois obscurs. Car le lecteur ne doit pas oublier l'extrême difficulté qui présidait alors au processus de fusions entre sociétés relevant d'Etats membres différents. Ces opérations étaient alors soumises aux règles classiques de droit international privé, ce qui ne manquait pas de soulever quelques difficultés surtout lorsque d'inévitables conflits de lois surgissaient²⁶. C'est ainsi, qu'au prix d'un véritable numéro d'équilibriste, il importait de respecter « *distributivement les exigences posées par les deux lois applicables, l'une à la société absorbante, l'autre à la société absorbée, le principe de l'application distributive aboutissant à une application cumulative pour les conditions bilatérales* »²⁷. A ce propos, si l'on décide de s'en tenir strictement aux règles classiques de droit international privé, certaines parties du processus de fusion ne concerneront qu'une seule des sociétés parties à la fusion et relèveront donc dans ce cas, exclusivement de la législation de l'Etat dans lequel la société a décidé d'implanter son siège social. C'est ainsi, à titre d'exemple que le processus d'approbation du traité de fusion qui doit avoir lieu dans chaque société, relèvera de la seule *lex societatis*. Pour n'évoquer que le cas de la France, la mise en œuvre de cette disposition a été accompagnée de réels doutes. En effet, la fusion-absorption d'une société française par une société étrangère a été assimilée par une grande partie de la doctrine à une modification de nationalité de la société. Aussi certains auteurs n'ont pas hésité à faire valoir qu'en raison de ce changement de nationalité, il semblait nécessaire d'obtenir l'accord unanime des actionnaires aux fins de validité de l'opération envisagée. Le professeur Menjucq a eu, à cet égard, l'occasion de souligner que l'on se trouvait bien confrontés à un « *changement de la loi qui est applicable à (l') engagement (des actionnaires) comme lors d'un transfert de siège, de sorte que la même condition d'unanimité est requise pour les fusions transfrontalières* »²⁸. En revanche, d'autres auteurs, soucieux de venir nourrir le débat juridique ont avancé l'idée selon laquelle dans

²⁶ B. Beitzke, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés », *Revue Critique DIP* 1967, p. 1.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Deuxième édition, Montchrestien. N° 39.

l'hypothèse d'une fusion-absorption de dimension intracommunautaire, l'opération pouvait valablement « être votée à la majorité, comme s'il s'agissait d'une fusion interne »²⁹.

Quoiqu'il en soit, l'incertitude sur ce point a eu des conséquences assez dissuasives, en témoigne le nombre très réduit d'opérations de fusions intracommunautaires initiées et conduites à leur terme avant l'avènement du règlement de 2001 introduisant la société européenne. D'ailleurs il est intéressant de noter que les rares exemples d'opérations réussies concernaient à chaque fois le cas de l'absorption par une société mère de sa filiale (située à l'étranger) déjà possédée à 100% avant l'opération, ce qui permettait d'évacuer avec certitude, l'épineux problème lié à cette exigence d'unanimité -impossible *de facto* dans les sociétés ayant un actionnariat important- .

Ceci étant dit, les premières complications survenaient parfois même en amont puisque la fusion faisant intervenir des sociétés relevant de législations différentes n'est concevable que si les deux droits nationaux reconnaissent l'existence des sociétés soumises à la législation d'un autre Etat et admettent le principe de la fusion. Fort heureusement ce premier obstacle majeur était levé dans la majorité des cas, du moins au sein de la Communauté européenne grâce à l'article 48 du Traité CE (anc. Article 58) lequel invite les Etats membres de la Communauté à reconnaître entre eux les sociétés³⁰.

Les opérations de fusions, une fois ces premiers obstacles franchis, se heurtaient le plus souvent à un autre écueil. En effet, malgré l'ébauche d'harmonisation des droits nationaux à propos des fusions internes de sociétés anonymes, initiée par la troisième directive du 9 octobre 1978, certains Etats membres interdisaient purement et simplement ou limitaient les fusions internationales impliquant une société relevant du droit de cet Etat. L'Allemagne, pour les raisons évoquées plus haut figurait parmi la liste des pays hostiles à ce genre d'opération. C'était également le cas de la Suède, des Pays-Bas, de la Grèce, de l'Irlande, du Danemark, de la Finlande, de la Belgique ou encore de l'Autriche³¹.

Le lecteur aura compris que de ce point de vue, l'avènement de la SE, en tant qu'outil œuvrant au service des fusions transfrontalières aura joué le rôle d'une réelle bouffée d'air susceptible d'offrir de nouvelles perspectives aux dirigeants sociaux, même si rappelons-le, les praticiens n'ont pas attendu l'arrivée de la SE pour réaliser fusions transfrontalières ou opérations assimilées. C'est ainsi que se sont développées des formes d'ersatz permettant de

²⁹ B. Goldman cité par Jean-Pierre Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir » *Rev. Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004.

³⁰ L'article dispose que : « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre, et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté, sont assimilées (...) aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres ».

³¹ J.-L. Colombani et M. Favero, *Societas Europaea*, Première édition, Joly, 2002, n° 239.

parvenir à des résultats assez similaires à ceux permis par une opération de fusion intracommunautaire. Il convient de citer ici le recours à la technique des « *joint venture* », ou la constitution de GEIE, bien que cette dernière structure ne puisse véritablement servir d'habit juridique à une réelle entreprise dans la mesure où le GEIE ne peut que constituer « *que le prolongement de l'activité économique de ses membres, sans pouvoir se substituer à ces derniers pour l'exercice de leurs activités* »³².

B- La SE ou l'avènement d'un outil au service des fusions transfrontalières.

Les développements qui suivent n'ont pas vocation à dresser un portrait exhaustif de la SE mais visent davantage à souligner qu'elle a constitué le premier instrument autorisant la réalisation de rapprochements transnationaux, dans un contexte de sécurité juridique. Nous savons que le règlement instaurant le SE a imaginé quatre modes distincts de création de SE. Néanmoins certains auteurs ont souligné que la faculté de constituer une SE par voie de fusion, et ce dans un environnement juridique enfin clarifié, représentait une telle innovation à l'époque, que certains dirigeants sociaux auraient recouru à l'instrument SE uniquement à cette fin.

Il importe par ailleurs de préciser qu'il ne s'agira pas dans les développements qui suivent de procéder à un exposé descriptif des différentes étapes à suivre s'agissant de la création d'une SE par voie de fusion, les travaux effectués en ce sens étant déjà nombreux. Il s'agira plutôt de s'intéresser à la technique d'élaboration utilisée par le législateur communautaire. Ce dernier ayant recouru à un subtil panachage, composé pour partie de normes dites substantielles (1) et de renvois au droit national (2).

1- La consécration de la faisabilité d'une fusion transfrontalière grâce à la création d'un corps de règles unifiées.

Aux termes de l'article 2 du règlement, les SA valablement constituées selon le droit d'un Etat membre³³ et ayant leur siège statutaire ainsi que leur administration centrale dans un Etat membre de la communauté, peuvent constituer une SE par voie de fusion, à condition que deux d'entre elles au moins, relèvent de la législation d'Etats membres différents.

³² J.-P. Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir », in *Droit & Patrimoine*, n° 125 avril 2004.

³³ La liste des sociétés figure à l'annexe I du règlement.

Le règlement est certes d'une relative complexité tant les renvois aux lois internes sont nombreux, et la hiérarchie des normes qu'il impose assez déconcertante³⁴. Néanmoins, cette difficulté inhérente s'estompe devant la multitude de règles substantielles édictées. En effet ces règles permettent de surmonter les traditionnels obstacles qui autrefois empêchaient la réalisation de fusions transfrontalières. C'est probablement ici que réside le génie du règlement. Ainsi il énonce à l'article 20 que l'arrêté des termes de la fusion doit nécessairement être matérialisé dans le cadre d'un « projet de fusion ». Le règlement non avare en détails vient d'ailleurs utilement préciser le contenu³⁵ de ce projet de fusion. L'introduction de cette règle matérielle constitue une mini-révolution dans la mesure où elle permet d'éviter l'application cumulative des droits nationaux en présence, qui en pratique, conduisait à retenir la législation la plus contraignante pour élaborer le contenu du traité de fusion, mais conduisait également dans certains cas à des situations de paralysie notoire.

Par ailleurs, l'article 23 revêt une importance tout aussi capitale en disposant que « *l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent approuve le projet de fusion* ». Cette disposition prend tout son sens lorsqu'elle est combinée à l'article 18 qui énonce en substance que les matières ne faisant pas l'objet d'un traitement direct par le règlement sont couvertes par renvoi aux lois nationales. Or si l'on s'en tient au droit français des fusions, l'approbation de l'opération requiert le seuil des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés -conformément au seuil requis pour la modification des statuts- Néanmoins, malgré les efforts entrepris par la directive du Conseil de 1978³⁶, en faveur de l'uniformisation des procédures de fusion entre SA au sein des Etats membres, le seuil requis pour l'approbation du projet de fusion par les actionnaires réunis en assemblée générale extraordinaire diffère d'un Etat membre à l'autre. Certaines législations nationales prévoyant une majorité qualifiée plus forte que le droit français, à l'instar du droit allemand. Quoiqu'il en soit, la doctrine, a, au lendemain de l'adoption du règlement SE, unanimement salué l'avancée certaine permise par la clarification de la question du seuil nécessaire à l'approbation du projet de fusion. Cette clarification faisant taire par la même occasion le débat français, vieux de trente années, qui divisait la doctrine sur la question de savoir si oui

³⁴ Michel Menjucq souligne que dans la mesure où la première source du droit de la SE réside dans le règlement, il s'agit d'une « *inversion du principe de subsidiarité* », in *Droit international et européen des sociétés*, Deuxième édition, Montchrestien. N° 39

³⁵ Le projet de fusion doit comporter au minimum neuf points. Parmi les mentions les plus importantes figurent les dispositions statutaires de la société résultant de la fusion (société absorbante ou société nouvelle) ou encore des informations sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs, conformément à la directive 2001/86/CE.

³⁶ Troisième directive : Dir. Cons. CEE, n° 78/855, en date du 9 oct. 1978, fondée sur le traité CE, art. 54§3 sous g) et concernant les fusions de SA. JOCE, 20 oct. 1978.

ou non la voie de la fusion transfrontalière était assimilable à un changement de nationalité de la société, auquel cas l'unanimité des actionnaires eut été nécessaire. Pendant longtemps, les praticiens, quelque peu désarmés face à cet inéluctable constat d'incertitude, ont préféré, comme il a été dit plus haut, soit recourir, via des techniques d'ingénieries juridiques, à des mécanismes de substitution, soit tenir tête à la voie de la fusion transfrontalière mais en cantonnant les projets aux seules opérations intragroupes dans lesquelles les sociétés absorbantes contrôlaient l'intégralité du capital des sociétés à absorber.

L'instauration par le règlement SE de règles substantielles ne se limite aux sujets évoqués plus haut, mais vient également apporter quelques clarifications sur le terrain de la nomination de commissaires à la fusion. Pendant longtemps, en l'absence de précisions sur ce point, il convenait de se calquer sur la procédure de la fusion interne, et ainsi de nommer un ou plusieurs commissaires à la fusion ayant pour mission d'analyser le projet de fusion et de fournir un rapport aux actionnaires qui auront à se prononcer sur la fusion. Désormais le règlement SE précise opportunément que ces experts pourront être communs à l'ensemble des sociétés parties à l'opération de fusion³⁷. L'on ne peut que se réjouir de cette avancée qui est susceptible de permettre des gains de temps et d'efficacité considérables. Pour aussi louable que soit l'innovation, elle n'en reste pas moins relative puisque, en tout état de cause, la nomination d'un expert, fût-il unique, sera obligatoire dès lors qu'il ne s'agit pas d'une opération de fusion simplifiée, c'est-à-dire une opération de fusion-absorption réalisée par une société qui détient toutes les parts et tous les titres conférant un droit de vote aux assemblées générales de la société absorbée. On notera par ailleurs, que le règlement a limité l'application des dispositions de certains systèmes juridiques permettant l'analyse et la modification *a posteriori* des conditions financières de la fusion, ce qui sera de nature à renforcer la sécurité juridique des opérations mettant en jeu des sociétés basées dans un Etat membre dont la législation ne connaîtrait pas ces dispositions de révision de la parité d'échange³⁸.

En outre, toujours au chapitre des dispositions favorisant la sécurité juridique des opérations transfrontalières, la nullité de l'opération de fusion intracommunautaire ne peut plus être prononcée après l'immatriculation de la SE, cette ultime étape intervenant en principe immédiatement après celle du double contrôle de légalité. Le règlement vient en effet utilement préciser que la sanction se limite à la dissolution de la SE nouvellement constituée. Etant précisé que cette sanction ne pourra intervenir que dans les six mois suivant la date de la

³⁷ Règlement SE, art. 22. En pratique, le choix d'un expert pour l'ensemble des sociétés qui participent à la fusion suppose une maîtrise de sa part d'au moins deux systèmes législatifs de l'Union, ce qui ne devrait pas manquer de favoriser le développement de réseaux paneuropéens.

³⁸ Règlement SE, art 25.3.

dernière inscription au registre du commerce rendue nécessaire par l'opération, et uniquement en cas de nullité d'une délibération de l'une des assemblées ayant décidé la fusion ou en cas de manquement au contrôle de légalité. Certains auteurs n'ont pas manqué de faire remarquer que cette limitation de la sanction à la dissolution permet ainsi d'éviter « *une remise en cause a posteriori d'une opération déjà complexe* »³⁹.

Ainsi, sans bouleverser le cadre général de la procédure tel que posé par la directive dite « fusion », désormais bien maîtrisée des praticiens européens, le règlement SE a-t-il, à l'occasion de la définition des modes de constitution de la SE, jeté les bases solides et claires du processus de fusion faisant intervenir des sociétés issues d'Etats membres différents. La grande majorité des obstacles inhérents à ce type d'opération est, grâce à l'avènement du règlement, supprimée. Place est désormais faite à la sécurité juridique, rendue possible par la clarification notable de la procédure de fusion transfrontalière. Quel opérateur du commerce international désirant opérer sur une base continentale oserait aujourd'hui faire fi des outils communautaires disponibles en matière de rapprochement de sociétés intracommunautaires, et se fier uniquement pour la conduite de son opération de fusion, aux règles classiques fournies par le droit international privé ?

2-Un panachage de règles substantielles et de règles nationales.

Pour aussi louable qu'a été l'introduction de règles substantielles dans le règlement SE, il convient néanmoins de garder à l'esprit que ce texte communautaire reste le fruit d'après négociations et qu'il est de ce fait marqué par le sceau du compromis. La synthèse entre les différentes sensibilités juridiques n'a été rendue possible qu'au prix de nombreuses concessions opérées par les différents Etats membres. Aussi n'est-il pas surprenant de constater que la partie du règlement consacrée à la constitution de SE par voie de fusion transfrontalière, comporte de multiples limites, qui dans certains cas seraient susceptibles de dissuader le dirigeant social de recourir à cet outil pour envisager un rapprochement entre entreprises intracommunautaires.

C- Un règlement SE emprunt de lourdeurs certaines

³⁹ O. du Mottay et F. Fages. « Société européenne et fusions transfrontalières », in *Droit & Patrimoine*, n° 163 - Octobre 2007. p. 77.

Près de cinq années après sa « mise en service » officielle, force est de déplorer le succès tout relatif de cet outil qui pourtant avait suscité les espoirs des praticiens. Les acteurs économiques désirant opérer sur une base continentale n'en n'ont pas fait cet instrument de référence, pourtant annoncé comme tel. Les raisons de cet échec en demi-teinte sont nombreuses. Néanmoins, il est possible d'observer que la doctrine, aidée par les constats de la pratique, a concentré le feu de ses critiques sur certains points bien précis. Ont été surtout dénoncés : le manque de sécurité juridique du règlement, eu égard au pouvoir qu'il instaure au profit d'une autorité publique de s'opposer à l'opération de fusion (3) mais également en raison de son incapacité à traiter des problèmes liés à la parité d'échange (4). D'une manière plus générale, l'exigence des conditions d'éligibilité posées par le règlement, a rendu l'outil *de facto* élitiste (2). Enfin et surtout, les commentateurs ont quasi unanimement dénoncé les lourdeurs du volet social (1).

1-Un lourd volet social.

C'est bien entendu sur le terrain social, véritable pierre d'achoppement des projets initiaux que les difficultés se sont cristallisées. La Commission aurait pu faire le choix de ne pas aborder le volet social, ce qui aurait très vraisemblablement facilité le processus de négociation entre les Etats membres ; elle a néanmoins préféré courageusement concevoir la SE comme le vecteur d'une avancée sociale sur le modèle du régime de la cogestion allemande - *Mitbestimmung* - Comme toute recherche de synthèse, la question d'un régime social des travailleurs à l'échelon européen a été longue. Cependant on peut regretter que ce soit la SE qui ait servi de « *laboratoire d'implication des travailleurs* »⁴⁰ car c'est pour cette raison qu'elle a mis autant de temps à voir le jour. Si l'idée de départ du régime d'implication unique avait « *l'avantage indéniable de la simplicité de mise en œuvre et de l'égalité de traitement* »⁴¹, elle butait sur une seconde difficulté : tous s'accordaient à dire qu'un régime unique était idéal mais lequel ?

Il était logique de vouloir préserver les prérogatives de salariés de pays de tradition participative forte comme l'Allemagne sans pour autant condamner la société européenne dans des pays à tradition sociale moins poussée comme le Royaume-Uni. Si on avait opté pour un régime poussé impératif, il y a fort à parier que les pays anglo-saxons auraient refusé de former des sociétés européennes à partir de leurs entités nationales. Et à l'inverse, un

⁴⁰ Michel Menjucq, « Premiers pas et premier bilan de la Société Européenne en France », *Revue des Sociétés*, n° 2, avril 2007.

⁴¹ Rapport Davignon, Luxembourg, 27 octobre 1970.

régime « light » d'implication aurait monté les salariés bien protégés contre la transformation de leur entité en société européenne.

Se dessinait alors une opposition entre les pays dits de « participation », et les pays de « non-participation »⁴². Les premiers ne souhaitant pas échanger l'avantage découlant du fait que leurs sociétés se trouveraient sur ce point en conditions d'égalité avec celles des pays de « non-participation » par le « sacrifice » qui leur était en contrepartie demandé, les seconds regardant avec suspicion un système qui les obligerait à intérioriser le concept de la participation dans des cas où aucune protection de droits acquis ne semblait nécessaire, du fait qu'aucune des sociétés fondatrices n'était régie par un régime de participation.

C'est dans ce contexte que le régime de la directive du 8 octobre 2001 « *complétant le statut de la SE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs* » s'est forgé et cela explique pourquoi aucun système uniforme n'est mis en place et que seule la règle « avant-après » a guidé le législateur européen. Seul compte alors le fait que les salariés ne soient pas moins protégés qu'ils ne l'étaient dans l'une de leurs entités originaires et aucun niveau de participation moyen n'existe donc dans les sociétés européennes.

Bien que l'épineux problème de l'implication des travailleurs ait été isolé dans une directive, instrument communautaire, offrant *a priori* davantage de souplesse que le règlement, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait être lue indépendamment du règlement SE, les deux textes formant des éléments indissociables du cadre législatif adopté. Il suffit pour s'en convaincre de s'en remettre au considérant n° 19 du règlement précité, lequel précise que les dispositions de la directive « *forment (...) un complément indissociable du présent règlement et elles doivent être appliquées de manière concomitante* ».

Quoiqu'il en soit, la directive du 8 octobre 2001 institue de manière originale une gouvernance ouverte aux salariés dérogeant aux cultures sociales de la plupart des Etats membres. Le texte précise qu'une négociation doit obligatoirement intervenir dans le but de conclure un accord d'implication. Cette dernière se définit comme « *l'information, la consultation et la participation, ainsi que tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise* »⁴³. La négociation fera intervenir, d'une part, les organes de direction ou d'administration des entités participant à la constitution de la SE par voie de fusion et d'autre part, un groupe spécial de négociation (plus connu sous l'acronyme « GSN ») institué dès que

⁴² Fernando Vasquez, *Chef d'Unité adjoint, à la DG Emploi & Affaires sociales de la Commission européenne, Semaine Sociale Lamy 2002.*

⁴³ Directive 2001/86/CE sur l'implication des travailleurs. Art. 2, h).

possible après la publication du projet de fusion. Au-delà de la complexité qui préside à l'élaboration du GSN, liée à la participation de représentants de sensibilités juridique et culturelle très diverses, censés représenter les salariés de toutes les sociétés promotrices de la SE ainsi que ceux de leur filiale et établissements en Europe, c'est surtout la durée de la négociation qui est dénoncée par les milieux d'affaires. En effet la directive SE dispose que les négociations entre le GSN et les dirigeants ne peuvent en principe excéder six mois. Cependant il est précisé que, par exception, ce délai peut être prolongé de six mois supplémentaires, et ce d'un commun accord des parties. Au final les opérations risquent fort d'être menacées par le spectre de négociations interminables - soit un an au maximum-, d'autant qu'il est indispensable de rappeler que le régime d'implication des salariés de la future SE constitue un préalable obligatoire à la création de la SE, qui à défaut ne pourra pas valablement faire l'objet d'une immatriculation.⁴⁴ Pour le dire autrement, la SE ne pourra techniquement accéder à la vie juridique en l'absence d'accord sur l'implication des travailleurs.

Alourdi par des délais à rallonge, le volet social risque fort de se transformer en « boulet social ». Or de nombreux auteurs ont alerté sur ce point et continuent de le faire. C'est ainsi qu'on a pu lire que « *le délai d'un an ne paraît que très peu compatible avec les impératifs d'opérations telles que les fusions* »⁴⁵. Et Madame Lenoir d'ajouter : « *une fusion doit pouvoir être menée à bien en six mois. Allonger ce délai, c'est prendre le risque de perturbations pouvant nuire aux intérêts de l'entreprise et de ses salariés* »⁴⁶.

Au final, comme l'a justement fait remarquer un auteur, ça n'est pas tant la finalité du GSN, à savoir instituer un objectif de gouvernance élargie, qui effraie les dirigeants sociaux, mais davantage les modalités pour y parvenir, tant le processus est associé à lenteur et lourdeur...⁴⁷ Or comme le fait remarquer à juste titre le Professeur Le Nabasque, « *les mariés détestent attendre !* »⁴⁸.

Cela étant dit, s'il est indispensable que le calendrier d'une opération de fusion ne s'étende pas dans des proportions déraisonnables, l'expérience fournie par le groupe Scor révèle au

⁴⁴ L'art. 12§2 précise en effet que « *une SE ne peut être immatriculée que si un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs, au sens de l'article 4 de la directive 2001/86/CE a été conclu (...)* ».

⁴⁵ Michel Menjuq. « Premiers pas et premier bilan de la Société Européenne ». *In Revue des sociétés*, n° 2, avril 2007.

⁴⁶ En ce sens, V. Rapport Lenoir remis au garde des Sceaux, p. 76.

⁴⁷ V. en ce sens, N. Lenoir, P.-P. Bruneau et M. Menjuq, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *in Droit & Patrimoine*, n°163, oct. 2007.

⁴⁸ Hervé Le Nabasque, « les fusions transfrontalières après la loi du 3 juillet 2008 », *in Revue des sociétés*, 2008, p. 493.

grand jour qu'un délai avoisinant les douze mois n'est pas nécessairement incompatible avec la constitution d'une SE par voie de fusion⁴⁹.

Le contraignant volet social de la SE est malheureusement loin de constituer l'unique limite de cette forme sociétaire, même si cet aspect concentre le feu des critiques. Ce serait en effet oublier que certaines dispositions du règlement, plutôt brumeuses, sont de nature à déstabiliser l'objectif affiché du texte : la sécurité juridique.

2- Le risque d'opposition d'une autorité publique à la constitution de SE par voie de fusion.

Assez curieusement, le règlement SE autorise dans son article 19, les Etats membres à modifier leur législation dans le but de remettre en cause la validité d'une opération de rapprochement transfrontalier, opérée via la création d'une société européenne, et ce, pour des raisons qualifiées « d'intérêt public ». Une lecture rapide de cet article pourrait laisser croire qu'il est, ici, fait référence au célèbre principe communautaire justifiant des dérogations aux différentes libertés instituées par le Traité communautaire ; ces fameuses « raisons impérieuses d'intérêt général » complétées par une exigence de proportionnalité. Cependant, le flou de la formule employée par le législateur communautaire dans le règlement SE, ne permet pas, semble-t-il, d'opérer l'amalgame. Bien loin d'insuffler une rassurante brise de sécurité juridique, la disposition contraint le praticien, désireux de se lancer dans un processus de fusion transfrontalière via l'outil SE, à naviguer à vue.

Car cette faculté laissée aux Etats membres de s'opposer au cas par cas aux opérations, pour des raisons d'intérêt public dérange à double titre.

On peut d'une part légitimement s'interroger sur l'exactitude des frontières de la notion et sur le risque, par voie de conséquence, d'une utilisation non homogène de cette faculté laissée aux mains du législateur national, dans la mesure où il paraît très peu probable que tous les Etats membres retiennent une définition identique du concept d'intérêt public. Cela étant dit, si d'aucuns soutiennent que le risque existe que « *certaines Etats fassent un usage étendu de cette faculté, au nom d'un patriotisme économique renaissant* »⁵⁰, les rares expériences françaises révèlent que les entreprises ne se sont pas heurtées à une hostilité annoncée des autorités disposant de la faculté de s'opposer à l'opération.

⁴⁹ V. l'interview du directeur juridique du groupe Scor, annexée à la fin de ce mémoire.

⁵⁰ Reinhard Dammann et Mélanie Fronty « Plaidoyer pour une libéralisation des modes de constitution d'une société européenne », *Revue Droit & Patrimoine*, n° 163, octobre 2007.

D'autre part, il est regrettable de constater que ce pouvoir discrétionnaire laissé aux mains de certaines autorités nationales peut être mis en œuvre tardivement. Le règlement précise en effet que cette faculté d'opposition peut intervenir jusqu'à la délivrance du certificat de conformité de l'opération, c'est-à-dire à une période où le processus sera très avancé pour ne pas dire quasi abouti.

Quoiqu'il en soit, dangereux ou pas, ce pouvoir a été confié par le législateur interne à différentes autorités, et ce, à l'occasion de l'introduction de la SE en droit français par la loi Breton du 26 juillet 2005, sur la confiance et la modernisation de l'économie. Il convient ici de mentionner le Procureur de la République⁵¹, le Comité des Etablissements de crédit et des entreprises d'investissement - qui peut désormais s'opposer à une opération de fusion impliquant un établissement de crédit⁵² -, le Comité des entreprises d'assurance⁵³ et enfin l'Autorité des marchés financiers⁵⁴ qui est dorénavant compétente pour refuser une opération de fusion impliquant une société de gestion de portefeuille agréée en France.

Même si à notre connaissance, aucune opposition n'est à ce jour intervenue pour des raisons d'« intérêt public » il est certain que cette latitude est à même de constituer un facteur dissuasif pour les entreprises. Ces dernières risquent en effet d'être quelque peu dubitatives à l'idée de se lancer dans une opération lourde, tant d'un point de vue pécuniaire que d'un point de vue humain, surtout si c'est pour voir cette opération se solder par une interdiction, dont les fondements ne seraient en plus pas d'une clarté cristalline...

Malheureusement, les limites couramment reprochées à la SE ne concernent pas uniquement le volet social tatillon ou encore le risque d'opposition.

Aussi, pour parfaire l'inventaire des critiques formulées à l'encontre de la SE, à tout le moins, envisagée comme vecteur de rapprochements transfrontaliers, convient-il de se pencher à présent sur l'étroitesse des candidats visés par le règlement SE du 8 octobre 2001.

3- Un nombre de candidats de facto restreint.

La SE est certes un instrument communautaire « *prometteur* »⁵⁵, pour autant, relativement rares sont les sociétés qui, en pratique, pourront prétendre recourir à cet outil, tant les exigences sont fortes, que ce soit en termes de capital minimum (b), ou de structure sociétaire

⁵¹ Cf en ce sens l'article L.229-4 du Code de commerce.

⁵² Cf C. mon. fin. Art. L.511-13-1

⁵³ Cf l'article L.322-29 du Code des assurances.

⁵⁴ Cf en ce sens l'article L.532-9-2 du Code monétaire et financier.

⁵⁵ F. Funck-Brentano, « la société européenne, un instrument prometteur », *M&F*, juin 2001, n° 128, p.28

(a). Par ailleurs, en retenant une définition étroite de la notion de fusion (c), le règlement SE exclut de ce seul fait, un certain nombre d'opérations, de son champ d'application.

a- Le règlement SE : un outil strictement réservé aux SA.

Au terme de l'article 2 du règlement SE, seules les Sociétés Anonymes « *constituées selon le droit d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la communauté peuvent constituer une SE par voie de fusion (...)* ». Le lecteur ne pourra que s'étonner du choix restrictif opéré par le législateur communautaire. Certes l'étonnement demeure tout relatif dans la mesure où dès sa gestation, la SE était avant tout appréhendée comme une société anonyme européenne, pour autant il est regrettable d'avoir considérablement restreint le champ des sociétés éligibles. Madame Lenoir n'a d'ailleurs pas manqué de souligner dans son rapport remis au garde des Sceaux au premier trimestre 2007, qu'une telle inhibition allait à l'encontre de la volonté de développer le modèle SE en tant qu'outil œuvrant au sein de la communauté aux rapprochements paneuropéens⁵⁶. Son rapport formulait en 2007 la recommandation d'étendre les possibilités de création d'une SE à toute société de capitaux. A ce jour, cette recommandation, à l'instar de nombreuses autres figurant dans le rapport, est restée sans suite. Gageons néanmoins que les travaux de madame Lenoir pourront jouer le rôle d'un « électrochoc » et permettront d'attirer l'attention du Conseil européen sur ce point.

Dès sa naissance, la SE dans sa dimension vecteur de rapprochements transfrontaliers, a été auréolée de qualificatifs laudatifs. Certes le pas franchi était alors immense, tant auparavant l'offre d'outils en la matière se réduisait au néant. Pour autant, comment expliquer cette restriction du champ des sociétés éligibles ? L'on ne peut aujourd'hui que déplorer qu'une structure sociétaire, prétendument conçue pour répondre à l'exigence de compétitivité croissante des entreprises européennes, et ce, en facilitant les opérations de restructurations transfrontalières ne soit réservée qu'aux seules sociétés anonymes. Cet accès limité à la SE risque de conduire à une situation dans laquelle « *le choix d'un type de société s'effectue dans l'unique perspective de bénéficier de la circulation intra-communautaire, même si la forme sociale ne correspond pas aux objectifs économiques ou stratégiques. Un accès large éviterait que les utilisateurs soient dans l'obligation de faire un choix entre la circulation transfrontalière et une forme sociale plus appropriée à l'activité poursuivie* »⁵⁷.

⁵⁶ Madame Lenoir juge dans son rapport qu' « il n'est pas normal que tant de verrous soient posés pour limiter les possibilités de création d'une SE ». *cf* Rapport p. 121.

⁵⁷ Michel Menjucq, « La circulation internationale des sociétés », *Petites Affiches*, 2001, n° 89, p.39.

Aujourd'hui, dans l'hypothèse où l'une des sociétés désireuses de fusionner par le biais de la création d'une SE, n'est pas une société anonyme, elle sera contrainte de revêtir l'habit juridique d'une SA -par voie de transformation- afin précisément de pouvoir participer à l'opération. Or l'on sait combien les entreprises sont réticentes à se lancer dans des opérations de transformations de sociétés, les délais étant souvent extraordinairement longs, et le coût pécuniaire lié à la transformation parfois prohibitif.

b- Un capital social exigeant.

Non seulement, comme il a été dit plus haut, le champ des sociétés pouvant prétendre recourir à la SE pour leur opérations de fusion au sein de la communauté, est *de facto* rendu ténu par le fait que les sociétés parties à l'opération doivent nécessairement être des SA, mais en plus, le phénomène est accentué puisque toutes les SA ne sont pas éligibles au règlement. En effet, ce dernier pose comme exigence que le capital souscrit de la SE doit être au moins de 120 000 euros⁵⁸, - et ce pour l'hypothèse où la SE déciderait de ne pas faire appel public à l'épargne - Ce chiffre élevé entraîne indubitablement une exclusion de bon nombre de petites et moyennes entreprises du bénéfice du règlement, qui pourtant étaient constituées sous forme de SA et nonobstant leur taille pouvaient avoir des vocations communautaires. Il est d'ailleurs amusant de constater à quel point les rédacteurs du texte, probablement trop bureaucrates, n'avaient pas conscience du risque d'exclusion des PME. Or pourtant, ces dernières constituent un part prépondérante du tissu économique européen. Le considérant 13 du règlement apporte à ce titre un éclairage intéressant : *« pour assurer que ces sociétés européennes ont une dimension raisonnable, il convient de fixer un capital minimum de sorte qu'elles disposent d'un patrimoine suffisant, sans pour autant entraver les constitutions de SE par des petites et moyennes entreprises »*⁵⁹. Il n'est pas évident que le subtil équilibre recherché par les rédacteurs ait été trouvé... Cet exemple révèle combien, parfois, le droit communautaire est éloigné des préoccupations de la pratique.

En outre, toujours au chapitre des reproches, il convient de mentionner la définition étroite de la fusion telle que retenue par le règlement SE.

c- Une définition trop étroite de la fusion.

Pour être totalement exact, le règlement SE ne contient en réalité pas de définition de la fusion transfrontalière, ce que l'on peut déplorer. En revanche, l'article 17, - qui s'intéresse

⁵⁸ Cf Règlement 2157/2001/CE « relatif au statut de la société européenne », art. 4§2.

⁵⁹ Nous soulignons.

spécifiquement au mode de constitution d'une SE par voie de fusion -, précise que l'opération ne peut revêtir que deux formes ; la forme d'une fusion-absorption, la société absorbante devenant une SE, ou bien la forme d'une fusion aboutissant à la création d'une société nouvelle qui adoptera le statut de SE. Pourtant la pratique a prouvé depuis longue date qu'elle ne se contentait pas de ces deux types de fusions. L'ingénierie juridique déployée par les praticiens ces dernières années révèle qu'il existe d'autres voies possibles pour permettre des opérations de rapprochement, en témoigne la technique de l'apport partiel d'actif ou encore celle de la scission⁶⁰. Certains regrettent que ces formules soient ignorées par le règlement SE⁶¹.

En l'état actuel des choses, une société d'un Etat membre désireuse d'apporter une partie de ses actifs à une société française, ne pourra recourir à l'outil SE, et partant, ne sera pas à même de bénéficier de la levée d'obstacle qu'il permet. Bien au contraire, l'opération sera synonyme de complications, puisqu'elle nécessitera le consentement de tous les associés de la société dissoute, la scission entraînant un changement de la loi applicable à la société qui se scinde.

Dans sa version actuelle, le règlement SE ne peut être présenté comme l'outil permettant de répondre à toutes les problématiques de regroupement d'entreprises d'Etats membres différents.

Enfin pour clore ces développements consacrés tant aux insuffisances du règlement qu'à ses lourdeurs, il importe de dire quelques mots sur les difficultés engendrées par l'insuffisance de règles matérielles uniformes.

4-Le règlement SE inopérant face au problème lié à la parité d'échange.

Comme il a été dit plus haut, s'agissant de la technique législative utilisée par le règlement, l'idée a été la suivante : mettre sur pied un certain nombre de règles dites substantielles qui permettent de contourner les obstacles les plus importants dressés par les différentes législations des Etats membres, et pour le reste, procéder par renvoi aux lois nationales applicables en matière de fusions de sociétés anonymes⁶². Si l'établissement de règles matérielles présente l'immense avantage de ne plus recourir aux délicates règles classiques de

⁶⁰ Cela étant dit, certains auteurs font à juste titre valoir « *qu'une scission transfrontalière est plus rare, socio-économiquement, qu'une fusion* ». V. en ce sens le riche article d'Hervé Le Nabasque. « Les fusions transfrontalières après la loi du 3 juillet 2008 », *Revue des sociétés*, 2008, p. 493.

⁶¹ En ce sens, voir les propositions du rapport de Madame Lenoir remis au garde des Sceaux en mars 2007. p. 121 et s.

⁶² Cf en ce sens l'article 18 du règlement SE

droit international privé, et ainsi de rationaliser et sécuriser la procédure de fusion, il convient de garder à l'esprit que leur élaboration ne peut se faire qu'au prix d'intenses négociations - les fusions transfrontalières constituant un sujet particulièrement sensible pour lequel les Etats ne sont pas forcément prêts à voir leur législation écartée au profit de normes communes ou étrangères - Si bien qu'en pratique, les règles substantielles figurant dans le règlement ne sont que très peu nombreuses.

C'est ainsi que dans le silence du règlement, il convient, s'agissant de la détermination du rapport d'échange, de se fier aux méthodes nationales de valorisation, or inutile de préciser qu'en la matière les Etats membres possèdent chacun des façons originales de déterminer la parité d'échange. Ainsi l'assureur allemand Allianz, au cours de sa fusion avec sa filiale italienne RAS - convertissant de la sorte Allianz AG en SE - s'est heurté au problème lié à la divergence des méthodes de valorisation entre l'Allemagne et l'Italie. Le premier pays retenant la méthode de valorisation basée sur les flux capitalisés tandis que l'Italie faisait prévaloir d'autres méthodes fondées le plus souvent sur des multiples. La société absorbante a ainsi confié que les difficultés confinaient parfois à la quasi paralysie du processus, et a appelé de ses vœux une harmonisation au niveau communautaire des différentes méthodes de valorisation⁶³.

On comprend aisément, à la lecture de ces nombreux griefs formulés à l'encontre du règlement SE, que les praticiens soient quelque peu « restés sur leur faim ». Un sentiment d'amertume justifié en premier lieu par la complexité consubstantielle du règlement tenant notamment au fait qu'il prend le parti de jongler subtilement -et probablement malgré lui- entre des dispositions purement communautaires et des dispositions nationales, au risque de perdre en lisibilité et par voie de conséquence, en attractivité et en second lieu par son élitisme. En effet, les exigences posées par le règlement, qu'il s'agisse de l'absolue nécessité de revêtir la forme SA ou de l'importance du capital minimum, en réservent l'application à un nombre, *de facto*, très restreint de sociétés, ce qui apparaît en total contradiction avec l'objectif affiché initialement, visant à favoriser, de manière générale, les mouvements de rapprochements paneuropéens, au nom du renforcement de la compétitivité sur la scène mondiale de tous les acteurs économiques européens. D'une manière plus générale, si certains dirigeants sociaux peuvent, à juste titre, être séduits par le régime « privilégié » qu'offre le règlement SE, en terme de fusion transfrontalière - et ce, pour toutes les raisons qui ont été

⁶³ En ce sens, voir la contribution de la société Allianz SE, annexée au rapport Lenoir. Libres propos des entreprises, p. 215 et s.

évoquées plus haut- tous ne recherchent pas coûte que coûte, à adopter le statut de SE. Si bien que, comme l'a justement souligné un auteur : « *le règlement ne constitue pas une panacée pour tout projet de fusion transfrontalière* »⁶⁴. Reste que, jusqu'à l'avènement de la transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières, l'opérateur du commerce international désireux, pour des questions de stratégies, de recourir à une opération de rapprochement entre sociétés paneuropéennes à des conditions favorables n'avait d'autres choix que d'adopter le statut de SE. De ce point de vue, il est possible d'affirmer que pendant un temps, l'adoption du statut de SE pouvait être pour certains dirigeants, le « prix à payer » pour bénéficier de règles matérielles régissant le processus des fusions intracommunautaires. Peut être s'est-il agi d'une forme de *marketing* visant à rendre d'autant plus attractif le statut de SE ?

Toujours est-il que les praticiens, désappointés par l'offre du règlement SE, ont revendiqué la création d'un nouvel outil permettant les mêmes finalités mais dans des conditions de souplesse accrue. La réponse à leurs attentes a été fournie par la directive du 26 octobre 2005. Aussi convient-il dans les développements qui suivent de montrer en quoi l'avènement de ce nouvel instrument, eu égard à sa « souplesse » et à son libéralisme, a périmé la SE, du moins dans sa dimension « outil de facilitation des fusions intracommunautaires ». Dans un souci d'analyse dynamique, il importera de rendre compte des atouts du texte communautaire, en insistant sur le fait qu'il a su parfaitement corriger les lourdeurs du règlement SE.

Titre II- La voie de la fusion transfrontalière via le recours à la directive transfrontalière transposée en droit français par la loi du 3 juillet 2008.

La directive fusion transfrontalière qui s'inscrit dans le cadre du plan d'action pour les services financiers et de façon plus générale dans la stratégie de Lisbonne, s'appuie en grande partie sur les dispositions du statuts de la SE, tout en rajoutant une dose certaine de souplesse.

⁶⁴ O. du Mottay et F. Fages, « Société européenne et fusions transfrontalières », *in Droit & Patrimoine*, n° 163, oct. 2007.

Ainsi la dixième directive met en place un régime beaucoup plus abouti que celui proposé par le règlement. Si le nouveau dispositif gagne considérablement en attractivité (A), c'est en partie dû à l'allègement du volet social (B).

A- Une attractivité renforcée.

Sans pour autant vouer aux gémonies la SE, la Commission a, dès 2003, pris conscience de l'inaptitude du règlement SE à créer un environnement propice au bon déroulement des opérations transfrontalières. Car si le nombre de candidats à ce type d'opération a été et demeure important, beaucoup ont reculé, effrayés par l'« épouvantail social »⁶⁵ notamment ou encore contraints par l'étroitesse de son champ d'application. Il est à cet égard assez instructif de relire une communication de la Commission datant de mars 2003, constituant la réponse au rapport final du groupe d'experts de haut niveau en droit des sociétés présidé alors par Jaap Winter⁶⁶ ; ledit rapport précise en effet, sous la plume de Monsieur Frits Bolkestein, alors membre de la Commission européenne, chargé du marché intérieur que : *«Le fait de faciliter les fusions transfrontalières représente un instrument important pour promouvoir la coopération et les restructurations nécessaires au renforcement de la compétitivité européenne. Actuellement, les fusions transfrontalières sont difficiles, sinon impossibles à réaliser; notre proposition vise à corriger cette donne⁶⁷. Parallèlement, il est essentiel de prévoir des garanties qui empêchent les sociétés d'en faire un usage abusif aux fins de contourner les obligations de participation des travailleurs imposées au niveau national. Une adoption rapide de la directive importe d'autant plus que l'élargissement renforcera la nécessité, pour les sociétés, d'être en mesure de coopérer sur une base transfrontalière».*

En tout état de cause, pour imparfait qu'est le règlement SE, il a néanmoins eu pour mérite de jouer un véritable rôle de modèle, voire d'entraînement puisqu'il a permis de provoquer l'accouchement de la directive de 2005 sur les fusions transfrontalières. Une naissance pour le moins attendue puisque la première proposition de directive en la matière date de 1985.⁶⁸ Très classiquement, les différentes moutures butaient sur les questions de la participation des

⁶⁵ Anne-Sophie Cornette de Saint-Cyr et Olivia Rault, « Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne ». *JCP/ La semaine juridique - Edition entreprises et affaires*. n° 15. 10 avril 2008.

⁶⁶ Rapport présenté le 4 novembre 2002, traitant du gouvernement d'entreprise et de la question de la modernisation du droit européen des sociétés.

⁶⁷ Nous soulignons.

⁶⁸ V. en ce sens J. Beguin, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », *Mélanges Gavalda, Dalloz*, 2001, p. 19.

salariés ; l'Allemagne, notamment, craignait que ce texte ne permette une véritable voie de contournement de son si cher système de cogestion - la célèbre *Bestimmung* - consistant dans la participation de représentants des salariés dans les organes sociaux type conseil de surveillance ou conseil d'organisation.

Or l'adoption de la directive du 8 octobre 2001 sur l'implication des travailleurs a permis de débloquent une situation qui pourtant semblait chroniquement figée⁶⁹. La directive du 26 octobre 2005 a « profité » de cette avancée historique pour assoir une partie de son volet social, par le mécanisme du renvoi, sur la directive de 2001 sur l'implication des travailleurs. Comme pour la SE, les aspects sociaux sont au cœur du dispositif puisque l'immatriculation de la société issue de la fusion paneuropéenne ne peut intervenir sans que le rôle des salariés, au sein des organes de gestion de celle-ci n'ait été organisé.⁷⁰

L'aspect social n'a d'ailleurs pas été le seul à tirer profit de l'existant. En effet, d'une manière plus générale, c'est toute l'architecture qui a été calquée sur le règlement SE et la directive qui l'a complété. D'ailleurs, aux dires de certains auteurs, seule cette approche pouvait assurer la viabilité de la directive fusions transfrontalières. C'est ainsi que Michel Menjucq a pu écrire que « *la directive sur les aspects juridiques des fusions intracommunautaires de sociétés de capitaux n'a pu en réalité aboutir qu'en se plaçant dans le sillage de la société européenne, et ce, tant du point de vue du régime de participation des salariés que de celui purement technique de l'opération de fusion* »⁷¹.

Quoiqu'il en soit, efficace ou non, la méthode retenue a le mérite de la simplicité puisqu'elle a permis de produire un texte ramassé d'à peine 21 articles contre près de 70 pour le seul règlement SE ! En outre, dans la mesure où les deux textes retiennent une approche identique, consistant à élaborer un certain nombre de règles dites substantielles et à renvoyer pour le reste au droit interne des fusions de sociétés de capitaux, la comparaison est de ce fait, grandement facilitée. Cette grille de lecture identique permet d'asseoir l'objectivité de la comparaison.

Rappelons que la directive, dont la date limite de transposition avait été fixée par la Commission au 15 décembre 2007, n'a été réceptionnée en droit français que tardivement, par la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit

⁶⁹ Voir « Vers une simplification des fusions transfrontalières », Single Market News, édition 36, février 2005 et communiqué de presse de la Commission : *Proposition de la directive sur les fusions transfrontalières présentée par la Commission*, 18 novembre 2003, MEMO/03/233.

⁷⁰ Cf Règlement CE, n° 2157/2001, art. 12.

⁷¹ M. Menjucq, « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », in *Revue Lamy droit des affaires*, mai 2006, n° 5.

communautaire⁷², dite loi « DDAC ». Cette dernière a introduit, dans le Code de commerce, une nouvelle section propre aux fusions transfrontalières composée des articles L. 236-25 à L. 236-32 (L. n° 2008-649, art. 1er) et, dans le Code du travail, un nouveau titre relatif à la participation des salariés dans la société issue de la fusion comportant les articles L. 2371-1 à L. 2375-1 (L. n° 2008-649, art. 3). Plus récemment, le dispositif a été complété par un décret d'application en date du 5 janvier 2009, qui rend le nouveau régime effectif.⁷³

Il est intéressant de relever qu'à l'instar du règlement SE, la directive fusions transfrontalières fonctionne selon un régime dualiste dans la mesure où d'une part sont élaborées des règles matérielles, principalement pour les aspects contractuels de l'opération de rapprochement, et d'autre part une règle de conflit est dégagée. Cette dernière, héritée du règlement SE, pose le principe que tout ce qui ne fait pas l'objet de règles matérielles nouvelles ou de règles de conflit originales reste régi par la loi nationale applicable à chaque société participante⁷⁴. Or cette disposition devrait grandement faciliter les choses puisque grâce à la directive de 1978 sur l'harmonisation des droits internes en matière de fusion de sociétés de capitaux, les différents Etats membres de la communauté parlent globalement le même langage.

La loi du 3 juillet 2008 a pris acte des dispositions de la directive, puisqu'elle précise que les sociétés de droit français qui participent à l'opération de fusion transfrontalière le font « *dans les conditions prévues par les dispositions de la présente section* » -soit quelques dispositions propres à la fusion transfrontalière- « *ainsi que celles non contraires des sections 1 à 3 du présent chapitre* », lesquelles forment le droit commun applicable à une fusion interne. Or il se trouve qu'il n'existe que très peu de dispositions qui soient en contradiction avec les dispositions de « *la présente section* », si bien qu'il est désormais possible pour une société de droit français de fusionner avec une autre société de l'espace communautaire selon le même régime que celui qu'elle aurait appliqué dans une fusion de dimension interne.

Aussi est-il permis de citer ici l'immense avantage lié à ce renvoi au droit interne des fusions : le projet de fusion, conformément au droit français des fusions, pourra être décidé à la majorité requise pour modifier les statuts, c'est-à-dire la majorité des deux tiers. De ce fait, disparaît le spectre attaché à l'exigence d'unanimité. Certes l'avancée est de taille, mais l'on

⁷² Loi dite « DDAC » n° 2008-649, Journal Officiel 4 juillet 2008.

⁷³ François Mary et Charles Antoine Guelluy, « Fusions transfrontalières : le coup d'envoi ? », *Option Finance*, n° 1018 - Lundi 2 mars 2009.

⁷⁴ V. en ce sens le considérant n° 3 de la directive fusions transfrontalières, 2005/56/CE : « *afin de faciliter les opérations de fusion transfrontalière, il convient de prévoir que (...) chaque société participant à une fusion transfrontalière, ainsi que chaque tiers concerné, reste soumis aux dispositions et aux formalités de la législation nationale qui serait applicable à une fusion nationale* ».

pourrait objecter qu'il ne s'agit que d'une pale copie de ce qu'avait prévu le règlement SE quatre années plus tôt.

En réalité, les avancées permises par la directive FT et plus proche de nous, par la loi de transposition en date du 3 juillet 2008, sont à chercher ailleurs. Dans un souci d'analyse dynamique il conviendra dans les développements qui suivent de voir si la directive FT ainsi que sa loi de transposition sont parvenues à combler les insuffisances du dispositif instauré par le règlement SE, à alléger les lourdeurs qui étaient les siennes. En tout état de cause, il semblerait que la directive FT ait véritablement pris la mesure des griefs formulés à l'égard du règlement SE et de la directive qui l'accompagnait, et ce en prenant le parti de proposer un champ d'application élargi (1) et en renforçant la sécurité juridique au sein du processus de fusion. (2). Par ailleurs, le nouveau dispositif se montre davantage libéral que son aîné. Cela se vérifie dans la manière dont la directive aborde le rôle de l'expert indépendant (3), mais également dans les questions relatives au contrôle de légalité de l'opération (4).

1- Un champ d'application *ratione personae* élargi.

Là où le règlement SE pêchait par excès d'élitisme puisqu'il réserve le bénéfice du régime favorisé qu'il instaure aux seules Sociétés Anonymes, la directive FT et dans son sillage, la loi DDAC, jouent la carte de l'ouverture en disposant d'emblée que le texte « *s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre (...)* »⁷⁵.

Si le projet de directive sur les fusions entre sociétés établies sur différents Etats membres de la communauté ne concernait que les SA « européennes », sa concrétisation vingt ans plus tard prend acte des évolutions du monde des affaires. Ce sont donc toutes les sociétés de capitaux qui sont désormais éligibles à l'application de la directive FT. Pour ne s'intéresser qu'à la France, cela concerne en tout premier lieu les SA bien sûr mais aussi les SCA, les SARL, sans oublier les SAS, ces dernières rencontrant depuis une quinzaine d'années un vif succès auprès des praticiens de la vie des affaires. Ces derniers ne pourront que se réjouir de cette large définition retenue par la dixième directive⁷⁶, et plus particulièrement les dirigeants de PME dont les entreprises, malgré leur dimension restreinte pouvaient être à la recherche de synergies européennes mais ne trouvaient pas d'écho à leur projets puisque le règlement SE leur tournait le dos ; étant entendu que la forme SA est loin d'être la forme la plus populaire auprès des petites et moyennes entreprises. Bien au contraire,

⁷⁵ Directive 2005/56/CE, *Journal Officiel* n° L310 du 25 nov. 2005, art. premier.

⁷⁶ V. en ce sens, l'art. 1er de la loi du 3 juillet. 2008, introduisant un nouvel art. L. 236-25 c. com.

ces dernières optent dans l'immense majorité des cas pour le statut de SAS ou de SARL, moins contraignant en termes de transparence et d'obligations de publications.

Certains auteurs sont allés jusqu'à soutenir qu'avant l'avènement de la directive FT, près de 90% des entreprises tentées par une opération de rapprochement de dimension communautaire renonçaient à leur projet, parce qu'elles ne pouvaient ou ne voulaient pas constituer une SE⁷⁷. Quoiqu'il en soit, rien qu'en posant un champ d'application plus large, la directive FT gagne en attractivité et en popularité.

Désormais, non seulement un certain nombre de sociétés de capitaux sont éligibles à la procédure privilégiée instaurée par la directive et transposée par la loi DDAC, mais en plus, la liste est susceptible de s'allonger puisque le critère de qualification de « société de capitaux » n'est *a priori* pas fermé et renvoie au critère générique de la directive 68/151/CE : si bien que les futures formes sociales qui restent encore à imaginer pourront donc se prévaloir du bénéfice de la dixième directive.

Par ailleurs, dans la mesure où la directive FT ne contient fort heureusement aucune disposition matérielle quant à l'exigence d'un éventuel capital minimum de la société issue de la procédure de fusion, cela ne peut que convaincre les entreprises qui hésitaient à franchir le pas, persuadées qu'une telle opération était synonyme de coûts élevés. En réalité, la structure issue de la fusion devra simplement respecter les exigences de capital imposées par l'Etat membre dans lequel elle aura décidée de s'immatriculer.

En outre, au chapitre des enjeux liés à la localisation de la société issue de l'opération de fusion, la directive FT offre de belles perspectives, qui surpassent très vraisemblablement ce que le règlement SE est capable d'offrir. En effet, l'article premier de la dixième directive précise que le régime qu'elle met en place s'applique à toutes les sociétés de capitaux « *ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, si deux d'entre elles au moins relèvent de législation d'Etats membres distincts* ». Or une interprétation littérale du texte laisse entendre qu'il est désormais permis de dissocier géographiquement l'administration centrale du siège statutaire de la société issue de la fusion. Pour prendre un exemple, la directive autorise qu'à la suite de l'opération de rapprochement, la société issue de la fusion installe son siège statutaire en Grande-Bretagne et son administration centrale en France. Il s'agit évidemment d'un aspect susceptible de contribuer fortement au développement des opérations de fusions paneuropéennes hors cadre de la SE dans tous les Etats membres au sein desquels prime la théorie du lieu

⁷⁷ Hervé Le Nabasque, « Les fusions transfrontalières après la loi du 3 juillet 2008 », *Revue des Sociétés*, 2008, p. 493.

d'immatriculation, c'est-à-dire lorsque le lieu où est établie l'administration centrale ne doit pas nécessairement coïncider avec celui du siège social enregistré. L'on pense ici par exemple au Royaume-Uni ou encore à l'Allemagne qui depuis peu a officiellement basculé dans le champ libéral des Etats qui ont adopté comme règle de rattachement la loi de l'Etat du siège statutaire - la *Gründungstheorie* en droit allemand - . Pour mémoire le règlement SE adopte une approche plus exigeante puisqu'il impose qu'à l'issue d'une procédure de fusion par constitution d'une SE, le siège statutaire de la SE corresponde au lieu de son administration centrale, c'est-à-dire son siège réel⁷⁸. L'on est loin de la simple incitation puisque en cas de non respect de cette obligation, le règlement SE précise à l'article 64§2 que L'Etat membre prendra les mesures nécessaires pour que la SE qui ne régulariserait pas sa situation soit mise en liquidation.

La directive FT est d'autant plus libérale qu'elle ne réclame pour les sociétés parties à l'opération qu'un lien de rattachement ténu à la Communauté. En effet, pour être à même de profiter du régime privilégié instauré par la directive FT, il suffit que les deux sociétés promotrices possèdent au sein de la Communauté : soit leur siège statutaire, soit leur administration centrale, soit uniquement leur « *principal établissement* ». On ne retrouve donc pas, dans ce texte, la volonté de réserver les fusions aux seules sociétés ayant un lien de rattachement fort avec la Communauté européenne, à l'instar de ce qui est exigé à l'égard des entités fondatrices d'une SE. Cette ouverture d'esprit dont fait montre la directive FT est particulièrement appréciable à une époque où la jurisprudence de la CJCE laisse entendre qu'elle semble convaincue par la théorie de la dissociation entre siège statutaire et siège réel. La célèbre trilogie d'arrêts rendus aux débuts des années 2000 en constitue la preuve la plus manifeste⁷⁹.

Le libéralisme de la directive FT ne se manifeste pas uniquement sur le terrain de son champ d'application, mais au contraire s'étend à d'autres domaines, parmi lesquels il convient de mentionner le contrôle de la légalité de l'opération de concentration.

⁷⁸ L'article L. 229-1 du Code de commerce précise que la SE est soumise aux dispositions de l'article L. 210-3 et que le siège statutaire et l'administration centrale ne peuvent être dissociés. Le législateur français ayant décidé de lever l'option prévue par l'article 7 du règlement SE lui permettant d'imposer que le siège statutaire et l'administration centrale de la SE soient situés au même endroit, c'est-à-dire concrètement à la même adresse, dans la même ville !

⁷⁹ CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, **Centros**, Rec. CJCE, I, p. 1459, *JCP E*, 1999, p. 1285, obs. Y. Reinhard. CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, **Überseering**, Rec. CJCE, I, p. 9919, note J.-Ph. Dom, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452 et CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, **Inspire Art**, Rec. CJCE, I, p. 10155.

2- Vers un contrôle plus rationnel des opérations de fusions paneuropéennes

Le rapport de Madame Lenoir remis au Garde des Sceaux en mars 2007 avait mis en lumière les inquiétudes de la pratique quant à la possibilité laissée aux mains du Procureur de la République française de s'opposer pour des « *motifs d'intérêt public* » à la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière⁸⁰. Ledit rapport, se faisait surtout le porte voix des remarques et revendications des dirigeants d'entreprises de dimension européenne, consultées à l'occasion de son élaboration. Il est à ce titre étonnant de constater, à la lecture de la partie consacrée aux « *libres propos des entreprises* », combien les craintes des dirigeants étaient à l'époque unanimes à l'égard de cette latitude confiée au Procureur. Etait tout autant fustigé le principe même que le sentiment d'impressionnisme de la notion. En effet, où faire commencer les motifs d'intérêt public ? Où les faire cesser ? Or il est certains domaines dans lesquels le droit a besoin de pointillisme et non d'impressionnisme brumeux.

Certes les exemples de constitution de SE dont nous disposons, vont dans le bon sens puisque dans l'histoire des SE immatriculées sur notre sol, le Procureur n'a jamais fait usage de l'arme qui lui a été confiée par le législateur, il n'empêche que la disposition législative existe belle et bien dans notre Code de commerce et qu'il n'est pas du tout exclu qu'elle refasse un jour surface sans que l'on ne comprenne véritablement pourquoi.

C'est précisément sur ce terrain que la directive et sa loi de transposition se démarquent favorablement. L'article 4§1 b) de la dixième directive rappelle qu'une « *société participant à une fusion transfrontalière se conforme aux dispositions et aux formalités de la législation nationale dont elle relève. Lorsque la législation d'un Etat membre permet à ses autorités nationales de s'opposer, pour des raisons d'intérêt public, à une fusion au niveau national, cette législation s'applique également à une fusion transfrontalière lorsqu'au moins une des deux sociétés qui fusionnent relève de la législation de cet Etat membre* ». Or il se trouve que le droit français ne connaît précisément pas de mécanisme aussi général qui autoriserait une autorité nationale à s'opposer à une opération de fusion interne. Compte tenu de l'incertitude sur la bonne fin des opérations envisagées que recèle ce droit d'opposition, la dixième directive présente sur ce point une amélioration notable en termes de sécurité juridique.

En prenant un peu de hauteur, l'on a le sentiment que la directive FT s'analyse en une version perfectionnée du dispositif fusion transfrontalières tel qu'imaginé par le règlement SE. En effet, si le texte de 2005 est sur certains aspects, le décalque du volet fusion transfrontalière de

⁸⁰ L'article L. 229-4 du Code de commerce introduit par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 instaure au profit du procureur de la République un droit d'opposition pour des raisons d'intérêt public.

la SE, il a néanmoins su dépasser les incertitudes et les lourdeurs de son ainé ce qui ne manquera pas d'augmenter son attrait et par voie de conséquence de creuser l'écart d'attractivité qui peut exister entre les deux outils.

3- Une conception libéralisée de l'expert indépendant.

L'on sait aujourd'hui l'importance du rôle joué par les experts indépendants toutes les fois où il est question d'une opération de fusion, et ce, que cette dernière revête une dimension nationale ou internationale. Aussi bien en droit interne des fusions, l'article L. 236-10 précise que les commissaires à la fusion doivent impérativement établir et présenter aux actionnaires ou associés de la société absorbée, comme à ceux de la société absorbante, deux rapports : l'un portant sur les modalités de la fusion, l'autre sur la valeur des apports en nature et les avantages particuliers. Par ailleurs, le droit français, dans un dessein de simplification a autorisé l'hypothèse dans laquelle toutes les sociétés participantes décident de soumettre l'opération au contrôle des mêmes commissaires - la demande de nomination devant alors être présentée sous la forme d'une requête conjointe de toutes ces sociétés -⁸¹

Cette liberté de recourir à un expert unique se retrouve aussi bien dans le règlement SE que dans la dixième directive. La similitude entre les deux textes se poursuit puisque aussi bien l'un que l'autre prévoient qu'en cas de réalisation d'une opération de fusion dite simplifiée, c'est-à-dire de fusion-absorption réalisée par une société qui détient toutes les parts et tous les autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générale de la société absorbée, il ne sera pas nécessaire de recourir à un expert. La précision est de taille surtout lorsque l'on sait les coûts et les délais qu'entraîne nécessairement la nomination d'un expert.

En revanche, là où la directive FT innove et se démarque singulièrement de l'existant, c'est lorsqu'elle introduit la possibilité de passer outre la nomination de l'expert dans des hypothèses de fusions « classiques », à condition toutefois que l'unanimité des associés en ait décidé ainsi⁸². Les plus pessimistes objecteront que la disposition est davantage théorique que pratique, tant l'exigence d'unanimité constitue un obstacle de taille. Néanmoins, dans la mesure où la directive FT, à l'instar de sa loi de transposition, concernent pleinement les petites et moyennes entreprises désireuses de se lancer dans l'aventure de la fusion transfrontalière, il n'est pas du tout si certain que l'exigence d'unanimité soit si paralysante.

⁸¹ V. en ce sens, l'article R 236-6, al. 2 du Code de commerce.

⁸² V. en ce sens l'alinéa 4 de l'article 8 de la directive dite Fusions transfrontalières.

Quoiqu'il en soit, la loi de transposition du 3 juillet 2008 a modifié l'article 236-10 du Code de commerce en ce sens. Désormais l'article trouvera à s'appliquer aussi bien pour les fusions internes que les fusions transfrontalières.

Pour conclure sur cette question, là où la réalisation d'une fusion « normale » -comprendre : non simplifiée- par constitution d'une SE devra toujours faire intervenir un ou plusieurs experts indépendants, l'intervention de cet expert pourra être évitée par une décision préalable unanime de l'ensemble des associés.

Les dirigeants qui jusqu'alors croyaient voir dans la SE un formidable outil permettant d'opérer des rapprochements entre différentes sociétés de la Communauté, risquent de s'en départir au profit du nouveau régime, disponible en droit français depuis l'entrée en vigueur, c'est-à-dire la 4 juillet 2008, de la loi de transposition de la directive.

D'autant que la loi de transposition renferme d'autres atouts...

4- Une liberté accrue dans le contrôle de légalité de l'opération

Au risque de se répéter il importe de rappeler que la directive FT s'inspire en grande partie du règlement SE, aussi n'est-il pas surprenant de constater que le texte de 2005, dans le sillage de son aîné, met en place un système de double contrôle s'agissant de la légalité de la fusion. La première phase est en tout point similaire à ce qu'avait en son temps prévu le règlement SE. Il s'agit en réalité d'un contrôle de conformité de la fusion. Si une société française vient à participer à l'opération, le greffier du tribunal dans le ressort duquel elle est immatriculée doit délivrer une attestation de conformité des actes et formalités préalables à la fusion, après avoir vérifié qu'ils ont été régulièrement accomplis par les représentants de la société fusionnante⁸³. Sans être purement formel, cette première phase de contrôle se réduira, selon toute vraisemblance, à ce qu'exige l'article L.236-6 du code de commerce pour une fusion interne : le greffier s'assurera, sous sa responsabilité, du respect par la déclaration de conformité des prescriptions du droit français; à la différence près que son contrôle débouchera sur la délivrance d'une attestation, laquelle n'est pas requise en cas de fusion interne. Ceci est tout à fait similaire à ce qui est prévu par le règlement SE s'agissant de la constitution d'une SE par la voie de la fusion.

L'innovation de la directive réside en réalité dans la deuxième phase du contrôle. L'article 11 de la directive de 2005 prévoit en effet que « *chaque Etat membre désigne le tribunal, le notaire ou tout autre autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion*

⁸³ G. Lesieur, « Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive communautaire du 26 octobre 2005 », *Les Petites Affiches*, 25 août 2008, p. 4 et s.

transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière et, le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de [cette] fusion ». Cette autorité devra s'assurer notamment que les certificats prévus durant la première phase de contrôle ont bien été délivrés et s'assurera entre autre que les modalités relatives à la participation des salariés ont bien été fixées conformément aux prescriptions du titre VII du Livre III de la deuxième partie du Code du travail. Cette autorité devra également s'assurer, dans l'hypothèse où la société issue de la fusion est constituée en France, qu'elle l'a été conformément aux lois et règlements applicables⁸⁴.

Or la loi de transposition du 3 juillet 2008 a saisi au vol l'opportunité qui lui était laissée, dans le flou du texte de la directive, de choisir plusieurs autorités en charge de ce second contrôle. Lors des débats de la loi, nombreux ont été les projets d'amendements, qu'ils émanent de l'opposition ou de la majorité soutenant le gouvernement ; tous convergeaient sur un point : il semblait abscons pour l'ensemble des intervenants que le contrôle de la légalité de ces opérations de fusions soit dévolu à un notaire. Quoiqu'il en soit, aux termes de débats parlementaires animés pour ne pas dire houleux, le législateur a décidé d'opter pour la mixité puisque désormais, au choix de la société issue de la fusion, ce sera soit le greffier ou soit le notaire qui se chargera de ce contrôle de légalité de l'opération. Le règlement SE quant à lui n'envisage aucune possibilité de choix et confie l'exclusivité du contrôle de la légalité de l'opération au seul notaire.

Or il est permis de penser que cette possibilité offerte au praticien de choisir un seul et même personnage, à savoir le greffier, pour contrôler la conformité de la fusion -phase un- et sa légalité -phase deux- constitue une simplification non négligeable, qui sera très certainement susceptible de permettre de réels économies de temps et d'argent. D'autant que le lecteur doit avoir conscience du caractère décisif de ces contrôles et de leur nécessaire impact sur l'évolution du processus de fusion. Peut être est-il ici utile de rappeler que l'achèvement du contrôle de légalité détermine la date de prise d'effet de la fusion, ce qui est loin de constituer un détail anodin. En outre, la nullité d'une opération de fusion transfrontalière ne pourra plus être prononcée après la prise d'effet de l'opération⁸⁵. Si bien que faire le choix de confier le contrôle de la légalité à l'individu qui a d'ores et déjà réalisé le contrôle de conformité, c'est faire le choix de la sécurité et de la célérité.

⁸⁴ En ce sens, V. Art. 11-1 de la directive et art. L. 236-30, al. 1er, c. com.

⁸⁵ En ce sens, V. Art. 17 de la directive et art. L. 236-31, al. 2, c. com.

Au final, le nouveau régime de fusion transfrontalière tel qu'instauré par la loi du 3 juillet 2008, se distingue du règlement SE par l'apport d'une multitude d'innovations qui s'analysent surtout en autant de correctifs qui visent à se débarrasser des lourdeurs qui caractérisaient le régime SE. Si toutes ces innovations considérées isolément peuvent paraître insignifiantes, leur agrégation permet de prendre la mesure du nouveau dispositif, et de réaliser combien celui-ci est attractif. A l'avenir, il y a fort à parier que les praticiens des affaires se laissent séduire par les sirènes du nouveau régime, abandonnant par la même occasion l'outil SE, ce qui ne fera qu'accentuer son caractère moribond.

Si certains doutent encore de l'attractivité du dispositif introduit en droit français par la loi du 3 juillet 2008, il suffira pour les convaincre d'aborder le volet social.

B- Un volet social affiné.

D'une manière générale, les auteurs n'ont pas eu la plume tendre lorsqu'il s'est agi de commenter le dispositif d'implication des salariés instauré par la directive n° 2001/86/CE. L'immense majorité s'accordait à souligner le risque d'entrave lié à des négociations sans fin -les négociations entre le patronat et le GSN pouvant en théorie s'étendre sur douze mois- Il est certain que la question des droits des salariés dans la société absorbante ou dans la structure issue de la fusion, véritable point d'achoppement du dispositif, a du dissuader plus d'un dirigeant de se lancer dans l'opération.

Certains ont parlé de « boulet social », d'autres d' « épouvantail », presque tous en revanche se sont accordés à dire que le développement de la société européenne a été freiné en raison des lourdes contraintes sociales prévues par le règlement de 2001 et la directive de la même année qui l'accompagnait.

Le nouveau dispositif tel qu'imaginé par la directive FT et incarné par la loi de transposition, gagne sensiblement en attractivité dans la mesure où il propose une définition de la participation moins lourde par rapport au règlement SE (1). En outre, le GSN, véritable point d'acmé de la crainte des dirigeants, peut désormais être évité (2), ce qui ne manquera pas de servir un peu plus encore les charmes de ce tout nouvel outil.

1- Une redéfinition allégée des droits des salariés.

Sans délaisser la question de la participation des salariés dans la structure issue de la fusion, la directive de 2005 semble retenir une approche plus souple que la directive de 2001 concernant

les droits des travailleurs dans la SE. D'ailleurs la logique qui anime les deux textes diffère. Alors que la directive de 2001 s'était fixée un véritable objectif social à atteindre, comme en témoigne le considérant 18 : « *la garantie des droits acquis des travailleurs en matière d'implication dans les décisions prises par l'entreprise est un principe fondamental et l'objectif déclaré de la présente directive* », la directive de 2005 retient une approche différente, vraisemblablement moins ambitieuse, où il n'est nulle part question de la volonté de favoriser une Europe sociale.

L'on se souvient que, dans le cadre de la création d'une SE par la voie de la fusion, la directive de 2001 oblige à la mise en place d'un GSN. Pour contraignant que soit ce dernier, il constitue une étape indispensable à la poursuite du processus de fusion.

Or l'article 16 de la directive de 2005 -qui traite de la question de la participation des travailleurs- pose d'emblée un principe différent. Le paragraphe premier de ce même article précise en effet, à titre de principe, que la société issue de la fusion est « *soumise aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs* » de l'Etat membre où se situe son siège. Cette règle est aujourd'hui transposée en droit français à l'article L. 2372-1 du Code du travail. Ainsi, désormais, le fait d'appliquer la loi du siège de la société issue de la fusion permet à une société française qui serait soumise à un régime de participation des salariés⁸⁶ et qui viendrait à absorber une société soumise à la loi d'un autre Etat membre d'appliquer, sans négociation préalable, son propre régime de participation à la structure issue de l'opération de rapprochement.

En refusant de faire du GSN une étape absolument incontournable, le texte de 2005 puis sa loi de transposition, ont marqué leur volonté de créer un outil populaire, qui a vocation à être utilisé massivement à travers l'Union.

De manière plus fondamentale, une distinction notable apparaît entre les règles applicables aux fusions transfrontalières et celles spécifiques à la société européenne. Cette distinction a trait précisément à la portée qui est donnée à la notion d'association des salariés à la gestion de l'entité issue de la fusion, ou à la gestion de la société absorbante.

⁸⁶ Pour ne prendre que le cas de la France, la participation des salariés s'exprime dans trois cas, bien distincts :
-dans les entreprises du secteur public (cf la liste à l'art. 1^{er} de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public).
-dans les sociétés anonymes du secteur privé, qui auraient statutairement décidé d'instaurer pour leurs salariés un régime de participation.
-enfin, il existe des cas légaux de participation pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, et dont les salariés détiennent plus de 3% du capital.

Toute la philosophie de la directive de 2001 est guidée par la notion d'« implication des travailleurs », à tel point que l'expression se retrouve dans l'intitulé général de la directive⁸⁷. Or, opportunément, le concept d'implication est explicité par la directive. Cette dernière en donne la définition suivante : il s'agit de « *l'information, la consultation et la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise* »⁸⁸. Il est certain qu'une telle définition couvre un champ très vaste.

S'agissant à présent des fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, le législateur a produit un texte bien en deçà, puisqu'il y est uniquement question de « participation des travailleurs ». Le champ de la définition s'en trouve considérablement rétréci dans la mesure où, selon toute vraisemblance, la participation se serait qu'un pan de la notion -plus vaste- d'« implication ».

Le législateur communautaire définit le concept de « participation » de la manière suivante : il s'agit de « *l'influence qu'a l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés sur les affaires d'une société (i) en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société, (ii) ou en exerçant leur droit de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société et/ou de s'y opposer* »⁸⁹.

Si bien que par rapport à la SE, le rôle des salariés dans les sociétés issues d'une fusion transfrontalière, semble s'être réduit à peau de chagrin, les notions d'information et de consultation ayant disparu du vocable. Pour autant, cela ne doit pas être interprété comme une suppression pure et dure de ces droits du salarié puisque, comme il a été dit plus haut, selon la directive FT, les droits des travailleurs autres que les droits de participation demeurent régis par les dispositions nationales applicables aux droits des salariés ; cela signifie concrètement que si la société issue de la fusion décide de fixer son siège social sur le territoire français, les dispositions de notre droit interne propres à la consultation et à l'information des salariés trouveront à s'appliquer.

Pour revenir à la notion de participation, la directive de 2005 ne l'érige pas en une finalité absolue, c'est-à-dire que cet objectif ne doit pas être nécessairement atteint. Conformément à la règle du « avant-après », cet objectif ne doit être recherché que si la participation préexistante des salariés risque de se trouver dévaluée à l'issue de l'opération de fusion. Pour

⁸⁷ Le titre exact de la directive de 2001 étant : « Directive complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs ».

⁸⁸ Directive n° 2001/86/CE, art. 1^{er}, h).

⁸⁹ *Ibid*, art. 1^{er}, k).

le dire autrement, si aucune des sociétés promotrices de l'opération de rapprochement ne connaît de régime de participation des salariés -au sens qui a été décrit plus haut-, alors la société issue de la fusion n'est pas tenue d'en instituer⁹⁰. La précision n'est pas anodine puisque en pratique cela permettra d'éviter de passer par l'étape du redoutable GSN. Or l'on sait que l'obligation de mettre en place un GSN ne connaît aucun aménagement dans le cadre de la constitution d'une SE. Ces véritables « cas de dispense » prévus par le régime des fusions transfrontalières de sociétés de capitaux ne devraient qu'accroître l'attractivité de ce nouvel outil.

2- L'instauration de « cas de dispense »

La mise en place de ces exceptions à la constitution d'un GSN n'a pas tenu à grand-chose. En effet, dans sa première mouture, le projet de loi n'en prévoyait aucun, se rapprochant de ce point de vue, de la rigueur de la directive SE. Il est certain que si ce projet de loi initial n'avait pas été amendé, l'attrait de ce nouvel outil n'aurait pas été si grand, et sa supériorité sur l'outil SE n'aurait certainement pas été si marquée.

Mais les événements ont pris une tournure différente puisque, c'est opportunément que la commission des lois de l'Assemblée nationale, opérant une lecture entre les lignes de la directive, a permis au système de s'alléger en reconnaissant aux dirigeants qui décideraient de recourir à cet outil, le droit de contourner l'obstacle des négociations préalables, même dans les cas où en principe la constitution du GSN aurait du intervenir. Il est désormais possible de passer outre la constitution du GSN, dans tous les cas, à condition de recourir à titre de palliatif, aux dispositions dites de « référence », étant entendu que ces dispositions de référence se trouvent en annexe de la directive 2001/86/CE. Le projet de loi, quant à lui ne prévoyait à proprement parler, aucune possibilité pour les dirigeants de faire application d'emblée de ces mêmes dispositions de référence -dès l'instant tout du moins que la constitution d'un GSN était « obligatoire » - .

Cette première possibilité de court-circuitage est pour le moins opportune dans la mesure où elle permet aux dirigeants des sociétés promotrices de planifier avec une visibilité accrue le calendrier de l'opération. En effet, la mise en place des dispositions de référence étant décidée unilatéralement par les dirigeants, cela écarte de fait, le risque de dérapage du calendrier. L'on se souvient que dans le cadre du GSN, les négociations sont ouvertes pour une durée de

⁹⁰ La disposition a été transposée en droit interne à l'article L. 2371-2 du Code du travail. « *La société issue d'une fusion transfrontalière n'est pas tenue d'instituer des règles relatives à la participation des salariés, si à la date de son immatriculation, aucune société participant à la fusion n'est régie par ces règles* ».

six mois qui peut être exceptionnellement prolongée de six mois supplémentaires, soit un an au total.

Or, il est évident que le temps est un facteur décisif de la réussite des opérations de fusions transfrontalières, surtout lorsque l'on sait que les sociétés promotrices fusionnent sur la base de parités d'échange déterminées dès le début de la procédure -avant même la publication du projet de fusion- ; fatalement l'écoulement du temps risque de biaiser ces parités⁹¹.

Ce premier cas de dispense constitue une réelle innovation, susceptible de permettre, dans un futur proche, la réalisation d'opérations de rapprochements paneuropéens, que ne permettait pas, concrètement, la SE.

Les sociétés devraient être d'autant plus tentées de recourir à ce nouvel outil qu'il existe un second cas de dispense. Ce dernier n'est pas aussi clairement formalisé que le premier, néanmoins il se dessine d'une lecture *a contrario* du nouvel article L. 2372-1, 2° du Code du travail. Cet article précise en réalité que lorsque la société issue de la fusion décide de situer son siège social en France et que l'une ou plusieurs sociétés promotrices de l'opération de rapprochement, connaît ou connaissent un niveau de participation des salariés plus élevé que ce qu'est capable d'offrir le dispositif législatif français, dans ce cas la loi du siège de la société issue de la fusion ne s'applique pas. Pour le dire autrement, si la France ne prévoit pas un régime de participation au moins de même niveau que celui qui trouvait à s'appliquer dans les autres sociétés participant à la fusion, alors, la loi française sera écartée, et il conviendra de mettre en place un GSN.

A contrario si le dispositif français est à même de garantir au moins le même niveau de participation des salariés que celui qui s'applique aux sociétés promotrices de l'opération, alors la mise en place du GSN cesse d'être obligatoire. Fondamentalement ce cas de dispense profitera en majorité aux Etats membres qui connaissent un régime exigeant de participation des salariés à la gestion de l'entreprise. L'on pense ici surtout à l'Allemagne.

Au final, nonobstant une architecture de base assez similaire, le régime instauré par la dixième directive se distingue de l'outil SE par le retraitement d'une multitude de détails qui analysés fragmentairement peuvent paraître anodins mais qui une fois agrégés révèlent tout l'attrait de ce nouveau dispositif.

Pour imparfait que soit ce nouvel outil - il n'apporte en effet aucune réponse efficace aux problèmes liés à la disparité des droits nationaux quant aux méthodes de détermination de la

⁹¹ H. Le Nabasque, « Les fusions transfrontalières après la loi du 3 juillet 2008 », *Revue des Sociétés*, 2008, p. 493.

valeur des sociétés promotrices ; et persiste, dans la lignée du règlement SE, à retenir une définition étroite de la notion de fusion, omettant de prendre en compte des techniques pourtant éprouvées par la pratique telles que la scission ou l'apport partiel d'actif - il est néanmoins certain qu'il risque de menacer efficacement la voie de la SE ; le règlement SE ne pouvant désormais plus s'appuyer sur une position monopolistique.

Dans un contexte de concurrence forte entre les dispositifs permettant d'opérer à des conditions favorables des opérations de rapprochement entre sociétés communautaires mais soumises à des législations différentes, la SE doit urgemment faire valoir ses autres atouts. Il en va de sa survie. Car il ne fait aujourd'hui plus de doutes : l'opérateur du commerce international qui cherche une réponse technique à la question du regroupement de plusieurs entités immatriculées dans des Etats membres différents se tournera à coup sûr vers le tout nouveau dispositif introduit en droit français par la loi du 3 juillet 2008.

La société européenne ne doit pas oublier ses autres ressources ; d'ailleurs, la fusion transfrontalière prévue par le règlement n'est en effet qu'un mode de constitution parmi d'autres, de la SE. Comme l'a si bien écrit un auteur, « *la possibilité de disposer de sociétés avec une telle vocation transnational relève d'une ambition plus importante que la facilitation des seuls regroupements d'entreprises au sein des Etats membres* »⁹².

Titre III- Un maintien de l'attractivité de la SE qui passe par la promotion des ses autres atouts.

Certes la SE perd de l'intérêt si l'on envisage sa constitution uniquement sous l'angle d'une fusion transfrontalière, néanmoins elle reste une « boîte à outils » d'une formidable richesse offrant bien plus d'opportunités que la simple fusion transfrontalière. Il ne faut pas oublier que la société européenne continue de posséder certains atouts dont elle a l'exclusivité -du moins à l'heure où ces lignes sont écrites- Ces atouts, aussi bien juridiques (A) que non juridiques (B) nous permettent de penser que cette forme sociétaire conserve en 2009 une forme de pertinence.

⁹² O. du Mottay et F. Fages, « Société européenne et fusions transfrontalières », *Droit & Patrimoine*, n° 163, octobre 2007.

A- Les faveurs juridiques généralement attachées à la constitution d'une SE.

Même affaiblie par la perte de compétitivité de son dispositif visant à simplifier les opérations de rapprochements intracommunautaires, la SE semble maintenir la tête hors de l'eau car elle peut compter sur ses autres atouts.

Nous ferons ici le choix de ne pas mentionner le privilège lié à la rationalisation de la gestion des activités réglementées. Certes, bon nombre de groupes ont été séduits par le statut de SE, car il y voyait la possibilité via des opérations de fusions-absorptions, de transformer leurs différentes filiales en succursales ou en établissements stables ; ce phénomène de « succursalisation » permettant notamment l'allègement des coûts administratifs, et un renforcement de l'efficacité des structures. En effet, les coûts qu'engendre la gestion de dizaines de filiales disséminées sur tout le territoire européen peuvent être prohibitifs. Transformer des filiales en succursales permet d'éviter la démultiplication des niveaux de gouvernance, de supprimer les difficultés liées à l'évaluation des prix de transfert. Certains secteurs, tels que la finance ou l'assurance, y ont vu l'occasion de rationaliser la gestion de leurs activités⁹³. En effet, la technique de la « succursalisation » permet dans ce domaine caractérisé par une surveillance prudentielle contraignante, de soumettre le contrôle de l'intégralité de ses activités à un seul et même superviseur, qui sera celui du pays dans lequel est située la société mère.

Quoiqu'il en soit, si la SE a pu à une époque se targuer d'être le seul outil permettant la « succursalisation », le monopole a aujourd'hui sauté puisque un résultat identique peut très bien être obtenu via le recours au régime des fusions transfrontalières.

Si bien que n'étant désormais l'apanage exclusif de la SE, cet argument de la meilleure gestion des groupes à travers la transformation des filiales en établissements stables, doit être écarté.

Pour autant, contrairement à ce que certains auteurs voudraient faire croire, la société européenne n'est pas totalement périmée, loin s'en faut. Pour s'en convaincre, il suffit de se pencher sur la capacité de la SE à assurer le transfert du siège social au sein de la communauté.

Conformément aux souhaits de ses fondateurs, la société européenne reste aujourd'hui un formidable outil de mobilité au sein de l'espace européen.

⁹³ V. en ce sens l'interview du directeur juridique du groupe Scor annexé à la fin de ce mémoire.

Si la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union est proclamée par le Traité comme une liberté fondamentale, il est intéressant de constater que près d'un demi-siècle après l'entrée en vigueur du Traité, seule la société européenne est à même d'assurer pleinement l'exercice de cette liberté. Car en l'état actuel des choses, pour que la mobilité de l'entreprise à l'intérieur de la communauté soit assurée, il faut nécessairement passer par le détour de la reconnaissance d'un statut communautaire⁹⁴.

Cette mobilité offerte par la société européenne se traduit en réalité par la possibilité de transférer dans des conditions facilitées le siège social de la société. Concrètement le règlement prévoit⁹⁵ les modalités qui permettront à la SE de se mouvoir au sein de l'espace communautaire. Cette dernière pourra ainsi librement changer de loi nationale de rattachement. En pratique cette modification nécessitera de changer également le lieu de son administration centrale -le règlement de 2001 ayant fait le choix de la théorie du siège réel obligeant toute SE à avoir son siège statutaire dans l'Etat où elle a son administration centrale-.

L'immense innovation du règlement de 2001 réside dans le fait que le transfert du siège statutaire de la SE ne donne lieu « *ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle* »⁹⁶. La procédure, relativement contraignante, est construite sur le même modèle que celui destiné aux fusions transfrontalières. Le principe de base reste identique : malgré son émigration vers un autre Etat membre, la société européenne conserve sa personnalité juridique, cela est tout à fait logique dans la mesure où sa personnalité morale est par définition européenne, supranationale.

Par ailleurs les procédures de transfert de siège des SE sont facilitées par le fait qu'elles reçoivent le même traitement qu'une modification statutaire. Si bien que, conformément au droit français des sociétés, il conviendra de convoquer une assemblée générale extraordinaire et d'adopter la résolution à la majorité qualifiée.

La SE offre de ce point de vue de formidables perspectives. Pour comparaison, le droit français adopte une attitude extrêmement réservée face à l'idée de transfert du siège statutaire d'une société de forme française vers un autre Etat. Aussi en France -mais de manière plus générale, dans tous les pays de tradition civiliste- , transférer son siège dans un autre Etat

⁹⁴ En réalité, d'autres structures de dimension communautaire permettent d'assurer la mobilité au sein de la Communauté, il s'agit : du GEIE et de la SCE. Pour cette dernière, cf le règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003, art. 7.

⁹⁵ Cf art. 8 du règlement n° 2157/2001 du Conseil qui dispose que : « *Le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre Etat membre (...)* ».

⁹⁶ *Ibid.*

s'analyse en un changement de nationalité, ce qui par la même occasion entraîne la disparition de l'entité commerciale. Or l'on sait tous les tracasseries qui sont attachés à cette disparition, notamment sur le plan fiscal. En effet, en droit fiscal, la cessation d'activité de l'entreprise entraîne *de facto* l'exigibilité immédiate des dividendes, de tous les impôts sur les bénéfices et sur les plus values. L'argument est pour le moins dissuasif ! Sans compter qu'en droit français, le changement de nationalité de la société requiert l'unanimité des associés. C'est à la lumière de ces difficultés que l'on comprend l'attrait pour le statut de SE.

Néanmoins, ce formidable avantage concurrentiel que possède la SE sur les autres formes nationales de société doit être nuancé, et ce, à double titre.

D'une part parce que, une bonne partie des Etats membres, craignant que la SE ne serve trop facilement de véhicule d'émigration pour les sociétés, a décidé de lever les options figurant dans la directive de 2001. Or toutes ces options levées sont autant de barrières à la sortie des entreprises de leur territoire. Le législateur français a ainsi fait le choix d'instaurer au profit des actionnaires minoritaires qui s'opposeraient au transfert du siège, un droit au rachat par la société de leurs parts. Or l'on sait en pratique combien ce type de disposition peut s'avérer pénalisante. Dans le même registre, il a été prévu au profit des obligataires, un droit d'obtenir le remboursement de leurs titres sur simple demande, de même que les créanciers non obligataires peuvent dans certaines conditions exiger le remboursement anticipé de leurs créances. En tout état de cause, les créanciers pourront exiger judiciairement que la société débitrice qui envisage de déménager constitue des garanties.

Ensuite, s'il est certain que la SE est aujourd'hui le seul outil à proposer une réelle mobilité au sein de l'espace communautaire, il est en revanche beaucoup moins certain qu'une telle situation soit pérenne, dans la mesure où le projet de quatorzième directive a des chances sérieuses d'être adopté, d'autant plus qu'il est conforme à la jurisprudence de la CJCE. Assurément, si ce projet de directive devait être adopté, il affaiblirait considérablement la SE déjà chancelante. Cela étant dit, ni l'Autriche, ni la France n'ont véritablement soutenu durant leur présidence de l'UE, respectivement en 2007 et 2008, ce projet de directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux. Affaire à suivre...

En tout état de cause, la SE peut compter aujourd'hui sur un autre argument de poids qui est celui lié à son image communautaire.

B- Le bénéfice d'un label européen.

« La société européenne est partout chez elle. Elle possède une nationalité véritablement européenne »⁹⁷. Il s'agit là, sans aucun doute, du principal argument de vente sur lequel la SE peut compter, d'autant qu'il n'existe actuellement en Europe que très peu d'identités juridiques européennes au sens propre. L'on pense évidemment à l'« Euro », à la notion de citoyenneté européenne, au GEIE, au comité d'entreprise européen -institué pour les grands groupes en 1996-, et à la Société coopérative européenne⁹⁸, mise en place par une directive de 2003. De ce point de vue la SE est venue opportunément compléter une offre discrète. Or les atouts liés à cette identité transnationale pourtant immenses, restent trop méconnus.

En tout premier lieu, sur le plan du symbole, le sigle « SE » qui doit obligatoirement être accolé au nom de la société⁹⁹ marque le souhait de la société de se positionner en acteur européen. De ce point de vue, la SE permet de communiquer un message fort à l'ensemble de ses interlocuteurs. Incidemment ce positionnement transnational permet un réel effet *marketing*, car au-delà de la curiosité que peut susciter une telle structure européenne, il existe une bienveillance de l'opinion publique. Certaines sociétés ayant adopté le statut de société européenne se félicitent de l'effet bénéfique engendré par l'image et vont même jusqu'à soutenir que la formule permet d'attirer des travailleurs qualifiés, séduits par le label¹⁰⁰ et tout ce qu'il véhicule : stabilité, internationalité, innovation, ouverture, dynamisme...

Par ailleurs certains voient dans l'adoption du statut de SE, un moyen de calmer les tensions qui peuvent exister lors de rapprochement de sociétés paneuropéennes. En effet, à l'occasion de ce type d'opérations, les actionnaires de la société absorbée, mais plus généralement, ses salariés, peuvent mal vivre le fait de passer sous contrôle d'une société qui n'est pas de leur nationalité. La SE, en ce qu'elle cimente une communauté d'hommes et de femmes autour d'un projet pleinement européen qui transcende pour partie les particularismes des Etats, permet d'éviter ces dissensions. De ce point de vue, le sigle SE devient le point de consensus qui évite d'avoir à prendre parti pour l'un des Etats membres d'origine.

L'expérience du groupe Scor en constitue la preuve éclatante. La direction du groupe se félicite d'avoir emprunté le chemin de la SE pour réaliser ses opérations de fusions-absorptions au sein de la communauté. Cela a permis de « rassurer les salariés, de faire en

⁹⁷ M.-A. Frison-Roche, « La société européenne » ; D. 2001, n° 3, Interview p. 290.

⁹⁸ Le statut de la SCE, institué par Règl. Cons. CE n° 1435/2003, 22 juillet 2003, JOUE 18 août, n° L 207.

⁹⁹ Le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 oblige en effet les sociétés adoptant cette forme sociale à accoler à leur nom, le sigle « SE ». Art 11§1 : « la SE doit faire précéder ou suivre sa dénomination sociale de sigle SE ».

¹⁰⁰ En ce sens, voir les contributions des entreprises au rapport de Madame Lenoir, en particulier le cas de « Go-East Invest », SE allemande.

sorte qu'ils n'aient pas le sentiment d'être les victimes collatérales d'opérations financières qui les dépassent »¹⁰¹.

Mais les bénéfices de cette communication ne se ressentent pas uniquement en interne. En effet, nombreuses sont les SE à souligner l'impact qu'a pu avoir l'adoption de ce statut sur les relations clients. Le groupe Scor s'est étonné du pouvoir de séduction que possédait la SE. Cette dernière permettrait d'augmenter la lisibilité du groupe, de renforcer son unité.

Aussi, en l'état actuel des choses, convient-il de ne pas jeter trop vite la SE aux oubliettes. L'augmentation récente du nombre d'immatriculations de SE « classiques » c'est-à-dire possédant des salariés et une véritable activité, est la preuve la plus manifeste que cet outil a encore du sens en 2009.

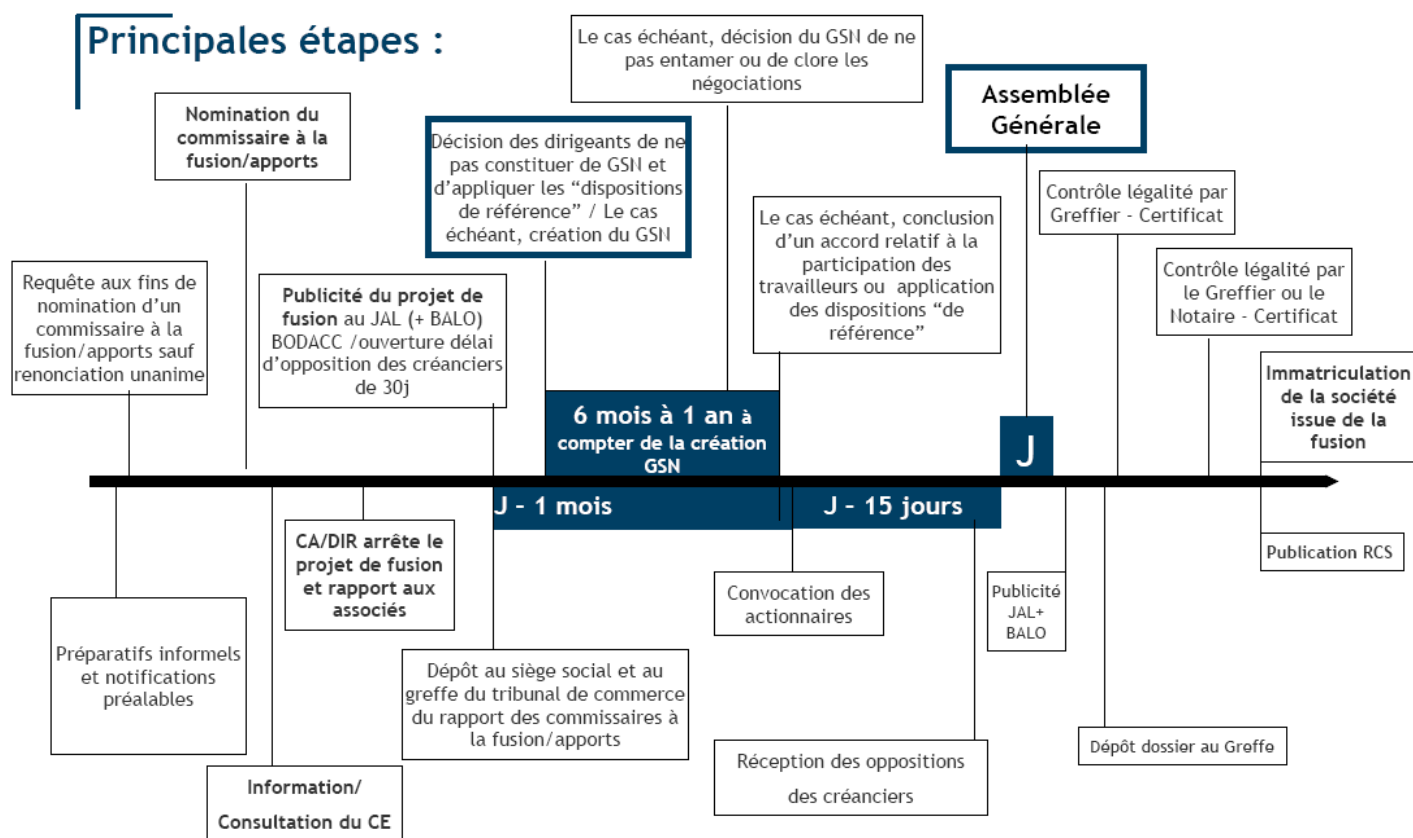
Néanmoins le projet de règlement communautaire sur la société privée européenne présenté par la Commission le 25 juin 2008, laisse à penser que ce nouvelle forme sociétaire risque d'aboutir et, partant, de constituer dans un avenir relativement proche un nouvel outil à la disposition des entrepreneurs désireux de profiter de toutes les potentialités offertes par le marché commun de la Communauté. La SPE, présentée comme la petite sœur de la SE, constitue en réalité une forme beaucoup plus aboutie que le SE. Dans la mesure où la SPE reprendrait à son compte tous les avantages qui étaient véritablement spécifiques à la SE (y compris les bénéfices liés au label européen) , tout en délaissant ses faiblesses (notamment le fait de ne pas être suffisamment accessible aux PME) il y a fort à parier que son avènement porterait le coup de grâce à la SE ; à moins, cependant, que l'introduction de la SPE soit l'occasion d'ouvrir un nouveau chantier de réflexion pour savoir s'il ne serait pas préférable de s'orienter vers un statut général révisé de la société de capitaux européenne sur la base duquel se déclinaient les statuts de la SE ainsi que de la SPE.

Il est certain qu'en l'état actuel des choses, les heures de la SE sont comptées...

¹⁰¹ Propos de Vincent Malige, directeur juridique du groupe Scor. V. interview annexée à la fin de ce mémoire.

Annexes.

Calendrier d'une opération de fusion via la directive fusion transfrontalière



Source : « Les fusions transfrontalières, tour d'horizon de la nouvelle loi -Aspects juridiques et sociaux- », étude de M.-D. Fishelson et C. Cathiard.

Interview du directeur juridique du groupe Scor

Rencontre avec Vincent Malige, directeur juridique du groupe Scor.

Scor, premier groupe français à avoir adopté le statut de SE en créant successivement trois sociétés européennes au cours de l'année 2007.

Propos liminaires : **Dans quel contexte sont intervenues les différentes opérations de fusions initiées par le groupe Scor ?**

A l'époque la directive fusion transfrontalière n'avait pas été transposée, donc en tout état de cause, la question de son recours ne se posait pas. La seule véritable alternative qui existait à l'époque, c'était soit la SE, soit recourir aux règles classiques du DIP. Or il était plus facile d'opérer des fusions transfrontalières via la constitution de SE. Le groupe SCOR a réalisé en réalité trois opérations. Le groupe est composé de la société holding (que l'on peut aussi appeler société animatrice) qui est en réalité la holding cotée, et en dessous, Scor possède à 100% Scor vie et Scor non vie. La première se consacrant aux activités de réassurance vie et la seconde, aux activités de réassurance dommage. Il existe donc deux branches d'activités distinctes, incarnées par deux SE opérationnelles. Durant l'année 2006, le groupe a initié un grand chantier visant à constituer trois SE distinctes.

Scor SE a été constituée en SE par la voie de la transformation. Là ça n'a pas de rapport avec la fusion transfrontalière. En revanche pour les deux branches (Scor P&C et Scor Global life) opérationnelles, on a vraiment utilisé le mécanisme de la SE pour réaliser des opérations de fusions-absorptions au sein de la Communauté. Du côté « vie », pour faire notre fusion avec l'Allemagne avec une grosse société allemande que l'on avait rachetée, et du côté P&C (donc non vie), pour faire une fusion en Allemagne et en Italie. Pour ces deux opérations, il est indéniable que l'on a eu recours à la SE en tant qu'outil facilitant les fusions transfrontalières. Mais très honnêtement si l'on devait reprendre la décision aujourd'hui, la question se pose clairement de savoir si on aurait de nouveau recours à cet outil. Peut être aurions nous eu recours à la récente directive instaurant les bases d'un régime de fusion transfrontalière. Car il est certain que motivation qui consiste à dire : « juridiquement ça simplifiera notre opération », ca n'est plus aujourd'hui un argument aussi fort que par le passé dans la mesure

où il existe désormais une alternative. Après, très honnêtement, en termes d'image, de communication, même si ça reste quelque chose d'immatériel, finalement assez éloigné des considérations juridiques, pour nous, la SE a joué un vrai rôle marketing. C'est quelque chose d'important parce que premièrement on est dans une activité, qui se caractérise par une vraie dimension internationale (le groupe ayant noué des contrats dans plus de cent pays !). En réassurance, le but ça n'est pas tant qu'on répartisse notre risque sur le volume, mais surtout par zone géographique, le critère diriment est véritablement le critère géographique. Et donc dans cette logique, dans la mesure où l'on est essentiellement un assureur ayant ses intérêts centrés sur l'Europe (Scor est à la base une société française mais qui a racheté un assureur allemand, un réassureur suisse et donc l'identité européenne du groupe est vraiment quelque chose de très important), il était primordial de communiquer un message fort d'identité européenne à l'ensemble de nos interlocuteurs.

L'ancrage européen est donc très fort s'agissant du groupe Scor, l'Europe étant le principal marché du groupe, même si le groupe réalise énormément de prime aux Etats-Unis, en Asie, ou encore en Amérique latine.

Donc en terme d'affichage, de stabilité, recourir à des fusions transfrontalières via la constitution de SE, était essentiel. (Parallèle avec l'introduction de la monnaie unique dans l'Union au début des années 2000). Véhiculer une image européenne est important, à plus forte raison dans le monde du risque. A ce propos, je ne suis pas certain que l'on en ait mesuré le bénéfice tout de suite, mais, pour parler du groupe, à l'issue des fusions qui ont été réalisées, nos sociétés qui étaient des filiales sont devenues des succursales, et ce en Italie et en Allemagne (il s'agit de Revios, un réassureur qui faisait la moitié de notre taille que l'on a décidé de transformer en succursale). Sur le papier, l'opération ne s'annonçait pas évidente car cette filiale était loin de constituer un simple bureau de liaison avec un ou deux malheureux agents. Malgré tout, un an plus tard, et après avoir franchi un certain nombre d'obstacle, les différentes SE ont été constituées avec succès, via la technique de la fusion absorption des filiales. Donc aujourd'hui la morphologie du groupe a changé. Désormais le pôle de décision, le centre de décision n'est pas simplement localisé à Cologne et à Zurich mais uniquement à Paris. Aujourd'hui pour nos amis allemands, être la succursale d'une société européenne, psychologiquement ça n'a rien à voir avec être la succursale d'une SA française (comme si Scor devenait la succursale d'une GmbH ou d'une AG allemande). Avant qu'on les ait transformé en succursale, ils étaient une filiale indépendante, avec une personnalité juridique autonome, avec leur *Vorstand* (c'est leur directoire) et dès qu'on

voulait faire un minimum de restructuration dans une sous-filiale sans importance, on entendait des réactions du type « attention, pas si vite, il faut que le *Vorstand* soit consulté et donne sa décision ». Mais depuis que ca a été transformé en succursale, il n'y a plus qu'un représentant succursale et la situation est bien plus facile par rapport à l'état antérieur. Psychologiquement on sent qu'ils se sont vraiment appropriés leur identité de succursale, et ce probablement parce qu'ils sont la succursale d'une société européenne, (même si certes, elle est enregistrée à Paris et reste soumise au droit français car comme chacun sait les règles purement européennes gouvernant la création et le fonctionnement d'une SE sont très limitées).

Mais encore une fois, en termes de communication interne, pour les restructurations internes au groupe et pour intégrer les salariés, pour les associer à cette idée de projet transnational, la création de SE par la voie de fusion transfrontalière a vraiment facilité les choses.

La SE comme moyen de rationaliser la gestion des normes prudentielles ?

Pas vraiment à vrai dire, car cette optimisation de la gestion des normes prudentielles aurait tout aussi bien être réalisée si le groupe Scor avait décidé de recourir à la directive fusion transfrontalière. Cette meilleure gestion est en réalité permise par les différentes fusions suivies de la transformation de certaines de nos filiales en succursales. Cela n'a été qu'indirectement permis par la SE.

La grande motivation pour le groupe Scor, c'est de dire : « on est dans une activité où l'on est contraint par des normes prudentielles exigeantes et couteuses, et finalement quand je mets tout mon capital à un endroit dans une structure, cela me permet de souscrire davantage de risques que si je le répartissais dans différentes structures ». On observe ainsi un phénomène que l'on pourrait qualifier d'économie d'échelle du capital. Tout cela se faisant à une période, spécialement en France, où la réassurance n'était pas à proprement parler réglementée, (la France à cette époque n'ayant pas encore réalisé la transposition dans son ordre juridique interne de la directive sur les activités de réassurance). Le domaine de la réassurance n'était pas contraint par des marges de solvabilité comme l'étaient et le sont toujours les assureurs classiques. Le domaine de la réassurance était donc caractérisé par une assez grande liberté. Or à la fin de l'année 2008 est intervenue en droit français, la transposition de cette directive, et prochainement devrait intervenir celle concernant la directive « solvabilité 2 ».

Dans cet environnement, le groupe Scor savait que sa compétitivité passait par une optimisation de son capital. Or pour nous, optimiser notre capital, c'est faire en sorte que le capital soit ramené dans un minimum de structure, et donc dans cet esprit là, on a voulu, en tout cas au minimum, en Europe, pouvoir exercer notre activité à travers des succursales et non pas à travers des filiales parce que quand vous avez des filiales, quelque soit l'activité qu'elles exercent, il faudra quand même laisser en dépôt 4-5-10 millions d'euros, donc si on peut s'en passer, c'est très bien. En plus, en cas d'exercice de l'activité sous forme de filiales, il y aura des règles prudentielles locales qui s'appliqueront, et qui peuvent être très exigeantes et tatillonnes. Au contraire, réaliser l'activité à travers des succursales permet d'avoir un pool unique de capital, parce que juridiquement ça n'est ni plus ni moins que le même structure et en plus, véritable cerise sur le gâteau, au sein de l'union européenne, il sera possible de profiter de contrôle unique, encore appelé « passeport européen ». Par ailleurs, transformer en succursales ses entités anciennement constituées sous la forme de filiales permet de se soumettre s'agissant de la réglementation des normes prudentielles au contrôle d'un seul superviseur. (l'ACAM pour ne citer que le cas de la France). C'est un truisme que de le dire mais le fait de n'avoir en face de soi qu'un seul régulateur, est véritablement un facteur de simplification, de rationalisation. Bien ou pas bien, qu'importe, désormais le groupe Scor connaît un seul interlocuteur (l'ACAM) là où autrefois il en comptait quatre ou cinq fois plus.

Cela étant dit, une fois de plus, un résultat semblable aurait tout à fait pu être atteint en ayant recours à des fusions transfrontalières via la directive de 2005 (où une SA et non une SE aurait eu des filiales en Allemagne, en Italie, en Espagne...). Le résultat aurait été absolument identique, à ceci près que nous n'aurions pas profité de ce superbe « vernis européen ».

Par ailleurs, pour être parfaitement objectif et impartial, le fait de se retrouver en face d'une autorité de contrôle unique ne présente pas que des avantages. Il existe en effet un réel revers à la médaille, car certes l'ACAM constitue aujourd'hui le seul interlocuteur à qui rendre des comptes mais en contrepartie le périmètre du champ d'information qui doit être fourni augmente considérablement. L'autorité de contrôle demande désormais des informations très précises sur les succursales basées à l'étranger. Par exemple dès qu'il conviendra de présenter à l'ACAM la marge de solvabilité de la société, il sera impératif d'inclure les informations financières de toutes les entités, incarnées par les succursales. Si bien que cela induit de réels changements d'habitudes en termes d'échanges d'informations entre le siège -qui va calculer les marges de solvabilité- et les succursales. Avant le phénomène de « succursalisation », les flux d'information financière étaient assez limités. Les filiales auparavant se « contentaient »

d'envoyer à la société mère leur « *tax return* », leur « *statutory account* ». Il s'agissait d'un *reporting* que l'on pourrait qualifier de primaire. Désormais en plus du ce *reporting* en normes IFRS -aux fins de constituer les comptes consolidés- , les succursales sont tenues de faire du *reporting* à Paris en normes françaises puisque ces succursales, bien qu'exerçant à l'étranger sont considérées comme françaises. Or il est loin d'être évident d'aller expliquer à un comptable anglais qu'il est essentiel que ses comptes soient présentés en normes françaises !

Donc ça n'est pas un bénéfice lié aujourd'hui directement à la SE. Au moment où le groupe Scor l'a fait, oui car c'était la seule offre disponible en matière de fusions transfrontalières, mais aujourd'hui ça n'est plus le cas.

Pourquoi le groupe Scor n'a pas souhaité attendre l'avènement de la dixième directive pour réaliser ses opérations de fusions transfrontalières ? (d'autant que le sujet est redevenu très à la mode dès le début des années 2000).

Déjà on ne sait jamais quand sortent les directives, sans parler du calendrier pour les lois de transposition, lequel n'est qu'exceptionnellement respecté par la France... Le groupe Scor pensait depuis quelques temps déjà à la création de différentes sociétés européennes. Le projet initié par Scor avait déjà démarré alors que pourtant la loi française n'avait toujours pas introduit en droit interne la loi de transposition. Le groupe Scor s'était imposé à calendrier réglementaire et s'était fixé comme délai butoir l'année 2008. En réalité le calendrier a été tenu puisque le projet a été achevé en 2007 d'autant qu'avec la SE, l'on est nécessairement sur des calendriers à rallonge, lié au fait qu'il convient de prendre en compte le volet social de l'opération.

Avez-vous rencontré de nombreux écueils au long du parcours ? (tant au stade de la constitution que du fonctionnement de la SE)

Non pas véritablement, car très honnêtement, le groupe Scor a la chance d'avoir des partenaires sociaux ouvert au dialogue. D'une manière générale, le projet a été plutôt accueilli favorablement par les syndicats et plus généralement par l'ensemble des salariés ; *in*

fine le groupe Scor n'a pas été contraint d'opérer de nombreuses concessions pour faire passer le projet.

La création de la SE a été également une formidable occasion de remettre un certain nombre de choses à plat s'agissant du volet social et de répondre à une certaine mesure aux revendications des syndicats. En terme de calendrier ; le gros problème en droit des sociétés, c'est que l'on se trouve confronté aux règles locales, et notamment en matière de formalités, même les plus élémentaires, car il y a un moment où l'on a vraiment les mains dans le cambouis et le problème, c'est que les règles de formalités en termes de fusions, si vous prenez, la France, l'Italie et l'Allemagne, ce n'est pas la même chose, il existe un certain nombre de points divergents. Et donc on se retrouvait pour satisfaire nos obligations en Italie par exemple à devoir mettre en place certaines choses qui ne servaient absolument pas en Allemagne ou en France. Si bien qu'au final, l'on s'est retrouvé avec un traité de fusions extrêmement volumineux. Et puis on a été dans un cas où pour lancer le volet social, il fallait absolument que tout soit prêt. Le 30 juin 2006, le traité de fusion était prêt.

Dès juillet a pu être démarré le volet social. Tout ça pour *in fine* remettre à jour le traité de fusion en 2007 parce que bien sûr, les chiffres ne correspondaient plus.

Par ailleurs, lorsqu'on a lancé le volet social, cela s'est télescopé avec la phase des élections des représentants du personnel.

On a donné aux syndicats un représentant du comité européen, lequel est présent aux réunions du conseil d'administration. Et par ailleurs, on a fait référence à notre « administrateur salarié », parce qu'historiquement, Scor est une ancienne société publique et donc on avait un administrateur représentant des salariés. Maintenant que l'on avait plus cette obligation, la société étant devenue une structure totalement privée, on a en accord avec les partenaires sociaux, réalisé deux choses : on a d'une part (en 2006) modifié nos statuts, on a mis fin à la clause des statuts qui faisait référence à l'administrateur représentant des salariés et d'autre part, on a lancé à la même période un programme d'envergure mondiale d'élection d'un représentant des salariés au conseil d'administration. Car la grosse limite des règles de droit du travail français, c'est qu'elles ne visent que les travailleurs français, or précisément le groupe Scor est de ce point de vue totalement international, une très grande partie des effectifs de la structure se trouvant à l'étranger. Dans ce contexte d'internationalité, le groupe Scor avait à cœur de faire participer tous les salariés à ce projet. Le *deal* était le suivant : quitter un système purement français pour adopter un système plus original, tout à fait international. Je

précise que tout cet épisode a précédé de quelques mois le lancement de programme de constitution des différentes SE. Par la suite, le volet social, lors de la création des SE a mentionné l'existence de ce poste de représentant des salariés au sein du conseil d'administration. Mais ca n'est ni plus ni moins qu'une sorte d'usage, c'est simplement que Scor a décidé unilatéralement de mettre cet outil en place. Ca fait aujourd'hui pleinement partie des conditions de l'accord. Sur les dispositions on a rencontré un problème technique qui était lié à l'acquisition du réassureur allemand Revios, courant le mois de novembre de l'année 2007. On a intégré en cours de route Revios dans le processus de fusion qui était en cours, et même assez avancé. Cela n'a pas été sans poser quelques difficultés sur le plan droit des sociétés, mais surtout sur le plan social puisque il fallait intégrer les salariés de Revios dans notre calendrier, le but étant de ne pas faire courir en parallèle un nouveau délai de 6 mois, exclusivement pour les salariés issus de cette acquisition de dernière minute. Faire courir un nouveau délai en parallèle aurait indéniablement été source d'une grande complexité, c'est la raison pour laquelle tous les efforts ont été mis en œuvre pour permettre d'intégrer ces salariés au processus de négociation qui était déjà malgré tout assez avancé. Les représentants du personnel de la société Revios ont fort heureusement accepté l'idée de se caler sur le calendrier existant et ont ainsi procédé à la nomination de représentants au sein du conseil d'administration.

Idem, comme on avait trois sociétés qui se transformaient en SE, en théorie, il aurait fallu mettre en place trois groupes spéciaux de négociation (GSN). La réalité a pris une tournure toute autre puisque le groupe a décidé de tenir les réunions en même temps, dans un dessein de simplification du processus. Mais cela n'a été rendu possible que par la souplesse des représentants du personnel, lesquels ont saisi que l'aboutissement du projet ne se ferait qu'au prix d'efforts importants. De ce point de vue, la Scor a la chance de bénéficier d'un réel « aspect PME » même si son nombre de salariés dans le monde avoisine les 1500 personnes !

La SE reste aujourd'hui un outil relativement récent. De ce fait avez-vous rencontré des zones d'ombres, des questions sans réponses ? Avez-vous parfois été contraint de recourir à des montages juridiques dont vous doutiez quelques peu de la validité ?

Tout d'abord, l'« imbroglio normatif » qui a été évoqué par certains auteurs, ne nous a pas vraiment posé problème. Car en réalité, le corps de règles matérielles qui s'applique aux SE

est assez clair. Les dispositions purement communautaires, j'entends par là le corps de règles unifiées n'est pas si important et les quelques règles existantes sont tout à fait intelligibles par un praticien lambda. Les difficultés sont davantage venues du droit français.

Plus délicate en effet a été la question de savoir si une société de réassurance pouvait adopter le statut de SE. Car le code des assurances donne la liste des formes de société sous lesquelles peuvent être exercées les activités d'assurance, de réassurance. A l'époque le code des assurances ne mentionnait pas la SE... Pour contourner cet obstacle, le groupe Scor a simplement soutenu que la SE était avant tout une « société anonyme européenne »¹⁰². Et cela a parfaitement fonctionné puisque l'ACAM ne s'est pas opposée, comme elle en avait le pouvoir, à la constitution de nos sociétés européennes. Cela dit, il n'y avait pas de raisons que superviseur français manifeste son refus dans la mesure où les SE mises en place fonctionnaient avec le corps de règles applicables aux SA. Il n'y avait donc pas lieu de craindre des modifications dans la façon de conduire cette nouvelle forme sociale.

Cela étant dit, la mise en œuvre de la SE dans le cadre de la fusion reste d'un maniement assez délicat. Car ici, non seulement il faut composer avec la norme européenne, la norme française, mais en plus il faut prendre en compte les normes locales des pays dans lesquels sont localisées les sociétés parties à l'opération de fusion. Nous avons bien évidemment sur ce plan rencontré des zones d'ombres mais que l'on a su faire disparaître grâce au recours aux principes du droit européen, qui permettaient de déjouer certaines situations de blocage et de nouer un consensus.

D'une manière générale, il convient de ne pas se leurrer, la fusion transfrontalière reste un processus délicat à mettre en œuvre. Mais il ne faut pas oublier qu'avant l'avènement de la SE, parvenir à des fusions intracommunautaires relevait du quasi miracle. Les exemples d'opérations qualifiées à l'époque de réussite se comptent sur les doigts de la main.

Les zones d'ombres s'agissant de la création d'une SE se cristallisent à un moment bien précis qui est celui de sa constitution. Et d'après les échos que j'ai reçus, je crois que ces difficultés liées à la fusion transfrontalière existent que l'on opère via la constitution d'une SE ou via le recours à la directive fusions transfrontalières. De ce point de vue selon moi, les deux outils sont à égalité dans l'adversité et je ne pense pas véritablement qu'il n'y ait un outil qui tire mieux que l'autre son épingle du jeu.

¹⁰² Et ce conformément à l'article premier du Règlement n° 2157/2001 du Conseil relatif au statut de la société européenne.

J'ai en réalité le sentiment que l'avantage de la SE réside dans le fait qu'elle permet de rajouter « une couche européenne » et permet de souder les différents intervenants autour de la concrétisation d'un projet tangible.

Et même d'un point de vue strictement juridique, le recours à la SE offre des garanties sécurisantes dans la mesure où en cas de difficultés il est possible de se raccrocher à ce « chapeau européen » ce fameux corps de règles unifiées.

Par ailleurs, dans la mesure où le groupe Scor a joué le rôle de pionnier en France, en figurant parmi les premières sociétés à adopter le statut de SE, les interlocuteurs ont été plutôt bienveillants. Le greffe du tribunal de Nanterre connu pour être très peu disponible, a été à l'occasion de cette opération, véritablement à l'écoute, et tout à fait conciliant. On a eu l'occasion d'obtenir, et cela est suffisamment rare pour être souligné des rendez-vous très rapidement avec le greffier en chef, probablement curieux de cette innovation juridique. Nous avons donc rencontrés des interlocuteurs qui d'emblée étaient dans un bon état d'esprit, semblaient intéressés par le projet et animés de l'envie d'apporter leur soutien à la réalisation.

S'agissant de la vie de la SE : le problème est que le corps de règle de la SE a en très grande partie été conçu pour traiter de la constitution de la SE. Il s'agit là d'une seconde zone d'ombre. Le corps de règles n'est pas du tout pensé pour organiser la vie de la société. Certes il existe bon nombre de renvois aux droits nationaux régissant les règles des SA. Mais ceci étant dit, ça ne permet pas de lever toutes les zones d'incertitudes¹⁰³.

Le groupe Scor a forgé son expertise à partir de sociétés localisées dans des pays de droits continentaux ; ce qui a son importance parce qu'il y a le principe de transmission universelle du patrimoine qui existe. Si bien que l'Italie, l'Allemagne, ... connaissent des mécanismes de fusion assez proches des nôtres.

En revanche lorsqu'on a voulu dans un deuxième temps réaliser la fusion de notre filiale anglaise avec notre société européenne, là on s'est aperçu qu'il y avait un vrai flottement sur le point de savoir si le principe de transfert universel de patrimoine, du fait du règlement SE voire même après, du fait de la directive fusions transfrontalières, s'appliquait vraiment à l'Angleterre. Pour la simple et bonne raison que c'est un principe qu'ils ne connaissent pas. Pourtant malgré l'incertitude, on a préféré appliquer le principe de transmission universelle du

¹⁰³ A ce propos, au début de l'année 2009 la Commission européenne a confié à la société Ernst & Young la mission consistant à faire le point sur les règles applicables aux SE, et proposer éventuellement quelques modifications ou nouveautés. Le groupe Scor est à ce titre invité à faire part de ses doléances.

patrimoine. Il n'y avait selon nous pas d'autres issues possibles, dans la mesure où il n'était même pas envisageable, tant la complexité aurait été grande, d'opérer la fusion via des novations successives.

Autre difficulté rencontrée : une fois que votre SE est constituée, on avait un doute sur le point de savoir si une société européenne pouvait par la suite fusionner. Cela peut paraître absurde, mais à l'époque ni le règlement européen, ni la loi française de transposition du 26 juillet 2005 n'étaient claires sur ce point.

Autre difficulté. A l'époque, les praticiens du droit des sociétés s'interrogeaient sur le point de savoir si une SE peut valablement n'avoir qu'un unique associé. A mon sens, il n'y avait pas de dispositions claires sur le sujet. Et je crois pouvoir dire, sans me tromper que la situation n'est aujourd'hui encore toujours pas clarifiée. Et tout ça est lié d'après moi au fait que toutes les règles matérielles concernant la SE se focalisent sur sa constitution.

Un rapport établi pour la Commission en 1995 sur la compétitivité, évaluait à 30 milliards d'euros par an les économies potentielles d'une simplification des structures des groupes promus par la SE¹⁰⁴.

Est-il possible pour le groupe Scor de chiffrer les économies permises par l'adoption du statut de SE ?

Non. Cela dit certains groupes concurrents comme Allianz l'ont fait. Scor n'a pas à ma connaissance initié une telle démarche, à ce jour du moins. Pour le groupe Scor, l'adoption du statut SE a très certainement permis des économies en termes de capital. Depuis le changement de statut, pour un même montant de capital le groupe est désormais censé pouvoir couvrir davantage de risques et par voie de conséquence, recevoir davantage de primes de la part des sociétés clientes.

Les avantages économiques sont loin d'être les seuls bénéfiques issus du choix de l'adoption du statut de SE. D'un point de vue strictement réglementaire, comme il a été dit plus haut, le choix de la SE permet de faire du *reporting* uniquement à l'ACAM, alors qu'antérieurement une multitude d'informations de nature prudentielle était transmises au BaFin¹⁰⁵, au FSA¹⁰⁶,

¹⁰⁴ Rapport du groupe présidé par Carlo Ciampi, « Competitiveness advisory group », juin 1995, mentionné dans l'article précité de Françoise Blanquet.

¹⁰⁵ BaFin pour Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Il s'agit de l'autorité allemande de contrôle du respect des normes prudentielles par les sociétés exerçant des activités réglementées.

au régulateur italien, mais aussi espagnol. Le choix de la SE a permis sur ce point une réelle harmonisation. Le gain de temps et d'énergie est indéniable. Dans un contexte exigeant de fusions, censées permettre la réalisation d'économies, la recherche de synergies, la simplification du volet administratif est tout à fait opportune.

Si le cours de l'histoire pouvait être réécrit, prendriez-vous aujourd'hui la décision de recourir à la constitution d'une SE ?

Très sincèrement je crois que oui. Car le SE reste un formidable outil européen permettant d'opérer des fusions intracommunautaires dans un cadre européen. Ne serait-ce que sur l'aspect communication, le SE vaut déjà plus le coup que la directive sur les fusions transfrontalières. D'autant que les bénéfices de cette communication se s'opèrent à un double niveau. D'une part au niveau interne, la création d'une SE rassure les salariés, qui n'ont pas le sentiment d'être les victimes d'opérations financières qui les dépassent. Le label européen est de ce point de vue un réel atout.

D'autre part, sur le plan de la communication externe, l'adoption du statut de SE a été tout à fait bénéfique. Nos clients y ont vu une meilleure lisibilité du groupe, ainsi qu'une unité renforcée. Le groupe de ce fait a certainement gagné en sympathie, il n'est plus cette « structure tentaculaire », à l'organigramme complexe !

Dans la partie « libre propos des entreprises » située en annexe du rapport de Madame Noëlle Lenoir remis au Garde des Sceaux début 2007, les contributions du groupe Scor mentionnaient que l'adoption du statut de SE avait permis de rationaliser la politique groupe de *Corporate governance*. Pouvez-vous nous en dire plus ?

Certes cette politique a été uniformisée et rationalisée au niveau du groupe, mais il ne faut pas se leurrer. Il convient en effet de garder à l'esprit que cette rationalisation de la politique de *corporate governance* est la conséquence du phénomène de « succursalisation » initié par le groupe Scor. Certes dans les faits il se trouve que ce phénomène de transformation a été permis par la constitution de SE, néanmoins on aurait tout à fait pu parvenir à un résultat

¹⁰⁶ FSA pour Financial Services Authority. Cette autorité se charge du contrôle des normes prudentielles et s'assure de leur respect par les sociétés exerçant une activité réglementée.

semblable en empruntant d'autres voies. Si bien qu'il est en vérité, quelque peu rapide d'affirmer que cette rationalisation n'était possible que via la constitution de SE.

D'une manière générale, la « succursalisation » a permis de simplifier nos structures. Désormais il existe un *board* unique, situé au niveau de la société, là où autrefois, l'on était contraint de composer avec des sous *board* au niveau des filiales. Désormais tout le processus de contrôle est initié depuis le siège qui se trouve à Paris. Il est clair que lorsqu'on exerce son activité à travers des succursales, le volume de remontée d'informations vers le siège est beaucoup plus important, mais il a le mérite d'être centralisé.

Bibliographie.

Ouvrages :

- J.-L. Colombani et M. Favero, « Societas Europaea », *éd. Joly, coll. « Pratiques et Affaires 2001 »*, 2002.
- M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Deuxième édition, Montchrestien. N° 39.
- Mémento F. Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2009, n° 31100.

Articles de doctrine :

- C. Ducouloux-Favard, « Longue histoire pour la naissance de la société européenne », *suppl. Rev. Lamy dr. aff.* Avril 2002, n°48, p. 9.
- Michel Menjuck, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *Revue société*, n°2, avril 2007, p. 253.
- Hubert Segain, « Fusions transfrontalières, va-t-on vers plus de confiance ? », *Journal des sociétés*, n° 58, Octobre 2008.
- B. Beitzke, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés », *Revue Critique DIP* 1967, p. 1.
- J.-P. Bertrel, « La société européenne entre son passé et son avenir » *Rev. Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004.
- O. du Mottay et F. Fages. « Société européenne et fusions transfrontalières », *in Droit & Patrimoine*, n° 163 - Octobre 2007. p. 77.
- Fernando Vasquez, *Chef d'Unité adjoint, à la DG Emploi & Affaires sociales de la Commission européenne*, Semaine Sociale Lamy 2002.
- N. Lenoir, P.-P. Bruneau et M. Menjucq, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *in Droit & Patrimoine*, n°163, oct. 2007.
- H. Le Nabasque, « les fusions transfrontalières après la loi du 3 juillet 2008 », *in Revue des sociétés*, 2008, p. 493.

- Reinhard Dammann et Mélanie Fronty, « Plaidoyer pour une libéralisation des modes de constitution d'une société européenne », *Revue Droit & Patrimoine*, n° 163, octobre 2007.
- F. Funck-Brentano, « la société européenne, un instrument prometteur », *M&F*, juin 2001, n° 128, p.28.
- M. Menjucq, « La circulation internationale des sociétés », *Petites Affiches*, 2001, n° 89, p.39.
- Anne-Sophie Cornette de Saint-Cyr et Olivia Rault, « Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne ». *JCP/ La semaine juridique - Edition entreprises et affaires*. n° 15. 10 avril 2008.
- V. en ce sens J. Beguin, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », *Mélanges Gavalda, Dalloz*, 2001, p. 19.
- « Vers une simplification des fusions transfrontalières », *Single Market News*, édition 36, février 2005.
- M. Menjucq, « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *in Revue Lamy droit des affaires*, mai 2006, n° 5.
- François Mary et Charles Antoine Guelluy, « Fusions transfrontalières : le coup d'envoi ? », *Option Finance*, n° 1018 - Lundi 2 mars 2009.
- G. Lesieur, « Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive communautaire du 26 octobre 2005 », *Les Petites Affiches*, 25 août 2008, p. 4 et s.
- M.-A. Frison-Roche, « La société européenne » ; *D.* 2001, n° 3, Interview p. 290.
- M.-D. Fishelson et C. Cathiard. « Les fusions transfrontalières, tour d'horizon de la nouvelle loi -Aspects juridiques et sociaux- ». *Les rencontres LPA*, mardi 21 octobre 2008.
- J.-M. Franceschi et W. Mawwell, « Fusions transfrontalières : tout ça pour ça ? », *Revue Lamy droit des affaires*, septembre 2008, n° 30.
- C. Cathiard, « La société européenne, outil d'optimisation de la gestion des groupes financiers », *Droit & Patrimoine*, octobre 2007, n° 163.
- J.-P. Dom, « La société européenne - Aspects droit des sociétés », *Droit & Patrimoine*, avril 2004, n° 125.
- B. Teyssié, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *JCP éd. E* 2002, n° 1728, p. 1903.
- François Gaudu, « L'implication des travailleurs dans la Société Européenne, *Journal des Sociétés*, n° 28, janvier 2006, page 26.

Sites internet :

- <http://www.worker-participation.eu> .European Companies (SE)
- [http://www.justice.gouv.fr/art_pix/PresseR-V SPE .pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/PresseR-V_SPE.pdf)

Arrêts et notes d'arrêts :

- CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, **Centros**, Rec. CJCE, I, p. 1459, *JCP E*, 1999, p. 1285, obs. Y. Reinhard. Obs. M. Luby, *Revue Pratique des sociétés* 2000, éd. Bruylant, n° 6799, p. 42.
- CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, **Überseering**, Rec. CJCE, I, p. 9919, note J.-Ph. Dom, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 452 ; *Rev. crit. DIP* 2003, obs. P. Lagarde ; *JCP éd. E*, 2003, p. 1237, comm. G. Parléani ; *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, p.27, note M.-L. Niboyet.
- CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, **Inspire Art**, Rec. CJCE, I, p. 10155.

Documents divers :

- Rapport Noëlle Lenoir au Garde des Sceaux, 19 mars 2007, « *Societats Europaea. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise* », Documentation française.
- Colloque, « Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe, fusions transfrontalières, SE, SPE », le 2 juin 2008 à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

