

La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés

par Michel Menjucq

Professeur à l'Université Paris I, Cabinet Lexia, société d'avocats

Fabrice Fages et Lionel Vuidard

Avocats (Latham & Watkins), chargés d'enseignement aux Universités Paris I et Paris VIII

L'essentiel

L'entrée en vigueur du décret du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne, quelques mois après la publication du décret du 14 avril 2006 relatif aux modalités et formalités de publicité constitutives, achève l'introduction en droit français de la SE. C'est une nouvelle forme sociale dont il convient d'apprécier les mérites en examinant ses principales caractéristiques. La SE « à la française » est ainsi un outil de restructuration des groupes européens de sociétés qui bénéficie d'un régime propre en droit des sociétés et en droit social.

L'entrée en vigueur du décret n° 2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne achève l'introduction en droit français de la *societas europaea* (SE) quelques mois après la publication du décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif aux modalités et formalités de publicité constitutives. En complétant la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 sur la confiance et la modernisation de l'économie (dite loi Breton), ce second décret clôt un long chapitre de l'histoire du droit communautaire des sociétés. Adoptés formellement le 8 octobre 2001 après plus de trente ans de débat, le règlement 2157/2001 relatif au statut de la SE¹ (le règlement) et la directive 2001/86 complétant le statut de la SE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs² (la directive) accordaient aux Etats membres jusqu'au 8 octobre

2004 pour adapter leur droit et transposer. C'est donc avec retard et par voie d'amendements parlementaires à la loi Breton qu'a été adapté le droit français des sociétés et transposée la directive, tandis qu'il a fallu encore attendre plus d'un an les décrets d'application.

C'est bien une nouvelle forme sociale que ces textes ont introduit en droit français justifiant ainsi l'insertion de nouveaux chapitres dans le code de commerce et le code du travail³.

La SE ayant son siège social en France est régie⁴, (a) par les dispositions du règlement, ou (b), lorsque le règlement l'autorise, par les dispositions des statuts de la SE, et (c), pour les aspects non traités par le règlement, par (i) les dispositions françaises visant spécifiquement les SE⁵, (ii) les dispositions françaises applicables aux sociétés anonymes (SA) et non expressément exclues par les dispositions spécifiques aux SE⁶. Les dispositions de droit français qui pourraient être applicables en fonction du secteur d'activité concerné, tel que le secteur financier ou des assurances, sont applicables.

Le choix de la localisation en France du siège de la SE est donc déterminant, tant les dispositions nationales applicables à la SE sont importantes et lui confèrent une coloration française très prononcée.

En Europe, des SE ont déjà été constituées. On en compte à ce jour plus d'une vingtaine, nombre d'Etats membres ayant transposé les textes communautaires dans les délais prescrits. En France,

(1) JOUE L 294, 10 nov. 2001, p. 1 ; Rect. JOUE L 302, 20 nov. 2003, p. 40 ; D. 2001, Lég. p. 3496. Pour une analyse des règles communautaires, V. notamment, pour les seuls ouvrages : M. Favero et J.-L. Colombani, *Societas europaea*, La société européenne, Joly, 2002 ; K. Hopt, M. Menjucq et E. Wymeersch, *La société européenne, intérêts et perspectives*, Dalloz, 2003 ; M. Menjucq et S. Gilcart, *La société européenne*, Thémexpress, Ed. Francis Lefebvre, 2006.

(2) JOUE L 294, 10 nov. 2001, p. 22.

(3) La loi du 26 juill. 2005 a inséré dans le code de commerce, au sein du titre II du livre II, un nouveau chapitre IX intitulé « De la société européenne » ainsi qu'un chapitre IV bis intitulé « des infractions concernant les sociétés européennes » dans le titre IV. Le décret du 14 avril 2006 crée quant à lui une nouvelle section XI au chapitre IV du titre Ier du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales

et ajoute certaines dispositions au décret n° 84-406 du 30 mai 1984. Par ailleurs, un chapitre XI, intitulé « Implication des salariés dans la société européenne et comité de la société européenne », est inséré dans le titre III du livre IV du code du travail par la loi Breton, le décret n° 2006-1360 du 9 nov. 2006 créant quant à lui un chapitre X dans la deuxième partie (décrets en Conseil d'Etat) du code du travail.

(4) Art. 9 § 1, 10 et 15 du règlement ; art. L. 229-1 c. com. ; art. 203-3 du décret du 23 mars 1967.

(5) L'art. 9 § 2 précise que de telles mesures spécifiques peuvent être adoptées si elles sont conformes aux directives applicables aux SA.

(6) L'art. 9 § 1 c) iii) précise que les dispositions statutaires régissent la SE dans les mêmes conditions que pour une SA.

on ne comptait encore récemment qu'une immatriculation de SE non cotée, Scor étant pour sa part la première société cotée à se transformer en SE⁷. Quoiqu'il en soit, le gouvernement français a récemment manifesté son intérêt pour la SE, le garde des Sceaux ayant confié à Mme Noëlle Lenoir la mission d'élaborer un rapport dressant un premier bilan de la mise en œuvre de la SE et envisageant des propositions pour l'améliorer.

L'introduction d'une nouvelle forme sociale de dimension européenne en droit français amène naturellement les opérateurs économiques à s'interroger sur l'opportunité du choix de la SE à la française. Pour apprécier les mérites de ce choix, il convient d'étudier à la fois les opportunités offertes par la SE et le régime de la SE à l'aune des autres formes sociales existant en droit français et, en particulier, celle dont la SE est la plus proche, la SA.

En ce sens, cette étude exposera les principales caractéristiques de la SE à la française en présentant son intérêt pour les restructurations européennes des groupes de sociétés (I) et les enjeux du choix du régime français de la SE tant sur le plan du droit des sociétés que sur celui du droit social (II).

I - Intérêt de la SE pour les restructurations européennes des groupes de sociétés

D'emblée, il faut souligner que la SE n'a pas vocation à se substituer massivement aux formes sociales existantes en droit français. A la différence, par exemple, de la société par actions simplifiée (SAS), la SE n'offre pas un attrait tel qu'il justifierait un afflux de créations. La SE n'a d'ailleurs pas vocation à concerner les sociétés dont le champ d'action se limite à la France. Ses modes de création n'y sont pas adaptés et les avantages qu'elle présente dans un tel cadre ne sont pas plus intéressants que ceux de la SA ou de la SAS. En revanche, la SE peut s'avérer un instrument précieux pour certaines opérations ou formes d'organisation au sein d'un groupe européen, quelle que soit sa dimension.

La constitution de la SE est réservée aux seules entités ayant leur siège statutaire et leur administration dans un Etat membre⁸. Les entités qui ne réunissent pas ces conditions ne peuvent pas participer à la constitution de la SE mais peuvent en devenir actionnaires ultérieurement en cours de vie sociale⁹. En conséquence, une société, par exemple incorporée aux Etats-Unis, ne peut pas directement constituer une SE en France même si elle a un lien effectif avec un Etat de l'Union européenne. Elle doit passer par l'intermédiaire d'une filiale ayant son siège statutaire et son administration centrale dans un Etat membre, ce qui suppose que cette filiale soit concrètement dirigée depuis l'Europe.

L'exigence de cette dimension communautaire préexistante à la création d'une SE peut paraître rigide. Pour autant, c'est dans

ce cadre qu'elle présente un véritable intérêt à être utilisée pour des opérations transfrontalières de concentration ou de coopération (A), pour préserver une certaine mobilité européenne (B) ou, enfin, pour rationaliser la gestion des structures d'un groupe en Europe (C).

A - Un outil de concentrations transfrontalières

La SE permet des fusions entre des sociétés ayant leurs sièges dans des Etats membres différents. Cette faculté est d'autant plus intéressante que la 10e directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières n'entrera en vigueur que le 15 décembre 2007. Jusqu'à sa transposition effective par un nombre suffisant d'Etats, de telles opérations demeureront difficiles à réaliser malgré l'arrêt *Sevic*¹⁰ qui les inclut parmi les modalités du libre établissement.

Quelles sociétés peuvent bénéficier de cette possibilité de fusion transfrontalière? Le règlement permet la fusion d'au moins deux SA constituées selon le droit d'Etats membres différents¹¹ et ayant leurs sièges et leurs administrations centrales dans la Communauté. Si un groupe envisage une fusion sous forme de SE, il sera nécessaire de transformer auparavant les autres formes sociales en SA afin qu'elles puissent participer à la fusion.

La fusion prendra la forme d'une fusion-absorption, la société absorbante devenant une SE, ou d'une fusion aboutissant à la création d'une société nouvelle sous forme de SE. Le règlement a également prévu un régime de fusion simplifiée. La loi française sera applicable à la fois aux sociétés françaises participant à la fusion et à certains aspects de l'opération si le siège de la SE créée est situé en France. A cet égard, les apports de la loi Breton et de son décret d'application sont importants¹².

La phase préliminaire consiste à préparer de manière informelle les négociations sur l'implication des salariés. Les négociations avec le groupe spécial de négociation (GSN) risquent de constituer souvent l'étape la plus longue du processus de fusion et il convient de gagner du temps en amont afin que sa mise en place officielle puisse intervenir rapidement.

Dans cette même phase, le conseil d'administration ou le directoire prépareront le projet de fusion prévu par le règlement¹³. Le projet de fusion doit comprendre différentes informations sur les sociétés qui fusionnent et sur l'opération elle-même telles que la parité des actions et le montant de la soule éventuelle, la date d'arrêt comptable, le sort des droits spéciaux des actionnaires et des autres porteurs de titres ou encore les avantages particuliers.

Comme pour une fusion interne, il convient de nommer un ou plusieurs commissaires à la fusion ayant pour mission d'analyser le projet de fusion et de préparer un rapport pour les actionnaires qui auront à se prononcer sur la fusion. Ces experts pourront être communs à l'ensemble des sociétés qui fusionnent¹⁴.

(7) « Scor, la première société française cotée à adopter le statut de SE », E. Rousseau et A. Grumberg, *Option Finance*, n° 896.

(8) Règlement, art. 2.

(9) Le règlement laissait aux Etats membres la faculté d'autoriser à une société, qui n'aurait que son siège statutaire et un établissement caractérisant un lien effectif et continu avec un Etat membre, à participer à la constitution d'une SE. Cette option n'a pas été levée par le législateur français.

(10) CJCE 13 déc. 2005, D. 2006, Jur. p. 451, note M. Luby.

(11) L'annexe I du règlement dresse la liste des sociétés anonymes pour chacun des Etats membres.

(12) L'art. 18 du règlement renvoie pour les matières non couvertes par le règlement aux dispositions du droit de l'Etat membre dont elle relève et applicables aux fusions.

(13) Art. 20.

(14) Art. 22. En pratique, le choix d'un expert pour l'ensemble des sociétés qui participent à la fusion suppose que celui-ci maîtrise au moins deux systèmes de la Communauté, ce qui devrait favoriser les réseaux internationaux.

Les instances représentatives du personnel devront être informées et consultées sur le projet de fusion au titre du livre IV du code du travail, procédure commune à toutes les fusions.

A l'issue de cette procédure, le conseil d'administration ou le directoire arrête le projet de fusion, qui fera alors l'objet d'une publication. Dans le silence du décret du 14 avril 2006 sur les modalités de publicité du projet de fusion, il convient de prévoir l'insertion d'un avis dans le *BODACC* et dans un journal d'annonces légales du siège social ainsi qu'au *BALO* le cas échéant. Cette nouvelle étape intervient un mois au moins avant l'assemblée générale devant se prononcer sur la fusion.

La publication du projet de fusion permet de mettre en place officiellement le GSN et de débiter les négociations sur l'implication des salariés.

La publication de l'avis fait, quant à lui, courir les délais d'opposition. Le législateur français n'a pas levé l'option offerte par le règlement relative à la protection des actionnaires minoritaires opposés à la fusion. Cette option négative, conçue pour favoriser la fusion en évitant le coût du rachat des titres des actionnaires opposés à l'opération, risque en pratique de s'avérer pénalisante car les groupes peuvent avoir intérêt à faire sortir les minoritaires plutôt qu'à conserver un groupe d'actionnaires opposants, source potentielle de conflits. Les créanciers, les obligataires et les porteurs de titres auxquels sont attachés des droits spéciaux sont en revanche protégés dans les conditions du droit français¹⁵.

L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent doit approuver le projet de fusion dans les conditions de la modification des statuts. Pour autant, c'est au moment de l'immatriculation que la fusion produit ses effets et, en particulier, la transmission universelle du patrimoine¹⁶. Or, pour que la SE puisse s'immatriculer en France, il faut qu'elle passe avec succès un certain nombre de contrôles.

La loi détermine les autorités compétentes pour assurer le contrôle de la légalité de l'opération de fusion. L'article L. 229-3 du code de commerce répartit ce contrôle d'une manière guère opportune entre, d'une part, le greffe du tribunal de commerce du siège de chacune des sociétés participant à la fusion pour la partie de la procédure qui relève de ces sociétés, et, d'autre part, un notaire chargé de vérifier la légalité de la fusion, notamment l'adoption du projet de fusion par les sociétés participantes, mais aussi la conformité au code du travail des modalités de l'implication des salariés, contrôle qui risque de s'avérer délicat pour l'officier ministériel.

L'article L. 229-4 du code de commerce confie l'exercice de l'option accordée par le règlement instaurant un droit d'opposition au procureur de la République pour des raisons d'intérêt public. La notion est assez vague pour susciter des craintes, surtout en période de nationalisme économique. D'autant qu'un droit d'opposition est aussi attribué à d'autres institutions: le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)¹⁷, le Comité des entreprises d'assurance (CEA)¹⁸ et l'Autorité des marchés financiers (AMF)¹⁹ sont compétents pour s'opposer à une fusion

impliquant respectivement un établissement de crédit, une entreprise d'assurance ou une société de gestion de portefeuille agréés en France. De même, les dispositions sur les investissements étrangers en France trouveraient certainement à s'appliquer dès lors que l'opération aboutirait à un contrôle d'une société française dans un secteur considéré comme sensible au sens des articles L. 151-3 et suivants du code monétaire et financier.

A l'issue de l'immatriculation, un avis est publié au *Journal officiel de l'Union européenne*²⁰, cette publication marquant l'achèvement du processus de constitution. Si la constitution par voie de fusion est la manifestation la plus aboutie de l'usage de la SE au service des rapprochements transfrontaliers, il est important de relever également à ses côtés deux autres modes de constitution qui peuvent être mis au service de la coopération transfrontalière: la création d'une SE *holding* et celle d'une SE filiale commune.

La création d'une *holding* sous forme de SE est possible à l'initiative de plusieurs SA ou SARL dont deux d'entre elles au moins ont leur siège dans des Etats membres différents ou disposent depuis deux ans au moins d'une société filiale relevant du droit d'un autre Etat membre ou d'un établissement situé dans un Etat membre autre que celui de leur administration principale²¹.

La création d'une filiale commune sous forme de SE est la plus ouverte puisque peut y participer, sous les mêmes conditions de localisation communautaire que pour la SE *holding*, toute société ou toute entité juridique constituée selon le droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans la Communauté.

On le constate, la SE est essentiellement orientée vers les rapprochements transfrontaliers: trois des quatre modes de création d'une SE y sont consacrés. Elle n'épuise cependant pas là son intérêt. Il existe un quatrième mode de constitution de la SE, ajouté tardivement; la transformation d'une SA en SE²². Une SA, constituée selon le droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans la Communauté, peut se transformer en SE si elle a, depuis au moins deux ans, une filiale relevant d'un autre Etat membre. En pratique, la transformation sera probablement, avec la fusion, la modalité de constitution de SE la plus utilisée par les sociétés qui souhaitent bénéficier des autres avantages offerts par la SE, même si c'est aussi le mode de création le plus encadré en droit du travail.

B - Un outil de mobilité au sein de la Communauté européenne

Le transfert du siège de la SE est l'un des principaux apports du règlement. Il énonce²³ les dispositions permettant de surmonter les difficultés majeures de l'opération. Toutefois, le législateur français n'a pas aboli toutes les entraves.

L'article L. 229-2 du code de commerce prévoit que le projet de transfert est déposé au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée, que la décision de transfert

(15) Art. 24.

(16) Art. 29.

(17) Art. L. 511-13-1 c. mon. fin.

(18) Art. L. 322-29 c. assur.

(19) Art. L. 532-9-2 c. mon. fin.

(20) Art. 14 du règlement

(21) Art. 2 § 2 du règlement.

(22) Art. 2 § 4 du règlement.

(23) Art. 8.

est prise par l'assemblée générale extraordinaire et qu'elle doit faire l'objet d'une ratification par les assemblées spéciales d'actionnaires. Enfin, il envisage la soumission du projet de transfert de siège aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement ainsi qu'aux assemblées d'obligataires de la société, à moins que dans les deux cas la société ne rachète ou n'offre le remboursement de ces titres.

Comme pour les fusions transfrontalières, l'article L. 229-2 établit un droit d'opposition en faveur des créanciers non obligataires de la société, sans néanmoins que cette opposition n'interdise la poursuite des opérations de transfert²⁴. De même, le procureur de la République, le CECEI, le CEA et l'AMF disposent d'un droit d'opposition. Enfin, contrairement cette fois aux fusions, les actionnaires minoritaires peuvent dans le cas d'un transfert obtenir le rachat de leurs actions²⁵.

Si ces obstacles sont surmontés, la SE obtient un certificat attestant de l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert délivré par un notaire. Elle pourra obtenir ainsi une nouvelle immatriculation dans un autre Etat membre de l'Union européenne et l'immatriculation en France sera radiée²⁶.

Cette opération, certes complexe, est l'un des apports essentiels de la SE qui permet la mobilité au sein de la Communauté. En l'absence d'aboutissement de la proposition de 14e directive sur le transfert de siège transfrontalier, la SE possède un avantage concurrentiel par rapport aux formes nationales de sociétés. Dans ces dernières, le transfert de siège, même à l'intérieur de l'Union européenne, demeure difficile à mettre en œuvre, et ce, malgré la levée récente de l'obstacle fiscal à l'égard des sociétés de siège français²⁷.

C - Un outil de rationalisation des structures juridiques

La constitution d'une SE devrait permettre la rationalisation des structures au sein d'un groupe. En effet, même si la SE n'est pas identique d'un Etat membre à l'autre en raison de l'application de dispositions nationales, en adoptant, pour tout ou partie d'un groupe, la forme de SE, les dirigeants peuvent s'appuyer sur les dispositions communes pour harmoniser les règles d'administration des SE et disposer d'un « tableau de bord » leur permettant de mieux piloter le groupe. Par exemple, il est possible de retenir pour l'ensemble des SE un système moniste ou dualiste de gouvernance quels que soient les pays dans lesquels les SE auront leurs sièges. Ainsi, pour les besoins de la SE, le système moniste a été introduit dans l'ordre juridique allemand en 2004. Dans le même esprit, le règlement détermine de façon uniforme les règles de désignation du président de l'organe d'administration²⁸ et du président de l'organe de surveillance²⁹ ou encore la durée maximale du mandat des membres des organes des SE, fixée à six années³⁰. Un groupe

pourra donc utiliser pour tout ou partie de ses sociétés une forme unique, comportant, certes, des variations d'un Etat membre à un autre, mais disposant d'une structure identique. L'harmonisation est en outre facilitée par le fait que les législations nationales auxquelles le règlement renvoie sont elles-mêmes, pour une bonne part, issues de directives communautaires qui ont permis de rapprocher les pratiques.

La SE permet d'autant plus de simplifier l'organisation juridique des groupes européens de sociétés qu'elle autorise la constitution de filiales unipersonnelles. L'article 3 § 2 du règlement prévoit qu'une SE peut elle-même constituer une ou plusieurs filiales sous forme de SE. Les dispositions exigeant qu'une SA ait plus d'un actionnaire ne sont pas d'application pour la SE filiale. C'est pourquoi, en France, l'article L. 229-6 du code de commerce prévoit la possibilité pour une SE de constituer une filiale sous forme de SE unipersonnelle (SEU), bien que la SA unipersonnelle n'existe pas en droit français. Dans ce cas, la SE mère, actionnaire unique, exerce tous les pouvoirs dévolus en principe à l'assemblée générale. En outre, l'obligation de posséder des actions pesant sur les administrateurs et les membres du conseil de surveillance de la SA ne s'applique pas. L'article L. 229-6 énonce aussi que la SEU est soumise aux dispositions applicables aux SE ainsi qu'aux dispositions applicables à l'EURL.

Ainsi, un groupe européen pourra être organisé sous la forme d'une SE de tête et de filiales SE unipersonnelles quelle que soit la législation applicable aux sociétés dans chacun des Etats concernés. Des groupes extra-européens, par exemple américains ou japonais, seront particulièrement sensibles à cette possibilité offerte par la SE pour rationaliser la gestion de leurs activités en Europe. Vue d'un siège américain, la possibilité de disposer d'un modèle juridique harmonisé pour gérer dix filiales en Europe offre un confort bien supérieur à la coexistence de SA françaises, de *società per azioni* italiennes, de *naamloze vennootschap* néerlandaises ou encore de *publikt Aktiebolag* suédoises.

Au total, il apparaît que la SE n'est pas la panacée mais qu'elle présente certains intérêts clairement identifiés. Il faut y ajouter une considération non juridique mais importante dans le choix de la SE : l'effet d'image. Le règlement prévoit expressément que le sigle « SE » doit précéder ou suivre la dénomination sociale³¹ et réserve l'usage de ce signe aux seules SE³². Cette image européenne peut être recherchée par certains groupes. Elle n'est certainement pas étrangère à l'intérêt pour la SE de groupes comme Suez ou Allianz.

Ainsi, le choix de la SE sera motivé par une volonté de restructuration ou de rationalisation au sein d'un groupe ayant des activités en Europe, la taille du groupe important peu. Il n'y a pas d'évidence à la création de la SE. Il existe des opportunités. Quel régime suit la SE immatriculée en France ?

(24) Saisi de l'opposition, le juge la rejette ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société transférant son siège en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert de siège est inopposable à ces créanciers.

(25) L'opposition des actionnaires minoritaires de la SE au transfert de siège se concrétise par le droit de demander le rachat de leurs actions à la société dans le mois qui suit la dernière publicité relative à la décision de l'assemblée générale extraordinaire de la société de transférer le siège (art. 203-10 décret de 1967).

(26) Bien que la publication de la nouvelle immatriculation rende opposable aux tiers le nouveau siège, tant que la radiation de l'immatriculation

d'origine n'est pas intervenue, ceux-ci peuvent continuer à se prévaloir du siège d'origine et donc des effets qui y sont attachés, telle la loi applicable, sauf pour la société à démontrer qu'ils sont de mauvaise foi et connaissent l'existence du nouveau siège (art. 8 § 13 du règlement).

(27) Art. 34 de la loi de finances pour 2005.

(28) Art. 45 du règlement.

(29) Art. 42 du règlement.

(30) Art. 46 du règlement.

(31) Art. 11 § 1 du règlement.

(32) Art. 11 § 2 du règlement.

II - Les enjeux du régime de la SE à la française

Le règlement laisse aux Etats membres une certaine latitude pour adapter leur droit à la SE en exerçant ou non des options. Le législateur français a fait preuve, dans l'ensemble, de conservatisme et s'est efforcé de rapprocher la SE de la SA (A). Il a, en revanche, manifesté de l'audace concernant l'aménagement des rapports entre actionnaires (B). Sur le volet social, le législateur a consacré le principe « avant-après » posé par la directive visant à garantir les droits acquis des salariés en matière d'implication (C).

A - Un conservatisme dans le rapprochement avec le régime de la SA

Le législateur a souhaité éviter un risque de contagion juridique pour la SA : la SE suivant pour partie le régime des SA, un régime très souple pour la SE aurait inéluctablement conduit à assouplir à son tour le droit des SA. C'est pourquoi le législateur encadre la SE sans utiliser toute la souplesse offerte par le texte communautaire.

La SE à la française est dotée d'une structure très classique inspirée de la SA. L'adaptation du droit français n'a donc pas nécessité de profondes modifications car il connaissait déjà les systèmes moniste et dualiste d'administration et de direction de la SA. Renvoi est fait au droit des SA tant pour la direction et l'administration de la SE que pour les assemblées générales de la SE, sous réserve d'un nombre restreint de dispositions.

a) Les organes d'administration et de direction des SE immatriculées en France sont, selon le nouvel article L. 229-7 du code de commerce, régies par les dispositions relatives à la direction et à l'administration des SA, à l'exception des règles de quorum du conseil d'administration et du conseil de surveillance ainsi que des conditions de délibération du directoire.

L'article L. 229-7, alinéa 3, du code de commerce prévoit que les dispositions sur le nombre maximum d'administrateurs ou d'administrateurs salariés et de membres salariés ou non du conseil de surveillance ne peuvent faire obstacle à la participation des salariés dans les organes de la SE ³³.

Il est parfois regrettable que certaines options du règlement aient été levées par le législateur français. Ainsi, **tranchant avec le droit français des SA sur le contrôle des conventions réglementées, le règlement** ³⁴ dispose que les statuts énumèrent les catégories d'opérations devant faire l'objet d'une autorisation de l'organe de surveillance ou d'une décision expresse de l'organe d'administration, mais il laisse aux Etats membres la faculté de déterminer les catégories d'opérations devant au minimum figurer dans ces statuts. Le législateur français a utilisé cette faculté en prévoyant à l'article L. 229-7 du code de commerce que les statuts de la SE ayant son siège statutaire en France doivent prévoir des règles similaires à celles des conventions réglementées.

S'agissant du contrôle exercé dans le système dualiste par l'organe de surveillance de la SE, le règlement précise que celui-

ci dispose du droit de demander à l'organe de direction les informations de toute nature, les Etats membres pouvant aussi disposer que chaque membre de l'organe de surveillance bénéficie individuellement de ce droit. Comme les administrateurs de SA, les membres du conseil de surveillance de la SE peuvent obtenir communication par le président du directoire des documents qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission ³⁵.

b) Les assemblées générales des actionnaires de la SE sont, en vertu de l'article L. 229-8 du code de commerce, soumises aux règles prescrites aux assemblées d'actionnaires de la SA dans la mesure où elles sont compatibles avec le règlement. L'assemblée générale statue pour les décisions non modificatives des statuts à la majorité des voix exprimées hors votes blancs ou nuls ³⁶. Pour les décisions modificatives des statuts, le règlement ³⁷ exige une majorité renforcée d'au moins 2/3 des voix exprimées.

B - Une audace : l'introduction d'une grande liberté statutaire dans les rapports entre actionnaires à l'instar des SAS

Les SE immatriculées en France et ne faisant pas appel public à l'épargne bénéficient, en vertu des articles L. 229-11 à L. 229-15 du code de commerce, d'une grande liberté statutaire. Sur le modèle de la SAS, les actionnaires de la SE peuvent aménager librement leurs rapports en prévoyant dans les statuts de la SE des clauses restreignant la libre négociabilité des actions. Cette souplesse d'organisation des rapports entre associés constitue une spécificité de la SE « à la française ».

Sont expressément visées par l'article L. 229-11, alinéa 1er, les clauses d'inaliénabilité qui sont valables dès lors qu'elles ne rendent pas les actions inaliénables pour une durée supérieure à dix ans. Sont également autorisées les clauses d'agrément, de préemption, de sortie conjointe, etc. L'article L. 229-11, alinéa 2, prévoit que toute cession réalisée en violation de ces clauses statutaires est nulle et que cette nullité est opposable au cessionnaire ou à ses ayants droit, mais qu'elle peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions.

Peuvent aussi être stipulées dans les statuts de la SE des clauses d'exclusion et de suspension des droits non pécuniaires ³⁸, y compris à la suite de la modification de contrôle au sens de l'article L. 233-16 d'un actionnaire de la SE ³⁹, notamment suite à une opération de fusion ou de scission ⁴⁰. De plus, selon l'article L. 229-14, si les statuts ne prévoient pas les modalités d'évaluation du prix de rachat des actions, ce prix est fixé, à défaut d'accord des parties, dans les conditions de l'article 1843-4 du code civil. Si les actions ont été rachetées par la SE elle-même, celle-ci dispose de six mois pour les céder ou les annuler.

L'ensemble des clauses visées aux articles L. 229-11 à L. 229-14 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des actionnaires ⁴¹. Cette souplesse contractuelle a été introduite sur

(33) V. *infra* § C, sur la notion de participation.

(34) Art. 48 § 1.

(35) Art. L. 229-7, al. 4, c. com.

(36) Art. 58 du règlement.

(37) Art. 59 du règlement.

(38) Art. L. 229-12 c. com.

(39) Art. L. 229-13, al. 1er, c. com.

(40) Art. L. 229-13, al. 2, c. com.

(41) Art. L. 229-15 c. com.

le fondement d'une interprétation audacieuse de l'article 9 du règlement, chaque Etat membre pouvant adopter des dispositions nationales spécifiquement pour la SE qui ont valeur supérieure aux règles nationales applicables aux SA.

C - L'implication des salariés dans la SE à la française

La loi Breton du 26 juillet 2005 et le décret du 9 novembre 2006 transposent en droit français la directive. La détermination des modalités de l'implication des salariés est indispensable : à défaut, la SE ne peut être immatriculée. Le mécanisme retenu pour déterminer ces modalités s'inspire de celui du comité d'entreprise européen⁴² : une libre négociation des partenaires sociaux assortie de règles subsidiaires applicables en l'absence d'accord⁴³.

a) La notion d'implication des salariés - L'article L. 439-25 du code du travail reprend la définition tripartite de la directive : « les modalités de l'implication des salariés recouvrent l'information, la consultation et, le cas échéant, la participation ». Ces notions recouvrent un sens plus large que dans les textes communautaires antérieurs.

L'information est celle que doit fournir l'organe dirigeant de la SE à l'organe représentant les salariés sur (i) les questions qui concernent la SE elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre et (ii) les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un Etat membre. La première partie de cette définition est classique, directement inspirée de la directive de 1994 sur le comité d'entreprise européen. La seconde partie contient en revanche une notion de transnationalité nouvelle. Le champ de l'information à fournir s'en trouve élargi puisque seront considérées comme transnationales les questions qui concernent un seul Etat membre dès lors que la décision a été prise ailleurs. Par exemple, une restructuration qui affecte un seul Etat membre n'oblige pas nécessairement l'information du comité d'entreprise européen, alors qu'une telle restructuration déclenche l'information de l'organe représentant les salariés de la SE si la décision a été prise dans un Etat membre autre que celui dans lequel les effets de celle-ci se font sentir.

La consultation consiste en « l'instauration d'un dialogue et d'un échange de vues entre l'organe représentant les salariés et l'organe compétent de la SE ». On retrouve ici les notions connues pour le comité d'entreprise européen. La directive va cependant plus loin : elle fixe le principe de l'utilité de la consultation qui doit se faire « à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des salariés [...] d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent, qui peut être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE »⁴⁴. Ces précisions devraient éviter les difficultés rencontrées lors de l'affaire *Renault Vilvoorde* sur le caractère préalable ou non de la consultation⁴⁵.

La participation est définie à l'article L. 439-25 comme « l'influence qu'a l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés sur les affaires d'une société » en exerçant le droit d'élire, de désigner ou de recommander la désignation des membres des organes d'administration ou de surveillance. En droit français, la participation recouvre notamment la désignation par le comité d'entreprise de certains de ses membres pour participer avec voix délibérative aux réunions du conseil d'administration ou de surveillance de la SA⁴⁶ et pour assister aux assemblées générales⁴⁷, et, si les statuts le prévoient, l'élection par les salariés de représentants pour siéger à ces conseils⁴⁸; d'autres formes de participation existent en faveur des salariés actionnaires⁴⁹. Le législateur français a consacré le principe posé par directive de maintien des modes de participation existant dans les entreprises constituant la SE.

b) L'implication négociée - Les parties négociatrices à l'accord sur les modalités de l'implication sont, côté patronal, les dirigeants des sociétés participantes, et, côté salarial, un GSN institué « dès que possible après la publication du projet de fusion ou de constitution de la holding ou après l'adoption d'un projet de constitution d'une filiale ou de transformation en une SE »⁵⁰. Le décret du 9 novembre 2006⁵¹ fixe à un mois, à compter de la publication du projet de constitution de la SE, le délai dans lequel les dirigeants des sociétés participantes doivent donner aux syndicats les informations relatives aux sociétés, filiales et établissements, aux formes de participation existantes, au nombre de salariés employés dans chaque Etat membre, et au nombre de sièges au GSN. Ces sièges sont répartis entre les Etats membres en proportion du nombre de salariés employés dans chaque pays⁵², puis répartis entre collèges, et enfin entre syndicats⁵³.

Le législateur français a ainsi octroyé aux organisations syndicales un monopole de désignation des membres du GSN alors que la directive laissait chaque Etat membre libre du mode de désignation. En l'absence d'organisations syndicales, les membres français du GSN sont élus directement par les salariés⁵⁴.

Les négociations en vue de la conclusion d'un accord sur l'implication des salariés durent au maximum six mois, sauf si les parties décident de prolonger ces négociations dont la durée totale ne peut dépasser un an. Durant cette période, le GSN est régulièrement informé du processus de création de la SE. Alors que la directive se contente de faire référence aux informations à transmettre « sur le projet et le déroulement réel du processus de constitution de la SE »⁵⁵, le décret du 9 novembre 2006 précise que le GSN est informé du mode de constitution de la SE et des effets de celui-ci pour les sociétés participantes, des modalités d'information, de consultation et de participation instituées au sein de ces sociétés et des modalités de transfert des droits et obligations des sociétés participantes en matière de conditions d'emploi résultant de la législation, des relations professionnelles de travail et des contrats de travail individuels⁵⁶.

(42) Directive 94/45 du 22 sept. 1994.

(43) Art. L. 439-25 c. trav.

(44) Art. L. 439-25 c. trav.

(45) CA Versailles 7 avr. 1997, *Renault*, RJS 07-97, n° 829 (à propos de la consultation du comité d'entreprise européen).

(46) Art. L. 432-6 c. trav.

(47) Art. L. 432-6-1 c. trav.

(48) Art. 225-27 c. com.

(49) Art. L. 225-23 c. com.

(50) Art. L. 439-26, al. 2, c. trav.

(51) Art. R. 439-5 c. trav.

(52) Art. L. 439-27 c. trav.

(53) Art. L. 439-29 et R. 439-6 c. trav.

(54) Art. L. 439-30 et R. 439-8 c. trav.

(55) Art. 3 § 3, al. 2.

(56) Art. R. 439-12 c. trav.

Le GSN a par ailleurs la possibilité de se faire assister d'experts. Cette possibilité s'inspire, en la complétant largement, des dispositions de la directive 94/45 du 22 septembre 1994 sur le comité d'entreprise européen. La loi Breton a exercé l'option laissée par la directive aux Etats membres de limiter la prise en charge financière par les sociétés participantes à un seul expert.

L'accord conclu doit obligatoirement organiser un dispositif d'information et de consultation. Les parties peuvent ainsi décider la création d'un organe spécifique, ou se contenter d'une simple procédure prenant appui sur les institutions du personnel en place, ou encore décider de mettre en place directement un « comité de la SE », c'est-à-dire l'organe de représentation prévu par les dispositions de référence. L'accord peut enfin organiser les modalités de la participation. Dans toutes les hypothèses, les droits des salariés avant la constitution de la SE doivent être à la base de l'aménagement de ces droits dans le cadre de la SE (principe « avant-après »). Le législateur a repris la garantie des droits acquis des salariés posée par la directive.

La position du GSN, organe collégial, passe par un vote qui doit recueillir la majorité absolue de ses membres représentant la majorité absolue des salariés des sociétés participantes ⁵⁷. Une majorité renforcée est requise pour que le GSN puisse décider une réduction des droits de participation, c'est-à-dire un niveau de participation inférieur au niveau le plus élevé constaté dans l'une des sociétés participantes : 2/3 des membres provenant d'au moins deux Etats membres, représentant au moins 2/3 des salariés.

Si les textes incitent à l'accord, on ne trouve cependant ni dans la directive ni dans sa transposition dans le code du travail d'obligation de conclure cet accord, ni même d'obligation de négocier, le GSN ayant la faculté de ne pas entamer les négociations, ou de mettre un terme aux négociations entamées, et se fonder sur la réglementation relative à l'information et à la consultation des Etats membres où la SE emploie des salariés. Dans ce cas, nulle obligation d'instituer le comité de la SE. Cette décision doit cependant être prise à la majorité des 2/3 des membres du GSN d'au moins deux Etats membres représentant au moins 2/3 des salariés. Elle n'est de surcroît pas autorisée en cas de SE créée par transformation d'une société dotée d'une participation.

c) L'implication imposée - Outre l'hypothèse dans laquelle les parties le décident d'un commun accord, les dispositions de référence trouvent application lorsque que, à l'issue des six ou douze mois de négociation, aucun accord n'a été conclu et que le GSN n'a pas pris la décision de clore les négociations de manière anticipée. Dans cette hypothèse, la SE se trouve soumise à un régime subsidiaire, défini aux articles L. 439-34 à L. 439-50 du code du travail qui prévoient la mise en place d'une nouvelle instance de représentation du personnel : le comité de la SE, ainsi que, le cas échéant, un système de participation des salariés.

Le comité de la SE est composé, d'une part, du dirigeant de la SE ou de son représentant, assisté de deux collaborateurs ayant

voix consultative, et, d'autre part, de représentants du personnel des sociétés participantes, filiales et établissements concernés. Les membres du comité de la SE sont désignés selon les mêmes modalités que pour la constitution du GSN ⁵⁸, à savoir par les syndicats parmi leurs élus aux comités d'entreprise.

Le comité de la SE se réunit au moins une fois par an. Ses compétences sont limitées aux questions qui concernent la SE elle-même ou toute filiale ou tout établissement situés dans un autre Etat membre, ou qui excèdent les pouvoirs des instances de décision dans un seul Etat membre. Cependant, les compétences du comité de la SE sont plus larges que celles conférées au comité d'entreprise européen sur plusieurs points. En premier lieu, le comité de la SE a vocation à être informé des questions ne concernant qu'un seul Etat membre dès lors que ces questions sont, on l'a vu, « transnationales ». En second lieu, le comité reçoit du dirigeant de la SE l'ordre du jour des réunions de l'organe d'administration ou de surveillance ainsi que copies de tous les documents soumis à l'assemblée générale des actionnaires. Enfin, le comité est compétent en cas de « circonstances exceptionnelles qui affectent considérablement les intérêts des salariés » ⁵⁹, et notamment en cas « de délocalisation, de fermeture d'entreprise ou d'établissement ou de licenciement collectif ». Dans de telles circonstances, le comité, s'il en fait la demande, est réuni de plein droit par le dirigeant de la SE afin d'être informé et consulté.

Le comité de la SE n'a pas vocation à constituer un étage supplémentaire qui viendrait se superposer au comité d'entreprise européen. En effet, la SE ayant son siège en France déjà dotée d'un comité d'entreprise européen ou qui entre dans le champ d'application de la directive sur le comité d'entreprise européen n'a pas, ou plus, à appliquer les dispositions du code du travail sur le comité d'entreprise européen ⁶⁰. De plus, la loi précise que l'accord sur l'implication des travailleurs ou un accord collectif « conclu au niveau approprié » peut supprimer ou aménager les conditions de fonctionnement, « éventuellement sous la forme d'une redéfinition de leur périmètre national d'intervention », des institutions représentatives du personnel qui auraient vocation à disparaître du fait de la perte de l'autonomie juridique de sociétés participantes situées en France, après immatriculation de la SE. Cette disposition laisse ainsi une marge de liberté importante aux partenaires sociaux pour redessiner le contour des instances françaises de représentation du personnel.

Le système de participation applicable à titre subsidiaire varie selon le mode de constitution de la SE. Dans la SE créée par transformation, tous les éléments de la participation continuent de s'appliquer ⁶¹. Dans les autres modes de constitution de SE, aucun système de participation n'est obligatoire si la participation concernait moins du quart (SE par fusion) ou moins de la moitié (SE *holding* ou filiale) des salariés. Au-delà de ces seuils, la forme de participation est déterminée après examen des différents systèmes nationaux existant au sein de chacune des sociétés participantes. ■

(57) Art. L. 439-33 et. R. 439-13 c. trav.

(58) Art. R. 439-18 c. trav.

(59) Art. L. 439-39 c. trav.

(60) Art. L. 439-43 c. trav.

(61) Art. L. 439-42 c. trav.