

LA REVUE DE
**L'AVOCAT
CONSEIL
D'ENTREPRISES**

ACE

AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES

REVUE TRIMESTRIELLE - N° 112 - JUIN 2010



Un Syndicat pour :

- défendre vos intérêts
- accompagner vos Cabinets dans leur développement,
- créer un espace d'échange et de partage des expériences

DOSSIER :
Droit Européen

LA SOCIÉTÉ PRIVÉE EUROPÉENNE, L'AVENIR DES PME EUROPÉENNES ?



par **Christian ROTH**,
Avocat aux Barreaux
de Paris et Bruxelles,
PDGB Société
d'Avocats,
Président d'Honneur
de l'Union des
Avocats Européens,
christian.roth@
pdgb.com

Le projet communautaire de création d'une « *Societas privata europea* » ou Société Privée Européenne est en passe de devenir une réalité et viendrait enrichir voire bousculer le paysage sociétal des Etats membres de l'Union européenne. Il devrait aboutir avant la fin de l'année 2010¹.

La création à l'échelle européenne d'une forme de société adaptée aux PME est un projet de longue date², qui n'avait cependant pas été considéré comme une priorité par les Etats membres de l'Union européenne pour la création du marché commun.

En effet, l'attention a longtemps été portée sur les seuls objectifs du Traité de Rome de 1957 de développement de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux³, sans s'attacher au volet du droit des sociétés pour parvenir à la construction du marché intérieur.

En outre, les réformes à l'échelle des PME survenues dans ce domaine, tant au niveau national qu'au niveau communautaire, se sont bien plus cantonnées à l'uniformisation relative des

normes juridiques au sein du marché commun, qu'à la recherche d'une possibilité réelle pour les entreprises d'exercer des activités transfrontalières.

Au niveau national, les structures sociétales traditionnelles pour les PME, à savoir la SARL ou la SAS dans une mesure plus importante, ont certes fait l'objet de modifications déterminantes. Et le recours à ces formes de société flexibles et modernes s'est considérablement accru⁴. Mais il est constant que les PME rencontrent des difficultés à exercer leur activité en dehors du territoire national, à raison, notamment, des contraintes et des coûts d'implantation puis de gestion d'une filiale à l'étranger. En effet, seules 8 % d'entre elles exercent des activités commerciales transfrontalières et 5 % seulement possèdent des filiales ou des entreprises communes à l'étranger. Les PME restent de ce fait très concentrées sur leur marché national.

Au niveau communautaire, deux avancées méritent d'être mentionnées :

- Par le *Règlement du 8 octobre 2001*⁵, le Conseil européen créait la Société Européenne dans le but de donner aux entreprises un premier cadre juridique pour les activités transfrontalières. Mais cette forme de société dédiée aux sociétés anonymes, est apparue très vite inadaptée aux PME exerçant une activité transfrontalière. A ce titre, un groupe d'experts avait relevé, avant même l'adoption du règlement établissant la SE, qu'elle ne répondait pas aux attentes des PME. Or il convient de rappeler que ces

entreprises représentent plus de 99 % des entreprises de l'Union européenne.

- Quatre ans plus tard, le 26 octobre 2005, la « *Directive fusion*⁶ » était adoptée. L'objectif annoncé était de faciliter les fusions transfrontalières entre les sociétés de capitaux de l'Union européenne afin de réduire le coût de telles opérations, d'en garantir la sécurité juridique et de permettre au plus grand nombre d'entreprises, surtout celles qui ne souhaitent pas constituer une Société européenne, d'en bénéficier. Ce dispositif, à l'instar de la société européenne, n'apporte toutefois pas de réponse aux entreprises souhaitant créer une société européenne ex nihilo.

Il est alors apparu naturel de rechercher une solution dans une internationalisation des structures des sociétés ciblant précisément les PME. C'est ainsi que le projet de statut de SPE, mesure clé du « *Small Business Act* » (SBA)⁷, a fait l'objet il y a maintenant plus d'un an d'une proposition de règlement communautaire du Conseil présentée par la Commission européenne le 25 juin 2008. Ce premier texte a été soumis à l'avis du Parlement européen⁸, lequel a proposé de nombreux amendements. Il est aujourd'hui en discussion au sein du Conseil de l'UE, seule institution habilitée à adopter le règlement communautaire, conformément à la procédure mise en œuvre de l'art. 308 Traité instituant la Communauté européenne⁹.

Bien que ses contours ne soient pas encore définitivement établis, le statut proposé par les instances communautaires a vocation à être l'instrument juridique permettant de répondre aux besoins des sociétés de capitaux, non cotées, désireuses de se développer dans plusieurs Etats de l'Union européenne. Le fil

1. La Commission espérait que le Conseil statue en 2010 sur la proposition de règlement relatif au statut de la SPE. La date d'entrée en vigueur du règlement était prévue pour le mois de juillet de la même année.

2. Dès 1973 une étude intitulée « pour une SARL européenne » était publiée par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

3. La mise en place d'un Marché commun telle que prévue par le Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne reposait exclusivement sur l'abolition des entraves aux échanges de marchandises, de personnes, de capitaux et de services entre les Etats membres.

4. Les dispositions simplifiées propres à la création d'une SAS ont rapidement rendu populaire cette forme de société, de sorte qu'aujourd'hui la majorité des PME exercent leur activité sous la forme de SAS.

5. Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE). Journal officiel n° L 294 du 10/11/2001 p. 1-21.

6. Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux [Journal officiel L 310/1 du 25/11/2005].

7. Selon le vice-président de la Commission chargé des entreprises et de l'industrie, Günter Verheugen, cette proposition de règlement était un élément essentiel du « *Small Business Act* », qui a pour but de stimuler le potentiel de croissance et d'emplois des PME.

8. Résolution législative du Parlement européen du 10 mars 2009 sur la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne (COM(2008)0396-C6-0283/2008-2008/0130(CNS)).

9. L'article 308 TCE introduit une clause de « flexibilité » relative aux domaines de compétence de la Communauté européenne.

conducteur du projet : faciliter les activités transfrontalières des PME par la réduction des coûts d'adaptation liés aux différentes formes de sociétés qui coexistent dans les pays de l'Union. Le statut de la SPE deviendrait alors « le futur droit commun européen de la forme juridique des PME¹⁰ » et il pourrait également bénéficier à des sociétés et à des groupes de plus grande dimension.

Ce projet de statut se manifeste principalement par un socle de quatre règles de liberté entrepreneuriale¹¹ :

1. D'une part, il permet aux entreprises de créer une SPE selon différents modes de constitution¹².

A ce titre, le texte initial de la Commission, approuvé par le Parlement européen, prévoyait 4 moyens de constituer une SPE : la création, très attendue, de la société *ex nihilo* conformément aux dispositions du règlement (1), la transformation (2), la fusion (3) ou la scission de sociétés préexistantes, conformément aux dispositions du droit national de la société qui se transforme, des sociétés qui fusionnent ou de la société qui se scinde (4).

Ainsi et bien que le texte de compromis actuel entend supprimer la possibilité de constituer une SPE par voie de scission d'une société existante¹³, le champ d'application de la future SPE serait extrêmement large. A l'inverse de

la Société européenne, le statut de la SPE présente en effet le grand avantage de permettre une création *ex nihilo*, par simple constitution. Il précise de façon très détaillée aux articles 5bis et 5ter les conditions de constitution d'une SPE *ex nihilo* et par voie de transformation.

2. D'autre part, le projet de statut fixe le capital de la SPE à un euro minimum et ouvre une relative marge de manœuvre aux Etats Membres (EM). En effet, ces derniers auront la possibilité de fixer un capital minimum plus élevé qu'un euro pour les SPE immatriculées sur leur territoire, qui ne devra toutefois pas excéder 8 000 euros.

10. Hervé Zapf et Christian Roth, *Option Finance* n° 995-Lundi 15 septembre 2008 : « La SPE devrait en toute logique devenir le droit commun européen de la forme juridique des PME ».

11. « Revised compromise proposal for a Council Regulation on a European private company, Brussels 27 November 2009 (DOC 16115/09 ADD 1, DRS 71 SOC 711), modified by DOC 16115/09 ADD 1 COR 1, Brussels 2 December 2009 ».

12. Article 5 de la proposition de la proposition du règlement relatif au statut de la SPE.

13. Le texte de compromis n'emporte toutefois pas l'unanimité dans son principe certains Etats souhaitent maintenir la division en tant que mode de constitution d'une SPE et d'autres Etats préféreraient que le nouvel article concernant la constitution d'une SPE par voie de transformation soit supprimé afin qu'elle relève exclusivement du droit national.



QUAND LE TALENT ET LE BON CONSEIL SONT
AU DIAPASON, LE SUCCÈS EST AU RENDEZ-VOUS.

DEPUIS 165 ANS, DALLOZ EST ENGAGÉ À VOS CÔTÉS, POUR VOUS APPORTER LE SÉRIEUX ET LA FIABILITÉ DE SES FONDS. CE PARTENARIAT N'A QU'UNE AMBITION : VOUS OFFRIR TOUJOURS PLUS D'INNOVATION, D'EFFICACITÉ, DE PERFORMANCE ET VOUS LIVRER DES ANALYSES À FORTE VALEUR AJOUTÉE.

DALLOZ
VOUS ÊTES PLUS FORT

Le projet amendé du Parlement européen modifiant l'article 19 de la proposition de règlement présentée par la Commission fixait le capital minimal à 8 000 euros ou exigeait pour la création d'une SPE avec un capital d'un euro, la délivrance obligatoire d'un certificat de solvabilité attestant que la société est en mesure de payer ses dettes.

Le texte de compromis (Article 19 §3) ne retient pas l'amendement du PE. Toutefois, s'il maintient à un euro minimum le capital de la SPE à l'instar du texte de la Commission, il consacre un compromis et ouvre une relative marge de manœuvre aux EM. En effet, ces derniers auront la possibilité de fixer un capital minimum plus élevé qu'un euro pour les SPE immatriculées sur leur territoire, qui ne devra toutefois pas excéder 8 000 euros. Un article 19 §3bis précise en outre que « deux ans après la date de mise en application du présent règlement, la Commission analyse les effets entraînés par le fait d'autoriser les EM à fixer des niveaux de capital minimal requis différents dans la limite définie au paragraphe 3 ». Le principe de la fixation éventuelle par les EM d'un capital minimal supérieur à un euro pour la création d'une SPE semble être admis par tous. Toutefois, certains EM contestent encore le montant du plafond proposé.

3. En outre, le statut de la SPE propose une réglementation souple quant à la détermination du siège social de la société, véritable enjeu de liberté entrepreneuriale pour les entreprises. Au stade actuel des discussions sur le règlement, le texte de compromis prévoit une période transitoire de deux ans à compter de la date d'application du règlement, pendant laquelle les SPE seraient tenues d'installer leur siège et leur administration centrale dans le même Etat. Mais après cette période, les dispositions législatives nationales seraient d'application et l'obligation d'avoir le siège et l'administration dans le même EM disparaîtrait.

Cette nouvelle version du statut s'écarte toutefois sensiblement du texte initial. D'une part, la nouvelle version du statut prend en considération l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. En effet, le siège statutaire et l'administration centrale ou le principal établissement de la SPE doivent désormais être établis dans l'Union européenne, et non plus dans la Communauté. D'autre part, le texte de compromis est moins ambitieux que la disposition de la Commission approuvée par le PE, qui visait à préciser qu'« une SPE n'est aucunement tenue d'établir son administration centrale ou son principal établissement dans l'EM de son siège statutaire ».

Mais cette disposition ne fait pas encore l'unanimité au sein des 27. Certains EM préféreraient disposer d'une période de transition plus longue, alors que d'autres préconisent le retrait de la période de transition et de l'application du droit national au profit de l'obligation d'avoir le siège et l'administration dans le même EM. Les divergences sont donc encore profondes s'agissant du siège de la société.

4. Enfin, le statut de la SPE prévoit, s'agissant des « droits sociaux de base¹⁴ » un système particulièrement simple pour les entreprises et respectueux des droits des travailleurs. En effet, il est prévu que ce thème sensible reste régi par le droit national¹⁵, c'est-à-dire le droit dans lequel le salarié exerce son emploi. Et si le choix d'opter pour le droit national pourrait à première vue sembler refléter un défaut d'harmonisation et un manque de souplesse, nos entreprises européennes n'ont pas à craindre les législations de leurs voisins européens !

Une question encore extrêmement litigieuse représentant un point bien particulier de la législation sociale vient toutefois obscurcir cette réglementation : celle de la participation et de la représentation des travailleurs dans la SPE. En effet, bien loin du texte initial de la Commission proposant un article unique¹⁶, le Conseil a entendu offrir une réglementation détaillée

de la participation des travailleurs en y consacrant 5 articles. L'enjeu relatif de cette question est de déterminer le niveau de droits de participation des travailleurs, dans l'idée générale de faire prévaloir la législation la plus favorable aux travailleurs entre celle de l'EM d'accueil et celle de l'EM d'origine, notamment lorsque la SPE opère un transfert de son siège statutaire dans un autre Etat membre.

La règle de principe est le renvoi aux règles nationales du siège statutaire et de ce fait, la SPE ne présentera ni plus ni moins d'attraits, en ce qui concerne la participation des travailleurs, que les sociétés nationales comparables.

Mais les Etats membres peinent à ce jour à trouver un compromis sur les dérogations à apporter à cette règle afin d'appliquer dans certaines conditions et selon certains critères un niveau plus élevé de participation des travailleurs que celles du lieu du siège statutaire de la SPE. Plus précisément, si les cas dans lesquels une dérogation aux règles de participation de l'Etat du siège statutaire sont établis, les seuils à partir desquels les dispositions prévues dans la proposition sont applicables, ne font pas l'objet d'un consensus.

Avec le thème du siège de la société, cette question bien particulière des droits de participation des travailleurs dans la future SPE, semble encore constituer le point d'achoppement des négociations.

C'est en effet sur ces sujets que la présidence suédoise n'est pas parvenue à un accord politique sur le statut de la SPE¹⁷, le règlement devant être voté à l'unanimité par le Conseil. L'Espagne, qui assume la présidence « tournante » du Conseil de l'Union européenne jusqu'en juillet 2010 doit dès à présent collaborer étroitement avec la Belgique, qui lui succèdera. Et compte tenu de l'enjeu que représente le statut de la SPE pour les PME de l'UE, on peut légitimement espérer que ce dernier voie le jour d'ici le 2^e semestre de l'année 2010.

14. Par opposition aux droits de participation et de représentation des travailleurs.

15. Au même titre que le droit social, le droit fiscal, le droit des procédures collectives ou la comptabilité resteront également régis par le droit national.

16. Dans un article 34, la Commission avait posé la règle générale suivant laquelle les droits de participation des travailleurs devraient être régis par la législation de l'Etat membre dans lequel est établi le siège statutaire de la SPE. S'agissant d'un éventuel transfert du siège statutaire dans un autre Etat membre, la Commission avait toutefois, par un renvoi à l'article 38 précisé que si la législation de l'EM d'accueil ne prévoyait pas au moins le même niveau de participation des travailleurs que celle de l'EM d'origine, la participation des travailleurs après le transfert devrait, dans certaines circonstances, faire l'objet d'une négociation.

17. Les conclusions du Conseil indiquent que des « travaux supplémentaires » seraient nécessaires pour parvenir à accord <http://www.europolitique.info/business-competitive/societe-privee-europeenne-encore-des-blocages-au-conseil-art256900-3.html>, article d'Anne Fekete, d'Europolitique, Quotidien des affaires européennes.