Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT SUR LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE SIMPLIFIÉE (SES)

du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris

Le 31 mars 2021

9 rue de Valois 75001 Paris - Tél.: 33 (0)1 42 92 20 00 - hautcomite@hcjp.fr - www.hcjp.fr

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 4

Résumé 6

I. Pourquoi une SES maintenant ? 8

1.1 - Rappel des projets antérieurs : naissance et péripéties du projet de SPE 8

1.2 - Le projet de société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUP) 12

1.3 - La SES : un nouveau contexte 14

1.3.1 - Changement de l'environnement économique : mondialisation et digitalisation 14

1.3.2 - Un changement de l'environnement juridique : l'acquis communautaire 15

1.3.3 - De nouvelles exigences en termes d'outil de compétitivité dans ce contexte renouvelé 17

1.3.4 - Des démarches parallèles 18

II. Présentation des besoins et des attentes des acteurs économiques 19

2.1 - Besoins et attentes des émetteurs (restitution des auditions) 20

2.2 - Besoins et attentes des investisseurs (restitution des auditions) 22

2.2.1 - Une simplification et un cadre unifié attendus 23

2.2.2 - L'enjeu clé de l'intéressement des salariés et dirigeants au capital 24

III. Réponses et préconisations : la SES 25

3.1 - Le socle européen de la SES 25

3.1.1 - Critère transfrontalier et modalités de constitution de la SES 25

3.1.2 - Critère de rattachement de la SES à un État membre 28

3.1.3 - Le cadre légal 30

3.1.4 - Participation des salariés dans la SES 31

3.2 - Vers une structure simple et souple : illustrations 32

3.2.1 - Constitution 32

3.2.2 - Forme sociale 33

3.2.3 - Transfert de siège 33

3.2.4 - Capital 34

3.2.5 - Direction-gouvernance 34

3.2.6 - Délibérations collectives 35

Annexes 37

RAPPORT SUR LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE SIMPLIFIÉE (SES)

Introduction

Le droit des sociétés est déjà bien investi par le droit de l'Union européenne, qui a introduit de nombreuses dispositions, le plus souvent d'harmonisation minimale. En parallèle d'un corpus de règles transversales, trois règlements ont créé des formes sociales proprement européennes : la société européenne (SE)[1], le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)[2] et la société coopérative européenne (SCE)[3].

Un besoin supplémentaire de convergence s'exprime depuis plusieurs années, à travers des tentatives de création d'une forme spécifiquement européenne adaptée aux PME. Pour ce faire, des instruments ont été négociés sans succès : la société privée européenne (SPE, 2008) et la société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUP, 2014).

Le MEDEF et la CCI Paris-Ile de France, qui ont très largement été à l'origine du projet de société privée européenne, soutiennent fortement la relance d'une initiative européenne en faveur de la création d'un statut de société européenne adapté aux PME.

---

[1] Instituée par le règlement n° 2157/2001, la société européenne est constituée d'au moins deux sociétés situées dans au moins deux États membres différents et peut résulter :
- de la fusion d'au moins deux sociétés anonymes, de la création d'une filiale commune,
- de la création d'une holding
- ou encore de la transformation d'une société anonyme disposant d'une filiale dans un autre État membre de l'UE depuis au minimum deux ans.
Elle ne peut donc pas être constituée ab initio.
Son capital social est de 120.000 euros minimum.
En ce qui concerne le droit applicable, la société européenne est régie par les dispositions du règlement ainsi que par la loi nationale (celle du siège social de la société européenne) qui est d'application subsidiaire (dans le silence du règlement ou des statuts).
Cette forme juridique a déjà séduit de grandes sociétés telles qu'Airbus ou Allianz. Elle présente un avantage souvent mis en avant : la société européenne bénéficie de la possibilité de transférer son siège dans n'importe quel État membre de l'espace européen, et ce sans perte de personnalité morale, moyennant une décision de l'assemblée générale extraordinaire.
Cette forme sociale est cependant jugée trop complexe pour les PME en raison :
- du montant du capital social fixé à 120.000 euros minimum ;
- de son fonctionnement trop complexe, se rapprochant du fonctionnement des sociétés anonymes françaises ;
- du volet social considéré comme trop lourd (obligation de mettre en place un mécanisme d'implication des salariés européens dans la future société européenne) ;
- de la complexité du droit applicable à la société européenne (multiples renvois aux différents droits nationaux et manque d'uniformisation).

[2] Règlement (CEE) n° 2137/85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

[3] Règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE).

Ce projet s'inscrit également dans la continuité de l'approche initiée par le Président de la République français dans son discours de la Sorbonne du 26 septembre 2017, poursuivie par le Traité d'Aix-la-Chapelle signé le 22 janvier 2019 qui prévoit en son article 201 d'« *instituer une zone économique franco-allemande dotée de règles communes* » et d'œuvrer à « *l'harmonisation bilatérale des deux législations, notamment dans le domaine du droit des affaires* ». Il ressort des propos du Chef de l'État une volonté politique de créer de nouvelles formes de sociétés européennes, qui participe nécessairement à la structure et à la convergence du marché.

À l'échelle européenne, ce projet rejoint les objectifs poursuivis par les deux plans d'action successifs (2015 et 2020) de l'Union européenne relatifs à l'Union des marchés de capitaux (CMU), qui mettent un réel accent sur le fait de rendre plus accessibles aux PME les moyens de financement et les marchés financiers (cf. Action 5 du Plan du 24 septembre 2020 – Orienter les PME vers d'autres fournisseurs de financement – ou encore Action 15 – Protection et facilitation des financements). La CMU a également vocation à accompagner les PME dans leurs transitions verte et numérique (cf. Action 6). En effet, dans son propos introductif, le plan d'action souligne que les PME constituent « *l'épine dorsale de l'économie européenne* ». À cet égard, la création d'une structure européenne unifiée qui leur serait adaptée apporterait un plus, en renforçant ainsi la visibilité des entreprises vis-à-vis des investisseurs transfrontaliers (ce dernier point est notamment une finalité visée à l'Action 1 du Plan).

Afin de permettre aux pouvoirs publics de se positionner de manière plus éclairée sur l'opportunité de proposer une société européenne simplifiée au regard de l'évolution des besoins des PME-PMI, il a été demandé au HCJP de formuler des recommandations quant aux caractéristiques essentielles qui mériteraient d'être portées par cette forme sociale. L'objectif est ici de tirer les enseignements de l'échec des initiatives conduites jusqu'à présent pour proposer une structure répondant aux attentes des acteurs économiques (PME-PMI, ETI, TPE).

Le HCJP a alors constitué un groupe de travail composé d'universitaires, d'avocats et d'acteurs de place, dont la composition figure en **annexe 1** du présent rapport. Les membres de ce groupe se sont mobilisés autour d'une approche thématique la plus exhaustive possible liée aux changements essentiels du contexte qui pourraient justifier aujourd'hui une modification radicale du débat en termes de faisabilité du projet, ce à partir de l'analyse de l'acquis communautaire et des attentes croissantes de simplification des entreprises européennes, en particulier les PME dans un contexte de compétitivité accrue.

Ainsi, l'accent des travaux du HCJP a été résolument mis sur les réponses à ces questions préliminaires essentielles (critère transnational, critère de rattachement, droit applicable, mode de constitution, gouvernance, participation des travailleurs, place du numérique et recours à la digitalisation) et non sur la rédaction proprement dite d'un « projet » de règlementation. Seuls quelques articles sont proposés à titre d'illustration de la nouvelle approche suggérée.

Une fois ce socle accepté par tous, devrait pouvoir s'élaborer une structure sociétaire simplifiée à la construction de laquelle tous les États membres pourraient participer.

Dès lors, après avoir rappelé et pointé les achoppements des travaux antérieurs sur la SPE et la SUP, le groupe de travail s'est d'abord interrogé sur le renouvellement sans précédent lors de ces dernières années du contexte avec lequel sont aux prises les entreprises tant du point de vue géopolitique que juridique et fonctionnel, ainsi qu'à travers le développement du numérique (I). Ensuite, le groupe de travail s'est intéressé aux attentes fortes des émetteurs et des investisseurs, en s'appuyant notamment sur un certain nombre d'auditions (II), avant de formuler des recommandations quant à la réponse que pourrait y apporter une structure paneuropéenne simple, souple et propice (III). Afin de la distinguer des travaux précédents, le nom de cette nouvelle forme de société pourrait être celui de Société européenne simplifiée[4].

Résumé

En dépit d'une harmonisation du droit européen et d'une évolution favorable des législations nationales, la demande d'une société européenne adaptée aux besoins spécifiques des PME et des « *start-ups* » est toujours présente. Ce besoin ressort clairement des auditions réalisées par le groupe de travail, tant en France, en Allemagne, qu'aux Pays-Bas.

En effet, l'évolution du droit des affaires en Europe, dans un contexte ayant fortement évolué depuis les précédentes tentatives sur la Société Privée Européenne et la Société Unipersonnelle à Responsabilité Limitée, n'a pas permis de créer la forme sociale unifiée et simplifiée attendue, qui assurerait aux PME une reconnaissance juridique dans tout l'espace de l'Union européenne, en réduisant ainsi leurs frais généraux juridiques de constitution et de fonctionnement.

La solution passe donc par l'adoption d'une réglementation européenne qui tiendrait compte à la fois des raisons des échecs des projets antérieurs et des demandes et besoins formulés par les acteurs économiques.

Sur ces bases, le groupe de travail du HCJP préconise la création d'une nouvelle forme de société européenne « simplifiée » (SES) :

- qui serait une société par actions,
- dont le critère de rattachement serait celui de son siège statutaire,

[4] *(SES ou Societas Europaea Simplicior en latin).*

- qui pourrait être constituée *ab initio*, sans capital minimum (autre que l'euro symbolique),

- qui pourrait être détenue par une ou plusieurs personnes physiques ou morales,

- dont les modalités de constitution et de fonctionnement devraient bénéficier de toutes les avancées légales en matière de digitalisation et de communication à distance et

- dont le système de participation des salariés aux organes de direction serait celui de l'État de rattachement.

Le rapport préconise d'écarter le critère transfrontalier classique utilisé pour les autres personnes morales européennes, au profit d'un critère transfrontalier fondé sur la vocation européenne de la SES.

Cette portée européenne devra faire l'objet d'une définition précise dans les statuts, c'est-à-dire être une composante de l'objet social. Cela éviterait ainsi d'exclure la constitution d'une SES unipersonnelle.

Par ailleurs, afin de rattacher la SES à un État membre, le rapport retient, comme susvisé, le critère du siège statutaire corroboré par le lieu d'immatriculation dans un registre national des sociétés. En effet, ce choix se situe dans la mouvance européenne et l'immatriculation permet de renseigner les tiers sur la forme sociale de rattachement, faisant ainsi foi jusqu'à preuve du contraire.

En ce qui concerne la participation des salariés dans la SES, le rapport propose, au vu de l'acquis communautaire, de renvoyer au droit commun des États membres.

Pour assurer une structure simple et souple, le rapport d'une part, suggère un cadre légal le plus uniforme possible pour la SES et d'autre part, précise son mode de constitution.

Il appelle en priorité à l'élaboration d'un règlement européen le plus détaillé possible. En cas de faille dans le règlement et dans la mesure où celui-ci spécifiera explicitement un renvoi aux statuts, le rapport invite à laisser une large place à la liberté statutaire. Ainsi, ce n'est que de manière subsidiaire que le droit national devra intervenir à travers une forme nationale de rattachement.

Enfin, pour constituer une SES, il faudra se référer aux règles nationales relatives à l'immatriculation des sociétés. Ces dernières demeurent unifiées au niveau européen. Seule la question de l'intervention d'un notaire, ou d'un autre officier public, dans la constitution de la société est laissée à la libre appréciation des États membres.

I- Pourquoi une SES maintenant ?

1.1 - Rappel des projets antérieurs : naissance et péripéties du projet de SPE

En 1998, la CCIP (devenue depuis la CCI Paris Ile de France) et le CNPF (devenu depuis 1998 le MEDEF) prirent l'initiative de proposer un projet de société européenne de partenaires.

Ce projet s'inspirait à la fois des travaux du CREDA (Centre de Recherche sur le Droit des Affaires de la CCI Paris Ile-de-France) et de la démarche du CNPF qui a conduit à l'adoption de la loi sur la société par actions simplifiée (SAS) en janvier 1994.

L'originalité de ce projet tenait à ce qu'il avait l'ambition d'offrir aux politiques une proposition de règlement « clef en mains » rédigée sous formes d'articles avec un exposé des motifs très élaboré et au fait qu'il ne s'agissait pas d'un projet franco-français même si l'initiative était française.

Cette proposition a été rendue publique en septembre 1998 en trois langues : français, anglais et allemand. Il ne s'agissait nullement d'une traduction pure et simple mais d'un travail rédigé en coopération avec d'éminents juristes d'autres États membres.

Ce projet ambitieux visait à offrir aux entreprises européennes et notamment aux petites et moyennes qui voulaient se développer à l'intérieur de l'Union européenne « *une forme juridique pan-européenne simple, efficace et répondant à leurs besoins propres.* »

Pour ses promoteurs, la société privée européenne (SPE) – devait être avant tout une société librement accessible, quelle que soit la situation envisagée par les chefs d'entreprises : constitution initiale, filiale commune, transformation de sociétés existantes, filiales de groupes, fusion ou scission…

En revanche, à l'instar de la SAS, la SPE du fait de la grande liberté contractuelle qui la fonde ne pouvait pas faire appel public à l'épargne, d'où le nom de « *société privée européenne* ».

Cette ambition s'est traduite également par :

- une conception audacieuse du fait européen : « l'*intention d'avoir une activité économique dans plus d'un État membre* »,
- l'absence de renvois aux droits nationaux.

Ne revendiquant aucun avantage particulier ou régime de faveur, la SPE restait naturellement assujettie aux règles comptables, fiscales et sociales (notamment celles relatives à l'implication des salariés) et pénales de l'État membre de son implantation.

À la suite de la publication de ce projet en septembre 1998, cette proposition a été âprement débattue.

Ayant reçu le soutien d'Eurochambres et de l'UNICE – aujourd'hui Business-Europe et du Conseil économique et social européen par un avis de mars 2002, des résistances liées à la liberté contractuelle, à une conception ambitieuse du fait européen et à la crainte de certains États membres de voir cette structure juridique venir concurrencer leurs formes juridiques nationales se sont faites jour.

Malgré cela, le projet d'une société privée européenne a été inscrit en 2001 au programme de travail du groupe d'experts - *High Level Group of Company Law Experts* - chargé par le Commissaire européen Frits Bolkestein de lui faire des recommandations afin d'élaborer le cadre réglementaire d'un droit européen moderne des sociétés.

Au cours des travaux internes du groupe dit *Winter* du nom de son président Jaap Winter qui ont duré une année (septembre 2001 – octobre 2002), est finalement intervenu l'accord sur la société européenne en octobre 2001.

Cet accord aurait pu faire craindre un abandon du projet de société privée européenne. Cela n'a pas été le cas.

Comme le souligne le rapport *Winter* : « ***la société européenne a été conçue pour de grandes entreprises et ne répond pas à toutes les attentes des entreprises et en particulier des PME, qu'elles soient indépendantes ou filiales de groupes, qui constituent l'essentiel des sociétés en Europe.*** »

Certains opposants à ce projet ont alors avancé, d'une part, que l'adoption des propositions de 10e directive sur les fusions transfrontalières et de 14e directive sur le transfert de siège feraient perdre une grande partie de son intérêt à ce projet et fait valoir, d'autre part, qu'une modernisation des formes nationales de sociétés, sur le modèle de la SAS française, par exemple, permettait de répondre aux attentes des PME.

Cela n'a pas été l'avis des entreprises, bien au contraire les réponses à la consultation qui avait été lancée dans le groupe *Winter* ont confirmé un fort intérêt des répondants pour une forme de société européenne : le besoin des PME pour une structure juridique européenne était manifeste, et pas seulement réservé aux grandes entreprises.

L'argument des coûts de constitution et de fonctionnement (coûts internes, coûts externes de filiales dans différents États membres, frais administratifs et de conseils) a été mis en avant, coûts qui se verraient largement réduits avec une forme juridique commune en Europe.

Enfin, la possibilité pour des entreprises d'avoir une activité économique à l'intérieur de l'Union européenne sous un label européen commun a été jugée comme extrêmement importante notamment par les représentants de plus petits États membres.

Ce besoin affirmé par les entreprises et les praticiens a conduit le comité à conclure à la nécessité d'une société privée européenne avec toutefois l'exigence d'une activité dans plus d'un État membre et un lien à un droit national.

En conséquence, le projet de société privée européenne a figuré dans le 1er plan d'action en droit communautaire des sociétés publié en 2002.

En application de ce plan d'action, et afin de contribuer à l'élaboration d'un second, la Commission européenne a donné, en 2005, un mandat de cinq ans à un groupe d'experts en droit des sociétés. Ce groupe a notamment travaillé à la rédaction d'une proposition de règlement européen sur la société privée européenne et à la réalisation d'une étude d'impact. Cette étude démontrait déjà à cette époque l'intérêt que représentait une société européenne simplifiée. À la suggestion d'un membre anglais du groupe de travail, ont été également élaborés des statuts-types aux fins de reléguer la référence à un droit national à un dernier et ultime recours.

Entretemps, le Président de la commission JURI du Parlement européen, Klaus Lehne publiait un rapport d'initiative sur le sujet. Ce rapport a permis de confirmer l'utilité d'une forme européenne commune pour faire des affaires dans les différents États membres, pour réaliser des économies (en éliminant des formalités administratives et des frais de conseils), et l'importance d'un label européen.

Et, en juin 2008, le Commissaire européen Charlie Mc Creevy faisait adopter par le collège des commissaires une proposition de règlement européen relatif au statut de la société privée européenne, accompagnée de deux annexes : deux modèles de statuts-type.

Cette proposition reçut immédiatement le soutien renouvelé de Business Europe, d'Eurochambres, d'autres associations d'entreprises et du Comité économique et social européen en octobre 2008.

La proposition de la Commission restait très ambitieuse, trop sans doute aux yeux de certains :

- une société véritablement européenne reposant sur une conception très souple du fait européen : « *l'intention d'avoir une activité économique dans plus d'un État membre* »,
- l'absence de renvois aux droits nationaux,
- une société reposant sur la liberté contractuelle.

De ce fait, cette proposition s'est heurtée à des critiques et à de virulentes résistances :

- crainte de certains États membres de voir leurs formes nationales devenir moins attractives,
- crainte de certains syndicats de salariés que la SPE ne permette de faire échec aux règles relatives à la participation des travailleurs, alors qu'était proposée l'application de la loi du siège statutaire et qu'*a priori* les SPE n'étaient pas destinées à avoir un nombre important de salariés,
- crainte de certaines professions de voir la constitution des SPE échapper à leur contrôle.

Allait alors s'engager un débat très rude sur cette proposition souvent pour de mauvaises raisons sur la base d'un procès d'intention.

La proposition de règlement avait, plus généralement, soulevé de vives oppositions du fait du faible rattachement de cette nouvelle SPE aux droits nationaux, de la possibilité de dissocier sièges statutaire et réel et de la grande place laissée à la liberté contractuelle. Les questions de la participation des travailleurs étaient également un point d'achoppement, une règle commune étant difficilement envisageable compte tenu de la diversité des droits existants au sein de l'UE.

La proposition de SPE a finalement été retirée par la Commission à défaut de compromis sur son contenu entre les États membres.

L'adoption d'une forme européenne de société reposant malheureusement sur l'unanimité (art. 352 du TFUE), et face à l'impossibilité d'y parvenir, la Commission décidait en 2013 dans le cadre du programme REFIT d'abandonner le projet de SPE pour un projet moins ambitieux mais pas totalement dépourvu d'intérêt : la société unipersonnelle à responsabilité limitée, la SUP, présentée en 2014 sous la forme d'une directive d'harmonisation.

Synthèse :

Les caractéristiques de la SPE étaient les suivantes :

- société de capitaux par actions à responsabilité limitée ;

- ouverte tant aux personnes physiques que morales ;

- pouvant être créée *ab initio* ;

- nécessité d'un fait européen (à savoir soit deux partenaires ressortissants de deux États membres ou plus, soit une activité économique existante ou un projet à l'échelle européenne, c'est-à-dire dépassant le cadre d'un seul État membre) ;

- limitation des renvois au droit national (les règles relatives au mode de constitution, au capital, au siège social, à l'immatriculation ou encore à la responsabilité des dirigeants étaient fixées par le règlement et devaient rester indépendantes des droits nationaux) ;

- liberté contractuelle (définition des droits des associés, agrément, retrait, exclusion, organisation et fonctionnement de la société, pouvoirs des organes, conditions de transfert des actions) ;

- interdiction de faire appel public à l'épargne ;

- siège social situé dans l'Union européenne, et faculté de transfert dans un autre État membre sans dissolution ni création d'une personne morale nouvelle ;

- protection des associés, y compris minoritaires : droit à la communication des décisions collectives, droit d'accès aux principaux documents de gestion, faculté de poser par écrit des questions intéressant la vie sociale, procédure d'expertise de gestion pouvant être déclenchée par un ou plusieurs associés représentant 10% du capital ou des droits de vote.

Parmi les raisons ayant conduit à l'échec de cette proposition de règlement, peuvent être citées :

- l'opposition du notariat, en particulier allemand et autrichien, en raison de sa place prépondérante

pour la création de sociétés dans ces États membres, qui faisait valoir un risque de *forum shopping* en l'absence d'obligation de recours à un notaire au moment de la constitution ;

- la crainte de la part de certains États membres que cette forme de société soit trop attractive et vienne concurrencer les formes sociétaires nationales (avec le risque de contournement des règles impératives des États membres) ;

- le risque de fraude mis en avant par plusieurs États membres (Allemagne, Espagne, Autriche), notamment parce qu'il était proposé de consacrer le critère de l'incorporation, ce qui présentait aux yeux de plusieurs États membres des risques importants de *forum shopping* ;

- l'opposition de syndicats (Allemagne en particulier) sur la question de la participation des travailleurs ;

- la nécessité d'un fait (justificatif) européen à travers un critère transfrontalier.

1.2 - Le projet de société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUP)

L'objectif était de faciliter la vie des PME en supprimant les obstacles juridiques pour celles souhaitant créer des filiales dans un autre État membre, obstacles qui ont donné lieu à une nouvelle étude d'impact.

Business Europe et Eurochambres ont soutenu ce projet qui constituait un « *second best* » en raison de son utilité pour des sociétés de s'organiser autour de filiales unipersonnelles implantées dans les différents États membres plutôt que de succursales.

Cette initiative permettait de responsabiliser les collaborateurs locaux, de rassurer les banques, fournisseurs et clients qui préfèrent s'adresser à un interlocuteur local.

Ce projet prévoyait un capital minimum très bas, la possibilité de constituer une société en ligne, des statuts-types et renvoyait au droit national la question de la participation des salariés.

Étonnamment, ce projet suscita la même résistance de la part des opposants à la SPE mais avec des critiques essentiellement fondées sur les risques de fraudes qu'allait emporter la SUP : fraude fiscale, société fictive, blanchiment alors que le projet était comme celui de la SPE neutre sur le sujet.

La digitalisation du droit des sociétés suscita également des craintes de fraude, alors qu'avant même l'adoption de la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 sur l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, l'immatriculation en ligne était déjà possible dans de nombreux États membres pour leurs propres nationaux et entre sociétés de différents États membres entre certains États membres (Estonie, Portugal, Belgique…).

De même, la possibilité de constituer une société avec un capital d'un euro fit resurgir les craintes liées au risque anormal supporté par les créanciers, quand bien même le capital n'est plus considéré

depuis longtemps comme le gage des créanciers du fait qu'il peut avoir disparu le lendemain de l'immatriculation de l'entreprise, que sa libération immédiate n'est pas toujours exigée, et que les créanciers continuent d'exiger des garanties personnelles des dirigeants même avec un capital plus élevé.

Le fait que la SUP allait surtout être utilisée par les grands groupes a été également avancé par certains, argument infondé puisque comme la SPE, la SUP doit pouvoir faciliter la vie de toutes les sociétés, quelle que soit leur taille, même si la cible première reste les PME. En outre, les grands groupes sont majoritairement constitués de PME.

Face au feu de ces critiques, en mai 2015, le Conseil compétitivité décidait de réduire la voilure en limitant les dispositions du projet à l'immatriculation en ligne, au capital minimum, et en supprimant les statuts-types.

Malgré cela, la proposition n'a pu être adoptée et a été retirée en 2018.

En dépit des recommandations des organisations patronales portant sur le fait que l'on ne pouvait réduire la SUP à la seule immatriculation en ligne, c'est pourtant ce qui est arrivé avec la proposition de directive relative à l'utilisation d'outils de processus numériques en droit des sociétés qui a été finalement adoptée et publiée le 20 juin 2019…, après une dernière tentative de certains de limiter cette possibilité aux seules personnes physiques…

Synthèse :

Les caractéristiques de la SUP étaient les suivantes :

- statuts rédigés à partir d'un modèle uniforme créé par la Commission européenne et mis à disposition par voie électronique ;

- déroulement de la procédure d'immatriculation intégralement par voie électronique, délivrance d'un certificat d'immatriculation dans un délai de trois jours à compter de la réception de tous les documents requis ;

- capital social au moins égal à un euro et représenté par une part sociale unique, non fractionnable et intégralement souscrit ;

- droits des créanciers garantis par un certificat de solvabilité émis sous la responsabilité personnelle tant du dirigeant que de l'associé unique ;

- dissociation entre siège social statutaire et siège social réel ;

- possibilité pour la SUP d'être associée unique d'une autre SUP ;

- distinction de ces sociétés par l'utilisation de l'acronyme SUP (*Societas Unius Personae*) de manière à offrir une plus grande visibilité et une reconnaissance automatique au sein de l'UE.

Un résultat bien décevant alors que les PME représentent plus de 98 % des sociétés de l'Union européenne, seuls 2 % de ces sociétés investissant dans un autre État membre en constituant une société dans cet État.

Seulement 3 % des « *start-ups* » deviennent des « *scale-ups* » en Europe. Ce pourcentage est beaucoup trop faible et renforce ce besoin d'une structure européenne.

C'est la raison pour laquelle BusinessEurope a maintenu cet objectif dans le dossier qu'il a transmis à la nouvelle Commission européenne et a réaffirmé cette nécessité dans une brève note en mai 2020.

Par ailleurs, le BDI, équivalent allemand du MEDEF pour le volet économique, et le MEDEF ont publié en janvier 2020 une position commune appelant de leurs vœux une nouvelle initiative.

La règle de l'unanimité a sans conteste été l'élément le plus bloquant de ces projets ; avec une règle d'adoption à la majorité qualifiée, l'Europe disposerait sans aucun doute d'une forme simplifiée de société européenne depuis des années…

1.3 - La SES : un nouveau contexte

Les péripéties rencontrées par la SPE et la SUP s'inscrivent paradoxalement dans un contexte européen dont le tissu économique est composé à plus de 98% de PME, alors que le régime actuel est organisé autour de la grande entreprise : la Société Européenne, qui demeure à ce jour la seule forme sociale européenne à avoir vu le jour (en dehors du Groupement Européen d'Intérêt Économique « GEIE » et de la société coopérative européenne qui n'ont pas été adoptés par la pratique). En janvier 2021, on décomptait 3358 SE immatriculées, dont une quarantaine en France et plus de 600 en Allemagne. Il s'agit d'un mode d'organisation complexe et coûteux qui n'a pas eu le même succès dans tous les États membres et n'a été choisi que par peu de sociétés.

1.3.1 - Un changement de l'environnement économique : mondialisation et digitalisation

Comme rappelé ci-avant, la proposition par le MEDEF (alors CNPF) et la CCI Paris Île-de-France (alors CCIP) d'un projet de société privée européenne en 1998 marquait un besoin des petites et moyennes entreprises, mal aimées du droit européen, d'avoir un vecteur de développement au sein de l'Union européenne.

Il était en effet paradoxal de constater que les PME composent ainsi plus de 98% des entreprises et que celles-ci n'avaient pas vraiment droit de cité en Europe. Tout était organisé autour de la grande entreprise : d'ailleurs, et quelles qu'en soient les limites, la Société Européenne a vu le jour à leur seul profit.

Or, les termes du débat autour du postulat du défaut d'intérêt pour les PME de pouvoir ainsi profiter elles aussi d'une structure européenne ont radicalement évolué, à la mesure du changement du monde, de ses acteurs, de ses composantes.

Loin d'être restée immuable, la situation est aujourd'hui plus que jamais propice à une proposition de société économique simplifiée à destination d'intervenants, qu'ils soient entrepreneurs ou investisseurs, développant des projets toujours plus diversifiés et ce dans un contexte international.

En mouvement parce que, depuis la fin du 20e siècle, tout a changé d'échelle avec la mondialisation.

En mouvement parce que l'innovation - d'où qu'elle émane, des entreprises, des chercheurs des Écoles, des Universités, ou de l'État - repousse inéluctablement les frontières.

En mouvement parce que le développement du numérique a bouleversé le rapport espace/temps et que ce qui était l'apanage des grands ne l'est plus, le numérique permettant de traverser les frontières et de réduire le temps et l'espace à la main des plus petites entreprises.

Il est donc incontournable de cesser d'inhiber une PME dans son développement européen, voire international, par refus des réalités géopolitiques, économiques, numériques et financières.

1.3.2 - Un changement de l'environnement juridique : l'acquis communautaire

- Le changement, depuis la discussion sur le projet de SPE, de l'environnement légal et réglementaire - ce que l'on appelle l'acquis communautaire - marque aussi le pas en la matière. Les données du débat se sont radicalement modifiées en deux décennies. On pourrait schématiser la problématique autour du principe fondamental de la liberté d'établissement des sociétés.

D'abord, la jurisprudence a continué à évoluer en matière de liberté d'établissement. Depuis 1999, par les arrêts *Centros*, *Uberseering* et *Inspire art*, la Cour de justice des Communautés européennes a consacré en matière de liberté d'établissement communautaire la prédominance du siège statutaire. Avec l'arrêt *Cartésio* du 16 décembre 2008, la Cour analyse le transfert du siège avec changement de loi applicable comme une transformation en une société relevant d'un autre État membre pour lui appliquer le même régime au titre de la liberté d'établissement. Un État membre ne saurait s'y opposer à moins d'en justifier par une raison impérieuse d'intérêt général. Après l'affaire Vale du 12 juillet 2012 qui s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Cartésio*, c'est l'arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017
qui parachève cette évolution : selon la Cour de justice de l'Union européenne, une société peut déplacer son siège statutaire sans déplacer son siège réel afin de se transformer en une société soumise au droit d'un autre État membre, à la condition de respecter les critères de rattachement de cet État membre d'accueil « *quand bien même* » l'ensemble des activités économiques serait exercé dans l'État membre d'origine. Ainsi, « *n'est pas constitutif en soi d'abus le fait d'établir le siège réel ou statutaire d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse.* ». En d'autres termes la jurisprudence européenne reconnaît expressément aux sociétés, soit lors de leur constitution (*Centros*), soit en cours de vie sociale (*Polbud*), le droit de pratiquer un *law shopping* entre les législations des États membres.

Enfin, au principe ainsi posé par la Cour de justice rappelons que s'est ajouté un régime réglementaire pour s'assurer la sécurité juridique des opérations intracommunautaires, à savoir protéger les actionnaires et les tiers : la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019 qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières est venue compléter la Directive 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés ; la Société Européenne instituée en 2001 et pour laquelle la fusion et la transformation étaient des voies d'accès obligées, relevaient déjà de cette même volonté.

- Dans le prolongement de la jurisprudence sur la liberté d'établissement initiée par l'arrêt *Centros* en 1999, un certain *law shopping* s'est d'ailleurs développé en Europe en faveur de la forme sociale de droit anglais de *private limited company* qui a abouti à une convergence de certains droits nationaux en matière de SARL, notamment du droit allemand. Ainsi, une étude démontre que 41.499 *limited* anglaises ont été constituées par des entrepreneurs allemands entre 1997 et 2006 qui étaient en réalité de pures boîtes à lettres immatriculées en Angleterre mais qui exerçaient toutes leurs activités en Allemagne. Cette même étude démontre que la raison de ce *law shopping* résidait dans le fait que la *limited* anglaise n'avait pas de capital social minimal, que le délai de constitution était bref et les coûts pour sa constitution étaient faibles[5]. Or, entre les années 2000 et 2010 un certain nombre d'États membres ont réagi à cette menace par la réforme de leur droit national applicable aux SARL. Les points de réforme principaux portaient sur le capital social minimal et la rapidité de constitution d'une société (voir en **annexe 3** qui comporte deux tableaux, respectivement sur quelques règles nationales applicables aux sociétés en Europe et sur les sociétés comparables aux SAS et SARL).

Cette réaction des législateurs des États membres semble avoir eu un effet sur le *law shopping* permis par la jurisprudence *Centros*. En effet, en 2012, 72% des *limited* anglaises créées par des entrepreneurs allemands avaient disparu pour différents motifs[6]. Entre autres, les porteurs de projet avaient mal évalué les coûts cachés de la constitution et de la gestion d'une *private limited company*. Par ailleurs, l'Allemagne avait réformé son droit de la *GmbH* en 2008 créant une sous-catégorie de *GmbH* sans capital social minimum et modifiant le critère de rattachement pour la seule *GmbH* du siège réel vers le siège statutaire en réaction à cette compétition législative.

En réalité, ce phénomène de création de sociétés *off-shore* (n'exerçant pas d'activité dans l'État de constitution) démontre un véritable besoin pour une forme sociale compétitive destinée aux PME. Ce besoin est de plus en plus un impératif dans le cadre de l'Union des Marchés de Capitaux (CMU) et milite pour une forme sociale uniforme et compétitive au niveau européen. Même si la SES ne sera pas une société cotée, elle facilitera le financement des PME en Europe qui est bien l'objectif de la CMU. En effet, les investisseurs étrangers, européens ou extérieurs à l'Europe sont

[5] *Ibid., p. 250.*

[6] *W-G. Ringe Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition, Oxford Legal Research Paper Series, n° 34/2013, June 2013, p. 16.*

en demande d'une forme sociale lisible et flexible. Ainsi, une forme sociale non cotée, européenne, pourra contribuer à une amélioration du financement des PME en Europe à travers des fonds de *private equity* ou encore le financement participatif.

1.3.3 - De nouvelles exigences en termes d'outil de compétitivité simple dans ce contexte renouvelé

Aujourd'hui, l'objectif va bien au-delà et d'ailleurs le mode d'accès de principe à une SES devient naturellement la constitution *ab initio* comme pour toute société nationale rattachée au droit de l'État-membre. La vocation d'une SES consiste ainsi à offrir un outil de compétitivité au sein d'un monde des affaires qui se réorganise en fonction de nouvelles pratiques, de la montée en puissance des réseaux de communication autour des facteurs « temps et espace » réunis et des nouvelles aires de puissance économiques et géopolitiques : avoir un label européen, avec un objectif de simplification et de réduction des coûts. Cet objectif s'intègre dans un contexte de politique générale européenne et de développement des PME.

Par ailleurs, on ne saurait arguer d'une réponse à travers les seuls progrès de l'harmonisation. Certes si les efforts réalisés sont à saluer et doivent perdurer, chacun sait que la voie de l'harmonisation - si essentielle soit-elle - n'aboutira jamais à une uniformisation telle qu'on pourrait se passer d'une forme sociale européenne au vu de ces nouveaux enjeux économiques : l'harmonisation porte en son sein des limites en raison de différences culturelles qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement à bannir.

Pour autant, les organisations ont besoin d'un espace qui simplifie leur mode de création et de fonctionnement vis-à-vis de leurs partenaires au-delà des frontières européennes avec un label européen fort et une visibilité plus nette. Les investisseurs, parties prenantes de l'entreprise, souhaitent avoir une lecture claire de leurs contraintes au-delà de spécificités nationales qu'ils ne maîtrisent pas toujours et qui sont, en tout état de cause, une perte de temps et d'énergie pour eux.

Les statistiques concernant la société par actions simplifiée (SAS), certes propre à la France, sont riches d'enseignements. Cette formule originale ouverte à tous à partir de 1999 a emporté très vite l'adhésion des créateurs de sociétés qui ont trouvé dans la grande souplesse de l'organisation statutaire une aide puissante au lancement de projets entrepreneuriaux très divers. À telle enseigne qu'aujourd'hui la forme de société nouvelle la plus recherchée est la SAS et que les transformations de sociétés déjà existantes en SAS sont devenues fréquentes. 61% des créations de sociétés en 2017 et 2018 sont des SAS et on compte en juillet 2019 840.000 SAS.

En Allemagne, au 1er janvier 2020 il y avait 1.329.277 *GmbH* et 152.710 *UG*. Cette dernière forme sociale est une forme simplifiée de SARL sans capital social minimal qui n'est pas tenue par le critère du siège social réel et peut donc dissocier son siège statutaire et son siège réel. Elle a été instaurée en 2008 en réaction à la compétition que la *private limited company* faisait aux SARL allemandes (cf. *supra* et en **annexe 2**). La création de *UG* est en constante augmentation.

En résumé, il n'est plus concevable de se limiter à une réglementation destinée aux plus grandes sociétés - et qui au demeurant ne les sert pas totalement s'agissant des PME filiales des groupes - alors que toutes les entreprises ont besoin des mêmes facilités, ou du moins de ne pas subir d'obstacles à leur création et à leur expansion. La taille n'est plus un critère discriminant, voire adéquat. Preuve en est le classement entre petites, moyennes et grandes entreprises qui tend à s'estomper devant la distinction entre sociétés cotées ou non cotées et l'émergence des *start-ups* et des *scale-ups* qui n'entrent plus dans aucune de ces catégories traditionnelles.

Selon l'Institut européen d'innovation et de technologie dont la mission est de conforter la capacité de l'Europe et de ses entreprises en matière d'innovation digitale et d'éducation entrepreneuriale, l'essor de ces start-ups et scale-ups est un véritable enjeu de compétitivité. Il faut aider les jeunes porteurs de projets d'innovation à créer leur *start-up* et les *start-ups* déjà existantes à se regrouper avec d'autres partenaires européens sur un mode d'*open innovation*.

Une structure sociétale souple et transnationale participerait incontestablement à sécuriser et à soutenir le développement de ces formes d'activités et d'emploi, en rendant plus agiles les *start-ups* mais aussi l'ensemble des PME désireuses de s'approprier ces nouveaux modèles économiques. Cet écosystème favoriserait *in fine* l'expansion des licornes européennes et éviterait qu'elles ne passent sous pavillon asiatique ou américain.

Synthèse :

- Tirer profit de la digitalisation et de l'internationalisation de l'activité des entreprises.
- Prendre en compte les évolutions récentes du droit des sociétés.
- Répondre aux attentes des investisseurs rebutés par la complexité juridique et administrative résultant des différences entre les droits nationaux.
- Rassurer les acteurs économiques sur le prétendu risque de fraude qu'emporterait une forme simplifiée de société.
- Donner à l'ensemble des PME, des *start-ups* aux plus grandes d'entre elles, en passant par les entreprises de croissance, un label Européen, véritable outil de compétitivité mondiale.

1.3.4 - Des démarches parallèles

Preuve de l'intérêt que suscite une forme de société européenne simplifiée, l'Association Henri Capitant a publié sur son site en décembre 2019, un avant-projet relatif à une telle forme sociale simplifiée.

Cette démarche s'inscrit dans le cadre général de la création d'un Code Européen des Affaires et propose un certain nombre d'articles ayant vocation à s'inscrire dans un Livre consacré au droit européen des sociétés.

Pour autant, le projet de SES (*societas europeae simplicior*) porté par le HCJP et tel qu'envisagé dans le présent rapport se distingue quelque peu de l'avant-projet de SES (*societas europeae simplificata*) de l'Association Henri Capitant. En effet, ce dernier comporte certaines dispositions paraissant en recul au regard des dernières évolutions tant du droit européen que des droits nationaux. Ainsi, à l'heure de la digitalisation du droit des sociétés et de sa dématérialisation, il ne semble pas opportun de prendre encore en considération le siège réel de la SES pour l'application de certaines règles du droit des États membres. Au contraire, tenant compte de la dernière jurisprudence européenne (notamment de l'arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017 statuant sur le fondement de la liberté d'établissement), de la directive d'harmonisation 2019/2121 sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières ainsi que des dernières évolutions des droits nationaux (comme celle du droit belge) en faveur d'un rattachement des sociétés par leur seule immatriculation, le présent rapport abandonne à l'égard de la SES toute référence au siège réel et ne retient donc pour son rattachement subsidiaire à un État membre que son siège statutaire corroboré par le lieu de son immatriculation.

De même, le présent rapport n'envisage pas de capital minimum pour la SES, contrairement à l'avant-projet de SES de l'Association Henri Capitant qui pose des exigences lourdes en la matière tenant, non seulement, à un montant minimum (12 000 euros) qui peut paraître élevé pour une société n'ayant pas vocation a être cotée, mais aussi à une obligation de libération du capital contraignante, ce alors même qu'on ne peut guère soutenir que le capital constitue une réelle garantie des créanciers. Ainsi, le rapport du HCJP propose une SES plus en phase avec les demandes des acteurs économiques.

Enfin, en prônant une organisation interne de la SES moins encadrée et donc laissant place à davantage de liberté organisationnelle, ce même rapport se distingue une fois encore de l'encadrement relativement lourd préconisé par l'avant-projet de l'Association Henri Capitant.

En définitive, c'est un projet de SES très sensiblement différent de celui de l'Association Henri Capitant que porte le présent rapport.

II- Présentation des besoins et des attentes des acteurs économiques

L'objectif et l'ambition du présent rapport sont d'identifier les principaux besoins et attentes des acteurs économiques pour une nouvelle forme sociale et d'y apporter des réponses, en tenant compte des contraintes légales propres à la création d'une structure uniforme en Europe.

Cette mission confiée au groupe de travail l'a, d'un point de vue méthodique, conduit à mener auprès d'entrepreneurs et d'investisseurs plusieurs auditions (les résumés des auditions figurent en **annexe 4**). Le partage de leurs retours d'expérience a permis d'ajuster, d'enrichir ou de clarifier les réflexions thématiques des membres du groupe de travail dans la préparation de ce rapport.

2.1 - Besoins et attentes des émetteurs (restitution des auditions)

Points clés

- Besoin d'une uniformité des règles de création (constitution, organisation, etc.) et de gouvernance (notamment la question de la responsabilité des dirigeants) ;
- recherche d'une baisse des frais généraux et des frais indirects par la simplification liée au recours à une société européenne simplifiée ;
- opportunité d'un label européen en tant qu'outil de compétitivité pour les entreprises européennes ;
- objectif de rassurer les parties prenantes, les salariés, les créanciers et les clients (donc d'assurer une meilleure image) ;
- attente de sécurité juridique liée à une forme sociale unique harmonisée au sein de chaque État-membre ;
- nécessité d'une forme sociale souple, permettant un recours à la dématérialisation.

Les personnes interrogées pour la France, l'Allemagne et les Pays-Bas partagent un besoin pour une forme sociale européenne simplifiée qui serait inspirée des SAS en France, des *GmbH* (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) et des *AG* simplifiées (*Aktiengesellschaft*) en Allemagne. L'expert néerlandais auditionné estime que les Pays-Bas ne s'y opposeraient pas à condition que cette forme sociale s'aligne sur la grande souplesse offerte par la *BV* (*Besloten Vennootschap*).

Dans la mesure où certains de ces acteurs économiques ont constitué des filiales dans plusieurs États-membres de l'Union européenne, en ayant systématiquement recours aux formes sociales localement disponibles, une forme sociale européenne offrirait en pratique une réelle opportunité :

- du point de vue des acteurs économiques, plus de simplification et moins de formalisme devraient caractériser cette forme sociale, avec le recours à la numérisation[7].

Un fonctionnement dématérialisé est encouragé, notamment dans la perspective d'alléger l'intervention des notaires, des commissaires aux comptes ou même des greffes dans la conduite des

[7] *En partant de la volonté d'acculturer le groupe implanté en Pologne, la personne auditionnée relève ainsi que « Si les façons de faire sont certes différentes d'un pays à l'autre, cette expérience s'est accompagnée de nombreuses contraintes, avec parmi elles notamment la nécessité de plusieurs échanges avec un notaire, les statuts devant être rédigés par écrit et obligatoirement établis par acte notarié. Pour un autre exemple en matière de digitalisation, rien ou si peu n'est prévu en matière de signature électronique. De plus, pour les comptes annuels, la signature des comptes de l'année précédente doit intervenir avant la fin du mois de mars de l'année en cours par le président en personne », Audition de M. Ch. THERY, 3 juin 2020.*

formalités (immatriculation, KYC, LAB/FT, etc.) et d'éviter d'être contraint de croiser les formalités dans chaque pays[8].

Le recours à la digitalisation pour la gestion du secrétariat juridique du droit des sociétés permettrait un fonctionnement efficace, sans contrainte de temps et d'espace, en « *évitant de devoir faire la chasse à la documentation signée, avec un processus de relance des participants* »[9].

La sécurité juridique commande toutefois de digitaliser ces formalités dans le respect des institutions en place dans chaque pays.

À cet égard il convient de mentionner que la directive 2019/1151/UE du 20 juin 2019 sur l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés combinée à la directive 2012/17/UE du 13 juin 2012 sur l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés ont déjà apporté une certaine harmonisation en la matière.

- Un statut juridique identifié et unifié au niveau européen serait notamment utile vis-à-vis des institutions bancaires devant lesquelles il serait plus aisé de discuter de problématiques de financement. Il favorisera aussi le financement transfrontalier des fonds de *private equity* ou la levée de fonds sous forme de financement participatif dans les PME européennes.

Outre le bénéfice d'un statut européen à l'égard des établissements financiers en matière de garanties demandées, un label européen tel que la SES profiterait sans nul doute d'une réelle reconnaissance auprès des fournisseurs et des clients jusque-là davantage habitués à contracter sur le seul critère du prix.

Ce besoin d'une structure unique susceptible de rassurer les banques/fournisseurs/salariés est systématiquement exprimé.

- Il permettrait aussi d'harmoniser les règles de fonctionnement entre sociétés d'un même groupe et peut-être de stimuler la compétitivité en Europe par rapport aux autres pôles d'influence économique internationaux qui ne disposeraient pas de ce type de structure simple.

Certains vont jusqu'à affirmer qu'une forme unifiée améliorerait l'efficacité de la gestion de leur groupe de sociétés, en diminuant les coûts liés aujourd'hui à la multiplicité de formes sociales existant à l'échelle européenne, nécessitant l'intervention de spécialistes locaux pour traiter des sujets techniques[10] propres à chaque pays.

---

[8] *Audition de M. BABOLAT, 24 juin 2020. - Ibid., Audition de M. D. JANNOTT, 6 octobre 2020.*

[9] *Le confinement a été l'occasion d'expérimenter les consultations par écrit par exemple, tandis que très peu semble avoir été fait en Allemagne pour les entreprises pendant le confinement à l'exception de la possibilité de tenir les AG en visioconférence.*

[10] *Audition de M. S. SEMRAU, 7 octobre 2020.*

D'autres soulignent que la création d'une forme sociale européenne ne leur serait utile que dans la mesure où elle serait pleinement harmonisée/intégrée au sein de l'Union européenne[11], voire même inspirée d'une forme sociale qui a fait ses preuves, telle la *BV* aux Pays-Bas ou la SAS en France[12].

2.2 - Besoins et attentes des investisseurs (restitution des auditions)

Points clés

- Harmonisation et simplification de la structure juridique des sociétés de gestion des fonds d'investissement et des PME dans lesquels ils investissent ;
- unification des outils de financement et de leur procédure d'émission ;
- digitalisation (constitution dématérialisée, vote à distance, signature électronique, etc.) ;
- mise en place d'un guichet unique pour toutes les formalités auxquelles sont confrontés les entreprises et leurs investisseurs ;
- mise en place parallèlement d'instruments harmonisés de participation des salariés et dirigeants au capital.

Les investisseurs auditionnés ont unanimement appelé de leurs vœux la mise en place d'une société européenne simplifiée. Combinant souplesse et harmonisation, un tel véhicule serait de nature tant à fluidifier et par là-même favoriser le développement de leurs investissements paneuropéens qu'à simplifier le fonctionnement et diminuer les frais de gestion des sociétés de leur portefeuille.

À cet égard, la société par actions simplifiée de droit français est souvent présentée comme une réussite dont la SES pourrait s'inspirer. La création d'une SES permettrait notamment la mise en place d'instruments de financement et d'une ou plusieurs structures de gouvernance harmonisés répondant aux besoins des investisseurs. Le nouveau régime devrait par ailleurs tirer pleinement avantage des avancées en matière de digitalisation (constitution dématérialisée, vote à distance, signature électronique, etc.). La création de la SES pourrait également se fixer pour objectif le développement à l'échelle européenne d'outils d'intéressement des salariés et des dirigeants au capital : la coexistence d'autant de régimes qu'il existe d'États membres ne permet pas de mettre en place, en l'état de politique d'intéressement harmonisée, à l'échelle d'un groupe européen ; ce qui constitue un facteur de grande complexité comme d'inégalité de traitement d'un pays à l'autre.

[11] *Audition de M. S. SEMRAU, 7 octobre 2020.*

[12] *Audition de M. B. VAN ZIJL, 16 novembre 2020.*

2.2.1 - Une simplification et un cadre unifié attendus

La diversité des régimes applicables aux formes nationales existantes, certes parfois proches, n'est pas adaptée aux besoins, attentes et contraintes des investisseurs. Elle constitue en effet un facteur de complexité et de renchérissement des coûts de gestion tant des sociétés de gestion des fonds d'investissement que des PME dans lesquelles ils investissent, régies en l'état par des règles variant significativement d'un pays à l'autre voire au sein d'un même pays. En France et en Allemagne par exemple, il n'y a pas d'uniformité dans les véhicules d'investissements : les *AG*, *GmbH*, SA et SAS ont toutes des caractéristiques différentes.

Cette situation est un frein non négligeable au financement paneuropéen des PME, la plupart des fonds d'investissement qui financent les PME, le plus souvent de taille moyenne, étant susceptibles de réfléchir à deux fois avant d'engager les coûts nécessaires à la maîtrise d'un environnement qui leur échappe, sans parler de la gestion des risques en découlant dans la durée.

La SE ne répond pas à cette problématique dans la mesure où sa mise en place est plus coûteuse et son fonctionnement plus complexe et moins flexible que celui des formes nationales existantes. Ceci explique que sa diffusion soit pour l'essentiel limitée à de grandes entreprises, alors même que les sociétés de gestion ne comptent pour la plupart que quelques collaborateurs, et que les PME et des entreprises de croissance sont en perpétuelle recherche d'économies de moyens et de solutions simples.

Il faut noter en particulier, du point de vue des acteurs de la gestion collective, que la SES présenterait un double intérêt :

- côté sociétés de gestion, elle pourrait favoriser la diversification de leur implantation en Europe et/ou simplifier dans la durée l'obtention des autorisations nécessaires pour opérer dans plusieurs pays européens ;

- côté investissements, elle répondrait à un souci de standardisation, de cohérence et de sécurisation de la structuration juridique de l'investissement. Cette forme sociale permettrait ainsi de traiter la problématique liée à l'adaptation des droits de l'investisseur dans chaque État membre en fonction de la structure des sociétés dans lesquelles il investit et de leur siège social tant il faut aujourd'hui tenir compte des différences en matière de règles de gouvernance ou de responsabilité. L'adoption de la SES permettrait également la mise en place d'outils d'investissement (actions ordinaires ou de préférence, obligations…) standardisés à l'échelle européenne, de nature à simplifier, fluidifier et par voie de conséquence développer les investissements paneuropéens dans les PME qui opteraient pour ce régime.

Autrement dit, la SES serait clairement un atout de simplicité dans la mise en œuvre des investissements paneuropéens, dispensant les investisseurs de réaliser les études portant sur la diversité des formes sociales présentes en Europe et éliminant la complexité de gestion liée au suivi de véhicules régis par des règles juridiques et fiscales variées.

L'attrait de la SES serait encore renforcé par un recours systématique aux avancées autorisées par la digitalisation (constitution dématérialisée, vote à distance, signature électronique, etc…).

L'exemple américain d'un guichet unique pour toutes les formalités auxquelles sont astreintes les sociétés immatriculées aux États-Unis pourrait le cas échéant être exploré à l'échelle européenne, afin d'éviter d'avoir à présenter des dossiers dans de multiples États membres[13].

Cette harmonisation du droit des sociétés à l'échelle européenne abaisserait significativement la complexité et les frais de transaction.

Un cadre juridique commun, fonctionnant de manière uniforme, permettrait également de prévenir tout risque de modification de régime par un État membre de manière isolée.

Si la SES venait à être proposée, les investisseurs auditionnés non seulement seraient susceptibles d'y recourir pour la mise en place de leurs sociétés de gestion, mais encore encourageraient volontiers les sociétés dans lesquelles ils investissent à recourir à cette forme afin de simplifier le suivi et la gestion de leurs participations et des risques juridiques[14] (ce point étant moins sensible côté émetteur[15]).

2.2.2 - L'enjeu clé de l'intéressement des salariés et dirigeants au capital

L'ouverture du capital des petites et moyennes entreprises à leurs salariés et dirigeants est un moteur essentiel de leur développement, tout particulièrement dans les secteurs de la technologie et des sciences de la vie. À cet égard, le régime des *stock-options* est souvent présenté aux États-Unis comme l'un des éléments clés et pour tout dire incontournable de l'essor et du succès de la Silicon Valley depuis le début des années 1970. Il a en effet permis à de très jeunes entreprises incapables d'offrir des salaires et avantages en nature comparables à ceux de la finance ou même de la grande industrie d'attirer et de fidéliser les meilleurs talents en les associant directement au succès de l'entreprise dans la durée. En pratique, il n'est pas rare dans les pays qui le permettent que 5 à 15% du capital des entreprises de croissance soit détenu par leurs salariés sous la forme de *stock-options* ou d'actions gratuites (sans compter les actions et autres titres par ailleurs détenus par les fondateurs dirigeants). Dans le même temps, l'ouverture du capital de nombreuses PME à leurs salariés a permis une large diffusion dans le pays d'une solide culture entrepreneuriale.

En Europe, les mécanismes d'intéressement ou de participation en numéraire ne sont généralement pas adaptés pour les petites et moyennes entreprises accompagnées par le capital investissement en

[13] *Audition de Mme K. NOEL, 24 juin 2020.*

[14] *Audition de Mme K. Noel, 24 juin 2020 - Ibid. HCJP, Audition de Mme V. Gombart, 8 juillet 2020 - Ibid. HCJP, Audition de M. D. Jannott, 6 octobre 2020.*

[15] *Audition de M. S. Semrau, 7 octobre 2020.*

raison des lourdeurs et du manque de flexibilité qui y sont associés et surtout de ce que les jeunes entreprises, tout particulièrement dans les secteurs technologiques et des sciences de la vie, perdent souvent de l'argent dans leurs premières années d'existence (correspondant à la phase d'investissement et de construction de leur projet). Il faudrait développer autant que possible les BSPCE ou les actions gratuites à l'échelle européenne afin que les PME européennes soient en mesure d'attirer les meilleurs talents et plus généralement d'associer leurs salariés à la réussite de l'entreprise sans impact sur leur trésorerie [16].

Sur ces aspects, tant les émetteurs que les investisseurs ont suggéré de proposer une harmonisation des outils d'intéressement au capital circonscrite aux sociétés ayant moins de quinze ans d'existence, qui pourrait s'inspirer du régime français des Bons de Souscription de Parts de Créateurs d'Entreprise (BSPCE), voire une harmonisation fiscale aux mêmes conditions. Une telle harmonisation permettrait la mise en place de plans d'intéressement au capital pan-européens et assurerait un traitement uniforme des salariés et dirigeants quel que soit leur lieu de situation en Europe. Il suffit de relever qu'aucun mécanisme d'intéressement des salariés au capital de type stock-options ou actions gratuites n'existe actuellement en Allemagne ou en Belgique, par exemple, pour se convaincre de l'avancée que pourrait constituer la SES sur ce point.

Ces points exprimés vont bien au-delà de la création d'une SES, mais participent à l'idée générale que cette nouvelle société destinée principalement aux PME et start-up doit à la fois offrir une meilleure lisibilité et, partant, une plus grande sécurité juridique pour les investisseurs et la faculté d'intéresser les salariés et dirigeants au capital. Elle pourrait ainsi constituer un premier pas vers une plus grande harmonisation fiscale et sociale du monde de l'entreprise en Europe.

III- Réponses et préconisations : la SES

La réponse à ces besoins et à ces attentes serait la création d'une forme sociale à l'échelle de l'Europe (3.1) dont les règles unifiées de constitution et de fonctionnement s'inspireraient des formes nationales les plus simples existant dans l'Union Européenne (3.2).

3.1 - Le socle européen de la SES

3.1.1 - Critère transfrontalier et modalités de constitution de la SES

Le droit des sociétés fait l'objet d'une compétence partagée au sein de l'Union européenne, impliquant le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Si les directives de droit des sociétés

[16] *Audition de Mme V. Gombart, 8 juillet 2020.*

sont adoptées sur le fondement de l'article 50 du TFUE (liberté d'établissement), les règlements sur les personnes morales européennes ont tous été adoptés en vertu de l'actuel article 352 du TFUE (clause dite de flexibilité qui exige unanimité et respect des critères de subsidiarité et de proportionnalité puisque la compétence de l'UE est partagée).

Dans ce cadre se pose alors la question de savoir quel serait le critère transfrontalier pertinent pour la SES.

Rappelons brièvement que pour le **GEIE**, le règlement n° 2137/85 du 13 juillet 1985 prévoit qu'il doit être composé de personnes physiques ou morales relevant de deux États membres différents[17]. Surtout, le critère transfrontalier doit être respecté durant l'existence du GEIE sous peine de dissolution[18].

Ce critère s'est quelque peu relâché avec l'adoption du règlement de 2001 portant statut de la **SE**. En effet, si un critère transfrontalier est exigé au moment de la constitution de la SE de la part des entités fondatrices, il ne l'est plus en cours de vie sociale et son défaut ne constitue pas une cause de dissolution de la SE. Le critère transfrontalier dépend pour la SE des modes de constitution. En cas de fusion, il faut que les SA participantes relèvent, pour deux d'entre elles au moins, du droit d'États membres distincts[19]. La constitution d'une SE holding est réservée aux SA et SARL d'États membres différents ou à défaut, les sociétés participantes doivent disposer d'une filiale ou d'une succursale depuis au moins deux ans dans un autre État membre. Enfin la constitution par voie de filiale est accessible à davantage d'entités mais elles doivent aussi être régies par le droit de deux États membres différents. Pour finir, dans le cadre d'une transformation en SE le critère transfrontalier est satisfait si la société qui se transforme dispose d'une filiale dans un autre État membre depuis au moins deux ans.

La **SCE** emprunte des modes de constitution assez similaires à la SE mais innove en admettant la constitution *ex novo* par des personnes physiques (au minimum cinq dont deux au moins résident dans des États membres différents) ou morales (au minimum deux) régies par la législation d'au moins deux États membres différents. À notre connaissance, toutes les SCE constituées l'ont été *ex novo*.

Pour la **SES**, le critère transfrontalier doit tenir compte des évolutions législatives intervenues depuis l'institution des précédentes personnes morales. Ainsi, avec l'adoption de la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019 qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés de capitaux modifiant la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, il n'existe plus de besoin spécifique de constituer une forme sociale européenne par

[17] *Art. 4 § 2 règlement 2137/85.*

[18] *Art. 31 § 3 règlement 2137/85.*

[19] *Art. 2 § 1 règlement 2157/2001.*

voie de fusions, de scissions ou de transformations transfrontalières. En effet, cette directive permet aux sociétés ayant une des formes de sociétés de capitaux connues des États membres d'utiliser la fusion, la scission et la transformation transfrontalières pour constituer une forme nationale de société de capitaux. La SES étant aussi une société de capitaux, elle devra bénéficier de la directive n° 2019/2121 et pourra donc être constituée, comme n'importe quelle société de capitaux de forme nationale à l'occasion d'une transformation, d'une fusion ou d'une scission transfrontalière de sociétés de capitaux. Prévoir un régime spécifique de constitution de la SES par voie de fusion ou de scission n'aurait donc d'intérêt que si ce régime était très simplifié par rapport au régime de la directive n° 2019/2121. Mais, il est peu probable qu'un consensus des États membres puisse aisément être obtenu sur un régime simplifié de fusions, de scissions ou de transformations transfrontalières aboutissant à la création d'une SES, en raison de l'avantage compétitif trop important que ce régime confèrerait à la SES.

Reste alors la constitution ***ab initio***. Une SES devrait être accessible aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques. Elle devrait, par ailleurs, être pluripersonnelle ou unipersonnelle dans la logique du projet de SUP dans la continuité duquel la SES se situe en partie.

À cet égard, reprendre pour la SES le critère transfrontalier utilisé dans les autres formes de personnes morales européennes, à savoir l'exigence de personnes morales ou de personnes physiques dont au moins deux d'entre elles ont leur siège social, leur résidence ou leur activité dans des États membres différents n'est pas justifié et même inopportun. En effet, d'une part, ce critère est très artificiel dès lors qu'il ne doit être exigé qu'au moment de la constitution de la société (à l'exception du GEIE) et peut-être très facilement contourné. Il est, dès lors, plus judicieux de fonder le critère transfrontalier sur la vocation européenne de la SES. Et ce d'autant plus que seul ce critère permettrait la constitution de SES unipersonnelles. Cette vocation européenne devrait ainsi être définie dans la clause des statuts relative à l'objet social de la SES unipersonnelle ou pluripersonnelle. Cela permettrait la constitution de SES unipersonnelles ***ab initio*** par une personne physique.

Certes, si la dimension transfrontalière de la SES se fonde sur le seul objet social, d'aucuns pourraient soulever la question des potentiels abus et d'une possible compétition entre législations des États membres. Mais, les statistiques des constitutions de SE montrent que l'exigence, au seul moment de la constitution, d'un critère transfrontalier de la part des entités fondatrices, n'a pas empêché la République tchèque de se spécialiser dans la constitution de SE « coquilles vides » dont les actions sont ensuite cédées à des actionnaires qui souhaitent activer ces sociétés sans avoir à porter les coûts de constitution ou répondre au critère transfrontalier[20]. Ce phénomène démontre bien le caractère artificiel du critère transfrontalier. Par ailleurs, la SE n'a pas provoqué une compétition nationale

[20] *H. Eidenmüller/J. Lasak, The Czech Societas Europaea Puzzle, ECGI Law Working Paper n° 183/2011.*

acharnée[21]. De ce fait, exiger un critère transfrontalier strict et artificiel pour la constitution d'une SES reviendrait d'une part, à créer des freins artificiels à la constitution d'une SES sans pour autant parvenir à lutter contre des abus et d'autre part, par voie de conséquence, à limiter la SES à sa forme pluripersonnelle, l'exigence d'un critère transfrontalier étant incompatible avec l'option de la SES unipersonnelle.

En conclusion pour respecter le principe de subsidiarité, il paraît pertinent qu'il y ait une vocation européenne qui se reflète dans l'objet social statutaire de la SES. Cet objet social devrait ainsi décrire une activité ayant vocation à s'exercer sur le territoire d'au moins deux États membres.

Un considérant du règlement serait tout à fait approprié pour expliciter cette exigence. Ce considérant devrait reprendre en substance les explications ci-dessus dont il se déduit la nécessité que l'objet social statutaire de la SES doit manifester une dimension transfrontalière.

3.1.2 - Critère de rattachement de la SES à un État membre

Il convient de déterminer un critère de rattachement de la SES au droit d'un État membre pour tout ce qui ne serait pas traité par les dispositions du règlement européen sur la SES et par les dispositions des statuts de la SES chaque fois que le règlement le prévoirait.

Or, au regard des évolutions du droit européen et des droits des États membres, le critère de rattachement de la SES ne saurait être que **celui du siège statutaire** corroboré par le lieu d'immatriculation dans un registre national des sociétés.

En effet, en droit européen, telle la directive n° 2019/2121 du 27 novembre 2019 sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés de capitaux, c'est bien au siège statutaire qu'il est fait référence.

Ainsi, la directive n° 2019/2121 s'inscrit dans le sillage de l'arrêt *Polbud*[22] de la Cour de justice de l'Union européenne, en définissant la transformation transfrontalière comme l'opération « *par laquelle une société, sans être dissoute, liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans un État membre de départ en une forme juridique d'une société d'un État membre de destination et transfère au moins son siège statutaire dans l'État membre de destination tout en conservant sa personnalité juridique* »[23]. Il faut remarquer, à cet

[21] *H. Eidenmüller/ A. Engert/ L. Hornuf, Incorporating Under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage, 2009.*

[22] *CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16.*

[23] *Art. 86 ter, 2.*

égard, que la directive définit tant l'État membre de départ que celui de destination uniquement par référence à l'immatriculation de la société, ces États membres étant ceux où la société est immatriculée respectivement avant et après la transformation transfrontalière. En effet, « *l'État membre de départ* » est « *l'État membre dans lequel une société est immatriculée avant une transformation transfrontalière* », alors que « *l'État membre de destination* » est « *l'État membre dans lequel une société transformée est immatriculée à la suite d'une transformation transfrontalière* »[24].

Il en résulte que la directive n° 2019/2121 ne fait aucune référence à l'administration centrale de la société ou à son siège réel. Elle se réfère exclusivement au siège statutaire et à l'immatriculation de la société.

Ce sont donc ces deux critères, nécessairement conjoints, l'immatriculation devant correspondre au lieu mentionné dans les statuts comme étant celui du siège de la société, qui doivent donc être pris en considération pour la SES, à peine d'introduire à défaut une difficulté dans l'application qui lui serait faite de la directive n° 2019/2121.

Il faut ajouter que l'évolution récente de plusieurs droits des États membres est aussi en ce sens. On peut ainsi relever que la réforme du droit belge des sociétés de 2019 a substitué le critère du lieu d'immatriculation à celui du principal établissement pour le rattachement des sociétés au droit belge.

En France, le Trésor a également lancé une réflexion sur l'adoption du « *critère de l'incorporation* » en droit français, rejoignant ainsi la pratique qui systématiquement se rattache à ce critère pour tous les actes et opérations concernant les sociétés françaises.

Il convient enfin de relever que selon l'étude réalisée sur le droit international des sociétés en Europe[25], seulement six États membres requièrent encore expressément la localisation de l'administration centrale pour le rattachement des sociétés à leur droit national des sociétés :

- la Grèce, la Lettonie, le Luxembourg, la Roumanie, la Slovénie et l'Espagne.

Et encore, pour certains de ces États (comme le Luxembourg ou la Grèce), la recherche concrète de la localisation de l'administration centrale n'est jamais faite.

Or, il est opportun que la SES dispose d'un rattachement au droit d'un État membre qui soit en phase avec ces évolutions et ces réalités nationales. D'où la préconisation du critère du siège statutaire corroboré par le lieu d'immatriculation.

---

[24] *Art. 86 ter, 4 et 5.*

[25] *Cf. C. Gerner-Beuerle, F. Mucciarelli, E. Schuster et M. Siems, The private international Law of companies in Europe, Berck, Hart, Nomos, 2019, tableau 2, p. 14 et s.*

Enfin, le critère du siège statutaire présente l'avantage d'être facilement déterminable. La publicité qui lui est conférée par l'immatriculation permet aisément aux tiers de savoir instantanément de quel droit relève la société. De plus, l'immatriculation fait foi jusqu'à preuve contraire, les actes des autorités tenant les registres nationaux des sociétés ayant valeur d'acte authentique au sens du droit européen. Le système d'interconnexion des registres du commerce ou des sociétés (BRIS)[26] entré en vigueur le 8 juin 2017 permet d'obtenir aisément les informations sur une société, même étrangère. Revenir donc au critère du siège social, en imposant qu'il soit localisé dans le même pays que le siège statutaire serait un grand pas en arrière. On peut observer que le règlement sur la SE propose lui-même dans son article 69 que le règlement fasse l'objet d'une révision cinq ans après son entrée en vigueur pour décider, entre autres, s'il faut « *permettre à une SE d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans des États membres différents* » ; cette révision du règlement SE n'a jamais eu lieu, mais il résulte de cet article 69 qu'il y avait déjà en embryon une volonté de s'orienter vers un critère de rattachement plus moderne et simple à mettre en œuvre.

À titre d'exemple, le règlement portant statut de la SES pourrait prévoir :

« ***La SES a son siège statutaire à l'intérieur de l'Union européenne. Elle est immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire dans un registre désigné par la législation de cet État membre conformément à l'article 16 de la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à certains aspects de droit des sociétés (modifié par la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019).*** »

(Cette proposition est directement inspirée des articles 7 et 12 du règlement (CE) n° 2157/2001 portant statut de la SE qu'elle condense et actualise).

3.1.3 - Le cadre légal

Pour instaurer la SES, le cadre légal serait un règlement européen. Ce texte devrait être le plus précis et le plus détaillé possible afin de répondre à la demande principale des acteurs économiques c'est-à-dire l'unification, tout en laissant une grande liberté statutaire. Les renvois au droit national ou options dérogatoires devraient être évités au maximum.

Toutefois, il ne sera pas possible de renoncer totalement aux droits nationaux. Ainsi, les règles d'ordre public de chaque État devront être respectées.

[26] *Directive 2012/17/UE du 13 janvier 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux du Commerce et des sociétés et son règlement d'exécution (UE) 2015/884 du 8 juin 2015 établissant les spécifications techniques et les procédures nécessaires au système d'interconnexion des registres.*

Par ailleurs, bien que le règlement sur la SES doive être le plus complet possible et laisser explicitement une large liberté statutaire, un rattachement subsidiaire au droit national nous semble tout de même nécessaire pour les questions non traitées par le règlement et en cas de dispositions qui se révèleraient incomplètes. Le droit national pourrait encore avoir vocation à intervenir de manière supplétive lorsque les fondateurs n'exercent pas la liberté statutaire que le règlement leur accorde.

Ainsi, la SES sera régie en premier lieu par le règlement, puis par les stipulations statutaires et, enfin, par le droit national. À ce niveau du droit national il faudrait d'abord privilégier les dispositions explicitement adoptées pour la SES (s'il y a lieu). Ensuite, il faudrait viser une forme nationale de référence pour chaque État membre dans ce qui pourrait être une annexe du règlement.

Ainsi, à titre d'exemple, le règlement portant statut de la SES pourrait prévoir :

« La SES est régie :

1. par les dispositions du présent règlement ;

2. par les dispositions des statuts de la SES, lorsque le règlement le prévoit expressément, ou

3. pour les matières non traitées ou partiellement traitées par le règlement et par les statuts, par :

a. les dispositions de loi adoptées par les États membres visant spécifiquement les SES **;**

b. les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société par actions de forme nationale correspondant à la SES, dite « forme de référence », constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SES a son siège statutaire. La forme de référence correspondant à la SES est visée pour chaque État membre dans l'annexe du présent règlement. »

(Proposition inspirée de l'article 9 du règlement n° 2157/2001 portant statut de la SE).

Enfin, la SES devra nécessairement s'inscrire dans le cadre de la digitalisation (voir en **annexe 5** la fiche sur le numérique et la digitalisation).

3.1.4 - Participation des salariés dans la SES

Sur les perspectives de participation des salariés dans la SES, il semble essentiel de tenir compte là encore « *de l'acquis européen et des textes qui sont intervenus depuis la discussion sur le projet de SPE tant au niveau de la participation des travailleurs aux organes de gouvernance proprement dite que des modalités de constitution* ».

À cet égard, le groupe de travail souligne que la directive n° 2017/1132, modifiée par la directive n° 2019/2121, régit les modalités de participation des travailleurs lors des opérations transfrontalières de fusions, scissions et transferts de siège (« *transformations transfrontalières* »). Il est donc logique de renvoyer à ces dispositions pour une SES qui résulterait de telles opérations ou y participerait au cours de sa vie sociale, le mode d'accès de principe à la SES devenant la constitution ***ab initio*** comme pour toute société rattachée aux droits des États membres (cf. 3.1.1 ci-dessus).

Dans cette perspective, la question de la participation des salariés resterait circonscrite à la création ***ab initio***, avec le principe d'application du droit de l'État membre du siège statutaire de la SES en matière de participation des travailleurs. Quant aux exceptions à envisager pour éviter que les droits acquis des travailleurs en matière de participation ne soient pas respectés (voir contournés) elles seraient par définition rares.

Il semble que cette situation ne paraît éventuellement se rencontrer que dans un seul cas de figure, au demeurant rare en pratique : la création d'une SES dans un État membre ayant une exigence faible en matière de participation des salariés et ce, par apport de titres de sociétés ayant mis en œuvre un régime de participation et dont le siège social est situé dans d'autres États membres à exigences plus fortes en cette matière.

Un tel cas pourrait mériter qu'une disposition spéciale anti-abus soit prévue dans le règlement instituant la SES. Elle pourrait s'inspirer de celle retenue par la directive n° 2019/2121, lorsque le nombre moyen de salariés employés par les sociétés dont les titres sont apportés à la SES, dans les six mois précédant la publication du projet de constitution de la SES équivaut au quatre cinquième du seuil fixé dans le droit national de l'État membre où se situent lesdites sociétés pour le déclenchement du droit de participation des salariés. dans les organes de gouvernance de la société.

Un tel dispositif anti-abus pourrait de prime abord sembler contraignant. Le groupe de travail considère que ce ne serait pas le cas puisque la SES n'aurait pas pour finalité de devenir la société holding de groupes européens, mais d'être une structure opérationnelle, avant tout destinée aux PME/PMI.

Le groupe de travail propose ainsi une approche novatrice en limitant les considérations relatives à ces questions à la création ***ab initio*** d'une SES. En effet, comme il a été vu, depuis la création de la SE, force est de constater l'évolution en profondeur du cadre européen. Toutes les formes de société pourront une fois la directive de 2019 transposée effectuer des fusions ou des scission transfrontalières, transférer leur siège, etc., privant ainsi la SE de prérogatives distinctives qui la caractérisent jusqu'alors. Il semble par conséquent intéressant de se libérer des formes européennes existantes et, partant, d'inscrire cette réflexion dans un cadre de création de société ***ab initio***, et non comme moyen de concentration (pour plus d'informations sur ce sujet, voir note de synthèse en **annexe 4**).

3.2 - Vers une structure simple et souple : illustrations

3.2.1 - Constitution

La constitution de la SES devra être régie par les règles nationales relatives à l'immatriculation des sociétés qui ont été harmonisées par la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils

et de processus numériques en droit des sociétés. Or, cette directive, tout en imposant la possibilité d'une immatriculation à distance a renvoyé au droit des États membres quant à la question de savoir si l'intervention d'un notaire ou d'un autre officier public est nécessaire dans la constitution d'une société. Il semble, dès lors, difficile de proposer autre chose pour la SES. Tout au plus pourrait-on suggérer qu'une SES constituée par des statuts modèles puisse être exemptée de la nécessité de la consultation d'un notaire. Même l'Allemagne, État membre pourtant fervent défenseur de la place des notaires dans la constitution des sociétés a admis cette exception pour sa forme simplifiée de SARL (*Unternehmergesellschaft*) utilise des statuts modèles. En effet, dans ces cas la valeur ajoutée de l'intervention d'un officier public semble plus que limitée.

À titre d'exemple, le règlement portant statut de la SES pourrait prévoir :

« La SES est constituée en application des dispositions prévues dans chaque État membre pour les sociétés par actions conformément à l'article 16 de la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à certains aspects de droit des sociétés (modifié par la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019).

Elle participe aux opérations de fusions et de scissions transfrontalières conformément aux dispositions de la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à certains aspects de droit des sociétés (modifiées par la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019), le cas échéant dans le cadre de sa constitution.

Le cas échéant, la SES peut résulter d'une transformation interne ou transfrontalière d'une société de forme nationale. »

3.2.2 - Forme sociale

La forme sociale devrait être celle d'une société par actions, inspirée de la SAS, de la *BV* ou de la *GmbH* dont les intervenants auditionnés ont souligné l'attrait. Bien que non destinée à offrir ses titres au public, le recours à une SES pouvant à la fois émettre des valeurs mobilières, que ce soit des titres de capital ou de créance, et permettre à ses salariés et dirigeants de profiter de systèmes d'intéressement type stock-options, actions gratuites ou BSPCE (Bons de Souscription de parts de Créateurs d'Entreprise), paraît indispensable. En effet, ces « outils » ne sont plus depuis longtemps l'apanage des grandes sociétés et sont fréquemment utilisés par les PME, pour ne pas dire systématiquement quand il s'agit de *start-up*. La SES ne sera un succès que si elle répond parallèlement à cette attente.

3.2.3 - Transfert de siège

L'un des intérêts majeurs de la SES serait de pouvoir transférer le siège social dans l'Union européenne sans avoir par définition à transformer la société en une société d'une autre forme.

Par conséquent, le règlement sur la SES devrait donc prévoir un régime simple de transfert du siège social, sans changement de forme sociale, en s'inspirant par exemple de l'article 8 du règlement relatif

à la SE, et donc non soumis à la directive de 2019. La procédure de transfert devrait être simple et impliquer le moins de modifications statutaires possibles. L'éventuel droit d'opposition à ce transfert serait réglé par la législation de chaque État membre.

3.2.4 - Capital

Il n'y aurait pas de montant minimum imposé, le capital n'étant plus en pratique, comme nous l'avons indiqué, le gage des créanciers sociaux. Celui-ci pourrait être détenu par un associé (SES alors unipersonnelle) ou plusieurs, personnes physiques ou morales. Ainsi, la création de SES unipersonnelles détenues par une personne morale pourrait devenir le moyen pour les groupes de constituer leurs filiales en Europe, sur un modèle unifié et simplifié, permettant ainsi l'économie de coûts liés aujourd'hui à la diversité des formes sociales disponibles dans les États membres, cette recherche d'économie des frais de constitution et de fonctionnement ayant été exprimée par la plupart des personnes auditionnées.

Par ailleurs, l'obligation ou non d'ouverture d'un compte en banque à la constitution relèverait de la législation de chaque État membre (étant observé qu'en pratique cette contrainte est désormais source de délais importants qui retardent la création des sociétés en raison des règles relatives à la lutte contre le blanchiment).

3.2.5 - Direction - gouvernance

Selon le règlement, les statuts doivent déterminer les conditions dans lesquelles la société est dirigée.

Il convient que soit prévu et désigné au moins un représentant légal (président ou gérant), personne physique ou morale, ayant pour mission de diriger la société et disposant de la capacité de l'engager par ses actes. Au-delà de ce minimum, le règlement européen devrait laisser aux rédacteurs des statuts la plus grande souplesse possible, avec la faculté de prévoir la nomination d'autres dirigeants, dont les pouvoirs et les modalités de nomination et de révocation seraient fixés par les statuts.

Le règlement devrait offrir aux statuts la possibilité de prévoir l'existence statutaire d'organes collectifs (*board*, conseil d'administration, directoire, conseil de surveillance). L'étendue de leur mission, les modes de nomination, de révocation et de fonctionnement seraient laissés à la liberté des rédacteurs.

Des organes consultatifs de gouvernance devraient pouvoir être créés (comités d'audit, stratégique, d'éthique).

Le principe d'inopposabilité aux tiers des limitations de pouvoirs des représentants légaux figurerait dans le règlement.

À titre d'exemple le règlement portant création de la SES pourrait prévoir :

« 1. Direction :

Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.

Le président est une personne physique ou morale. Il a les pouvoirs les plus étendus pour agir dans les limites de l'objet social. Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, autres que le président, portant le titre de directeur général, peuvent exercer tout ou partie des pouvoirs de direction confiés à ce dernier. Les statuts peuvent aussi prévoir d'autres organes de direction ou de surveillance.

Les statuts fixent les conditions de nomination et de révocation de tous ceux qui exercent une fonction de direction ou participent à des organes de surveillance.

Le dirigeant personne morale désigne un représentant personne physique qui exerce ses pouvoirs et est soumis aux mêmes devoirs et responsabilités.

Il serait enfin possible de dissocier les fonctions de Présidence de la SES de celles de sa Direction générale.

2. Représentation :

La société est représentée à l'égard des tiers par le président. Le directeur général ou les directeurs généraux ont le même pouvoir de représentation à l'égard des tiers.

Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président, du directeur général ou des directeurs généraux, qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président, du directeur général ou des directeurs généraux sont inopposables aux tiers. »

3.2.6 - Délibérations collectives

Selon le règlement proposé, les statuts devraient déterminer quelles sont les décisions qui doivent être prises par l'associé unique ou par la collectivité des associés, dans les formes et conditions qu'ils prévoient.

Toutefois, certaines considérées comme essentielles, devraient être réservées à la collectivité des associés.

S'agissant de la forme, ces décisions pourraient être prises au choix de l'initiateur : en assemblée, physique ou à distance (voir passage sur le recours au numérique), par voie d'acte sous seing privé ou notarié ou encore par consultation écrite.

Le droit d'information des actionnaires devra être défini dans les statuts.

À titre d'exemple, le règlement portant création de la SES pourrait prévoir :

« Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les actionnaires dans les formes et conditions qu'ils prévoient.

Toutefois les attributions suivantes sont exercées collectivement par les actionnaires dans les conditions prévues par les statuts :

- modification des statuts,
- augmentation, amortissement ou réduction de capital,
- fusion, scission, dissolution, transformation,
- nomination de commissaire aux comptes,
- comptes annuels et décision sur les bénéfices,
- transfert de siège d'un État membre à l'autre ».

Annexes

Annexe 1 - Composition du groupe de travail

Annexe 2 - Règles nationales applicables aux sociétés comparables en Europe aux SAS et SARL

Annexe 3 - Résumé des auditions

Annexe 4 - Fiche synthétique : aspect droit du travail

Annexe 5 - Fiche numérique et digitalisation

ANNEXE 1

Composition du groupe de travail

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL
« La société européenne simplifiée »

PRÉSIDENT et RAPPORTEUR :

- **Jean-Eric CROS,** CMS Francis Lefebvre Avocats

CO-RAPPORTEUR :

- **Anne OUTIN-ADAM,** CCI Paris-Île de France

CONSEILLER SCIENTIFIQUE :

- **Michel MENJUCQ,** Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

MEMBRES :

- **Iris BARSAN,** Université Paris Est Créteil
- **Renaud BONNET,** Jones Day-Avocat
- **Julien BRACQ,** DG Trésor
- **S. CABOSSIORAS,** AMF
- **Marc CANAPLE,** CCI Paris-île de France
- **Barkaro DIONE,** BPI France
- **Gersende DUHAIL,** HCJP
- **Marion FABRELLO,** Groupe Pomona
- **Sarah FINKESLSTEIN,** DG-Trésor
- **Jean-Baptiste GALVIN,** Chancellerie-DACS
- **Gérard GARDELLA,** HCJP
- **Léa KARAGEUZIAN,** Chancellerie-DACS
- **Michel GERMAIN,** Université Paris II-Panthéon-Assas
- **Pierre MARSAL,** ANSA
- **Alice NAVARRO,** DG Trésor
- **Amira MNAFEK,** BPI France
- **Aurélien NICODEAU,** AMF
- **Louis-Nicolas RICARD,** Avocat

- **Pierre ROHFRITCH ,** Chancellerie
- **Alexandra ROHMERT,** CMS Francis Lefebvre Avocats
- **Stephan ROUCHE,** AMF
- **Joelle SIMON,** MEDEF

ANNEXE 2

Règles nationales applicables aux sociétés comparables en Europe aux SAS et SARL

ANNEXE 2

RÈGLES NATIONALES APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS COMPARABLES EN EUROPE AUX SAS ET SARL

Sociétés comparables aux SAS / SARL
Point sur leur utilisation

Pays	Société	Informations et utilisation de la forme sociale
Allemagne	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) → Unternehmergesellschaft **(UG)** est une variante légère de la GmbH	L'UG est une forme de GmbH sans capital spécifique. « Similar to the Limited in Great Britain, the UG is **a very popular legal form in Germany**. 77% of our clients who formed a corporation in 2016 chose the UG. Of these, 70% were formed as one-person UGs »[27]. **« From 2008 until the end of 2014 about 104.000** Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt **(UG) were founded** in Germany now already representing about 10% of all GmbHs. From these 104.000 Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (UG) about 8.500 used the option to transform from the Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (UG) to a regular GmbH. (…) Moreover, the number of insolvencies among the Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (UG) is fewer than expected since in 2014 only 2.116 Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (UG) and about 11.500 regular GmbH filed for insolvency. However, in about 60% of these cases the insolvency proceedings were, actually, not opened due to insufficient funds to finance the insolvency proceedings. This number is higher than with the regular GmbH where this number is about 35%»[28].
	Gesellschaft mit beschränkter Haftung **(GmbH)** →(équivalent SARL)	« **La GmbH (SARL allemande) est la forme juridique la plus répandue en Allemagne et également la société commerciale préférée des acteurs économiques étrangers** sur le marché allemand. Ceci tient au fait que la structure de la GmbH est relativement souple et qu'elle est une société de capitaux avec un fort caractère personnel. La GmbH occupe en Allemagne la place que tiennent en France la SARL mais aussi la SAS et en grande partie la SA »[29]. La GmbH est la forme sociale adoptée par la **plupart des petites et moyennes entreprises** mais aussi pour **les grandes sociétés allemandes qui ne font pas appel public à l'épargne.**
Italie	Société à responsabilité limitée **(SRL)**[30]	**La forme la plus répandue en Italie**, surtout pour les **entreprises de taille moyenne**. Offre la possibilité d'une structure très flexible et unipersonnelle. Large autonomie statutaire. Capital minimum possible de 1€.

[27] https://www.firma.de/en/company-formation/what-is-a-ug-haftungsbeschrankt-company-in-germany-definition-and-facts/

[28] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2887563 : Mock, Sebastian, The Mini-GMBH (Unternehmergesellschaft Haftungsbeschränkt [UG]) in Germany (February 1, 2016). I Modelli di Impresa Societaria fra Tradizione e Innovazione nel Contesto Europeo, 2016, p. 153-164, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2887563 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2887563
See the stastics of the Forschungsprojekt Unternehmergesellschaft of the Institut für Rechtstatsachenforschung of the Friedrich-Schiller-University of Jena (http://www.rewi.unijena.de/Fakult%C3%A4t/Institute/Institut+f%C3%BCr+Rechtstatsachenforschung/Forschungsprojekt+Unternehmergesellschaft.html)
Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014, 2015, pp. 514 et 518.

[29] http://impact-droitdesaffaires.com/fr/gmbh/

[30] https://lepetitjournal.com/milan/installation/simplanter-en-italie-quel-type-de-societe-choisir-221008#:~:text=Il%20existe%20trois%20types%20de,certains%20d'entre%20eux

		En 2012 : introduction d'une procédure de constitution simplifiée sur la base de la SR mais cette structure nouvelle ayant des contraintes pour l'évolution de la société, elle est peu utilisée.
Belgique	**SRL** (nouvelle forme de la **SPRL** à la suite d'une réforme en 2019)[31]	**Le type le plus répandu de société en Belgique.** Absence de capital minimum depuis la réforme de 2019. Au 31 décembre 2010, la Belgique compte 294 073 SPRL[32]**. En 2016, 34,14% des PME étaient des SPRL**[33]. Au total**, en 2016, 315'171 SPRL étaient enregistrées en Belgique.** Les indépendants ont notamment recours à cette forme de société (architectes, notaires, médecins, avocats…)[34].
	SPRL starter (SPRL-S)	La SPRL « Starter » est exclusivement réservée aux personnes physiques ne disposant pas toujours des liquidités suffisantes pour lancer leur société. Elle est destinée à stimuler la création de nouvelles entreprises tout en mettant le patrimoine privé et familial de l'entrepreneur à l'abri du risque d'entreprise »[35].
Espagne	Sociedad Limitada Nueva Empresa **(SLNE)** (Variante de la société à responsabilité limitée espagnole)	L'idée derrière sa création était d'encourager l'incorporation de petites et moyennes entreprises[36]. Elle se destine donc **plutôt aux petites structures**. Création par une loi de 2003.
Royaume Uni	Private limited companies by shares **(Co. ltd)**	La Private Limited Company (Co. Ltd.) est la structure la plus courante de société en Grande Bretagne. C'est une « structure idéale pour les **entrepreneurs individuels et PME, résidents ou expatriés, ayant tous types d'activité** : activité de commerce nationale ou internationale, import/export, services professionnels, conseils… »[37]. Environ **80% des entreprises anglaises sont des LTD**. « Le Royaume-Uni compte 7 millions de TPE et PME. Pour la plupart, il s'agit de la société Limited » (chiffres à jour de juillet 2020)[38].
Irlande	Companies limited by shares **(Ltd)**	**La plupart des entreprises, en particulier les petites entreprises**, sont des « Company Limited by Shares ». Pour cette raison, c'est la **forme la plus courante de société**, appelée « Teoranta », Ltd., ou encore Limited » (en français Société à Responsabilité Limitée).
Hongrie	Koralatolt Felelossegu Tarasasag **(KFT)**	Fonctionnement proche de la SARL. La KFT et la RT (société anonyme hongroise) sont les formes sociales les plus utilisées en Hongrie.
Pologne	**SP. z o.o**. (Société à Responsabilité Limitée)	Il s'agit de la forme sociale **la plus répandue en Pologne**. Elle peut être établie pour **tout type d'activité**. Ce type d'entreprise est particulièrement **adapté aux petites et moyennes entreprises**[39]**.**

[31] https://www.beci.be/2019/04/08/la-sprl-est-morte-vive-la-srl/

[32] https://www.lalibre.be/economie/entreprises-startup/plus-d-un-million-d-entreprises-actives-en-belgique-51b8cb43e4b0de6db9bf3bda#:~:text=Les%20entreprises%20unipersonnelles%20(401.279)%20sont,devant%20les%20SPRL%20(294.073)

[33] https://economie.fgov.be/fr/file/3903/download?token=BH6iWCSq

[34] https://www.lalibre.be/economie/entreprises-startup/la-fin-des-societes-de-management-et-autres-activites-en-sprl-51b8e359e4b0de6db9c4fe26

[35] https://www.belgium.be/fr/economie/entreprise/creation/types_de_societe

[36] https://www.justlanded.com/francais/Espagne/Guide-Espagne/Affaires/Entreprises

[37] https://lepetitjournal.com/londres/royaume-uni-vs-france-ou-creer-sa-societe-226476

[38] https://business-booster-247.com/societe-ltd-ou-llp-angleterre/

[39] https://www.expat.com/fr/guide/europe/pologne/13456-creer-une-entreprise-en-pologne.html

		Quelques sociétés françaises implantées sous forme de SARL en Pologne[40] : • AIRBUS GROUP POLSKA sp. z o.o. • ALCATEL-LUCENT POLSKA sp. z o.o. • AUCHAN POLSKA sp. z o.o. • BOUYGUES IMMOBILIER POLSKA sp. z o.o. • CARREFOUR POLSKA sp. z o.o. • CASTORAMA POLSKA sp. z o.o. • CITROËN POLSKA sp. z o.o. • RENAULT POLSKA sp. z o.o.
Danemark	Société à responsabilité limitée : Anpartsselskab **(ApS)**	Choisie par les PME comme les grandes entreprises. Elle reste toutefois **plutôt plébiscitée par les PME et les investisseurs étrangers** au Danemark. Il s'agit d'une société à responsabilité limitée équivalente à la German GmbH ou la SARL française.
	Aktieselskab: (équivalent de la SA)	Cette forme s'adresse aux grandes entreprises disposant de plus de capitaux propres. Le capital social minimum est de 500 000 DKK.
Suède	Aktiebolag (**AB** - société à responsabilité limitée) ressemblance avec les sociétés anonymes	C'est la **forme sociale la plus populaire en Suède**[41]. Exemple d'AB en Suède : Volvo, Saab, Electrolux, Scannia. Recours également au Limited Liability Companies en Suède.
	Détails sur les caractéristiques de l'AB :	« L'aktiebolag ou AB est l'équivalent d'une société anonyme à responsabilité limitée. Il s'agit du type de société le plus courant en Suède. Cette structure apporte les avantages d'une SARL ou d'une EURL et peut être créée par un ou plusieurs associés (personnes physiques ou morales). La société est gérée et représentée par un conseil d'administration élu par l'assemblée générale des actionnaires, et dans certains cas, par un Président Directeur Général. Il faut un capital social minimum de 25 000 SEK (société non cotée, depuis le 1er janvier 2020) ou de 500 000 SEK (société cotée) pour sa création. Les actions sont librement cessibles sauf clauses contraires des statuts. Leur valeur nominale doit être d'au moins 50 SEK. La responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leurs apports. Les membres du conseil d'administration peuvent être responsables civilement et pénalement en cas de mauvaise gestion (par exemple lors de non-paiement des impôts ou des cotisations sociales). Un commissaire aux comptes est obligatoirement désigné »[42].
Pays-Bas	Société à responsabilité limitée néerlandaise : **Besloten Vennootschap (BV)** Le droit néerlandais reconnaît deux types de sociétés : la BV (« besloten vennootschap ») (comparable à la Société à responsabilité limitée [SARL] en France) ; et la NV (« naamloze vennootschap ») (comparable à la Société anonyme [SA] en France)[43].	La société BV est **similaire à la société anglaise Ltd. ou à la société allemande UG[44].** La société à responsabilité limitée Dutch BV est **couramment employée par des entrepreneurs qui investissent aux Pays-Bas.** « Le BV (besloten vennootschap) néerlandais est **l'entité la plus populaire utilisée pour le financement, portefeuille ou la redevance dans des structures internationales**. Le BV néerlandais est comparable avec le LLC américain, ou le GmbH allemand. Établir une société à responsabilité limitée

[40] http://www.copernic-avocats.com/sarl-en-pologne/

[41] http://www.companyformationsweden.com/fr/creer-societe-suede
https://lentreprise.lexpress.fr/creation-entreprise/statuts/quelles-formes-juridiques-de-societes_1533460.html

[42] https://www.lasuedeenkit.se/comment-creer-son-entreprise-en-suede/

[43] https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-doing-business-aux-pays-bas-2018.pdf

[44] https://fr.intercompanysolutions.com/mise-en-place-n%C3%A9erlandais-bv-entreprise/

		est idéal pour les entrepreneurs qui désirent établir ou élargir leurs affaires aux Pays-Bas »[45].

Note :

- Article de mai 2019 sur le regain d'intérêt pour la SE de la part des entreprises - https://www.optionfinance.fr/entreprises-finance/fiscalite-comptabilite-droit/les-entreprises-redecouvrent-la-societe-europeenne.html

- Article de 2012 sur la création de nouvelles sociétés européenne en France (rédigé par un avocat du cabinet Jeantet) : http://www.fusions-acquisitions.fr/article/juridique-fiscal-3/regain-d-interet-pour-la-societe-europeenne-en-france-1770

- https://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/droit-entreprise/pme-reformes-droit-societes-union-europeenne-las-pequenas-y-medianas-empresas-y-la-reforma-del-creda

Sources :

UG Allemagne :

- https://cci-international-grandest.com/sites/default/files/la_gmbh_et_la_ughaftungsbeschrankt_2016.pdf

- http://impact-droitdesaffaires.com/contenu/

- https://www.firma.de/en/company-formation/what-is-a-ug-haftungsbeschrankt-company-in-germany-definition-and-facts/

- Mock, Sebastian, *The Mini-GMBH (Unternehmergesellschaft Haftungsbeschränkt [UG]) in Germany (February 1, 2016). I Modelli di Impresa Societaria fra Tradizione e Innovazione nel Contesto Europeo, 2016, p. 153-164, Available at SSRN*: https://ssrn.com/abstract=2887563 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2887563

- http://www.rewi.unijena.de/Fakult%C3%A4t/Institute/Institut+f%C3%BCr+Rechtstatsachenforschung/Forschungsprojekt+Unternehmergesellschaft.html

- Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014, 2015, pp. 514 et 518.

[45] *https://www.companynl.com/languages/societe-a-responsabilite-limitee/*

SLNE Espagne :

- https://www.justlanded.com/francais/Espagne/Guide-Espagne/Affaires/Entreprises.
- https://webs.ucm.es/info/revesco/doc/85.pdf
- https://www.iberley.es/temas/sociedad-limitada-nueva-empresa-slne-42121
- https://www.pymesyautonomos.com/estructura-societaria/que-es-una-sociedad-limitada-nueva-empresa

SRL Italie :

- https://lepetitjournal.com/milan/installation/simplanter-en-italie-quel-type-de-societe-choisir-221008#:~:text=Il%20existe%20trois%20types%20de,certains%20d'entre%20eux

SRL et SPRL starter Belgique :

- https://www.beci.be/2019/04/08/la-sprl-est-morte-vive-la-srl/
- https://www.belgium.be/fr/economie/entreprise/creation/types_de_societe
- https://www.lalibre.be/economie/entreprises-startup/plus-d-un-million-d-entreprises-actives-en-belgique-51b8cb43e4b0de6db9bf3bda#:~:text=Les%20entreprises%20unipersonnelles%20(401.279)%20sont,devant%20les%20SPRL%20(294.073)
- https://economie.fgov.be/fr/file/3903/download?token=BH6iWCSq
- https://www.lalibre.be/economie/entreprises-startup/la-fin-des-societes-de-management-et-autres-activites-en-sprl-51b8e359e4b0de6db9c4fe26

SP Z.o.o. Pologne :

- https://www.companyincorporationpoland.com/fr/creer-societe-pologne#:~:text=z%20o.o.%20(Soci%C3%A9t%C3%A9%20%C3%A0%20Responsabilit%C3%A9,doit%20%C3%AAtre%20divis%C3%A9%20en%20actions.&text=Il%20existe%20plusieurs%20types%20de%20partenariats%20en%20Pologne
- http://droitpolonais.fr/societe-a-responsabilite-limitee/
- https://www.lawyerspoland.eu/fr/types-de-societes-polonaises
- https://www.expat.com/fr/guide/europe/pologne/13456-creer-une-entreprise-en-pologne.html
- http://www.copernic-avocats.com/sarl-en-pologne/

ApS Danemark :

- https://lentreprise.lexpress.fr/creation-entreprise/statuts/quelles-formes-juridiques-de-societes_1533474.html#:~:text=L'ApS%20est%20le%20type,mais%20%C3%A9galement%20par%20des%20PME.&text=Caract%C3%A9ristiques%20de%20l'ApS%20%3A,%3F

- https://www.companyformationdenmark.com/fr/creer-une-aps-au-danemark
- https://www.expat.com/fr/guide/europe/danemark/13994-creer-une-entreprise-au-danemark.html
- https://blogavocat.fr/space/mathieu.croizet/content/danemark--droit-des-societes._b0974263-e128-412b-9428-bfaf7f110788
- https://import-export.societegenerale.fr/fr/fiche-pays/danemark/entreprise-formes
- https://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/faire-des-affaires-au-danemark_1537666.html

Aktiebolag Suède :

- https://lentreprise.lexpress.fr/creation-entreprise/statuts/quelles-formes-juridiques-de-societes_1533460.html
- http://www.companyformationsweden.com/fr/creer-societe-suede
- https://www.lasuedeenkit.se/comment-creer-son-entreprise-en-suede/
- https://www.ccsf.fr/wp-content/uploads/2013/06/Annuaire-franco-Su%C3%A9dois-p315-350.pdf

BV Pays-bas :

- https://fr.intercompanysolutions.com/mise-en-place-n%C3%A9erlandais-bv-entreprise/
- https://www.companynl.com/languages/societe-a-responsabilite-limitee/
- https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-doing-business-aux-pays-bas-2018.pdf

Private Limited Companies Royaume Uni :

- https://angleterre.org.uk/civi/entreprises.htm
- https://lepetitjournal.com/londres/royaume-uni-vs-france-ou-creer-sa-societe-226476
- https://business-booster-247.com/societe-ltd-ou-llp-angleterre/
- https://www.delcade.com/legal-news/corporate-law/comparative-guide-english-french-companies/

KFT Hongrie :

- http://www.hongrie.fr/affaires/type-societes.html

ANNEXE 3

Résumé des auditions

ANNEXE 3

RÉSUMÉ DES AUDITIONS

Liste des personnes auditionnées

- **Eric Babolat,** Président - BABOLAT Tennis
- **Valérie Gombart,** Founder & CEO - Hi Inov Dentressangle
- **Dirk Jannot,** Avocat associé CMS Allemagne
- **Karen Noel,** Partner Legal and Operations - Partech
- **Christian Thery,** Président - STARD
- **Stephan Semrau,** Head of Corporate Law - Bayer
- **Bob Van Zijl,** Avocat Counsel CMS Pays-Bas

RÉSUMÉ DES AUDITIONS

Synthèse des auditions

I- Point de vue des émetteurs

1.1 - Besoins

Les personnes auditionnées en France, Allemagne et aux Pays-Bas semblent partager un besoin pour une forme sociale européenne simplifiée qui serait un mélange de SAS/SA en France *GMBH* (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) et de *AG* simplifiée (*Aktiengesellschaft*) en Allemagne. Les Pays-Bas *a priori*, selon l'interviewé, ne s'y opposeraient pas à condition que cette forme sociale s'aligne sur la grande souplesse offerte par la *BV* (*Besloten Vennootschap*).

Dans la mesure où certains de ces acteurs économiques ont constitué des filiales dans de nombreux États-membres de l'Union européenne, en ayant systématiquement recours aux formes sociales localement disponibles, une forme sociale européenne permettrait en pratique d'offrir :

1/ plus de simplification et moins de formalisme avec de la numérisation pour simplifier la vie des acteurs économiques[46].

Un fonctionnement dématérialisé est encouragé, notamment dans la perspective d'alléger l'intervention des notaires, des CAC ou même des greffes dans la conduite des formalités (immatriculation, KYC, LAB/FT, etc.) et d'éviter d'être contraint de croiser les formalités dans chaque pays[47].

Enfin, le recours à la digitalisation pour la gestion du *corporate* assure une plus grande sécurité juridique[48] et « *évite de devoir faire la chasse à la documentation signée, avec un processus de relance des participations* »[49].

---

[46] *Parti d'une volonté d'acculturer le groupe implanté en Pologne, on relève ainsi que « Si les façons de faire sont certes différentes d'un pays à l'autre, cette expérience s'est accompagnée de nombreuses contraintes, avec parmi elles notamment la nécessité de plusieurs échanges avec un notaire, les statuts devant être rédigés par écrit et obligatoirement établis par acte notarié. Pour un autre exemple en matière de digitalisation, rien ou si peu n'est prévu en matière de signature électronique. De plus, pour les comptes annuels, la signature des comptes de l'année précédente doit intervenir avant la fin du mois de mars de l'année en cours par le président en personne, démarche délicate en période de confinement » (Rapp. HCJP, Audition de M. Ch. Thery, 3 juin 2020).*

[47] *Audition de M. Babolat, 24 juin 2020 - Ibid. HCJP, Audition de M. D. Jannott, 6 octobre 2020.*

[48] *Audition de Mme V. Gombart, 8 juillet 2020 - Ibid., Audition de M. S. Semrau, 7 octobre 2020.*

[49] *Le confinement a été l'occasion d'expérimenter les consultations par écrit par exemple, tandis que très peu semble avoir été fait en Allemagne pour les entreprises pendant le confinement à l'exception de la possibilité de tenir les AG en visioconférence.*

La sécurité juridique commande toutefois de digitaliser ces formalités dans le respect des institutions en place.

2/ Un statut juridique identifié au niveau européen serait notamment utile vis-à-vis des institutions bancaires devant lesquelles il serait plus aisé de discuter de problématiques de financement.

Ce besoin d'une structure unique susceptible de rassurer les banques/fournisseurs/salariés est systématiquement exprimé.

Certains vont jusqu'à affirmer qu'une forme unifiée améliorerait l'efficacité de la gestion de leur groupe de sociétés, en diminuant les coûts liés aujourd'hui à la multiplicité de formes sociales existant à l'échelle européenne, nécessitant l'intervention de spécialistes pour traiter des sujets techniques[50] propres à chaque pays.

1.2 - Attentes

Outre le bénéfice d'un statut paneuropéen à l'égard des établissements financiers en matière de garanties demandées, un label européen tel que la SES profiterait sans nul doute d'une réelle reconnaissance auprès des fournisseurs et des clients jusque-là davantage habitués à contracter sur le seul critère du prix.

Il permettrait aussi d'harmoniser les règles de fonctionnement entre sociétés d'un même groupe et peut-être de stimuler la compétitivité en Europe par rapport aux autres pôles d'influence économique internationaux qui ne disposeraient pas de ce type de structure simple et aux règles unifiées.

D'autres soulignent que la création d'une forme sociale européenne ne leur serait utile que dans la mesure où elle serait pleinement harmonisée/intégrée au sein de l'Union européenne[51], voire même inspirée d'une forme sociale qui a fait ses preuves, telle la *BV* aux Pays-Bas[52].

II- Point de vue des investisseurs

2.1 - Besoins

Outre le fait que les SE, en plus d'être coûteuses, sont trop compliquées et moins flexibles que les formes nationales existantes, elles ne sont pas adaptées aux besoins, attentes et contraintes des entreprises de croissance.

---

[50] *Audition de M. S. Semrau, 7 octobre 2020.*

[51] *Audition de M. S. Semrau, 7 octobre 2020.*

[52] *Audition de M. B. Van Zijl, 16 novembre 2020.*

Plus particulièrement, une SES présenterait un double intérêt :

- au niveau de la société de gestion en elle-même : elle permettrait d'assurer une meilleure coordination entre régulateurs en Europe et peut-être d'éviter le recours à une multitude de passeports. On pourrait ainsi imaginer un agrément multi-pays de la SES, en lieu et place d'une multitude de dépôts et de la nécessité de recourir à des structures locales pour gérer des fonds non français au sein de l'Union.

- Au niveau des sociétés du portefeuille, les intérêts sont multiples car elle répondrait à un souci de standardisation, de cohérence et de sécurisation de la structuration juridique de l'investissement. Cette forme sociale permettrait de traiter la problématique liée à l'adaptation des droits de l'investisseur dans chaque État-membre en fonction de la structure des sociétés dans lesquelles il investit et de leur siège social tant il faut aujourd'hui compter sur des différences en matière de règles de gouvernance ou de responsabilité.

L'exemple américain d'un guichet unique pour toutes les formalités auxquelles sont astreintes les sociétés immatriculées aux États-Unis pourrait être utilement transposé à l'échelle européenne, afin d'éviter d'avoir à présenter des dossiers dans de multiples États-membres[53].

2.2 - Attentes

Avoir une SES à disposition serait clairement un atout de simplicité dans la mise en œuvre des différents montages, notamment pour les véhicules d'investissements.

En France et en Allemagne par exemple, il n'y a pas d'uniformité dans les véhicules d'investissements : les *AG*, *GMBH*, SA et SAS ont toutes des caractéristiques différentes.

Il va sans dire qu'un cadre juridique commun, qui fonctionnerait de manière uniforme, serait intéressant, et permettrait de prévenir tout risque de modification de régime par un État-membre de manière isolée. Il faut ajouter que cette évolution du droit des sociétés à l'échelle européenne abaisserait la complexité et les frais de transaction.

Si la SES venait à être proposée, les investisseurs auditionnés admettent volontiers qu'ils demanderaient localement à leurs cibles de se transformer pour mieux gérer leur portefeuille et leur risque juridique[54] (ce qui est moins vrai côté émetteurs[55]).

---

[53] *Audition de Mme K. Noel, 24 juin 2020.*

[54] *Audition de Mme K. Noel, 24 juin 2020 - Ibid. HCJP, Audition de Mme V. Gombart, 8 juillet 2020 - Ibid. HCJP, Audition de M. D. Jannott, 6 octobre 2020.*

[55] *Audition de M. S. Semrau, 7 octobre 2020.*

III- Attentes conjointes complémentaires

3.1 - Droit du travail et fiscalité

En fonction de l'État-membre, les considérations sont différentes et oscillent entre la nécessité de fidéliser les travailleurs par des mécanismes d'intéressement harmonisés (Pologne, Allemagne, Autriche, Espagne, Italie, Belgique…) et l'attention à porter aux mécanismes en place (Cogestion en Allemagne, *reporting* réglementaires ou spécifiques en France[56], loi Hamon en France, c'est-à-dire l'obligation de proposer aux salariés d'acquérir leur société en cas de cession de contrôle, etc.).

Côté investisseurs, il a été suggéré de proposer une harmonisation des systèmes d'actionnariat salariés circonscrite aux sociétés ayant moins de quinze ans d'existence, sur l'exemple du régime des BSPCE, voire une harmonisation fiscale aux mêmes conditions. L'objectif serait de cesser d'être contraints à la gestion des différences de régime pour le compte des entrepreneurs.

En effet, les mécanismes d'intéressement ou de participation ne sont pas opportuns pour les sociétés accompagnées en raison du fait que ces dernières perdent de l'argent dans leurs premières années. Il faudrait développer autant que possible les BSPCE ou les actions gratuites à l'échelle européenne qui permettent d'associer les salariés à la réussite de l'entreprise[57].

[56] *Audition de Mme K. Noel, 24 juin 2020.*

[57] *Audition de Mme V. Gombart, 8 juillet 2020.*

ANNEXE 4

Fiche synthétique : aspect droit du travail

ANNEXE 4

FICHE SYNTHÉTIQUE : ASPECT DROIT DU TRAVAIL

Thématique : quels droits de participation des salariés dans la SES ?

La participation des travailleurs est une question particulièrement difficile à traiter en matière communautaire. L'expérience de la Société européenne, et celle du projet de Société Privée Européenne le démontrent : certains États-membres, particulièrement attachés à leur système de participation des représentants des salariés à la décision dans l'entreprise (comme par exemple la « *cogestion* » allemande), analysent toute initiative permettant d'améliorer la mobilité des sociétés en Europe comme une voie de contournement de leurs exigences sociales nationales permettant aux entreprises initialement immatriculées sur leur territoire d'esquiver leurs règles nationales.

Si l'on peut comprendre les préoccupations de ces États-membres, il faut aussi souligner que ces mécanismes de codécision sont particulièrement complexes à mettre en œuvre, longs et coûteux pour les entreprises et d'ailleurs très différents d'un État-membre à l'autre (I.). Ces divergences expliquent la philosophie des dispositions relatives à la participation des salariés du droit européen des sociétés (Société européenne, fusion et transformation transfrontalière) et les débats autour de la proposition initiale de SPE et, finalement, son échec (II.). Fort de cette expérience, on s'attachera à émettre des recommandations prenant en compte l'ensemble de ce cadre (III.)

I- Seuils d'activation et niveau de la participation dans les différents États-membres

La notion de participation est définie à l'article 2, point k) de la directive 2001/86/CE complétant le statut de la SE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. La « *participation* » se réfère à la représentation des travailleurs dans les organes d'administration ou de supervision de la société.

La notion de participation doit être distinguée de la notion voisine « *d'implication des travailleurs* » définie par l'article 2 h de la directive 2001/86/CE et qui est plus large que celle de participation. La notion d'implication vise « *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* ».

À la différence de l'information et de la consultation des travailleurs qui ont fait l'objet d'un texte

spécifique[58], les régimes de participation n'ont pas été harmonisés. Seuls dix-neuf États-membres ont mis en place des régimes de représentation des employés dans les organes d'administration ou de supervision selon des modalités (seuils d'activation des droits de participation, nombre de représentants au sein des organes d'administration) qui varient sensiblement d'un État-membre à l'autre. Huit États-membres ne connaissent aucun régime de participation : il s'agit de la Belgique, l'Italie, la Bulgarie, Chypre, la Roumanie et des trois États baltes.

1.1 - Seuils d'activation des droits de participation

Ceux-ci peuvent être répartis en trois catégories, en fonction du type d'entreprises concernées ou du nombre minimal d'employés exigé ou de la nécessité d'un accord préalable des employés et/ou des syndicats.

1.1.1 - Types de sociétés

Tout d'abord, dans cinq États-membres (Grèce, Irlande, Pologne, Portugal et Espagne), les régimes obligatoires de participation se limitent aux entreprises publiques, alors que dans les quatorze autres États-membres, ils concernent aussi bien les entreprises privées que publiques.

Par ailleurs, dans certains États-membres, l'étendue des droits de participation obligatoires varient selon que la société est cotée ou non (Autriche, Croatie).

Ensuite, les droits de participation peuvent varier en fonction du secteur économique concerné (acier et charbon en Allemagne, produits métalliques en Espagne, fer au Luxembourg).

Enfin, des critères de qualification complémentaires sont requis dans certains États-membres : chiffre d'affaires ou valeur des actifs en Slovénie, capital social aux Pays-Bas.

1.1.2 - Nombre d'employés

Aucune exigence minimale n'est requise pour les entreprises publiques en France, République tchèque, Grèce, Irlande, Luxembourg, Portugal, Pologne et Slovaquie.

S'agissant des sociétés du secteur privé, l'activation des droits de représentation est fonction d'un nombre minimum d'employés dans un certain nombre d'États membres qui, pour la commodité de la présentation, peuvent être répartis en trois groupes : un premier groupe fixant un seuil minimal de vingt-cinq à cinquante employés comprend la Suède, le Danemark, la Slovaquie et la Slovénie.

---

[58] *Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs.*

Un second groupe prévoyant un seuil compris entre cent et trois cents employés est composé des Pays-Bas, de la Finlande, de la Hongrie, de l'Autriche et de la Croatie (pour les seules sociétés non cotées dans ces deux derniers cas).

Un troisième groupe fixe des exigences comprises entre cinq cents et cinq mille employés. C'est le cas de l'Allemagne (cinq cents, mille ou deux mille employés), de la République tchèque (cinq cents employés dans certaines entreprises), de la France (mille ou cinq mille employés), du Luxembourg et de l'Espagne (mille employés dans les entreprises publiques).

En Allemagne, un premier seuil de cinq cents employés s'applique, conformément à la loi sur la participation au tiers de 2004[59], aux sociétés par actions (*Aktiengesellschaften - Ag*), aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés à responsabilité limitée (*GmbH*) ; un deuxième seuil de mille employés concerne les sociétés du secteur du charbon et de l'acier en vertu de la loi de 1951 sur la cogestion dans le secteur du charbon et de l'acier[60] ; et un troisième de deux mille employés déclenche, conformément à la loi sur la cogestion de 1976[61], l'application d'un régime de participation paritaire dans les sociétés par actions, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée.

La France ne prévoit pas moins de cinq régimes de représentation au sein des organes d'administration ou de surveillance, dont un pour les entreprises publiques et quatre pour les entreprises cotées et non cotées du secteur privé. S'agissant de celles-ci, un premier seuil de mille salariés en France (ou cinq mille en France et à l'étranger) des sociétés anonymes est fixé par l'article L. 225-27-1 du Code de commerce pour la représentation obligatoire des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des « *grandes entreprises* ». Le seuil de mille salariés déclenche également l'application d'un régime de représentation libre des salariés au conseil d'administration ou de surveillance en vertu de l'article L 225-27 C.com. Ce seuil s'applique également à un troisième régime aménagé par l'article L 225-23 C.com. qui concerne la représentation des salariés actionnaires au conseil d'administration. Un dernier régime, conformément à l'article L 2312-72 du Code du travail, prévoit la participation avec voix consultative de représentants du comité social et économique (CSE) au sein du conseil d'administration des entreprises d'au moins cinquante salariés.

1.1.3 - Accord préalable des employés et/ou des syndicats

Dans les pays nordiques, les régimes de participation sont activés si les employés ou les syndicats y trouvent intérêt. Ainsi, au Danemark, c'est aux syndicats qu'il revient de formuler une demande d'activation qui doit ensuite être approuvée par la majorité des employés. En Finlande, deux employés

[59] *Drittelbeteiligungsgesetz, 2004.*

[60] *Montan-Mitbestimmungsgesetz, 1951.*

[61] *Mitbestimmungsgessetz, 1976.*

représentant la majorité des employés doivent faire cette demande. En Suède, la décision revient au syndicat qui a conclu une convention collective avec l'entreprise.

1.2 - Nombre de représentants au sein des organes d'administration

Le nombre de représentants au sein de l'organe d'administration ou de surveillance varie sensiblement d'un État membre à l'autre. En schématisant, trois niveaux de représentation peuvent être distingués : la participation au tiers, la participation paritaire et un régime de participation spécifique.

1.2.1 - Participation au tiers

Plusieurs États-membres ayant mis en place un régime de participation fixent la représentation au un tiers des membres de l'organe d'administration ou de supervision (Autriche, Hongrie, Danemark, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas). En Pologne la proportion est inférieure (deux cinquième).

1.2.2 - Participation paritaire

L'Allemagne, la Slovaquie et la Slovénie prévoient une représentation qui peut aller jusqu'à la parité de l'organe de surveillance. En Slovaquie, la proportion est comprise entre un tiers et la parité du conseil de surveillance (à la condition que celle-ci soit prévue dans les statuts) pour les entreprises privées et la parité pour les entreprises publiques. En Slovénie, la proportion varie également entre un tiers et la parité pour les sociétés duales et est limitée à un quart pour les sociétés monistes.

En Allemagne, la représentation au sein du conseil de surveillance correspond au tiers des sièges pour les sociétés dont les effectifs sont compris entre cinq cents et deux mille employés, et à la parité pour celles dont les effectifs sont supérieurs à deux mille, le président du conseil de surveillance ayant voix prépondérante en cas de partage des votes.

1.2.3 - Participation spécifique

Ainsi en France, dans le cadre du régime obligatoire, le nombre de représentant des salariés est au moins égal à deux dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs est supérieur à huit et au moins à un s'il est égal ou inférieur à huit.

Au total, l'extrême diversité des régimes de participation rend impraticable la recherche d'un dénominateur commun et explique l'échec de la solution de compromis proposée en 2011.

II- La participation des salariés dans le droit européen des sociétés et le projet de SPE

Le respect des règles concernant l'implication des travailleurs (droit d'information, de consultation et, le cas échéant, de participation aux organes de gestion), conditionne presque toujours l'immatriculation des structures européennes puisque les contrôles opérés par les États-membres de

départ et de destination des opérations transfrontalières incluent cette dimension. Aussi, toutes les réglementations européennes relatives à la Société européenne (SE), aux fusions ou transformations transfrontalières ou les projets relatifs à la Société privée européenne (SPE) comprennent des dispositions sur ce point, souvent objet de discussions politiques intenses au regard des approches nationales différentes de la question.

III- Liminaire : définition commune de la notion de participation des travailleurs

Selon la Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, il faut appréhender la notion de participation des travailleurs comme :

« *l'influence qu'a l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs sur les affaires d'une société en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société, 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* ».

Cette définition est partagée par l'ensemble des règles de droit européen des sociétés.

3.1 - La participation des travailleurs dans la SE

3.1.1 - Textes de référence

Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

3.1.2 - Principes directeurs

Si aucune des sociétés parties à la constitution de la SE n'était régie par des règles de participation avant son immatriculation, alors la mise en place d'un dispositif de participation au sein de la SE n'est pas obligatoire.

Lorsqu'elles doivent être élaborées, **les règles de participation, applicables à chaque SE, sont définies** :

- **en priorité par un accord** conclu entre les parties concernées conformément à la procédure de négociation prévue aux articles 3 à 6 de la directive
OU

- **en l'absence d'un tel accord, par l'application d'un ensemble de règles subsidiaires** définies par l'État-membre du siège statutaire de la SE constituée, mais établies **conformément aux dispositions de référence décrites à l'annexe de la directive**.

3.1.2.1- Principe : les parties concernées élaborent les règles de participation

Un groupe spécial de négociation (GSN) représentant les travailleurs des sociétés participantes ou des filiales ou établissements concernés **est constitué**.

Ce sont les États-membres qui déterminent le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe spécial de négociation qui doivent être élus ou désignés sur leur territoire ainsi que les règles applicables à la procédure de négociation.

Le GSN et les organes compétents des sociétés participantes fixent, par un accord écrit, les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SE. L'accord n'est en principe pas soumis aux dispositions de référence visées à l'annexe de la directive.

Lorsque des droits de participation existent à l'intérieur d'une ou de plusieurs sociétés constituant une SE, ces droits sont censés être préservés par voie de transfert à la SE dès sa constitution, à moins que les parties n'en décident autrement.

L'accord issu de la procédure de négociation doit déterminer[62] :

a) le champ d'action de l'accord ;

b) la composition, le nombre de membres et la répartition des sièges de l'organe de représentation qui sera l'interlocuteur de l'organe compétent de la SE dans le cadre des modalités relatives à l'information et à la consultation des travailleurs de la SE et de ses filiales ou établissements ;

c) les attributions et la procédure prévue pour l'information et la consultation de l'organe de représentation ;

d) la fréquence des réunions de l'organe de représentation ;

e) les ressources financières et matérielles à allouer à l'organe de représentation ;

f) si, au cours des négociations, les parties décident d'instituer une ou plusieurs procédures d'information et de consultation au lieu d'instituer un organe de représentation, les modalités de mise en œuvre de ces procédures ;

[62] *Art. 4 Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001.*

g) si, au cours des négociations, les parties décident d'arrêter des modalités de participation, la teneur de ces dispositions, y compris (le cas échéant) le nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la SE que les travailleurs auront le droit d'élire, de désigner, de recommander ou à la désignation desquels ils pourront s'opposer, les procédures à suivre pour que les travailleurs puissent élire, désigner ou recommander ces membres ou s'opposer à leur désignation, ainsi que leurs droits ;

h) la date d'entrée en vigueur de l'accord et sa durée, les cas dans lesquels l'accord devrait être renégocié et la procédure pour sa renégociation.

Dans le cas d'une SE constituée par transformation, l'accord doit prévoir un niveau au moins équivalent à celui qui existe dans la société qui doit être transformée en SE.

3.1.2.2 - Exceptions : les parties ne concluent pas d'accord

A/ Le GSN décide de se fonder sur la réglementation relative à l'information et à la consultation des travailleurs en vigueur dans l'État-membre où la SE emploie des travailleurs.

Le GSN peut décider à la majorité des deux tiers des membres représentant au moins les deux tiers des travailleurs, comportant les voix de membres représentant des travailleurs employés dans au moins deux États-membres, de ne pas entamer des négociations ou de clore des négociations déjà entamées, et **de se fonder sur la réglementation relative à l'information et à la consultation des travailleurs qui est en vigueur** dans les États-membres où la SE emploie des travailleurs[63].

B/ Les négociations n'ont pas permis d'aboutir à un accord dans un délai maximal d'un an ou le GSN décide de l'application des dispositions de référence.

Les « dispositions de référence » sont alors en principe applicables. Il s'agit de dispositions prévues par la législation de l'État-membre dans lequel le siège de la SE sera situé satisfaisant aux exigences de la partie 3 de l'annexe de la directive. Elles s'appliquent dès l'immatriculation.

B.a/ Champ d'application des dispositions de référence

En cas de pluralité de formes de participation au sein des différentes sociétés participantes, c'est au groupe spécial de négociation de décider quelle forme sera retenue pour la SE.

[63] *Sauf dans le cas d'une SE constituée par transformation s'il y a participation dans la société qui doit être transformée.*

SE constituée par transformation
Les dispositions de référence s'appliquent s'il existait déjà une forme de participation des travailleurs dans les organes d'administration ou de surveillance de la société transformée.

SE constituée par fusion
Les dispositions de référence s'appliquent :
- si avant l'immatriculation de la SE, une ou plusieurs formes de participation s'appliquaient dans une ou plusieurs des sociétés participantes et concernaient au moins vingt-cinq pour cent du nombre total des travailleurs employés dans l'ensemble des sociétés participantes
OU
- sur décision du groupe spécial de négociation.

SE constituée par la création d'une société holding ou la constitution d'une filiale
Les dispositions de référence s'appliquent :
- si, avant l'immatriculation de la SE, une ou plusieurs formes de participation s'appliquaient dans une ou plusieurs des sociétés participantes et concernaient au moins cinquante pour cent du nombre total des travailleurs employés dans l'ensemble des sociétés participantes
OU
- sur décision du groupe spécial de négociation.

B.b/ Contenu des dispositions de référence

Lorsqu'il est fait application des dispositions de référence, la participation des travailleurs dans la SE est régie par les dispositions suivantes.

Dans le cas d'une SE constituée par transformation
Si les règles d'un État-membre relatives à la participation des travailleurs dans l'organe d'administration ou de surveillance s'appliquaient avant l'immatriculation, tous ces éléments continuent de s'appliquer à la SE.

Dans les autres cas de constitution d'une SE
Les travailleurs de la SE, de ses filiales et établissements et/ou leur organe de représentation ont le droit d'élire, de désigner, de recommander ou de s'opposer à la désignation d'un nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la SE égal à la plus élevée des proportions en vigueur dans les sociétés participantes concernées avant l'immatriculation de la SE.

L'organe de représentation décide de la répartition des sièges au sein de l'organe d'administration ou de surveillance entre les membres représentant les travailleurs des différents États-membres, ou de la façon dont les travailleurs de la SE peuvent recommander la désignation des membres de ces organes ou s'y opposer, en fonction de la proportion des travailleurs de la SE employés dans chaque État-membre. Si les travailleurs d'un ou plusieurs États-membres ne sont pas couverts par ce critère proportionnel, l'organe de

représentation désigne un membre originaire d'un de ces États-membres, notamment de l'État-membre du siège statutaire de la SE lorsque cela est approprié. Chaque État-membre peut déterminer comment les sièges qui lui sont attribués au sein de l'organe d'administration ou de surveillance vont être répartis.

Tout membre de l'organe d'administration ou, le cas échéant, de l'organe de surveillance de la SE qui a été élu, désigné ou recommandé par l'organe de représentation ou, selon le cas, par les travailleurs est membre de plein droit, avec les mêmes droits et obligations que les membres représentant les actionnaires, y compris le droit de vote.

3.2 - La participation des travailleurs et les opérations transfrontalières

3.2.1 - Textes de références

Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières.

Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (version consolidée).

3.2.2 - Liminaire : éviter le contournement du droit à participation des salariés lors de l'opération transfrontalière

Lorsque la société qui procède à l'opération transfrontalière a instauré un système de participation des travailleurs, la directive 2019/2121 a mis en place deux garde-fous pour **garantir que l'opération transfrontalière n'entrave pas indûment cette participatio**n et éviter qu'elle ne soit un moyen de contourner les droits des travailleurs.

D'une part, la société ou **les sociétés issues de l'opération transfrontalière devraient être tenues de prendre une forme juridique permettant l'exercice de ces droits de participation**, y compris par la présence de représentants des travailleurs dans l'organe de direction ou de surveillance approprié de la société ou des sociétés (cons. 30).

D'autre part, « *la société ou* ***les sociétés qui procèdent à l'opération transfrontalière et sont immatriculées dans un État-membre qui prévoit les droits de participation des travailleurs ne devraient pas pouvoir effectuer une opération transfrontalière sans avoir préalablement entamé des négociations avec leurs travailleurs ou les représentants*** *de ceux-ci, lorsque le nombre moyen de personnes employées par ces sociétés équivaut aux quatre cinquièmes du seuil national de déclenchement de cette participation* » (considérant 31).

3.2.2.1- Transformation transfrontalière

Les principes de la participation des travailleurs sont posés par l'article 86 terdecies.

A/ Principe : les règles de l'État de destination s'appliquent

La société transformée est soumise aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État-membre de destination.

B/ Exceptions et dispositifs alternatifs

Les règles en vigueur dans l'État membre de destination ne s'appliquent pas lorsqu'elles auraient pour effet d'affaiblir le régime de participation des travailleurs, c'est-à-dire si :

- **la société emploie**, pendant la période de **six mois précédant la publication** du projet de transformation transfrontalière, un **nombre moyen de travailleurs équivalent à quatre cinquième du seuil applicable**, fixé par le droit de l'État-membre de départ, qui déclenche la participation des travailleurs
OU
- **si le droit de l'État-membre de destination :**
a. ne prévoit pas au moins le même niveau de participation des travailleurs que celui qui s'applique à la société concernée avant la transformation transfrontalière[64]

b. ou ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la société transformée situés dans d'autres États-membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont bénéficient les travailleurs employés dans l'État-membre de destination.

Si les règles en vigueur dans l'État-membre de destination ne s'appliquent pas, alors la participation des travailleurs dans la société issue de la transformation doit répondre aux **principes et modalités prévus pour la SE** :

- pas d'immatriculation possible si pas d'accord sur la participation des travailleurs et statuts en conformité ;
- création d'un GSN[65] et renvoi aux dispositions de référence.

Certains aménagements spécifiques au cas de transformation transfrontalière trouvent toutefois à s'appliquer.

---

[64] *Mesuré en fonction de la proportion des représentants des travailleurs parmi les membres de l'organe d'administration ou de surveillance, de leurs comités ou du groupe de direction qui gère les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit de la société, à condition qu'il y ait une représentation des travailleurs.*

[65] *Le groupe spécial de négociation est le groupe constitué conformément à l'article 3 de la directive 2001/86/CE afin de négocier avec l'organe compétent des sociétés participantes la fixation de modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SE.*

- **Le groupe spécial de négociation doit pouvoir décider**, à la majorité des deux tiers de ses membres représentant au moins deux tiers des travailleurs, de ne pas ouvrir de négociations ou **de mettre fin aux négociations déjà engagées et de se fonder sur les règles de participation qui sont en vigueur dans l'État-membre de destination** ;

- **Lorsque**, à la suite de négociations préalables, **les dispositions de référence relatives à la participation s'appliquent** et nonobstant ces dispositions, **les États-membres peuvent décider de limiter la proportion de représentants des travailleurs au sein de l'organe d'administration de la société issue de la transformation** (avec un plancher d'un tiers si, dans la société, les représentants des travailleurs constituent au moins un tiers des membres de l'organe d'administration ou de surveillance).

- **Les règles de participation des travailleurs applicables avant la transformation transfrontalière continuent de s'appliquer jusqu'à la date d'application de toute règle convenue d'un commun accord ultérieurement ou, à défaut, jusqu'à l'application des dispositions de référence.**

Lorsque la société transformée est gérée selon un régime de participation des travailleurs, elle est tenue de prendre des mesures pour faire en sorte que les droits de participation des travailleurs soient protégés en cas de transformation, fusion ou scission transfrontalière ou nationale ultérieure pendant un délai de quatre ans après que la transformation transfrontalière a pris effet.

3.2.2.2- Fusion transfrontalière

Les principes de la participation des travailleurs sont posés par l'article 133 de la Directive (UE) 2017/1132.

A/ Principe : les règles de l'État-membre où est situé le siège statutaire de la société issue de la fusion s'appliquent

La société issue de la fusion transfrontalière est soumise aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État-membre où **son siège statutaire** est établi.

B/ Exceptions et dispositifs alternatifs

Les règles en vigueur dans l'État-membre où est situé le siège statutaire de la société issue de la fusion ne s'appliquent pas lorsqu'elles auraient pour effet d'affaiblir le régime de participation des travailleurs, c'est-à-dire si :

- au moins une des sociétés qui fusionnent emploie, pendant la période de six mois précédant la publication du projet commun de fusion transfrontalière, un nombre moyen

de travailleurs équivalent à quatre cinquième du seuil applicable, fixé par le droit de l'État-membre dont relève la société qui fusionne, qui déclenche la participation des travailleurs ;
OU
- si le droit national applicable à la société issue de la fusion transfrontalière :
a. ne prévoit pas au moins **le même niveau de participation des travailleurs** que celui qui s'applique aux sociétés qui fusionnent concernées[66], ou

b. ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la société issue de la fusion transfrontalière situés dans d'autres États-membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont bénéficient les travailleurs employés dans l'État-membre où le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière est établi.

Dans ces hypothèses, la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion doit répondre aux **principes et modalités prévus pour la SE** dans :

- pas d'immatriculation possible si pas d'accord sur la participation des travailleurs et statuts en conformité ;
- création d'un GSN[67] et renvoi aux dispositions de référence.

Certains aménagements spécifiques au cas de transformation transfrontalière trouvent toutefois à s'appliquer.

- lorsqu'au moins une des sociétés qui fusionnent est gérée selon un régime de participation des travailleurs, **les organes compétents des sociétés qui fusionnent peuvent choisir sans négociation préalable d'être directement soumis aux dispositions de référence** relatives à la participation, telles que fixées par le droit de l'État-membre dans lequel est établi le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière, et de respecter ces dispositions à compter de la date d'immatriculation.

- **Le groupe spécial de négociation peut décider, à la majorité des deux tiers de ses membres représentant au moins deux tiers des travailleurs, y compris les voix des membres représentant les travailleurs** dans au moins deux États-membres différents, **de ne pas ouvrir de négociations, ou de mettre fin aux négociations déjà engagées, et de se fonder sur les règles de participation qui sont en vigueur dans l'État-membre où le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière sera établi**.

---

[66] *Mesuré en fonction de la proportion des représentants des travailleurs parmi les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, de leurs comités ou du groupe de direction qui gère les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit dans ces sociétés, à condition qu'il y ait une représentation des travailleurs.*

[67] *Le groupe spécial de négociation est le groupe constitué conformément à l'article 3 de la directive 2001/86/CE afin de négocier avec l'organe compétent des sociétés participantes la fixation de modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SE.*

- **lorsque, à la suite de négociations préalables, les dispositions de référence relatives à la participation s'appliquent, les États membres peuvent décider de limiter la proportion de représentants des travailleurs au sein de l'organe d'administration de la société issue de la fusion transfrontalière** (avec un plancher d'un tiers si, dans la société, les représentants des travailleurs constituent au moins un tiers des membres de l'organe d'administration ou de surveillance).

Lorsque la société issue de la fusion transfrontalière est gérée selon un régime de participation des travailleurs, cette société est tenue de prendre des mesures pour faire en sorte que les droits en matière de participation des travailleurs soient protégés en cas de transformations, fusions, ou scissions transfrontalières ou nationales ultérieures pendant un délai de quatre ans après que la fusion transfrontalière a pris effet.

3.3 - La participation des salariés dans le projet de Société privée européenne

3.3.1 - Textes de référence

Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne {SEC(2008) 2098} {SEC(2008) 2099} /* COM/2008/0396 final - CNS 2008/0130 */.

Proposition de règlement du Conseil relatif à la société privée européenne - Accord politique du 23 mai 2011.

3.3.1.1- Proposition initiale

A/ Principe : la SPE était soumise au régime de la participation des travailleurs de l'État-membre dans lequel est établi son siège statutaire

Dans la proposition, les règles de l'État-membre dans lequel est situé le siège statutaire de la SPE s'appliquent, de sorte qu'une **société qui se crée** sous forme de SPE ne présenterait « *ni plus ni moins d'attraits, en ce qui concerne la participation des travailleurs, que les sociétés nationales comparables* ».

Les règles de participation des salariés dans les hypothèses de constitution par **fusion** ou **transfert de siège** font alors l'objet d'un traitement particulier (celui-ci ne s'impose plus désormais au regard des développements précédents).

B/ Exceptions : dispositions particulières en cas de restructuration (fusion, transfert du siège)

B.a/ Constitution d'une SPE par voie de fusion transfrontalière

Les fusions transfrontalières concernant des SPE sont réglementées par la directive sur les fusions transfrontalières.

B.b/ Transfert du siège

- Principe : la SPE est soumise, à partir de la date de l'immatriculation, aux règles en vigueur dans l'État-membre d'accueil (siège statutaire).

- Exception : ouverture de négociations pour déterminer les règles de participation si la législation de l'État d'accueil ne prévoit pas un niveau de participation des travailleurs au moins équivalent à celui de l'État-membre d'origine[68].

- Les règles en vigueur dans l'État-membre de destination ne s'appliquent pas SI :

1. **au moins un tiers des travailleurs de la SPE** (y compris filiales et succursales) **est employé dans l'État-membre d'origine,**

2. **ET** si le droit de l'État-membre de destination ne prévoit pas :
a. au moins le **même niveau de participation des travailleurs**[69] que celui qui s'applique dans l'État-membre d'origine
OU
b. que les travailleurs des établissements de la SPE situés dans d'autres États-membres puissent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont ils bénéficiaient avant le transfert (art. 38 pt 2.).

- Les règles de participation doivent être déterminées par accord entre les parties[70].

Si les règles en vigueur dans l'État-membre de destination ne s'appliquent pas, alors la participation des salariés dans la société issue du transfert doit être organisée par les parties.

L'accord entre l'organe de direction de la SPE et les représentants des salariés devait comprendre :

a. le champ d'application de l'accord ;

b. si, au cours des négociations, les parties décident d'arrêter les modalités de participation dans la SPE après le transfert, la teneur de ces modalités, y compris, le cas échéant, le nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la société que

---

[68] Art. 38 du projet de règlement.

[69] Il est précisé que le niveau de participation est mesuré en fonction de la proportion des représentants des travailleurs parmi les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, de leurs comités ou du groupe de direction qui gère les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit dans la SPE, à condition qu'il y ait une représentation des travailleurs.

[70] Le projet de règlement ne parle à aucun moment de « Groupe spécial de négociation » ni ne se réfère à la procédure mise en place pour les négociations dans la SE. Il se contente de renvoyer à la directive fusion s'agissant des constitutions de SPE par voie de fusion.

les travailleurs auront le droit d'élire, de désigner, de recommander ou à la désignation desquels ils pourront s'opposer, les procédures à suivre pour que les travailleurs puissent élire, désigner ou recommander ces membres ou s'opposer à leur désignation, ainsi que leurs droits ;

c. la date d'entrée en vigueur de l'accord et sa durée, les cas dans lesquels l'accord doit être renégocié et la procédure applicable pour sa renégociation.

Les négociations sont régies par le droit de l'État d'accueil et ne peuvent durer plus d'un an.

En cas d'échec, les dispositions qui s'appliquaient dans la société avant le transfert devaient continuer de s'appliquer après le transfert.

3.3.1.2- Dernier état de la proposition

Dans son dernier état (Proposition de règlement du Conseil relatif à la société privée européenne du 23 mai 2011), le projet de règlement relatif à la SPE retenait les règles suivantes :

A/ Le principe : La SPE est soumise aux règles de participation des travailleurs applicables, le cas échéant, dans l'État-membre dans lequel elle a son siège statutaire, sous réserve des dispositions du présent article.

B/ Exceptions

- Si la SPE, pendant une période continue de trois mois à compter de son immatriculation, occupe au moins cinq cents travailleurs qui sont habituellement occupés dans un État-membre qui prévoit un niveau de droits de participation des travailleurs plus élevé que celui qui est prévu pour ces travailleurs dans l'État-membre où la SPE a son siège statutaire ;

OU

- en cas de transfert du siège statutaire d'une SPE - un minimum d'un tiers, mais au moins cinq cents, de ses travailleurs sont habituellement occupés dans l'État-membre d'origine à la date de son immatriculation dans l'État-membre d'accueil; et - les travailleurs dans l'État-membre d'origine bénéficiaient d'un niveau de droits de participation plus élevé que celui qui est prévu pour ces mêmes travailleurs dans l'État-membre d'accueil.

Dans l'une de ces hypothèses, est constitué un groupe spécial de négociation chargé d'arrêter, dans un délai d'un an au plus, à la majorité, les modalités de participation des salariés dans la SPE.

Le groupe spécial de négociation a le droit de décider, à la majorité des deux tiers de ses membres représentant au moins deux tiers des travailleurs de la SPE, y compris les voix des membres représentant les travailleurs dans au moins deux États-membres :

a. de réduire les droits de participation dans l'accord sur les modalités de participation des travailleurs par rapport à ce qui est prévu dans les États-membres concernés ;

OU

b. de ne pas ouvrir de négociations, ou de mettre fin aux négociations déjà engagées, et de se fonder sur les règles de participation applicables, le cas échéant, dans l'État-membre où la société a son siège statutaire.

À défaut d'accord, le droit de participation des salariés dans la SPE est régi par les règles de l'État-membre aux normes les plus élevées.

Mais, la proposition du 23 mai 2011, malgré les efforts de la Présidence hongroise, s'est avérée insuffisante pour l'Allemagne et l'Autriche. Ainsi, la question de la participation des travailleurs à la gouvernance de l'entreprise a été bloquante.

3.4 - Les perspectives de participation des salariés dans la SES

Ces perspectives doivent tenir compte de l'acquis européen et des textes qui sont intervenus depuis la discussion sur le projet de SPE tant au niveau de la participation des travailleurs proprement dite que des modalités de constitution.

Ainsi, d'une part, la directive n° 2017/1132, modifiée par la directive n° 2019/2121, régie les modalités de participation des travailleurs lors des opérations transfrontalières de fusions, scissions et transferts de siège (« transformations transfrontalières »). Il est donc logique de renvoyer à ces dispositions pour une SES qui résulterait de telles opérations ou y participerait au cours de sa vie sociale.

D'autre part, dans le projet que nous établissons, la fusion et la transformation ne sont pas des voies d'accès obligées à la SES, à la différence de la SE, le mode d'accès de principe devenant la constitution *ab initio* comme pour toute société rattachée aux droits des États-membres.

Il en résulte une modification radicale des données de la discussion et donc une nouvelle articulation des dispositions ci-après en matière de participation des travailleurs.

A/ Le principe d'application du droit de l'État-membre du siège statutaire de la SES

Cette solution simple est cohérente avec le principe de la constitution *ab initio* de la SES.

B/ Les exceptions

En préalable, on écarte les cas, évoqués ci-dessus, où la SES serait l'issue, comme n'importe quelle autre société de forme nationale, d'une fusion ou d'une scission avec création d'une ou plusieurs (pour les scissions) personnes morales nouvelles ou encore d'un transfert d'un

siège avec choix de la forme de SES dans l'État de destination. On écartera aussi les cas où la SES participerait à toutes ces opérations au cours de sa vie sociale.

Dans tous ces cas, s'appliqueraient les dispositions de la directive 2017/1132, modifiées par la directive 2019/2121 sur la participation des travailleurs.

Les exceptions ne peuvent concerner que la création *ab initio* de la SES.

Dès lors, les exceptions viseraient uniquement à éviter que les droits acquis des travailleurs en matière de participation ne soient pas respectés, voire contournés.

En revanche, leur objectif ne consisterait pas, comme dans la SE, à étendre le bénéfice de droits de participation à des salariés qui n'en bénéficiaient pas avant la constitution de la SES.

En conséquence, les exceptions devraient seulement empêcher que des salariés qui bénéficiaient dans les faits d'un tel régime en soient privés directement ou indirectement en raison de la constitution d'une SES.

Il nous semble qu'il n'existerait qu'une seule situation répondant à cette hypothèse.

Celle dans laquelle, une SES serait créée *ab initio* dans un État-membre ayant une exigence faible en matière de participation des salariés et ce, par apport de titres de sociétés ayant mis en œuvre un régime de participation et dont le siège social est situé dans d'autres États-membres à exigences plus fortes en cette matière.

Pareil cas mériterait qu'une disposition spéciale anti-abus soit prévue dans le règlement instituant la SES.

Le dispositif anti-contournement en cause pourrait s'inspirer de celui retenu par la directive n° 2019/2121.

Notamment, on pourrait prévoir, sur le modèle de la directive n° 2019/2121, que les mesures anti-contournement sur la participation des salariés s'appliquent si le nombre moyen de salariés employés par les sociétés dont les titres sont apportés à la SES, dans les six mois précédant la publication du projet de constitution de la SES équivaut au quatre cinquième du seuil fixé dans le droit national de l'État-membre où se situent lesdites sociétés pour le déclenchement du droit de participation des salariés.

ANNEXE 5

Fiche numérique et digitalisation

ANNEXE 5

FICHE NUMÉRIQUE ET DIGITALISATION

Numérique et digitalisation dans le droit des sociétés

L'examen des multiples dispositions applicables et réformes en cours révèle une diffusion récente mais très importante du numérique et de la digitalisation dans le droit des sociétés français, depuis la création d'une société (I) et la tenue de ses comptes d'actionnaires et registre de mouvements de titres (II), jusqu'à la conduite des assemblées générales et le suivi des relations avec les actionnaires (III), le fonctionnement des organes de direction ou de surveillance (IV), ou encore le recours à la signature électronique (V).

I- Création d'une société

De nombreuses formalités sont prescrites par le Code du commerce lors de la création d'une société, comme l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales[71] et le dépôt d'un dossier d'immatriculation de la société. Par réformes successives dont certaines n'entreront en vigueur qu'à partir de 2021, le législateur est venu permettre la réalisation de ces formalités à distance.

L'insertion dans un journal d'annonces légales - La loi 2019-486 du 22 mai 2019 autorise le recours à un service de presse en ligne pour la publication des annonces légales.

Dépôt du dossier d'immatriculation de la société - Toute demande d'inscription, dépôt d'acte ou de pièce au registre du commerce et des sociétés peut être effectué par voie électronique dès lors qu'il peut être transmis et reçu par cette voie, à l'exception toutefois du dépôt des actes et pièces dont l'original doit être fourni et qui ont été établis sur support papier[72].

Actuellement, le dépôt du dossier d'immatriculation de la société se fait auprès du centre de formalités des entreprises (CFE) compétent ou auprès du guichet unique de création d'entreprise. Ce guichet unique permet déjà de soumettre sa demande d'immatriculation par voie électronique, accompagnée d'une copie des documents justificatifs[73] (*i.e., statuts constitutifs,*

[71] *Article R. 210-3 al 1 du Code de commerce.*

[72] *Article R. 123-36, al 1 du Code de commerce.*

[73] *Article R.123-77 du Code de commerce tel que modifié par décret n°2020-118 du 12 février 2020.*

copie des actes de nomination des différents organes de la société, exemplaire des rapports du commissaire aux apports le cas échéant, un exemplaire du certificat du dépositaire des fonds, ou encore s'il s'agit d'une société constituée par offre au public, une copie du procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale constitutive).

Il est précisé dans le nouvel article R. 123-77 du Code de commerce qu'en cas de demande par voie électronique, une simple copie peut remplacer la production de l'original d'actes ou pièces sous seing privé lors de la première immatriculation (*i.e.*, les statuts constitutifs).

Réforme en cours :

- la loi 2019-486 du 22 mai 2019 prévoit de remplacer les différents réseaux de CFE par un guichet unique électronique devant constituer l'interface entre les sociétés et les organismes destinataires des informations actuellement collectées par les CFE. Les sociétés devront donc déposer le dossier de création d'entreprise (ou de modification ou cessation d'activité) auprès de ce guichet par voie électronique[74]. Celui-ci sera opérationnel dès 2021 mais l'obligation d'y recourir ne s'appliquera qu'à compter d'une date fixée par décret et au plus tard le 1er janvier 2023.

- Enfin, les articles 2 et 3 de la loi du 22 mai 2019 habilitent le gouvernement à simplifier par voie d'ordonnance les obligations déclaratives des entreprises.

II- Propriété et mouvements de titres

Depuis l'ordonnance du 8 décembre 2017 et son décret d'application du 24 décembre 2018, l'inscription d'une émission ou d'une cession de titres financiers dans un « *dispositif d'enregistrement électronique partagé* » (à l'instar d'une « *blockchain* ») confère les mêmes effets que l'inscription en compte de titres financiers[75]. Elle ne crée pas d'obligation nouvelle, ni n'allège les garanties existantes relatives à la représentation et à la transmission des titres concernés.

Il en résulte que les titres financiers qui ne sont pas admis aux opérations d'un dépositaire central peuvent alternativement être inscrits dans un compte titre chez la société ou chez un intermédiaire financier habilité, ou dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé sur décision de l'émetteur.

Ainsi les registres de titres nominatifs émis par une société peuvent être tenus de manière

[74] *Version à venir au 1er janvier 2023 de l'article L. 123-33 du Code du commerce.*

[75] *Article L. 211-3 al. 2 du Code monétaire et financier : "L'inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé tient lieu d'inscription en compte."*

chronologique sur support papier ou « *sur tout autre support durable, dispositif d'enregistrement électronique partagé* »[76].

III- Tenue des assemblées générales d'actionnaires

Modalité de tenue - Les actionnaires de toutes les sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées peuvent, si les statuts le permettent, participer aux débats et voter en séance à distance en utilisant des moyens de télétransmission. Ces actionnaires sont réputés présents à l'assemblée pour le calcul du quorum et de la majorité[77].

Cette faculté est offerte pour toutes les assemblées d'actionnaires (ordinaires (les « AGO »), extraordinaires (les « AGE ») ou spéciales), sauf texte l'interdisant expressément (le procédé est ainsi exclu pour les assemblées spéciales de titulaires de certificats d'investissement s'il en reste, et pour les assemblées d'obligataires[78]).

Dans le silence des textes et s'agissant non pas d'une obligation mais d'une simple faculté, rien ne s'oppose à ce que les actionnaires décident de la limiter à certaines assemblées ou à certaines décisions.

Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir que les AGE et les assemblées générales ordinaires « *sont tenues* ***exclusivement*** *par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires* »[79]. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social peuvent s'opposer à ce qu'il soit recouru exclusivement à ces modalités de participation pour les AGE[80].

Formalités de préparation d'une assemblée - La convocation d'une assemblée nécessite l'accomplissement de nombreuses formalités (avis de réunion et de convocation pour les sociétés cotées, convocation pour les autres[81], envoi d'une formule de procuration, réponse aux demandes de documents des actionnaires au titre de leur droit d'information…) encore trop peu digitalisées du fait de contraintes issues directement du droit des sociétés français.

---

[76] *Article R. 228-8 du Code de commerce.*

[77] *Article L 225-107, II du Code de commerce.*

[78] *Article L 228-61 du Code de commerce.*

[79] *Article L. 225-103-1 al. 1 du Code de commerce.*

[80] *Article L. 225-103-1 al 2 du Code de commerce. En revanche, le droit pour les actionnaires de s'opposer à la tenue des assemblées générales ordinaires exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication a été supprimé par la loi 2019-744.*

[81] *Articles R. 225-67, R. 225-68 du Code de commerce.*

Les sociétés qui entendent recourir à la communication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour ces formalités doivent soumettre une proposition en ce sens aux actionnaires inscrits au nominatif, soit par voie postale, soit par voie électronique. Les actionnaires intéressés peuvent donner leur accord également par voie postale ou électronique. En l'absence d'accord des actionnaires au plus tard trente-cinq jours avant la date de l'assemblée générale extraordinaire, la société doit recourir à un envoi postal. Les actionnaires ayant déjà accepté le recours à la communication électronique ont la faculté de demander le retour à l'envoi postal trente-cinq jours au moins avant la date de l'avis de convocation à l'assemblée soit par voie postale, soit par voie électronique[82].

Pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, disposer d'un site internet[83] ne les exonère pas de leur obligation de transmettre des documents à un actionnaire sur sa demande ou de permettre leur consultation au siège social.

Réforme en cours : la loi 2019-486 du 22 mai 2019 (art. 198, VI) habilite le Gouvernement à transposer par voie d'ordonnance avant le 22 mai 2020 certaines dispositions de la directive 2017/828/UE du 17 mai 2017 sur la promotion de l'engagement à long terme des actionnaires dans les sociétés cotées sur un marché réglementé. Le règlement d'exécution de la Commission du 3 septembre 2018 vient préciser les exigences minimales en matière d'identification des actionnaires, transmission d'informations et facilitation des droits des actionnaires. Serait notamment prévue la transmission standardisée aux actionnaires et sans délai, directement ou par un lien vers un site internet, des informations qu'ils peuvent consulter avant toute assemblée.

Modalité de participation - Les seuls moyens admis pour participer à distance à l'assemblée sont[84] :

- la visioconférence qui permet aux actionnaires, par le réseau internet ou par le réseau téléphonique, d'apparaître sur un écran dans la salle où se tient l'assemblée ;

- des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires participant à l'assemblée à distance.

---

[82] *Article R. 225-63 du Code de commerce: "Les sociétés qui entendent recourir à la communication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-61-1, R. 225-61-2, R. 225-61-3, R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74, R. 225-88 et R. 236-3 soumettent une proposition en ce sens aux actionnaires inscrits au nominatif, soit par voie postale, soit par voie électronique. Les actionnaires intéressés peuvent donner leur accord par voie postale ou électronique.*
En l'absence d'accord de l'actionnaire, au plus tard trente-cinq jours avant la date de la prochaine assemblée générale, la société a recours à un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-61-1, R. 225-61-2, R. 225-61-3, R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74, R. 225-88 et R. 236-3.
Les actionnaires qui ont consenti à l'utilisation de la voie électronique peuvent demander le retour à un envoi postal trente-cinq jours au moins avant la date de l'insertion de l'avis de convocation mentionné à l'article R. 225-67, soit par voie postale, soit par voie électronique. »

[83] *Article R. 210-20 du Code de commerce (abrogé).*

[84] *Articles L 225-103-1 et L 225-107, II du Code de commerce.*

Ces moyens doivent transmettre au moins la voix des participants et satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations[85].

Modalité de vote - Des mesures ont été prises afin de favoriser le développement du vote à distance [86] :

tout actionnaire peut voter par correspondance pour toute assemblée quelle que soit sa nature et les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites[87]. Ce vote par correspondance peut s'exercer à l'aide d'un formulaire électronique, le cas échéant signé de manière électronique[88].

Le recours au vote par voie électronique, quant à lui, est conditionné à une autorisation statutaire[89]. Il est possible d'y avoir recours pour toute assemblée d'actionnaires, mais rien ne semble interdire aux statuts d'en limiter l'utilisation à certaines assemblées générales seulement, telles les assemblées annuelles. La société doit, en cas de recours au vote par voie électronique, aménager un site internet exclusivement consacré à ces fins[90], auquel les actionnaires ne pourront accéder qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la séance[91].

En pratique, la difficulté rencontrée pour identifier les actionnaires dans une société cotée et le coût des prestataires proposant de tels sites ainsi que les nombreuses erreurs sur le décompte des voix constituent autant de freins au développement du vote par des moyens électroniques. L'Ansa a précisé qu'elle ne recommande pas le vote électronique en séance en raison des précautions techniques particulières que sa mise en place nécessite. Par exemple, le quorum doit subsister pendant toute la durée de l'assemblée. Si, à la suite du départ d'actionnaires en cours de séance ou d'une interruption de la visioconférence, le quorum n'était plus atteint, la séance devrait être levée.

Par exception, l'article L. 227-1 du Code de commerce permet aux sociétés par actions simplifiées de déterminer librement les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives des associés. On peut donc estimer[92] que la mise en place d'un site consacré n'est pas un prérequis nécessaire à la tenue d'une assemblée générale par visioconférence pour les sociétés par actions simplifiées. Néanmoins, l'identification des associés présents ou représentés à l'assemblée générale reste nécessaire d'un point de vue probatoire.

---

[85] *Article R 225-97 du Code de commerce.*

[86] *Articles R 225-81, 5° et R 225-82 du Code de commerce.*

[87] *Article L 225-107, I du Code de commerce.*

[88] *Article R. 225-77 du Code de commerce.*

[89] *Article R. 225-75 du Code de commerce renvoyant à l'article R. 225-61 du Code de commerce.*

[90] *Article R. 225-61 du Code de commerce.*

[91] *Article R. 225-98 du Code de commerce.*

[92] *Revue Lamy droit des affaires, n°155, 1er janvier 2020 « L'impact du numérique », Philippe Guinot, Alexis Marchand.*

Réforme en cours : dans la directive 2007/36/CE (dite « Droits des actionnaires »), le Parlement européen prévoyait l'obligation pour les États-membres de permettre aux actionnaires des sociétés cotées sur un marché réglementé de participer de manière électronique aux assemblées générales. Cette transposition est prévue avant septembre 2020 pour ce qui concerne les relations entre les émetteurs et leurs actionnaires, principalement l'exercice des droits politiques de ces derniers. La directive encourage la communication directe des émetteurs aux actionnaires en améliorant la transmission d'informations à travers la chaîne d'intermédiaires financiers. Pour ce faire, la directive impose aux intermédiaires financiers de communiquer l'identité des actionnaires aux émetteurs qui le demandent.

Feuille de présence - La preuve de la présence à distance ne semble pas poser de problème particulier, car lorsque l'assemblée se tient exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication, l'émargement par les actionnaires n'est pas requis[93].

Conservation des procès-verbaux - Les procès-verbaux des assemblées doivent être établis sur un registre spécial, qui peut aussi être tenu sous forme électronique[94] (le cas échéant mais pas nécessairement à l'aide d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé de type « *blockchain* »).

IV- Tenue des réunions des organes de direction (exemple du conseil d'administration d'une SA) ou de surveillance

Sauf disposition contraire des statuts, le règlement du conseil d'administration peut prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective[95], à l'exception des réunions dont l'objet est de procéder aux opérations de clôtures d'exercice énumérées aux articles L. 232-1 (compte d'inventaire et comptes annuels) et L. 233-16 (des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe) du Code de commerce.

Ces moyens doivent transmettre au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations[96].

---

[93] *Article R. 225-95, dernier al. du Code de commerce.*

[94] *Article R. 225-106, al. 3 du Code de commerce tel que modifié par décret 2019-1118 du 31-10-2019.*

[95] *Article L. 225-37 du Code de commerce.*

[96] *Article R. 225-21 du Code de commerce.*

Le législateur laisse néanmoins une marge de liberté à la société dont les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue en faisant usage des moyens de télécommunication et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs.

V- Signature électronique

Les signatures électroniques disposent de trois niveaux de sécurité : la signature électronique simple, la signature électronique avancée et la signature électronique qualifiée.

Procurations - En cas de recours à la procuration électronique pour la représentation d'un actionnaire à une assemblée, la signature électronique peut résulter d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance[97]. Un arrêté du ministre de la justice, non encore paru, doit apporter des précisions sur les procédés fiables d'identification.

Signature des procès-verbaux d'assemblée et de conseil d'organes de direction - Depuis le décret 2019-1118 du 31-10-2019, un procès-verbal peut être signé par signature électronique respectant au moins les exigences de la signature électronique avancée lorsque l'assemblée s'est tenue par visioconférence ou par des moyens de télécommunication ou que le procès-verbal a été établi sous forme électronique[98]. **Les délibérations du conseil d'administration** peuvent également être constatées par des procès-verbaux établis sous forme électronique, tout comme leur registre spécial[99]. Dans ce cas, il doit, en outre, être daté de façon électronique au moyen d'un horodatage offrant toute garantie de preuve[100]. Concernant plus particulièrement la SAS, un texte lui Est à cet égard spécifiquement consacré[101].

Une signature électronique avancée respecte les exigences suivantes[102] :

- être liée au signataire de manière univoque ;

- permettre d'identifier le signataire ;

- avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ;

---

[97] *Article R. 225-79, al. 2 du Code de commerce.*

[98] *Article R. 225-106, al. 1 et 3 du Code de commerce tels que modifiés par le décret 2019-1118 du 31-10-2019.*

[99] *Article R. 225-22 al. 3 du Code de commerce.*

[100] *Article R. 225-106, al. 3 et, sur renvoi, art. R. 225-22, al. 3 modifiés par le décret 2019-1118.*

[101] *Article R.227-1-1 du Code de commerce.*

[102] *Article 26 du règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.*

- être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Cependant, seul l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite[103].

L'article 1367 du Code civil dispose que « *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. […] Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.* »

L'article 1 du décret d'application[104] prévoit que « *La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une* ***signature électronique qualifiée****. Est une signature électronique qualifiée une signature électronique avancée, conforme à l'article 26 du règlement[105] et créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifiée répondant aux exigences de l'article 29 dudit règlement, qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique répondant aux exigences de l'article 28 de ce règlement.* »

Enfin, le principal obstacle pratique à la dématérialisation des actes de société en France a été supprimé, la Loi de finances pour 2021 (article 157) ayant autorisé l'enregistrement fiscal des copies d'actes sous seing privé dont l'original est dématérialisé (à l'exception des seules promesses unilatérales portant sur des immeubles ou des fonds de commerce).

[103] *Article 25 du règlement (UE) n° 910/2014.*

[104] *Décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique.*

[105] *Règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014.*