

La Société Européenne, outil de restructuration transfrontalière

La faisabilité d'une restructuration transfrontalière dépend de l'existence d'outils juridiques ad hoc et d'un statut de neutralité fiscale. A cet égard deux instruments sont particulièrement intéressants pour les groupes internationaux : la fusion transfrontalière et le transfert de siège. Ces deux opérations deviennent juridiquement possibles grâce à la Société Européenne (SE).

Le règlement européen du 8 octobre 2001 a créé une nouvelle forme de société : la Société Européenne aussi appelée **societas europea** ou **SE**. Elle est dotée d'un cadre juridique propre afin de permettre à des sociétés constituées dans des États membres différents de **fusionner** pour créer une SE, ou bien de former une SE **holding**, ou bien de créer une SE **filiale commune**.

De plus, la SE peut facilement **transférer son siège social** à l'intérieur de l'Europe en conservant la personnalité morale, alors que pour les sociétés autres que la SE le transfert du siège entraîne dans de nombreux pays la dissolution de la société dans l'État initial.

Une directive de la même date organise également **l'implication des salariés** dans la SE.

Après des années de gestation, la naissance de la société européenne (la SE) en France est imminente.

C'est la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 16 juillet 2005 qui a introduit en droit français le régime de la SE.

Bon nombre des dispositions de cette loi nécessitait la publication d'un décret d'application.

Voilà qui est chose faite en partie puisque le décret du 14 avril 2006 est venu compléter la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie pour ce qui concerne le volet «droit des sociétés» de la SE.

Il faudra toutefois attendre la parution du décret relatif à l'implication des salariés, annoncé pour le mois de septembre 2006, et la levée par l'administration fiscale de certaines ambiguïtés pour que disparaissent les derniers freins à la mise en place de la SE en France.

I. Les aspects juridiques de la société européenne

• La société européenne : pourquoi la créer ?

L'un des attraits le plus évident de la SE est le droit à la mobilité permettant, par le biais de fusions transfrontalières ou de transferts de siège social avec maintien de la personnalité juridique de la société, des opérations de restructuration au sein de l'Union européenne faisant réaliser aux groupes de sociétés des économies considérables. Ainsi, par exemple, une SE née de la fusion de 10 filiales dispersées dans 10 États de l'Union, n'aura qu'une seule assemblée générale, un seul organe de direction, elle pourra centraliser sa direction financière et celle du personnel.

• La société européenne : comment la créer ?

Une SE peut être créée de 4 façons différentes :

- par fusion de plusieurs sociétés anonymes, si deux d'entre elles au moins relèvent du droit d'États membres différents ;
- par constitution d'une SE holding par plusieurs sociétés anonymes, à condition que deux d'entre elles au moins relèvent du

SOMMAIRE

La Société Européenne, outil de restructuration transfrontalière

- Les aspects juridiques (I), sociaux (II) et fiscaux (III) de la société européenne

droit d'États membres différents ou ont depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre État membre ou une succursale située dans un autre État membre ;

- par transformation d'une SA en SE ;
- par constitution d'une SE filiale à condition que deux des sociétés au moins souscrivant les actions relèvent du droit d'États membres différents ou ont depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre État membre ou une succursale située dans un autre État membre.

• La société européenne : comment fonctionne-t-elle ?

La SE est régie à la fois par les textes communautaires (le règlement et la directive du 8 octobre 2001) et, pour les dispositions non prévues par les textes communautaires, par le droit national de l'État du siège de la société.

La SE est obligatoirement une société anonyme. Elle peut faire appel public à l'épargne.

Elle a un capital social minimum de 120.000 euros et son siège social doit correspondre au lieu où se trouve son administration centrale, c'est-à-dire son siège réel.

Elle est dirigée soit par un organe de direction et un organe de surveillance (système dualiste), soit seulement par un organe d'administration (système moniste).

Elle est obligatoirement pourvue d'une assemblée d'actionnaires.

Les règles régissant l'actionariat de la SE ne faisant pas appel public à l'épargne ont largement été empruntées au régime des SAS. Ainsi, par exemple, les statuts de la SE peuvent prévoir une clause d'inaliénabilité interdisant aux actionnaires de céder leurs actions pendant une durée maximum de 10 ans.

Ils peuvent également contenir une clause d'exclusion obligeant un actionnaire à céder ses actions lors de certains événements.

Les avantages de la SE sur un plan juridique sont donc indéniables. La procédure de constitution d'une SE est en revanche complexe sur le plan social.

Florence Grillier-Rousseau
fgrillierrousseau@taj.fr

II. Les aspects sociaux de la société européenne

La transposition en France de la directive du 8 octobre 2001 a conduit à l'introduction dans le Code du travail d'un nouveau chapitre, formé des articles L 439-25 à L 439-50.

Ces dispositions sont applicables (i) aux SE ayant leur siège en France, (ii) aux sociétés participant à la constitution d'une SE ayant leur siège en France, et (iii) aux filiales et établissements situés en France d'une SE dont le siège est implanté dans un autre État de l'Espace économique européen.

Aux termes de ces dispositions, quel que soit le mode de constitution de la SE, celle-ci ne peut être immatriculée que si une négociation en vue de la conclusion éventuelle d'un accord sur «*les modalités d'implication des salariés*» dans son fonctionnement a été engagée.

En l'absence d'accord d'implication, l'immatriculation de la SE est en principe subordonnée à l'application de dispositions légales établies à titre subsidiaire.

• Négociation de l'accord d'implication

Cette négociation relève, côté patronal, des dirigeants des sociétés qui participent

directement à la constitution de la SE, et côté salarial, d'un groupe spécial de négociation (ou **GSN**), constitué dès que possible après la publication du projet de création de la SE, et représentant l'ensemble des salariés concernés.

Les sièges au sein du GSN sont répartis entre les États membres proportionnellement au nombre de salariés employés dans chacun de ces États (un siège par tranche de 10% des effectifs employés dans l'ensemble des États).

En France, les membres du GSN sont désignés par les organisations syndicales de salariés, ou à défaut, sont directement élus par les salariés.

La négociation de l'accord d'implication doit s'engager dès la constitution du GSN, à l'initiative des dirigeants des sociétés participant directement à la constitution de la SE. Cette négociation se déroule en principe dans les 6 mois qui suit cette constitution.

Le GSN peut recourir à des experts et ses dépenses de fonctionnement sont supportées par les sociétés qui participent directement à la constitution de la SE.

L'accord conclu avec le GSN doit organiser un dispositif d'information et de consultation des représentants des salariés ; il peut (ou doit, selon les cas) fixer les modalités de participation de ces derniers aux organes de direction de la SE.

En cas d'échec des négociations, et à moins que le GSN ait pris la décision de ne pas entamer de négociations ou de clore celles déjà ouvertes, des «*dispositions relatives à l'implication des salariés en l'absence d'accord*» trouvent application.

• Normes subsidiaires en l'absence d'accord d'implication

Lorsque les négociations se sont déroulées normalement mais ont pris fin sur un constat d'échec, deux séries de dispositions trouvent à s'appliquer :

- les unes sont relatives au volet information : consultation de l'implication des salariés.

Un comité de la société européenne doit

être mis en place.

Ce comité tient au moins une réunion par an. Une réunion extraordinaire peut être demandée lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles (fermeture d'entreprise notamment). Les dépenses de fonctionnement de ce comité sont supportées par la SE.

- les autres sont relatives au volet participation de l'implication des salariés.

Lorsque la SE est constituée par transformation d'une société au sein de laquelle existait déjà un système de participation, celui-ci continue de s'appliquer.

Lorsque la SE est constituée autrement que par transformation, la mise en place d'un dispositif de participation, dont la forme et les modalités doivent être définies, ne s'impose que dans certains cas.

Malik Douaoui
adouaoui@taj.fr

III. Les aspects fiscaux de la société européenne

Il convient de souligner à ce stade deux traits caractéristiques de la SE et leurs conséquences fiscales : la fusion transfrontalière et le transfert de siège social. Ces deux opérations ne seront juridiquement possibles que dans le cadre des SE. Ces opérations demeurent difficiles voire impossibles pour des sociétés en dehors de ce cadre juridique.

1. La fusion transfrontalière

• Impôts directs

Des groupes internationaux peuvent souhaiter réduire le nombre de leurs entités juridiques notamment au niveau européen. La solution de la fusion transfrontalière s'avère traditionnellement très délicate pour des raisons juridiques : il faut que l'opération soit juridiquement possible dans les deux États concernés et qu'elle remplisse cumulativement les obligations imposées dans chacun des deux États. En pratique, jusqu'ici, il s'est avéré impossible de réaliser une

fusion entre une société française et une société de certains autres États membres.

En matière fiscale depuis le 1er janvier 2002, les restructurations transfrontalières peuvent bénéficier plus largement et plus facilement du régime fiscal de faveur des fusions, prévu à l'article 210 A du CGI et assurant une neutralité en matière d'impôts directs. L'article 210 0A a en effet inclus dans le dispositif les opérations de fusions et assimilées réalisées avec des sociétés étrangères ayant leur siège dans des pays conventionnés.

D'un point de vue pratique, pour le fiscaliste, l'évolution législative récente en matière de restructuration transfrontalière, peut se résumer en trois étapes :

1^{ère} étape : Depuis 2002, il est possible de réaliser, avec le bénéfice du régime de l'article 210 A du CGI une transmission universelle de patrimoine (TUP) transfrontalière suite à la décision par l'associé unique de dissolution sans liquidation d'une filiale française. Cette TUP ne crée pas une SE.

2^{ème} étape : Dès que les décrets le permettront, on va pouvoir réaliser des fusions transfrontalières pour constituer une SE.

3^{ème} étape : Après la transposition de la nouvelle directive régissant les fusions transfrontalières pour les sociétés autres que les SE, les fusions transfrontalières pourront se faire avec des sociétés autres que des SE, ou sans nécessairement créer une SE.

Alors que la directive introduisant un régime fiscal commun pour les opérations transfrontalières de restructuration a été adoptée le **23 juillet 1990** (une directive du 24 mars 2005 doit être transposée cette année, elle apporte quelques améliorations à la version initiale, en particulier elle ajoute la SE à la liste des sociétés éligibles), il a fallu attendre le 26 Octobre 2005 pour voir adoptée la directive «juridique» facilitant les fusions transfrontalières entre les sociétés de capitaux de l'Union européenne. Elle doit être transposée par les États membre pour

le 15 décembre 2007.

Jusqu'à maintenant une filiale française ne peut être «absorbée» facilement que par le jeu de la dissolution sans liquidation, la transmission universelle de son patrimoine transformant la filiale française en succursale de l'entité étrangère. D'un point de vue juridique l'opération est facilitée dans la mesure où elle n'implique pas les dispositions relatives aux fusions, ni en France pays de la filiale «confondue», ni dans l'autre pays, celui de la société mère «confondante».

D'un point de vue fiscal, depuis le 1er janvier 2002 et l'introduction des dissolutions sans liquidation dans le champ d'application du régime fiscal de faveur des fusions, les dispositions de l'article 210 0 A et 210 C 2 du CGI permettent de réaliser la TUP en toute neutralité fiscale. Un agrément «de plein droit» doit être sollicité pour bénéficier du régime.

Mais, on doit constater qu'en pratique ce dispositif était jusqu'ici à sens unique. C'est toujours la société française qui était dissoute et le siège de l'entité maintenu dans l'autre pays. Par ailleurs, la dissolution sans liquidation concerne très souvent des structures de faible taille.

La SE va permettre d'inverser la tendance et de maintenir en France le siège de la société et de transformer en succursales les filiales européennes de sociétés françaises. En effet, les fusions transfrontalières sont désormais juridiquement possibles mais seulement dans la mesure où l'on aboutit à la création d'une SE.

On sait par la pratique bien développée maintenant des dissolutions sans liquidation des filiales françaises de sociétés étrangères que la constitution d'une SE - par fusion absorption transfrontalière d'une société française - pourra se faire en franchise d'impôt, cela quelque soit le sens de la fusion.

Ce n'est qu'après la transposition dans tous les pays européens de la directive juridique, en principe en décembre 2007, que les fusions de sociétés «ordinaires» (autres que dans le cadre des SE) seront

juridiquement possibles. Le régime fiscal sera identique.

• **Droits d'enregistrement**

Le régime d'enregistrement des fusions est défini par l'article 816, I du CGI. Les actes qui constatent des opérations de fusion auxquelles participent exclusivement des entités passibles de l'impôt sur les sociétés bénéficient du régime suivant :

- il est perçu un droit fixe d'enregistrement ou une taxe fixe de publicité foncière ;
- la prise en charge du passif dont sont grevés les apports mentionnés dans ces actes est exonérée de tous droits et taxes de mutation ou de publicité foncière.

Le régime spécial des fusions est accordé sans aucune restriction quant à la nationalité des sociétés participantes.

2. Le transfert du siège au sein de l'Europe

• **Impôts directs**

Le règlement a conféré à la société européenne un avantage important par rapport aux sociétés de droit national en posant le principe selon lequel le siège statutaire de la société européenne peut être transféré dans un autre État membre sans que ce transfert donne lieu à dissolution et à création d'une personne morale nouvelle. Le projet de directive juridique «transfert de siège» n'est pour l'instant pas très avancé.

La France a modifié sa législation fiscale relative au transfert de siège. En effet, l'article 221-2 du CGI organise la neutralité fiscale du transfert de siège d'une société française dans un autre État membre de l'Union européenne. Désormais le transfert du siège social hors de France n'emporte plus les conséquences d'une cessation d'entreprise. Il n'entraîne désormais plus la taxation immédiate des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes.

Cette disposition ne s'applique toutefois que pour les actifs qui restent localisés en France. Si ces éléments restent situés

en France et que le siège statutaire est transféré dans un autre État, aucune taxation n'est donc exigible du chef de ce transfert.

En pratique, c'est donc à ce jour la SE qui est principalement visée par la mesure. Mais pas seulement puisque le texte précise qu'il s'appliquera également même si le transfert de siège s'accompagne de la perte de la personnalité juridique en France. Or le transfert du siège de la SE n'a pas d'incidence sur la persistance de la personnalité morale.

Le texte de l'article 221-2 ne vise que le transfert du siège de la France vers un autre pays. Il ne vise pas le cas inverse. Pour les sociétés autres que les SE, en droit strict on arriverait donc au résultat paradoxal où la société étrangère ayant un établissement stable en France et y transférant son siège social serait taxée sur la plus value latente existant sur ses actifs français du fait de la création d'un être moral nouveau (hors le cas de la SE) et donc du transfert présumé des actifs d'une entité à l'autre. Dans le cadre européen, une telle taxation s'avèrerait contraire aux libertés fondamentales du traité. L'administration fiscale devra amender ou compléter sa doctrine sur ce point.

• Droits d'enregistrement

En matière de droit d'enregistrement, l'administration fiscale n'a pas pris de position explicite. Mais dans la mesure où le texte européen prévoit que le transfert du siège de la SE n'entraîne pas la création d'un être moral nouveau, aucun droit d'enregistrement ne devrait être exigible.

• Fonctionnement de la SE et impôts directs

La SE comme toute société passible de l'IS est imposable dans chaque État membre où elle va disposer d'un établissement stable.

Dans les années 90, le projet de la Commission européenne prévoyait un statut fiscal original pour la SE en particulier pour l'utilisation dans le pays du siège des pertes réalisées dans les succursales à l'étranger. La règle de l'unanimité en matière fiscale au sein du Conseil a eu raison de ces velléités. Et le règlement SE n'a pu voir le jour qu'une fois expurgé de toute disposition fiscale. Il en résulte que la SE est traitée comme une SA classique qui dispose de succursales à l'étranger, passible de l'IS dans chaque pays où elle dispose d'un établissement stable.

L'évolution récente de la jurisprudence tant du Conseil d'État (Affaire Télécoise CE 16 mai 2003 n° 222956) que de la CJCE (14 décembre 2000, aff. 141/99, AMID. et CJCE 13 décembre 2005, aff. 446/03, Marks & Spencer) laisse penser que la remontée des pertes non utilisées devrait être admise au moins dès que la perte en cause devient non utilisable dans le pays de la succursale l'ayant générée. Par la voie jurisprudentielle on s'orienterait vers le projet initial de la Commission.

• Fonctionnement de la SE et TVA

A ce jour, la société européenne ne fait l'objet d'aucune disposition particulière en matière de TVA. Les règles de droit commun lui sont donc applicables. Cela étant, il ne faut pas en conclure trop vite que la société européenne ne présente aucun intérêt au regard de cet impôt.

En effet, d'un point de vue TVA, la société européenne présente la caractéristique essentielle d'avoir un siège dans un État membre et des succursales dans d'autres. Or, on se souvient que tant le Conseil d'État que plus récemment la Cour de Justice des Communautés européennes ont jugé que les services fournis au sein d'une même entité juridique sont hors du champ de la TVA.

En pratique, cette solution qui permet de

ne pas assujettir à la taxe les prestations rendues entre succursales et siège ou encore entre succursales est bien évidemment une aubaine pour les assujettis exonérés de la taxe tels que les établissements financiers ou les entreprises d'assurance qui ont vu ces dernières années se morceler les exonérations de TVA qui leur sont applicables.

Par ailleurs, en l'absence d'un régime de groupe TVA transfrontaliers ou d'un régime exonérant de TVA les transactions internes à un groupement de moyens ou de fait qui recevrait une application uniforme au sein de la Communauté européenne, la *societas europea* constituée de fait, au regard de la TVA, un bon outil de collaboration transnational reconnu par tous les États membres.

• Conclusion

A ce jour près de 40 SE ont été constituées dans divers pays de l'Union européenne (principalement en Allemagne, Hollande, Belgique, Suède, Autriche). Nul doute que la France suivra très bientôt.

Ambroise Bricet
abricet@taj.fr
William Stemmer
wstemmer@taj.fr

CONTACTS

- Neuilly : 01 40 88 22 50
- Lyon : 04 72 43 37 85
- Marseille : 04 91 59 84 75
- Bordeaux : 05 56 48 49 20
- Tours : 02 47 60 88 40
- Lille : 03 20 14 94 20

Stricto Sensu est édité par Taj, Société d'Avocats inscrite au Barreau des Hauts-de-Seine

SELAFA au capital de 1 463 500 € - 434 480 273 RCS Nanterre
181, avenue Charles de Gaulle - 92524 Neuilly-sur-Seine cedex - Tél : 01 40 88 22 50 - Fax : 01 40 88 22 17
Directeur de la publication : Gianmarco Monsellato - Responsable de la rédaction : Pascale Ponroy
Secrétaire de rédaction : Juliette Arnaud
Parution et dépôt légal : septembre 2006 - Diffusion gratuite. ISSN 1639 - 8327