

La société européenne (SE) facilite-t-elle les fusions transfrontalières ?

Par Frédéric Ichay et Marie Schocher, Avocats à la Cour
Ichay & Mullenex Avocats

Juin 2006

La question des fusions transfrontalières est devenue cruciale, avec le développement des rapprochements intra-européens. Pourtant, leur mise en œuvre s'est heurtée pendant des années à des difficultés juridiques, en l'absence d'une législation claire et efficace en la matière.

En effet, le législateur avait bien prévu de coordonner les législations internes concernant les fusions des sociétés anonymes (SA) incorporées dans un seul et même Etat membre - directive européenne du 9 octobre 1978 -, mais les fusions entre d'autres formes de sociétés ou entre sociétés de différentes nationalités étaient exclues. Et si la directive européenne du 23 juillet 1990 a édicté des règles afin de neutraliser l'impact fiscal négatif que pouvaient avoir ces opérations de rapprochements internationaux, elle n'a nullement été suivie par une réglementation parallèle en droit des sociétés. C'est dans ce contexte que le législateur européen a envisagé la création de la société européenne (SE), forme de société mise en place par le Règlement du 8 octobre 2001, que nous appellerons le *Règlement*.

Dès lors, quelles sont les perspectives offertes par la SE avec l'entrée en vigueur du Règlement en 2004 ? La réalisation de fusions transfrontalières soulève indéniablement des préoccupations opérationnelles et financières, mais également des problématiques juridiques. Un obstacle de taille est notamment l'absence de reconnaissance, dans certains Etats membres, de la notion même de fusion transfrontalière (cf. en Allemagne). Mais cette difficulté semble avoir été résolue récemment par la Cour de justice des Communautés européennes la différence de traitement entre les fusions internes et les fusions transfrontalières ayant été déclarée contraire à la liberté d'établissement.

Si l'objectif certain du Règlement est d'harmoniser et de renforcer la législation européenne, quelles sont concrètement les solutions pratiques apportées par la SE aux

décideurs confrontés à des opérations de rapprochements intra-européens ? Avec le Règlement, les décideurs disposent d'un cadre légal pour réaliser de telles opérations. Ils peuvent se référer à son article 17, qui précise qu'une SE peut être constituée soit par voie de fusion-absorption, soit par voie de fusion avec constitution d'une nouvelle société (et ce, exclusivement entre SA immatriculées dans des Etats membres différents).

L'analyse des caractéristiques de la SE permet d'évaluer l'intérêt pratique qu'elle présente pour les managers.

En premier lieu, le Règlement a défini la SE par référence à la SA, forme de société commune et répandue à travers toute l'Europe. En second lieu, le Règlement laisse aux Etats membres le soin de tirer les conséquences en droit interne de certaines de ses dispositions. Ainsi, en droit français, l'accord unanime des actionnaires ainsi que la mise en place d'un régime de protection des actionnaires minoritaires dans le cadre de la fusion ne sont pas nécessaires. Ces dispositions sont donc de nature à simplifier la procédure et à réduire les coûts inhérents à une telle opération.

Le Règlement prévoit également la possibilité de transférer librement le siège de la SE, sans dissolution, et donc sans coût fiscal. De plus, la liberté laissée aux décideurs pour la rédaction des statuts de la SE, notamment en ce qui concerne les modalités de transfert des actions, rend cette forme de société attractive. La SE est donc indéniablement un outil pour faciliter les fusions transfrontalières. Toutefois, il est trop tôt à l'heure actuelle pour prendre une position définitive.

En effet, le Règlement laisse apparaître certaines limites qui pourraient restreindre son efficacité.

Premièrement, l'article 17 du Règlement concerne uniquement les fusions entre SA : l'exclusion des autres formes de société réduit incontestablement le champ d'application de la SE. Deuxièmement, l'absence de dispositions fiscales dans le

Règlement peut être également perçue comme une limitation de l'efficacité de la SE. Ce seront donc les dispositions nationales des Etats membres concernés par l'opération transfrontalière qui s'appliqueront. Ce silence du Règlement est d'autant plus problématique que les aspects fiscaux de telles opérations sont souvent au cœur du processus décisionnel visant à valider ou invalider leur réalisation.

Le législateur européen a tenté d'améliorer la situation en adoptant la directive fiscale du 17 février 2005 puis la directive du 26 octobre 2005 mettant en place une législation spécifique sur les fusions transfrontalières. Cette dernière directive a un champ d'application plus large que le Règlement, car elle concerne les fusions transfrontalières entre toutes sociétés de capitaux. En outre, elle permet aux décideurs de réaliser une fusion transfrontalière sans constituer une nouvelle entité, ce qui simplifie et réduit les coûts de telles opérations.

Les Etats membres ont jusqu'au 15 décembre 2007 pour transposer cette directive sur les fusions transfrontalières en droit interne.

Jusqu'à cette date, la SE constitue donc le meilleur outil juridique pour réaliser une fusion transfrontalière. Toutefois, le succès que promet le législateur européen à cette directive pourrait bien être remis en cause. Reste que son corpus de règles relativement uniformes dans toute l'UE devrait favoriser la multiplication des rapprochements d'entreprises par ce biais, et ainsi renforcer le tissu économique européen.

Juin 2006

5, rue de Monceau 75008 Paris - France
Tel : +33 1 42 89 19 80
Fax : + 33 1 42 89 14 99
www.ichay-mullenex.fr