

LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA COOPERATION TRANSNATIONALE DES ENTREPRISES AU SEIN DE LA COMMUNAUTE

Hans FICKER

Administrateur principal au Service
"Politique d'harmonisation, analyses
et coordination" à la Commission
des Communautés Européennes

1. L'institution d'un marché commun requiert pour les entreprises de ce marché des possibilités économiques et juridiques identiques à celles qui existent sur les marchés nationaux ou internes. Dans la perspective de cette exigence générale, j'aimerais aujourd'hui attirer votre attention sur le point le plus important de la coopération des entreprises au sein de la Communauté Européenne. Si ce point ne soulève pas de problèmes particuliers pour un marché national avec une législation nationale, il en soulève par contre beaucoup sur un marché multinational: il s'agit de la fusion des entreprises des différents pays membres au-delà des frontières. Le développement du marché commun pendant les derniers douze ans montre de plus en plus la nécessité d'une nouvelle orientation des entreprises comme conséquence du passage de l'économie nationale à l'économie communautaire. Au lieu des marchés nationaux cloisonnés il faut penser, agir et réagir dans un cadre beaucoup plus large. Ce fait nécessite l'adaptation des entreprises. Cette adaptation ne doit pas suivre les voies traditionnelles, c'est à dire les voies d'une concentration nationale comme ce fut le cas, malheureusement, pendant les dernières années. Ce phénomène de la concentration nationale dans tous nos pays ne devrait être pas considéré comme une réaction nécessaire à la création du marché — au contraire. Un marché commun a besoin des fusions transnationales pour des raisons économiques et politiques.

Parmi les possibilités à donner aux entreprises on doit trouver la liberté de choisir les lieux où l'on veut installer les activités commerciales, la liberté de transférer ces activités d'un endroit dans un autre, et la liberté de fusionner des entreprises, lorsque toutes ces opérations paraissent économiquement désirables. Les instruments pour ces opérations économiques existent bien à l'intérieur de chaque marché national. Ils devraient exister également à l'intérieur d'un marché commun qui enjambe plusieurs frontières nationales.

Le but de ces opérations devrait être l'accroissement de la productivité par l'offre de meilleures chances à l'activité économique. Mais, ces opérations devraient se dérouler sous le contrôle d'une concurrence effective.

2. Sur ce point très important — concentration contrôlée par les règles d'une concurrence effective — le cadre pour la coopération transnationale est donné par le traité de Rome lui-même. D'une part, l'article 220 prévoit la création des règles nécessaires en droit des sociétés pour les fusions transnationales et, avec la prescription de l'article 100, en droit fiscal. D'autre part, les articles 85 et 86 donnent la base pour des règles communes de concurrence. Pour être clair: le but consiste à créer *la possibilité* de restructurer les entreprises par des fusions transnationales. Ces opérations sont, par elles-mêmes, neutres. Pour chaque cas concret on aura à considérer, selon les règles de concurrence, si une fusion transnationale est justifiée ou non. En aucun cas, une fusion transnationale n'est justifiée par le fait seul que la possibilité pour une telle opération est créée par le marché commun lui-même. Pour donner un exemple: au point de vue juridique, la fusion de la FIAT italienne avec la VOLKSWAGEN allemande est la même opération que la fusion d'une société néerlandaise à taille moyenne avec une société belge de la même catégorie. La décision sur la légalité d'une fusion transnationale est prise exclusivement par application des règles de la concurrence.

1. Quelle est la situation juridique en ce que concerne les fusions transnationales? Si je parle de "fusions", je pense à des fusions dans le sens strict de cette notion juridique, c'est à dire fusion de deux ou plusieurs sociétés dans une nouvelle entité juridique, ces sociétés relevant de législation d'Etats différents. Je parlerai plus loin des autres formes de coopérations transnationales entre des entreprises appartenant à différents Etats.

2 Quelle était la situation en 1958 quant le Traité de Rome fut signé?

a) Il n'existait pas de possibilité pour des fusions transnationales, ni en droit de sociétés, ni en droit fiscal des Etats membres. Le problème n'était pas de créer la possibilité d'une fusion entre des sociétés des législations voisines, comme par exemple, aux Etats Unis, la fusion entre une société constituée selon les lois de l'Etat de Pensylvénia et une autre relevant de l'Etat de Ohio. Le problème était celui de la fusion entre une société turque et une société italienne, ou, pour rester dans l'exemple américain, entre une société de l'Etat du Texas et une société mexicaine.

De cette absence d'instruments juridiques adéquats, la première raison est une certaine conception nationaliste du droit des sociétés. On a cru que la création d'une société constituée sous la législation d'un Etat donné n'est justifiée qu'au regard de cette seule législation. En second lieu, on ne considérait pas qu'il y eût nécessité économique pour de semblables opérations.

Examinons les législations des 6 Etats membres des Communautés européennes. En ce qui concerne le droit de sociétés, la possibilité de la fusion par absorption d'une société étrangère par une société nationale existe en France, en Italie, en Belgique et au Luxembourg. La fusion par absorption d'une société française, belge, luxembourgeoise est considérée dans les législations respectives comme un changement de nationalité. Cela n'est possible que si la réciprocité est garantie (ce qui n'est pas le cas) et si — cela est important pour l'Italie où l'absorption d'une société italienne par une société étrangère est admise — tous les actionnaires votent à l'unanimité pour la décision considérée (ce qui est presque impossible à réaliser). Aux Pays-Bas il n'y a pas de réglementation pour la fusion, ni au niveau national, ni au niveau international. En Allemagne, enfin il n'y a pas de législation pour permettre des fusions transnationales. La décision de la Cour Suprême du début de ce siècle qualifiant la décision d'une assemblée générale de transférer le siège d'une société dans un autre pays avec une législation différente (c'était même à l'intérieur de l'Empire) comme une décision de dissolution avec liquidation doit encore être considérée comme valable.

En ce qui concerne le droit fiscal il n'y a pas de disposition dans les lois nationales parce que les règles fiscales suivent les règles en droit de sociétés. Et celles-ci n'existent pas. Il y a seulement des conventions bilatérales entre certains Etats membres pour éviter la double imposition,

ce qui est important pour d'autres formes de coopération, comme la prise d'une participation financière substantielle dont je vais parler plus loin. Il existe deux problèmes importants à résoudre en matière de droit fiscal en relation avec la fusion en sens strict: Comment devrait-on taxer les réserves dites "latentes" non encore taxées par les administrations fiscales nationales? Et: Est-ce que les Etats membres permettent l'exode de leur meilleurs contribuables?

b) Telle était la situation en 1958. Telle est encore la situation aujourd'hui. Qu'en est-il dans la pratique? En réalité, il n'existe pas un seul cas de fusion transnationale au sens strict. Il y a des fusions dites "économiques" au-delà des frontières. Une première possibilité consiste dans l'acquisition de la majorité ou du "contrôle" sur une société dans un autre pays. Le résultat est la "société multinationale", c'est à dire une société mère relevant d'un Etat avec des filiales dans une série d'autres Etats. Il y en a beaucoup d'exemples. Puis, je voudrais bien mentionner trois cas spéciaux qui montre la nécessité de coopération transnationale: le cas AGFA-GEVAERT où deux partenaires d'une activité à peu près égale, la GEVAERT belge et l'AGFA allemande, toutes les deux productrices dans le secteur photographie, ont fusionné "économiquement" par la formation de deux filiales communes, une société anonyme belge et une société anonyme allemande, toutes les deux à 50% dans les mains des sociétés-mères, —le cas FOKKER-VWF, la formation d'une société-holding commune comme centre de décision pour les sociétés productives par la sociétés néerlandaise FOKKER et la société allemande VWF — et le cas DUNLOP-PIRELLI, dans lequel une société anglaise et une société italienne se sont liées par un échange de participation en trois sociétés, travaillant côte, à côte et par la formation d'une société-holding comme centre de décision. Des fusions transnationales comme celles-ci sont des modèles que nous considérons comme des formes de l'interpénétration de l'industrie au sein des Communautés européennes.

3. A. a) En vue de telles situations, le Traité de Rome impose de donner la possibilité de fusions transnationales. L'article 220 dispose que: "Les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants:

...
— la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes,"
...

b) Dans le cadre de ce problème, le même article impose également des négociations pour la reconnaissance mutuelle des sociétés, qui est une conditions de la fusion transnationale, et pour le transfert du siège de la société d'un pays à l'autre. Une convention pour assurer la reconnaissance mutuelle des sociétés relevant des différentes législations a été signée par les Etats membres le 29 février 1968. Cette convention a été ratifiée par la France, par la Belgique et par l'Italie. Elle sera ratifiée par l'Allemagne avant l'été et par les Pays-Bas et le Luxembourg avant la fin de cette année.

Pour être complet, je voudrais encore attirer votre attention sur la mission générale des Communautés d'harmoniser les législations nationales ayant des répercussions sur l'établissement et le bon fonctionnement du marché commun, sur la base de l'article 100, qui est une clause générale, et à la tâche particulière d'harmoniser les législations des Etats membres dans le domaine du droit des sociétés sur la base de l'article 53, 4 g).

En ce qui concerne notre problème d'aujourd'hui, un projet de directive destinée à harmoniser les législations nationales sur les fusions internes, transmis par la Commission au Conseil, est important.

B. a) L'article 220 mentionne les fusions. Cela signifie la fusion dans le sens strict. J'ai des raisons de mettre l'accent sur cette forme de coopération entre les entreprises. Bien entendu, ce sera la décision des sociétés et de leurs actionnaires de décider sur de telles opérations. Créer la possibilité ne veut pas dire que les fusions sont le seul moyen pour des coopérations transnationales. Mais, il y a et il est nécessaire qu'il y ait un très fort intérêt public pour les fusions dans le sens strict. Une fusion est la relation la plus étroite entre les entreprises respectives. Cette relation est irréversible. En aucun cas, il ne sera possible de modifier la situation en revenant au status quo ante. Cela est important en ce qui concerne les règles de la concurrence. Dans l'optique politique, une fusion est une interpénétration très dense de l'industrie des différents Etats membres. L'intérêt des Communautés Européennes est beaucoup moins faible en ce qui concerne la formation des entreprises multinationales qui sont, à vrai dire, une variété spéciale de la concentration nationale. Deuxièmement, il y a dans tous les Etats un intérêt politique pour la structure des grandes entreprises. Cet intérêt se reflète dans le processus continue de réforme du droit des sociétés. Cela m'amène à la protection des intérêts publics par les lois sur les grandes entreprises: pour maintenir la réussite de notre économie, il est nécessaire de proté-

ger la confiance du capital privé dans la recherche de l'investissement dans les sociétés, de protéger l'intérêt pour le maintien des entreprises comme employeurs et de protéger les intérêts des employés à la sécurité de leur emploi. Tout cela peut être garanti, si vous avez une structure bien organisée de l'entreprise. Une telle structure est donnée par les lois sur les sociétés anonymes. La coopération transnationale qui prend tous ces intérêts en considération ne peut s'achever que par la fusion qui mène à une telle forme d'entreprise solidement organisé.

b) Sur la base de l'article 220, un groupe de travail composé des délégations des six gouvernements et des services de la Commission a élaboré l'avant-projet d'une convention. Cet avant-projet règle seulement la fusion des sociétés anonymes. Il prévoit deux manières différentes de fusionner: la fusion par l'absorption d'une société anonyme par une autre et la constitution d'une nouvelle société anonyme par les sociétés fusionnantes. Il est tout à fait évident que dans chaque cas le résultat de ces opérations serait une société anonyme relevant de la législation d'un Etat membre déterminé. L'instrument juridique de la création de cette possibilité pour la coopération transnationale sera une convention. Comme la convention pour la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes juridiques. J'ai des doutes pour ce qui est d'appeler ces conventions des simples conventions de droit international public. Je préférerais les qualifier des "conventions communautaires" qui créent du droit directement applicable dans les Communautés, et mes raisons sont les suivantes:

La base de ces conventions n'est pas la volonté libre de quelques Etats indépendants d'agir en cette manière, mais un article spécifique d'une convention internationale antérieure liant ces Etats, le Traité de Rome instituant la C.E.E. Ce Traité peut être considéré comme le loi fondamentale des Communautés européennes. C'est pourquoi les conventions sur la base de l'article 220 ne peuvent être conclues par tous les Etats membres, non par quelques uns d'entre eux, et par les seuls. Pour faire partie de ces conventions il est absolument nécessaire d'être d'abord membre des Communautés Européennes. Les représentants des Etats Membres ont signé ces conventions "réunis au sein du Conseil". Le point le plus important pour vérifier l'exactitude de cette qualification est correcte me paraît l'opinion des Etats Membres signant la "déclaration commune n° 3", par laquelle ils se déclarent prêts à examiner la question de savoir si l'interprétation de cette convention appartient à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Depuis cet examen a conduit

à l'élaboration d'un protocole qui confie à cette Cour besoin d'interpréter cette convention de la même façon que les traités eux-mêmes.

L'avant-projet comprend 65 articles. Il est terminé en ce qui concerne l'élaboration technique. Deux questions politiques sont encore ouvertes. La première est la question de savoir si les sociétés favorisées par cette convention ne devraient pas seulement être formées selon les lois d'un Etat Membre, mais devraient également être contrôlées exclusivement par des ressortissants des Etats Membres, sociétés incluses. Dans d'autres termes: Est-ce qu'une société qui est la filiale d'une autre société formée en dehors des Communautés Européennes doit être exclue des fusions transnationales? Il y a quelques hésitations de la part de la France à admettre de telles sociétés aux fusions transnationales. L'autre problème est le fait que toutes les sociétés anonymes allemandes sont soumises au système dit de "co-gestion", soit dans sa forme normale un tiers des membres du Conseil de surveillance sont des représentants des travailleurs, soit dans sa forme qualifiée (la moitié de ce Conseil, à l'exception d'une personnalité neutre comme 11, 15 ou 21ème membre, est élue par les travailleurs.) Que doivent devenir ces droits des travailleurs en cas de fusion à laquelle une société allemande est partie? Maintenir la "co-gestion" seulement pour des sociétés allemandes peut provoquer le risque que les sociétés allemandes essaieraient d'échapper à la réglementation plus sévère et qu'aucune société anonyme non-allemande ne pourrait être absorbée par une société anonyme allemande.

Finalement nous pouvons retenir que sur la base de l'article 220, la fusion transnationale des sociétés anonymes peut devenir possible de deux manières différentes par une convention créant du droit communautaire. Le résultat de cette opération sera en tout cas une société soumise au droit d'un Etat Membre. Pour donner des exemples: une société allemande est absorbée par une société française, la société nouvelle est une société française; une société belge et une société néerlandaise créent en fusionnant une nouvelle société anonyme sous le droit néerlandais, la nouvelle société anonyme est une société néerlandaise.

D. a) Comme je l'ai déjà dit, il n'y a pas de réglementation fiscale pour les fusions transnationales dans le sens strict. Les Communautés ont la mission et la compétence nécessaire pour régler aussi cette question. Il y a plusieurs dispositions dans le Traité de Rome sur lesquelles on peut fonder une réglementation fiscale. La base juridique appropriée me paraît être la clause générale de l'article 100.

b) Les trois principaux problèmes à résoudre sont les suivants: tout d'abord, comment doit-on traiter les "réserves latentes", la valeur réelle d'une entreprise non encore prise en considération par les administrations fiscales nationales. Dans le cas d'une fusion purement nationale, les administrations peuvent ne pas s'intéresser aux plus-values non-taxées parce qu'aucune des sociétés ne passe les frontières nationales. Une fusion transnationale est considérée comme dissolution de la société absorbée par une autre. Ce fait demande la liquidation et, pour cette raison, la taxation de toutes les valeurs pas encore taxées. Cela veut dire qu'il n'y a pas de chances égales pour ces sociétés en comparaison avec celles qui veulent fusionner au niveau purement national. Le second problème consiste dans le fait que le pays qui perd une des sociétés fusionnantes, perd un contribuable. Le 3ème problème est la taxation des établissements des sociétés fusionnantes dans les pays tiers.

c) Le 15 janvier 1969, la Commission a proposé une directive en application de l'article 100 pour résoudre ces problèmes. Le but de cette directive est une réglementation commune pour toutes la Communauté. Pour le premier problème mentionné ci-dessus, la Commission voit une solution si chaque taxation de valeur non encore taxée est retardée jusqu'au moment où ces valeurs sont réalisées, par une vente. Au moment de la fusion, il n'y aura pas de taxation. Pour éviter des abus, ces valeurs doivent être enregistrées dans les livres de la société absorbée avant l'opération de la fusion. Pour le second problème, l'Etat qui perd le contribuable devrait garder le droit de taxer les établissements stables de cette société qui restent dans ce pays. Le 3ème problème ne peut pas être résolu selon l'avis de la Commission par une extension des conventions bilatérales déjà existantes pour éviter la double taxation. Le système de ces conventions est incomplet. La solution matérielle de ces conventions consiste généralement dans la renonciation de la part des Etats partenaires à une pareille convention de taxer ces établissements. Il paraît nécessaire à centraliser la taxation de ces établissements situés dans les pays tiers dans l'Etat où la nouvelle société a son siège et de permettre à cette société de prendre en considération les pertes de ces établissements. Mais une telle solution présuppose l'harmonisation des taxes directes sur les sociétés pour éviter des oasis fiscales. Comme solution immédiate, la Commission propose la renonciation de l'Etat du siège à taxer les profits de ces établissements sauf dans les cas dans lesquels une société se décide d'appliquer le système dit du "bénéfice mondial". Cela veut dire que tous les bénéfices sont taxés dans l'Etat où se trouve le

siège sauf la partie déjà taxée par les Etats de ces établissements. Pour éviter des abus ce système doit être appliqué à tous les établissements dans les Communautés européennes et pour une période d'au moins 5 ans. Les sociétés doivent avoir le droit de limiter ce système du "bénéfice mondial" à certains Etats pour diminuer les risques.

4. Avant de parler d'une autre possibilité pour les fusions transnationales, je voudrais maintenant élargir la notion de "fusion", me rendant compte qu'une fusion dans le sens strict est souvent seulement le dernier maillon d'une chaîne de coopération de sociétés de plus en plus serrée. Le moyen le plus important de la coopération de sociétés, mis à part des relations simplement contractuelles, est la participation financière d'une société dans une autre. La gamme d'une telle participation comprend le simple investissement, la participation minoritaire, la participation à 50 %, la participation majoritaire, la participation majoritaire qualifiée de plus que 75% et la participation à 100%, la propriété absolue. Si l'on parle de la fusion de deux sociétés au-delà de la frontière — des fusions dans le sens économique—, deux formes de la participation financières peuvent être utilisées et sont utilisées comme moyen: la formation d'une société-holding, non pour administrer simplement un investissement dans une société productive, mais comme centre de décision. L'autre forme est la formation d'une filiale commune qui mène à une coopération limitée. Ces deux formes peuvent être considérées comme des fusions partielles dans le sens économique.

Les deux formes sont des substituts à la fusion au sens strict qui n'existe pas. Il est certain qu'elles ont l'avantage d'être très flexibles. Elles ne font pas de difficultés en ce qui concerne le droit des sociétés. Dans tous les Etats Membres et dans la plupart des Etats en dehors des Communautés des sociétés peuvent être des associées ou des actionnaires dans d'autres sociétés. Dans quelques Etats, il y a hésitation vis-à-vis des participations trop substantielles du capital étranger dans les sociétés nationales. En ce qui concerne le droit fiscal, le problème se pose: comment doit-on traiter les profits qui passent les frontières? Le 15 janvier 1969 également la Commission a proposé une autre directive sur la base de l'article 100 concernant un système commun de taxation des sociétés mères, et filiales appartenant aux différents Etats Membres. La Commission croit que seule une solution commune puisse être satisfaisante. Elle n'est pas d'avis qu'une extension des différents systèmes pour éviter la double taxation serait une bonne solution. Il y a le risque qu'une taxation différente des dividendes mène à des distorsions pour les mouvements

de capitaux. Aussi dans le cadre de ce problème, une réglementation commune présuppose une harmonisation de réglementations fiscales nationales.

Le projet de directive essaie d'éviter la double taxation pour la libéralisation des bénéfices réalisés par les filiales et transférés à la société-mère pour être taxés. Seules les filiales doivent être soumises à la taxation. Le but est de traiter tout le groupe économique, la société-mère et les filiales comme une seule entité économique. Ici aussi, la possibilité de consolider tous les bilans devrait être garantie: les résultats de toutes les filiales doivent être additionnés pour pouvoir reconstituer les différents profits et pertes.

α) Jusqu'à maintenant, je n'ai parlé que de la coopération transnationale institutionnelle. Pour les raisons données plus haut, je considère cette forme de la coopération comme le point de départ de toute la discussion sur la transnationalité de la coopération. L'Instrument juridique pour d'autres moyens de la coopération à côté de la participation financière est le contrat entre des entreprises appartenant six différents Etats membres. A mon avis, le "groupement d'intérêt économique" du droit français, bien que réglé par un instrument légal et doté de la personnalité juridique doit être compris dans cette catégorie.

L'Instrument légal du contrat est tout à fait simple. Il relève dans tous les pays du Marché Commun du principe de la liberté des parties contractantes de régler leurs affaires selon leur gré. Cela vaut également au delà des frontières nationales. Mais il y a un cadre pour ce moyen de coopération: le droit de la concurrence, étant donné que dans la plupart des cas, le contenu de tel contrat concerne les relations commerciales. C'est pourquoi qu'il faut dire quelques mots sur le droit communautaire de la concurrence.

β) L'article 85. part du principe que tous les accords entre entreprises et toutes les décisions d'association des entreprises qui

- primo : "sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats Membres" et
- secundo : "ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur des Marché Commun,"

sont interdit. Ce principe peut cependant faire l'objet de dérogations sont d'une part le fait qu'un tel accord et une telle décision contribue

à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique et d'autre part l'effet qu'une partie équitable du profit qui en résulte est réservé aux utilisations.

γ) Sur la base de cet article, la commission a développé les buts de la politique de la concurrence. Il s'agit d'une part de l'ouverture des Marchés Nationaux et de la création d'un marché intérieur commun. On ne peut pas admettre que l'industrie et le commerce erigent des nouvelles barrières aux frontières nationales par des contrats d'exclusivité. Ces contrats assurent en général une protection absolue— une situation qui ne peut être considérée comme conforme aux buts du Traité.—

D'autre part, il faut maintenir une concurrence effective. Les structures commerciales ne répondent pas encore aux nécessités d'un marché économique élargi. La commission est d'avis qu'il ne faut pas maintenir une concurrence dite "atomistique" mais une concurrence effective. Le critère décisif est la capacité des entreprises d'entrer dans la concurrence. Des entreprises trop petites ne correspondent pas aux exigences modernes. C'est pourquoi la commission a admis que deux catégories échappent aux dispositions du Traité:

αα) Dans la première catégorie, il faut classer les tout petites entreprises. Par une décision du mai 1970, réglant les sens importance économique, on a exclu ce group d'entreprise. Les critères sont: le cartel ne couvre pas plus de 5% du secteur économique concerné ou le chiffre d'affaire du cartel ne dépasse pas 15 millions d'unité de compte. La Cour du Justice a suivie cette opinion de la Commission.

ββ) Dans la deuxième catégorie, vous trouvez les petites et moyennes entreprises. Leur coopération doit être favorisée. La décision de la Commission du juillet 1968 sur la coopération défini les formes de la coopération entre les entreprises respectives. En mai 1970, la Commission a transmis le projet d'une réglementation qui doit permettre la coopération s'il s'agit,

- des normes et des types
- de la recherche et du développement
- de la spécialisation
- de l'achat et de la vente Commune

δ) Lorsque ont été constatées des restrictions à la concurrence, la Commission a réalisée sa politique de la concurrence par des décisions

qui ont condamné les entreprises à payer des amendes dans les cas d'infection.

ε Le dernier point nous remène à la coopération transnationale institutionnelle. Il s'agit de l'application de l'article 86 et de ses rapports avec le problème de la concentration des entreprises. Selon l'avis de la Commission l'article 86 interdit des fusions ou des regroupements qui restreignent le jeu d'une concurrence effective étant donné que de telles fusions ou regroupements peuvent constituer par elles-mêmes des abus au sein de cet article. Le cas examiné à l'heure actuelle par la Commission est Europa - Emballage - Continental - Com.

La Commission est d'avis que l'obligation d'informer l'instance Communautaire des mouvements de concentration importants en inclure dans le cadre du Traité. Par contre elle estime que l'obligation de faire port de ces concentrations ne lui confère pas un droit d'interdire une telle opération. La reconnaissance d'un tel droit nécessiterait une modification du Traité.

III.

I. Il existe un projet qui fournit une autre possibilité pour des fusions transnationales et qui a l'avantage de réunir toutes les formes de concentration mentionnées ci-dessus, les fusions dans le sens strict et les fusions économiques: la "société européenne". Le 24 juin 1970, la Commission a proposé une réglementation d'une nouvelle forme de société pour répondre aux besoins de l'industrie européenne. Cette nouvelle forme juridique doit couvrir les fusions transnationales dans un sens large de cette notion, c'est à dire:

— des fusions dans le sens strict, i.e. la fusion de deux ou plusieurs sociétés anonymes de différents Etats Membres en formant une société européenne;

— la formation d'une société-holding, i.e. la transformation de deux ou de plusieurs sociétés anonymes de différents Etats Membres en sociétés dont la totalité des actions appartient à la "société européenne". Les sociétés fusionnantes gardent leur identité juridique sous leur droit national, mais les actionnaires doivent changer leurs actions en actions de la "société européenne" qui, par cette opération, devient le centre des décisions et la seule société-mère vis-à-vis des anciennes sociétés fusionnantes;

— la formation d'une filiale commune par deux ou plusieurs sociétés des différents Etats Membres. Cette opération peut être considéré comme une fusion partielle.

En tout cas, un capital social minimum relativement élevé, 500.000 U.C. (c'est à dire dollars américains), dans les deux cas principaux est exigé.

2. L'idée de créer une forme juridique pour des "sociétés transnationales" ouverte à l'investissement du capital privé vient de la création de sociétés dites "internationales" dans les cinquantes pour répondre à des besoins particuliers comme, p.e., la construction d'un tunnel sous le Mont Blanc entre la France et l'Italie, la navigabilité de la Moselle entre la France, le Luxembourg et l'Allemagne ou la commercialisation en commun du charbon venant de la Lorraine française et de la Saar allemande. Après des discussions plutôt théoriques de ce problème par des sociétés de droit au début des années soixante, le gouvernement français a proposé dans une note adressée à la C.E.E. de créer un nouveau type de société, "une société du type européen". On a pensé à ouvrir cette forme nouvelle à un très grand nombre d'entreprises. C'est pourquoi il n'était pas prévu des limitations quant à l'accès à cette forme. Seulement un capital social d'un faible montant devrait être nécessaire. La nouvelle forme devrait être une forme nationale. Un an plus tard la Commission a pris position en adressant un mémorandum au Conseil. Elle proposait de donner à cette nouvelle forme juridique en champ d'application spécial qui correspondait spécifiquement aux besoins des Communautés Européennes. La Commission pensait à un capital social élevé et à donner à cette nouvelle forme juridique en caractère communautaire. En même temps la Commission chargeait le Professeur néerlandais SANDERS d'élaborer un premier avant-projet en collaboration avec des professeurs des autres Etats Membres et les services de la Commission. Le Professeur SANDERS a essayé de prendre une position entre la proposition française d'une nouvelle forme nationale ouverte à tout le monde et l'idée de la Commission de créer cette forme à la base du droit communautaire réservée aux besoins communautaires. M. le Professeur SANDERS proposait cinq cas de formation d'une "société européenne", les trois mentionnées ci-dessus, la formation d'une filiale par une société anonyme seule et la transformation d'une société anonyme nationale en "société européenne". En aucun cas, le Professeur SANDERS demandait que les sociétés formant la "société européenne" aient des nationalités différentes. Un capital social élevé — 1 million dollars américains — devrait limiter

l'applicabilité de cette forme. La base légale devait être une convention créant du droit communautaire.

a) La proposition de la Commission, beaucoup plus restreinte en ce qui concerne l'accès, consiste néanmoins dans une loi complète sur une forme de société, de la formation jusqu'à la réglementation fiscale. Elle a quelque 285 articles. La "société européenne" devait être une société anonyme dans la conception traditionnelle des droits continentaux. Elle doit avoir trois organes sociaux; un directoire, un conseil de surveillance et l'assemblée générale des actionnaires. L'intérêt des travailleurs doit être protégé par un "Comité Européen d'Entreprise" avec des compétences très étendues, une représentation d'un tiers dans le conseil de surveillance et le pouvoir de la "société européenne" de négocier des conventions collectives avec les syndicats représentés dans les établissements de la "société européenne" pour réglementer les conditions spéciales du travail. Il n'y a pas de restrictions en ce qui concerne le capital venant des pays tiers. La disposition selon laquelle la majorité des membres du directoire doit avoir la nationalité d'un des Etats Membres ne devait pas être surestimée. Un chapitre spécial traite du droit des groupes des sociétés qui est d'une importance extraordinaire pour cette forme juridique de sociétés avec une organisation transnationale. Les deux intérêts principaux ici sont la protection de l'intérêt public par des règles de publicité et la protection des actionnaires. La "société européenne" est soumise à une réglementation stricte de la publicité. La réglementation fiscale suit les deux projets de directives mentionnés ci-dessus. La formation d'une "société européenne" et ses activités économiques sont dans une très large mesure couvertes par ces directives. Ici, les mêmes problèmes comme celui d'éviter la double taxation, celui de la taxation des établissements dans les pays tiers et celui du système du "bénéfice mondial" se posent.

La Commission propose l'application de l'article 235 comme base légale pour cette réglementation. Elle a choisi cet instrument légal pour être sûre que le droit de la "société européenne" est communautaire. Il y a plusieurs possibilités de créer une forme commune de sociétés relevant du droit communautaire. Le moyen classique serait une convention selon des normes du droit international public, comme le Traité de Rome. Les désavantages consistent dans le fait que dans deux Etats Membres, l'Italie et l'Allemagne, la ratification d'une telle convention est considérée comme une transformation du droit communautaire en droit nati-

onal. L'autre moyen peut consister dans une convention dans le cadre du Traité de Rome par analogie à l'article 220 "en suppléant le Traité", ou par l'application directe de cet article en vue du fait que les fusions sont l'objet principal de cette nouvelle forme juridique. Il y a aussi quelques arguments pour baser le droit de la "société européennes" sur une directe en appliquant l'article 100. Mais ici encore, le problème de la transformation en droit national se pose. L'article 235 permet de suppléer le Traité "par des moyens adéquats". Je crois que la question de forme est d'une importance mineure. Ce qui est nécessaire tient en deux points: en premier lieu il fait une forme qui crée du droit communautaire et deuxièmement l'instrument doit être créé par vote unanime, parce qu'aucun Etat Membre ne peut être forcé d'adopter une nouvelle institution juridique contre sa volonté. Les deux conditions sont remplies en appliquant toutes les formes mentionnées ci-dessus.

4. La dernière question que je voudrais aborder est celle-ci; pourquoi une "société européenne" puisque nous avons des possibilités de fusion données une convention sur la base de l'article 220. Tout d'abord, il n'y a pas exclusion d'une forme par une autre. L'industrie a besoin de beaucoup de formes. Cette forme nouvelle doit aussi être mise à sa disposition. Au surplus, il y a un avantage important, au moins au début, de la "société européenne" vis-à-vis des fusions sur la base de cette convention. C'est l'avantage psychologique. Il y a toujours une sorte de crainte nationaliste qu'une entreprise nationale peut être "avalée" par une société étrangère. Dans le cas AGFA-GEVAERT, les sociétés partenaires ont observé avec beaucoup de soins le respect de l'équilibre des deux côtés pour éviter des articles agressifs dans les presses économiques nationales respectives. La "Société européenne" peut être considérée comme une forme neutre et, dans une certaine mesure, d'un rang plus élevé. Le 2ème argument en faveur d'une "Société européenne" en même temps qu'une convention permettant des fusions transnationales est l'effet puissant d'intégration de la première, politiquement et économiquement. Une fusion dans le sens strict a le même effet que la formation d'un établissement stable dans un autre pays, 100% dans les mains d'une société nationale. Les fusions dans le sens économique, les fusions par investissements financiers ou par la prise d'une participation intégrale, mènent à des "entreprises multinationales". Ce deux formes renforcent une seule société d'un seul Etat Membre. La "société européenne" appartient à la Communauté. Il serait très difficile de diviser une "société européenne" qui est le résultat d'une fusion de sociétés na-

tionales. La même chose est vraie si vous regardez le problème de la part des actionnaires. Il y a quelques hésitations avant d'investir dans une société étrangère. Les investisseurs ont plus de confiance dans une société de leur propre pays. De l'autre côté la coopération de deux sociétés très connues au sein d'une "société européenne" renforcera, sans doute, la confiance dans cette nouvelle forme d'entreprise. Dans les douze dernières années, enfin, il y a eu quelques critiques en ce qui concerne le système du Traité, quant aux fusions sur la base de l'article 220 et à l'harmonisation du droit des sociétés par l'application de l'article 54 3 g). On a dit que cette méthode d'harmonisation, directive par directive, serait inadéquate en raison de l'interdépendance des règles du droit des sociétés. Il serait très difficile d'adopter des dispositions pour la solution d'une certaine question sans savoir comment la réglementation des autres questions sera conçue. La "société européenne" est une réglementation complète du droit des grandes entreprises au-delà des frontières. Par cette proposition on a respecté cette interdépendance des règles du droit des sociétés.
