

LA SCE, UNE SUBTILE ARTICULATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DES DROITS NATIONAUX

par Gilbert Parléani⁽¹⁾

Le règlement 2157/2001, relatif à la société européenne, et le règlement 1435/2003, relatif à la société coopérative européenne, montrent à la fois des ressemblances et des dissemblances; en les identifiant, l'auteur met en exergue les particularités de la SCE. Les ressemblances se trouvent dans le mode d'articulation du droit communautaire et des droits nationaux. Ces groupements européens sont régis par le règlement qui les institue sur certains points (constitution, administration), mais sont aussi soumis, sur d'autres points (fonctionnement interne, par exemple), aux lois nationales en vigueur dans l'Etat qui sera choisi pour abriter le siège social; il existe donc une pluralité de rattachements, source de complexité. Les dissemblances proviennent de la différence de nature entre une société coopérative et une société commerciale. Ainsi, le règlement SCE communautarise les principes fondateurs du droit coopératif, en même temps qu'il renvoie aux droits nationaux spécifiques aux coopératives. La soumission de la SCE aux principes coopératifs est donc éclatée, selon que le règlement pose les principes ou renvoie aux droits nationaux. En définitive, il apparaît que le choix de la localisation du siège social de la société est loin d'être neutre.

(1) R. 1435/2003 du Conseil relatif au statut de la société coopérative européenne, JOCE, L. 207 du 18 août 2003, et la directive du même jour, publiée au même JOCE, 2003/72 du Conseil, complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

(2) Art. 6 R. 1435/2003; voir également art. 7 R. 2157/2001; l'administration centrale n'est toutefois pas le principal établissement; les Etats peuvent même être plus sévères et exiger que le siège statutaire et l'administration centrale soient au même endroit.

Après la société européenne, voici la société coopérative européenne (SCE). Un nouveau groupement communautaire est né, régi par un règlement du Conseil⁽¹⁾. Le texte communautaire renvoie explicitement ou implicitement aux droits nationaux, voire aux statuts. Le groupement n'est plus communautaire au sens strict du terme. Il devient rattaché à divers titres à un ordre juridique national dans lequel, pour ce qu'il traite, le règlement communautaire bénéficiera de la primauté.

Comme les autres groupements européens, la société coopérative européenne est une société relevant du droit d'un Etat membre dans lequel le règlement est d'application directe. C'est le siège social qui détermine la localisation de la société et son ordre juridique de rattachement. Bien plus, les fondateurs de la SCE n'ont pas le libre choix de fixer le siège social au gré de leur fantaisie. Les règlements relatifs à la société coopérative européenne et à la société européenne reposent sur le principe « continental » du siège social réel, c'est-à-dire que la société doit avoir dans le même Etat membre son siège social et son administration centrale⁽²⁾. Cette immersion d'une société dite « européenne » dans un ordre juridique national a évidemment des conséquences sur la loi applicable.

(3) JOCE, L. 294 du 10 novembre 2001.

L'article 8 du règlement 1435/2003 pose une hiérarchie de rattachement complexe, que l'on trouvait déjà dans l'article 9 du règlement 2157/2001 relatif à la société européenne⁽³⁾. Le règlement prime, bien sûr. Puis viennent, dans l'ordre, les statuts lorsque le règlement le prévoit expressément, les lois nationales spécifiques aux sociétés coopératives européennes, les lois nationales applicables aux sociétés coopératives nationales, puis les statuts dans les mêmes conditions que pour une société coopérative nationale.

Le renvoi aux lois nationales spécifiques aux sociétés coopératives européennes place les législateurs nationaux devant une alternative qui peut être délicate. Faut-il légiférer ou au contraire demeurer silencieux et offrir un espace de liberté qui peut être séduisant pour les opérateurs économiques? Le renvoi direct aux statuts est plus significatif. Il n'est pas fréquent dans le règlement, mais il semble offrir aux rédacteurs un espace de liberté là où il peut arriver que la loi nationale soit plus contraignante.

Une exception à cet ordre hiérarchique de renvoi est cependant apportée par l'article 8 § 2 du règlement: elle concerne essentiellement les règles de contrôle et les règles prudentielles des entreprises financières. Ces règles de « police » nationales s'impliquent intégralement aux sociétés coopératives qui exercent dans les secteurs d'activité concernés.

Cela permet de se demander si la société coopérative européenne est bien « européenne ». En vérité, elle l'est plus que l'on peut le croire. Ce qui figure explicitement dans le règlement, et qui bénéficie donc de la primauté, est en vérité déterminant et révélateur des intentions de ses auteurs. La même observation ne peut être faite lorsque le règlement renvoie directement aux statuts.

Une observation doit être aussitôt faite. Le parallèle entre la société coopérative européenne et la société européenne ne doit pas être exagéré. Pour la société européenne, il n'y avait guère de difficulté éthique. La société européenne est en clair une forme de société anonyme, dont le statut était déjà très harmonisé entre les Etats membres, en raison de traditions juridiques voisines et grâce aux nombreuses directives d'harmonisation déjà adoptées⁽⁴⁾. La vraie difficulté venait du rôle qu'il fallait reconnaître aux travailleurs. D'où l'articulation d'un règlement (2157/2001) obligatoire couplé à une directive (2001/86) plus souple *a priori*⁽⁵⁾. On retrouve cette même articulation avec la société coopérative européenne: un règlement et une directive relative à l'implication des travailleurs.

En voulant donner un régime à la société coopérative européenne, le règlement 1435/2003 soulève en vérité de délicates questions d'éthique et d'articulation avec les droits nationaux, tous imprégnés, mais sans doute différemment, des principes originels du mouvement coopératif. On ne peut donc comprendre le règlement 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 qu'en le replaçant dans une perspective historique et européenne. Il faut même remonter jusqu'au milieu du XIX^e siècle, jusqu'aux équitables pionniers de Rochdale et aux idées utilitaristes et libérales de Stuart Mill, de Victor Considérant ou de George Owen. Initialement, on concevait plutôt les coopératives comme des regroupements de producteurs ou d'ouvriers. C'est même dès 1830 que de telles coopératives virent en effet le jour.

(4) Sauf bien sûr la cinquième directive sur l'administration de SA, dont le règlement communautaire et la directive sur l'implication des travailleurs reprennent les principes.
(5) JOCE, L. 294 du 10 novembre 2001.

(6) Voir Houpin et Bosvieux, *Traité des sociétés et associations*, t. II, n° 1568.

(7) Aujourd'hui L. 231-1 et suiv. C. Comm.

(8) Les équitables pionniers, puis les développements avec l'école de Nîmes et Ch. Gide (1837-1932).

(9) En Allemagne notamment, avec Schulze Delitzsch. Voir Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 1568, p. 842.

(10) Thaller, *Droit commercial*, 1904, n° 782.

(11) Voir Houpin et Bosvieux et Thaller, *op. cit.*, *loc. cit.*

(12) Publication des changements d'associés. Voir Houpin et Bosvieux, *op. et loc. cit.*

(13) Décret-loi du 30 octobre 1935.

(14) Parts privilégiées ou certificats, L. 13 juillet 1992.

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.* Voir Saintourens, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Rev. soc.*, 1996, 1 ; Alfandari et Jeantin, *Rev. trim. Dr. com.* 1993, 119.

(17) Voir Paris, 24 octobre 1995, *JCP E*, 1995, Pan. 1436, sous réserve de poursuivre ainsi son objet coopératif, voir Mestre, *Lamy sociétés*, n° 4872.

(18) Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, DP 1914, I 257, note LS ; grands arrêts de la jurisprudence commerciale, par B. Bouloc, n° 44.

En France, l'essor réel des coopératives remonte à 1864⁽⁶⁾, et c'est pour elles principalement que fut rédigé le titre III de la loi du 24 juillet 1867 relatif aux sociétés à capital variable⁽⁷⁾. Très rapidement, les sociétés coopératives se diversifièrent et non seulement regroupèrent des producteurs ou consommateurs⁽⁸⁾, mais encore furent utilisées avec d'autres finalités, ce qui fut le cas des coopératives de crédit⁽⁹⁾.

Très tôt aussi, des principes fondamentaux furent posés, qui demeurent encore actuels : prédominance de l'apport en travail sur l'apport en capital ; exclusivisme coopératif (la coopérative est celle qui travaille avec ses propres associés⁽¹⁰⁾) ; suppression des intermédiaires et double qualité de l'associé, à la fois associé, client ou agent de main-d'œuvre⁽¹¹⁾ ; principe démocratique (association d'hommes) avec la règle « un homme, une voix » ; effacement de l'esprit de lucre par une abolition du bénéfice capitalistique remplacé par la ristourne des excédents qui sont le fruit de la coopération des membres ; variabilité du nombre des associés et par conséquent du capital.

Depuis le milieu du XIX^e siècle, le chemin a été long, mais une même question s'est constamment posée : comment concilier efficacité économique et principes coopératifs ? La loi de 1867 avait partiellement répondu à cette question, en évitant aux sociétés coopératives certaines charges que le droit commun imposait aux autres sociétés⁽¹²⁾. Avec le temps, d'autres difficultés ont surgi.

Par touches successives, le législateur français a accompagné l'évolution du mouvement coopératif : regroupements coopératifs avec les unions de coopératives⁽¹³⁾ ; ouverture à des associés non coopérateurs⁽¹⁴⁾ ou à des bailleurs de fonds extérieurs⁽¹⁵⁾ ; libéralisation de la gestion des réserves⁽¹⁶⁾ ou possibilité pour la société de quitter le cadre coopératif⁽¹⁷⁾.

La jurisprudence a aussi, avec pragmatisme, permis aux sociétés du mouvement coopératif de se placer en concurrentes efficaces sur leurs marchés. Comment ne pas citer le célèbre arrêt Caisse rurale de la commune de Manigod⁽¹⁸⁾, véritable acte de naissance fiscal du crédit agricole ?

Le droit de la concurrence, moins brutal qu'on ne le dit souvent, a également reconnu la spécificité des coopératives. Il faut donc le prendre en considération, car le règlement prend bien soin de préciser que les règles de concurrence sont hors de son champ d'application.

La pureté des principes originels s'est cependant émuée. La commercialité envahit le mouvement coopératif et le statut de société commerciale devient, par renvoi, une sorte de droit commun.

Le règlement 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE) s'inscrit tout à fait dans cette perspective finalement ambiguë : respect des principes coopératifs et efficacité économique.

Les principes sont pour une bonne part communs aux traditions des différents Etats européens. Mais ils avaient été transcrits dans des lois nationales, toutes différentes, et sans doute plus différentes encore en matière de coopératives qu'en matière de société anonyme, par exemple.

(19) Voir Menjuq, « La société européenne, la pluralité des rattachements en question », D. 2002, chronique 1052.

Tout cela éclaire les dispositions de l'article 8 du règlement relatif à la loi applicable, avec la pluralité de rattachements⁽¹⁹⁾ qu'il contient et qui est elle-même source de difficulté.

Le règlement opère toutefois un recentrage communautaire. C'est une véritable éthique coopérative européenne qui est proposée. Le rattachement au droit communautaire a une signification autre que technique. La société coopérative européenne ne sera pas un ersatz de coopérative abâtardie par le mercantilisme que certains dénoncent dans la construction européenne. Mais cette coopérative doit être efficace et apte à s'insérer dans le tissu économique. Le règlement vise donc à concilier ces deux impératifs (*première partie*). Mais il a aussi pour objectif de créer une entité européenne, capable de profiter des opportunités du grand marché unique et de ses libertés de circulation (*seconde partie*).

La conciliation communautaire de l'éthique coopérative et de l'efficacité économique

(20) Voir pour la SE – mais le problème est le même – Menjuq, « La société européenne: la pluralité des rattachements en question », D. 2002, 1052.

(21) Art. 249 ex-189 CE.

(22) Les règlements sur les personnes morales européennes sont caractéristiques; voir déjà pour le GEIE, avec le R. 2137/85, et, plus récemment, avec la SE, R. 2157/2001.

La pluralité de lois de rattachement pour la société coopérative européenne⁽²⁰⁾ ne doit pas faire oublier la primauté d'un règlement communautaire. Un règlement communautaire est, on le sait, directement applicable dans le droit des Etats membres, sans qu'il y ait *a priori* besoin de transposition⁽²¹⁾. Cela étant, il existe des règlements qui ne se suffisent pas à eux-mêmes et qui nécessitent le relais des législations nationales, ce qui équivaut à des mesures de transposition⁽²²⁾.

L'étendue du rattachement communautaire est donc significative en elle-même. Il n'empêche que ce rattachement est en l'occurrence rarement exclusif. Le règlement accorde explicitement une place de choix à l'éthique coopérative, ce qui rassurera ceux qui craignent que l'âme du mouvement coopératif se dissolve un jour. Mais le règlement, ici autant implicitement qu'explicitement, laisse transparaître le souci de ses rédacteurs de donner une efficacité minimale aux coopératives, ce qui rassurera ceux qui craignent que les coopératives ne puissent jamais lutter vraiment à armes égales avec leurs concurrents.

Une communautarisation explicite de l'éthique coopérative

On ne peut qu'être frappé par le fait que les rédacteurs du règlement aient à ce point communautarisé l'éthique coopérative. Pour une bonne part, cette éthique bénéficie de la primauté du règlement communautaire. Les renvois aux lois nationales sont peu nombreux et rarement décisifs. Les renvois directs aux statuts peuvent accentuer les possibilités de s'évader des lois nationales. La société coopérative européenne doit, en vertu du seul règlement, respecter des principes fermes et son statut est peut-être plus cohérent que celui de certaines sociétés françaises qui bénéficient de la qualification de coopérative. Cela se vérifie notamment au travers des dispositions qui visent l'entreprise coopérative ou de celles qui visent les coopérateurs.

Ethique et entreprise coopérative

L'objet principal de la coopérative est dans le droit fil de l'esprit coopératif: satisfaction des besoins ou du développement des activités économiques ou sociales de ses membres (art. 1 § 3). Le règlement ne s'applique que si la SCE a bien cet objet principal. C'est le principe de la « double qualité » qui est ici posé (le coopérateur est à la fois associé et partenaire économique). Cette double qualité oblige aussi le coopérateur à participer. On retrouve les dispositions de l'article 1 alinéa 3 de la loi de 1947, inséré par la loi du 13 juillet 1992 modernisant le droit coopératif⁽²³⁾. Les coopératives sont donc des sociétés fermées. L'acquisition de la qualité d'associé est subordonnée à un agrément donné par les organes de direction avec recours devant l'AG⁽²⁴⁾. Ce sont les statuts qui déterminent les conditions d'agrément, lesquelles peuvent être fixées en fonction des relations des coopérateurs avec l'objet de la société (art. 14 § 2). Il s'agit là d'un renvoi très significatif.

Les coopératives européennes sont obligatoirement à capital variable (art. 1 § 2), ce qui est inéluctable compte tenu du droit de retrait ou de la faculté d'exclusion⁽²⁵⁾. On sait que le droit français est quelque peu ambigu⁽²⁶⁾, mais il est en général admis que la variabilité est un instrument indispensable au respect des principes coopératifs⁽²⁷⁾.

Le décalage avec le droit français est ici peu significatif.

Ethique et associé coopérateur

L'éthique coopérative veut aussi que celui qui s'est engagé comme coopérateur puisse se retirer si l'on augmente ses engagements contre sa volonté. Le règlement reconnaît ici un droit de retrait, certes tempéré, car subordonné à l'opposition de l'associé et non à son silence⁽²⁸⁾.

Le principe de vote est celui selon lequel un homme a une voix (art. 59), sauf si, à la fois, la loi nationale et les statuts dérogent. Cette faculté de dérogation offerte aux statuts si la loi nationale le permet est à la fois souple et encadrée. Il est possible de tenir compte dans la détermination des voix de la participation aux activités de la coopérative. Cette « participation » peut être une relation d'affaires (c'est la « double qualité » des membres qui est alors considérée). Bien plus, cette participation peut être « capitalistique », puisque la participation au capital de la coopérative est une « forme » de participation à ses activités. Mais il y a un plafond au total des votes ainsi possibles (pas plus de cinq par associé, pas plus de 30 % du total des votes⁽²⁹⁾). Toutefois, il n'y a pas de plafond lorsque les membres de la SCE sont majoritairement des coopératives. La loi nationale, relayée par les statuts, peut ainsi ouvrir un espace de liberté dans les coopératives du deuxième degré.

La coopérative n'est pas une société de capitaux. Les coopérateurs n'ont pas droit à un bénéfice distribuable égal à l'excédent. Le règlement impose ainsi d'abord la constitution d'une réserve légale et permet ensuite aux statuts de prévoir la distribution de ristournes coopératives⁽³⁰⁾. Il est remarquable que le règlement renvoie ici directement aux statuts.

(23) Les alinéas 1 et 2 font plutôt référence à la suppression des intermédiaires, idée initiale du mouvement coopératif.

(24) Art. 14.

(25) Voir *infra*, n° 23.

(26) Art. 13 L. 1947. Voir aussi pour les coopératives de banque qui sont des unions au capital fixe, art. L. 512-61 CMF.

(27) Voir par exemple Hérial, v° coopérative, *D. rép. Soc.* n° 176.

(28) Art. 15 § 2.

(29) Avec un plafond abaissé à 20 % dans les entreprises financières. Voir par exemple la plus grande souplesse du droit français, pour les caisses d'épargne, art. L. 512.89 CMF.

(30) Ce n'est plus la loi, comme le prévoit l'article 15 L. 1947.

Une recherche explicite et implicite d'efficacité économique

La recherche de l'efficacité maximale peut conduire à tous les renoncements. De ce point de vue, le règlement 1435/2003 apparaît prudent et de nature à conduire à des solutions équilibrées. Le règlement alterne subtilement le rattachement communautaire explicite et les renvois aux lois nationales ou aux statuts. Par le biais de la « nationalité » de la société coopérative européenne déterminée par le siège social réel⁽³¹⁾, les dispositions et traditions nationales reviennent en force. Certaines, peut-être trop marquées par un souci d'efficacité, font toujours problème.

(31) Voir *supra*, pour l'article 6 du règlement 1435/2003, n° 1.

L'explicite

La communautarisation des mesures qui peuvent accroître l'efficacité économique des coopératives est certaine, mais mesurée. Plusieurs illustrations viennent à l'esprit : les regroupements coopératifs, le regroupement, au sein de la coopérative, de coopérateurs et de partenaires financiers, et les filialisations.

Les regroupements coopératifs

Les coopératives peuvent bien sûr être des regroupements d'hommes, personnes physiques. Mais l'efficacité économique peut être atteinte sans renoncements aux principes en permettant aux coopératives de regrouper des personnes morales. Cela est tout à fait possible en vertu de la loi française de 1947. Le règlement prévoit que des sociétés au sens de l'article 48 du traité⁽³²⁾, voire des « entités » publiques ou privées, peuvent participer à la création d'une coopérative.

(32) Sur cette notion, voir Gavalda et Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 4^e éd., n° 207 et suiv.

Cette formulation ouverte bénéficie bien sûr aux unions de coopératives, et aux coopératives du deuxième degré, qui sont, on le sait, des sociétés coopératives de plein exercice⁽³³⁾.

(33) Voir art. 19 bis L. 1947.

L'association des coopérateurs et des partenaires financiers

Les coopératives européennes peuvent encore, et en second lieu, regrouper des associés non coopérateurs, simples bailleurs de fonds. Cela pose bien sûr une question d'éthique. Que reste-t-il de l'esprit coopératif, si le financement n'est plus celui des coopérateurs, mais celui des investisseurs, c'est-à-dire, en dernière analyse, du marché ? Il faut ici que la loi nationale et les statuts concordent pour ouvrir cette possibilité. La législation française a déjà admis cette entorse à l'esprit, notamment avec la loi du 13 juillet 1992. Le règlement permet explicitement, en son article 64, ce qu'en France on appelle certificats coopératifs d'investissements. Il est tout à fait frappant que le règlement offre cette liberté aux rédacteurs de statuts, quelle que soit la loi nationale, alors que pour l'admission de membres investisseurs, il faut une permission légale. La recherche d'efficacité économique est ici très perceptible. L'intérêt financier de ces titres les a fait critiquer. Le règlement parle de « titres à avantages particuliers » dont les détenteurs n'ont pas le droit de vote. En effet, les titulaires de ces certificats ne sont ni des associés⁽³⁴⁾ ni des membres. Investisseurs tiers bénéficiant du droit à avoir certaines

(34) L. 1947.

informations (« dans les mêmes conditions que les associés », art. 19 *octodecies* L. 1947), ils détiennent des titres (« instruments financiers ») librement négociables⁽³⁵⁾.

(35) Art. 19 *novodecies*, L. 1947.

Les filialisations

On peut encore prendre l'exemple de la filialisation. C'est une question très délicate, car la filialisation peut aboutir à vider la coopérative de son objet social, pour la transformer en simple holding. L'entrave à l'esprit coopératif a souvent été dénoncée à ce propos⁽³⁶⁾. L'article 1 § 3 du règlement autorise expressément une SCE à mener ses activités par l'intermédiaire d'une filiale. On retrouve alors une discussion déjà conduite et non complètement résolue en droit français. La SCE peut-elle confier « toutes » ses activités à la filiale et peut-elle confier d'autres activités que celles de son objet social à des filiales⁽³⁷⁾ ?

(36) Voir Hérial, art. préc. n° 176 et les références.

(37) Encore que les clauses d'objet social peuvent être extensives.

L'implicite

Les renvois du règlement aux législations nationales ou aux statuts semblent anodins. Ils ne le sont pas. Ils ne dévoilent pas les conséquences pratiques que les rédacteurs du règlement avaient présentes à l'esprit. L'implicite apparent renvoie à des dispositions nationales parfois très différentes selon les Etats. On retrouve une des constantes de l'harmonisation communautaire, qui est la compétition entre les lois⁽³⁸⁾. C'est là l'effet de l'article 8 du règlement, qui, pour les matières qui n'y sont pas réglées, ou qui n'y sont réglées que partiellement, renvoie éventuellement aux lois nationales qui s'appliqueraient à une société coopérative, sans discrimination (art. 9).

(38) Voir nos obs. sous CJCE 9 mars 1999, *Centros*, *Rev. soc.* 1999, 386.

Les conséquences de ces renvois peuvent être très variables et renforcer l'intérêt du « shopping » entre les lois. L'éthique coopérative y trouve plus ou moins son compte. On peut le constater, en se penchant d'abord sur le contrôle toujours discutable des coopérateurs par la coopérative et, ensuite, sur l'indiscutable nécessité de réglementer les retraits et exclusions.

Le coopérateur contrôlé par la coopérative

L'exemple est tiré du statut spécial des sociétés coopératives de commerçants détaillants, issu de la loi du 11 juillet 1972. L'exemple est très communautaire, car ces coopératives sont les seules en France qui bénéficient explicitement du droit d'accueillir comme coopérateurs des commerçants établis dans les autres Etats membres de l'UE ou de l'EEE⁽³⁹⁾.

Les coopératives européennes, en vertu du règlement, peuvent constituer des filiales pour exercer « leurs » activités⁽⁴⁰⁾. Mais les activités des coopérateurs ne sont pas *a priori* celles de la coopérative. Pourtant, la loi NRE du 15 mai 2001 a permis à ces coopératives particulières de prendre des participations même majoritaires dans les sociétés directement ou indirectement associées exploitant des fonds de commerce⁽⁴¹⁾. Où est l'esprit coopératif, quand la coopérative contrôle les coopérateurs ? On voit bien, en revanche, le souci d'efficacité et de préservation de la puissance économique du groupe coopératif.

(39) Art. 4 L. 1972, devenu L. 124.4 C. Com.

(40) Art. 1 § 3.

(41) Nouvel article L. 124.1,7 ° C. Com.

Dans le silence du règlement, ou devant l'imprécision de son article 1 § 3, les sociétés coopératives européennes de commerçants détaillants immatriculées en France devraient pouvoir bénéficier de cette dérogation.

L'organisation des retraits et des exclusions

La recherche d'efficacité de la coopérative passe aussi par une réglementation légale ou statutaire des retraits ou des exclusions. L'encadrement de ces procédures est nécessaire, d'un côté, pour maintenir la cohérence du cercle des associés (permanence de l'esprit et participation des coopérateurs au bénéfice mutuel de chacun d'eux, au sein de la coopérative) et, d'un autre côté, pour maintenir la puissance économique de l'entité coopérative. Le règlement est à ce titre à moitié explicite et renvoie en fait aussi bien aux statuts qu'aux lois nationales⁽⁴²⁾.

Il permet d'abord explicitement l'exclusion d'un membre lorsque celui-ci a manqué gravement à ses obligations ou a commis des actes contraires aux intérêts de la SCE⁽⁴³⁾. La procédure est organisée⁽⁴⁴⁾. Le coopérateur doit rechercher la satisfaction des besoins de tous les membres et le développement de leurs activités. La matière n'est pas régie par le règlement. En application de l'article 8, on revient au droit national.

Le règlement prévoit également le retrait. Le retrait peut affaiblir la coopérative. Il importe qu'il soit encadré. Le règlement, en son article 15, prévoit d'abord le retrait de manière très générale, avec un renvoi implicite aux lois nationales. Le retrait peut donc entraîner l'application de pénalités statutaires, voire être interdit pendant une certaine période (la violation de cette interdiction pouvant entraîner des pénalités) dans les conditions rendues possibles par la loi nationale⁽⁴⁵⁾. L'article 8 renvoie ici à cette loi. Plus intéressant est l'article 15 § 2 du règlement, qui ouvre un droit de retrait en cas d'augmentation des engagements ou des obligations (financières ou autres) des associés. Ce droit de retrait spécifique est réglementé de façon presque exhaustive⁽⁴⁶⁾. En cas de modification des obligations des associés, seuls ceux qui ont voté contre peuvent bénéficier de ce droit, mais dans un délai de deux mois à compter de l'AG, dans les anciennes conditions des statuts, et notamment de préavis⁽⁴⁷⁾. Cela veut-il dire que ceux qui ont voté pour, ou surtout qui se sont abstenus, ne bénéficieront pas de ce droit spécial?

(42) Voir art. 5 § 4 et 8. Les jurisprudences nationales, et notamment françaises, sont en général très développées.

(43) Art. 15 § 1; cela peut viser la simple concurrence ou l'appartenance à un groupe concurrent.

(44) Art. 15 § 3: décision de l'organe de direction après audition, et appel devant l'AG.

(45) Sur les pénalités et le droit de la concurrence, voir supra, n° 4.

(46) Mais pas tout à fait, voir art. 5 § 4.

(47) Art. 15 § 2 al. dernier *a contrario*.

L'accès au marché communautaire et la commercialisation du droit coopératif

La société coopérative est européenne et doit permettre aux coopératives nationales, notamment, de profiter enfin des opportunités du grand marché intérieur. Des perspectives nouvelles s'offrent peut-être aux coopératives, mais il faut aussi que les coopératives européennes offrent partout en Europe une même sécurité juridique pour ceux qui seront en rapport d'affaires avec elles. On comprend alors que les dispositions qui régissent la constitution de la SCE, c'est-à-dire son

accès au marché européen, soient pour l'essentiel contenues dans le règlement.

Opérateur économique communautaire, la SCE devra agir, comme toute société relevant du droit d'un Etat membre, dans tout l'espace européen, et de manière à satisfaire aux objectifs de protection tant des associés que des tiers énoncés par l'article 44 § 3 g (ex-54) du traité de Rome. Cela conduit à se préoccuper des organes sociaux et de la vie interne de la société. La « commercialisation », ici sécuritaire par nature, touche tout naturellement au premier chef les organes de distribution.

On comprend que le règlement ait détaillé les règles destinées à garantir la sécurité juridique vis-à-vis des tiers, mais nettement moins celles qui concernent les rapports internes. On touche là la distinction entre organes de direction et organes de délibération. Les organes de direction sont ceux qui sont responsables de la présence de la SCE sur le marché. Leur régime est donc relativement communautarisé et « commercialisé ».

L'accès de la SCE au marché européen

La SCE peut se constituer de plusieurs façons envisagées de manière exhaustive et large par le règlement. Le mouvement coopératif trouve là, enfin, une structure adaptée à un marché devenu transnational. Jusqu'à présent, les coopératives étaient à cet égard en état d'infériorité par rapport aux sociétés commerciales transactionnelles, qui trouvent dans le régime des opérations sur titres les moyens de créer des regroupements internationaux efficaces (holdings, sous-holdings...). Certes, par parallélisme avec le régime de la société européenne, l'implication des travailleurs est une nécessité, mais, là aussi, cette nécessité est plus apparente que réelle.

L'accès du mouvement coopératif à une structure transnationale adaptée

La liberté communautaire de constituer des SCE partout en Europe ne devrait pas être remise en cause par des dispositions nationales d'agrément ou d'autorisation. Pourtant, le renvoi aux droits nationaux peut jeter le doute. En revanche, les modalités pratiques de constitution sont relativement communautarisées, ce qui garantit une certaine uniformité et ouvre le choix des fondateurs.

Liberté communautaire et agrément national

On peut se demander si la création d'une société coopérative européenne est libre, même si le droit national prévoit des agréments ou des autorisations administratives. On sait qu'en France les coopératives agricoles doivent être agréées, sans parler des coopératives qui ont le statut d'entreprises financières. L'agrément est bien sûr une restriction importante par nature à la création d'une société.

Liberté communautaire et modalités communautaires de constitution

La grande « communautarisation » des modalités de constitution de la société coopérative européenne est synonyme de prévisibilité et d'ouverture de choix identiques quelle que soit la localisation retenue pour la SCE.

C'est l'article 2 du règlement qui ouvre largement la liste des fondateurs possibles (sociétés, personnes physiques, « entités », coopératives ou unions, et transformation de coopératives), pourvu bien sûr qu'il y ait un critère d'extranéité par rapport à un Etat (résidence, ou établissements, dans plusieurs Etats membres ou soumission à la loi de plusieurs Etats membres). Cela ouvre explicitement à toutes les coopératives le droit d'accès au marché communautaire, qui était, jusqu'à présent en France, uniquement prévu pour les sociétés coopératives de commerçants détaillants⁽⁴⁸⁾.

(48) Voir *supra*, n° 22

Les modalités pratiques de constitution *ex nihilo* sont pour l'essentiel décrites dans le règlement, avec un renvoi subsidiaire au droit national des sociétés anonymes. La commercialisation du droit coopératif est déjà perceptible. Il est vrai que le droit des SA est déjà communautarisé pour une bonne part et que beaucoup de sociétés coopératives empruntent, en France tout au moins, la forme de société anonyme coopérative à capital variable. Le problème des fonds propres est toujours crucial et lancinant pour les coopératives. Le seuil de 30 000 euros résulte d'un laborieux compromis (art. 3). L'article 4 vise à une stabilité minimale de ce capital en réglementant la libération des parts et en interdisant les apports en industrie.

Si les constitutions *ex nihilo* sont sans aucun doute vues avec faveur par le législateur communautaire, car elles permettent effectivement de créer des coopératives européennes du « deuxième degré »⁽⁴⁹⁾, équivalentes à nos unions de coopératives nationales, la création d'une société coopérative européenne par fusion ou transformation peut répondre à des considérations d'opportunité économique plus particulières.

(49) Voir neuvième considérant du règlement 1435/2003.

En ce qui concerne les fusions, les articles 20 à 25 du règlement contiennent des dispositions relativement harmonisées, avec notamment le principe de transmission universelle du patrimoine (article 33 § 1).

Cela étant, les modalités pratiques de la fusion dépendront pour une part non négligeable des droits nationaux, chaque coopérative fusionnante étant subsidiairement soumise aux dispositions applicables à la fusion de coopératives dans l'Etat dont elle relève et, à défaut, aux règles internes de fusion applicables aux sociétés anonymes.

La transformation ne soulève pas les mêmes difficultés, car elle demeure nationale et ne peut pas être le prétexte d'un transfert concomitant du siège dans un autre Etat membre⁽⁵⁰⁾.

(50) Art. 35 § 2.

La nécessaire prise en compte des travailleurs

Le parallèle avec le statut de la SE ne doit pas abuser. La situation des travailleurs au sein des coopératives est extrêmement diversifiée et les législations des Etats membres divergent profondément. Si le règlement prévoit bien une liaison entre l'immatriculation de la SCE et le respect des prescriptions de la directive 2003/72, cela ne signifie nullement une « implication » obligatoire. D'abord, le principe avant-après est rappelé⁽⁵¹⁾ et ce principe peut dans certains cas freiner les délocalisations (sauf à atteindre une double majorité au sein du groupe spécial de négociation). Ensuite, en cas de fusion, les dispositions de référence peuvent ne pas être rendues

(51) Voir le septième considérant.

(52) Voir le neuvième considérant.

obligatoires par la loi de l'Etat du siège de la coopérative européenne⁽⁵²⁾. En pratique, l'implication des travailleurs dans la SCE est quasi facultative.

La présence sur le marché communautaire des sociétés coopératives européennes

Les sociétés coopératives européennes doivent bénéficier, sans discrimination, des libertés de circulation communautaires. Cela conduit, en particulier, à donner aux coopératives le droit de migrer ou de se délocaliser, mais aussi le droit d'offrir partout leurs produits ou leurs services, ce qui implique de se préoccuper de la sécurité des tiers.

Le droit de migrer

L'une des principales difficultés que soulève le droit communautaire vient du droit à la délocalisation.

La délocalisation est le simple exercice de la liberté communautaire d'établissement, et il ne saurait y avoir fraude à la législation d'un Etat membre de l'exercer pour quitter son sol et son ordre juridique civil, fiscal ou social⁽⁵³⁾. Les célèbres arrêts de la Cour de justice dans les affaires Centros⁽⁵⁴⁾ et Uberseering⁽⁵⁵⁾ l'ont affirmé clairement.

On ne peut guère être surpris dès lors que ce soit le règlement qui traite, dans son article 7, de manière quasi exclusive, de la question essentielle (dans une perspective communautaire) du transfert du siège social. Le transfert, est-il précisé, n'emporte ni dissolution ni création d'une personne morale nouvelle. La précision est importante, mais est vidée d'une bonne part de son intérêt par la limite du champ d'application du règlement. Il ne concerne que la partie de l'opération qui touche au droit des sociétés. La matière fiscale et le droit de la concurrence, en particulier, ne sont pas couverts par le règlement (voir seizième considérant).

Bien plus, les autorités compétentes doivent délivrer un certificat attestant l'accomplissement de formalités préalables au transfert, en s'assurant d'une protection adéquate des créanciers (les lois nationales peuvent étendre cette protection aux créances à naître avant le transfert et au désintéressement ou à la garantie des dettes publiques). De surcroît, les Etats peuvent s'opposer au transfert pour des raisons d'« intérêt public », sans préjudice de la faculté d'opposition des autorités de surveillance des entreprises financières.

Le droit d'agir dans l'espace européen

Le droit d'agir partout dans cet espace décloisonné implique que les tiers puissent traiter avec une sécurité minimale avec cette personne morale communautaire qu'est la société coopérative européenne.

On retrouve ici la philosophie de l'article 44 § 3 g du traité de Rome. On retrouve aussi les discussions qui ont entouré l'élaboration, puis l'abandon du projet de cinquième directive sur les sociétés anonymes⁽⁵⁶⁾. On sait qu'un des points d'achoppement de ce projet concernait le rôle des travailleurs. Comme pour la SE, le règlement relatif à la SCE reprend les principes du projet de cinquième directive. Il lie la constitution de la SCE à une

(53) La délocalisation peut être rendue difficile par les règles de majorité au sein du GSN, prévu par la directive 2003/72.

(54) CJCE, 9 mars 1999, préc.

(55) CJCE, 5 nov. 2002, JCP, E, 2003, 1114, et nos obs.

(56) Voir Gavalda et Parléani, *op. cit.*, n° 228.

(57) Voir *supra*, n° 32.

négociation sur l'« implication » des travailleurs selon la directive 2003/72⁽⁵⁷⁾ et donne à la SCE une structure éprouvée, de nature à sécuriser les tiers, tout simplement parce qu'elle est décalquée de ce que l'on connaît déjà dans la plupart des Etats membres pour les sociétés anonymes. C'est ainsi que le règlement communautarise et « commercialise » le régime des organes de direction ou de surveillance, car ce sont ceux qui sont principalement au contact des tiers⁽⁵⁸⁾. Logiquement, la commercialisation est beaucoup moins présente au niveau des associés.

(58) Voir les articles 36 et suiv.

La « commercialisation » du statut des organes de direction ou de surveillance

Le règlement 1435/2003 s'inspire à l'évidence de celui (2157/2001) relatif à la société européenne, lequel plonge ses racines dans la proposition jamais concrétisée de cinquième directive. La société coopérative européenne peut choisir entre deux systèmes de direction qui sont aujourd'hui classiques pour les sociétés anonymes : le système moniste et le système dualiste. Les aménagements pour tenir compte de la spécificité coopérative sont peu nombreux.

Le système moniste (articles 42 et suiv.) comprend un seul organe d'administration qui assure la gestion et représente la société à l'égard des tiers et en justice (un directeur général pouvant être chargé de la gestion courante dans les mêmes conditions que pour les coopératives nationales⁽⁵⁹⁾). Le système dualiste (articles 37 et suiv.) comprend un organe de direction et un organe de surveillance, seul le premier étant responsable de la gestion et représentant la société à l'égard des tiers et en justice⁽⁶⁰⁾.

(59) Le particularisme des coopératives permet de ranger sous cette appellation aussi bien les directeurs généraux qui connaissent les sociétés anonymes que, par exemple, les directeurs généraux spécifiques des coopératives agricoles.

(60) Mais l'organe de surveillance représente la société vis-à-vis de l'organe de direction.

Les règles communes à ces deux systèmes de direction sont tirées du droit des sociétés anonymes, qui est traditionnellement sécuritaire. Le droit coopératif se commercialise à ce propos, étant observé qu'il existe déjà (en France notamment) de très nombreuses sociétés coopératives qui ont choisi la forme de société anonyme. Il ne s'agit donc pas d'une révolution juridique.

Le même objectif sécuritaire explique la précision du règlement sur l'établissement et le contrôle des comptes, avec, notamment, le renvoi à la directive 84/253⁽⁶¹⁾.

(61) Articles 68 à 71.

La faible « commercialisation » des rapports internes à la société

La perspective sécuritaire s'estompe ici, au profit de l'esprit coopératif. Des principes spécifiques retrouvent leur empire. Ainsi, le principe de double qualité, et de recherche du bénéfice mutuel des membres, entraîne par lui-même des obligations à la charge des coopérateurs. La loyauté est ici essentielle et placée dans une perspective économique⁽⁶²⁾. Ce principe fondateur du droit coopératif met quelque peu en retrait le principe de « sécurité des associés » exprimé à l'article 44 § 3 g du traité de Rome. De surcroît, la combinaison de ces principes peut dépendre de considérations extrêmement variables. C'est la raison pour laquelle, en ce qui concerne par exemple les conflits d'intérêts (conventions réglementées), il est renvoyé

(62) Art. 1 § 3.

(63) Art. 48.

(64) Art. 14.

(65) Art. 15 § 1. Cela vise ainsi les pactes d'actionnaires, ou clauses d'agrément ou de préemption. La seule obligation est celle, classique en matière de coopératives, de rembourser le nominal sur trois ans (art. 16).

(66) Art. 52 et suiv.

(67) Art. 58 § 1.

(68) Art. 59 § 1; principe « un homme une voix »; voir les atténuations à la règle et les limitations de voix des investisseurs, *supra*, n° 12.

(69) Art. 56 et 60.

(70) Art. 55 et 57; le règlement fixe les seuils (cinq cents personnes ou 10 % des voix) et les statuts peuvent fixer des seuils inférieurs.

(71) Voir l'article 66 relatif aux ris-tournes.

aux statuts et à la loi nationale⁽⁶³⁾. Les statuts sont ici considérés dans le cadre obligatoire ou facultatif de la loi de l'Etat du siège.

Il en est de même des conditions de fond d'acquisition ou de perte de la qualité d'associé⁽⁶⁴⁾, ou encore de celles relatives aux cessions de parts⁽⁶⁵⁾. On touche là encore aux questions essentielles du droit de retrait et de l'exclusion. Ce qui concerne la convocation et la tenue des assemblées est pour la plus grande part abandonné aux statuts⁽⁶⁶⁾. Toutefois, les principes démocratiques coopératifs et le souci de protéger les minoritaires (aujourd'hui habituel en droit des sociétés) ont conduit les rédacteurs du règlement à imposer quelques règles. Ainsi en est-il du droit de tout membre de la coopérative, quel que soit le membre ou ses parts, d'assister à toutes les assemblées avec voix délibérative⁽⁶⁷⁾ et avec en principe une voix⁽⁶⁸⁾.

Les minoritaires, outre le droit d'information reconnu à tout associé⁽⁶⁹⁾, reçoivent le droit de convoquer l'assemblée ou de demander l'inscription de points à l'ordre du jour⁽⁷⁰⁾. Enfin, les règles relatives au partage des bénéfices sont pour l'essentiel laissées à la discrétion des rédacteurs des statuts⁽⁷¹⁾.

Conclusion

En conclusion de cette présentation du règlement 1435/2003, qui ne peut être exhaustive, on peut observer, *grosso modo*, une harmonie avec les principes coopératifs français issus de la loi de 1947.

Il est beaucoup plus délicat d'apprécier la liberté qu'il offrira aux nombreuses coopératives françaises soumises à des statuts particuliers. Comme toujours, le droit communautaire fera évoluer les droits nationaux par contagion ou par capillarité. C'est la différence, sur le même sol, entre les droits internes et celui applicable aux sociétés coopératives européennes qui fera évoluer les premiers, s'ils sont perçus par les opérateurs comme inutilement complexes et contraignants. ●