



Association
Henri Capitant

PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES

LIBRE 4

DROIT DES SOCIETES

Document de travail provisoire pour discussion

Groupe de travail (par ordre alphabétique)

Philippe Dupichot, président de l'Association Henri Capitant, codirecteur du groupe de travail

Christoph Teichmann, professeur à l'université de Würzburg, codirecteur du groupe de travail

Monica Fuentes Naharro, professeur à l'université Complutense de Madrid ;

Benoit Lecourt, professeur à l'université Paris Nanterre ;

Antoine Lelong, avocat au Barreau de Paris, Gide ;

Gerd Leutner, avocat au Barreau de Berlin, CMS ;

Edmond Schlumberger, professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ;

Christophe Vielpeau, notaire à Meaux.

Document de travail provisoire pour discussion

LIVRE 4 : DROIT DES SOCIETES

Article 4.1. Préambule

Les principes généraux qui suivent résultent du principe de liberté d'établissement des sociétés garanti par le TFUE, des directives européennes en matière de droit des sociétés et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Commentaire : La liberté d'établissement des sociétés proclamée par le TFUE, les directives sociétaires et la jurisprudence de la CJUE ont fait émerger un acquis européen qui constitue un *jus commune*.

Les principes généraux suivants découlent de ce *jus commune* et tendent à éclairer les dispositions applicables et les arrêts rendus par la CJUE, sans s'y substituer. Ils s'inspirent également des principes généraux du European Model Company Act (EMCA) qui a été présenté en 2017 par un groupe d'experts internationaux. Les principes généraux dans ce Code ne couvrent que les sociétés de capitaux, puisqu'une harmonisation du droit des sociétés de personnes n'a pas encore été achevée en droit européen.

TITRE PREMIER : PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DES SOCIETES DE CAPITAUX DANS L'UNION EUROPEENNE

CHAPITRE 1 : SOURCES DU DROIT

Article 4.1.1. Sources du droit des sociétés de capitaux dans l'Union Européenne

(1) La constitution d'une société de droit national est régie par les règles de droit de l'Etat membre d'immatriculation adoptées en application des directives européennes en matière de droit des sociétés.

(2) Les formes sociales de droit de l'UE visées au Titre second du présent Livre sont régies par le droit de l'UE, le cas échéant, complété par le droit de l'Etat membre d'immatriculation.

Commentaire : La constitution d'une société est, en principe, régie par le droit national. Le droit européen a permis d'atteindre un certain niveau d'harmonisation ; celle-ci n'est cependant pas complète. La Directive 2017/1132/UE contient des dispositions sur la constitution d'une société (Art. 1^{er} à Art. 6 de la Directive), qui ne s'appliquent qu'aux sociétés figurant dans l'annexe I de la Directive (société anonyme en France, Aktiengesellschaft en Allemagne). Il y a d'autres dispositions (Art. 7 à Art. 12) qui couvrent également les sociétés figurant dans l'annexe II de la Directive (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société par actions simplifiée en France ; Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung en Allemagne). Il s'ensuit que la constitution d'une société n'est que partiellement appréhendée par le droit européen ; il reste des aspects non harmonisés, par exemple la forme de l'acte de constitution (acte notarié en Allemagne).

4.1.2. Rattachement d'une société de capitaux à l'ordre juridique d'un Etat member

(1) *La localisation du siège statutaire, de l'administration centrale ou du principal établissement détermine le rattachement de la société à l'ordre juridique d'un Etat membre aux termes de l'article 54 du TFUE.*

(2) *Le rattachement des sociétés de droit national est déterminé par le droit de l'Etat membre d'immatriculation ; celui des formes sociales de droit de l'UE est déterminé par le droit de l'UE.*

(3) *L'Etat membre d'immatriculation ne peut imposer la dissolution ou la liquidation d'une société qui choisit de transférer son siège statutaire dans un autre Etat membre aux fins de sa transformation en une société relevant du droit de ce dernier Etat membre. En ce cas, à l'issue de cette transformation, la société est soumise au droit de l'Etat membre d'accueil du siège statutaire.*

Le rattachement d'une société de droit national au droit d'un certain Etat membre est assujéti à la jurisprudence de la Cour Européenne sur la liberté d'établissement. Un Etat membre dispose de la faculté de définir le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national (Arrêt Cartesio, affaire C-210/06, no. 110). Sont placé sur un même plan le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien de rattachement (Arrêt Cartesio, affaire C-210/06, no. 106). L'Etat membre de constitution n'a pas le droit d'imposer la dissolution et la liquidation d'une société et par cela d'empêcher celle-ci de se transformer en une société de droit national d'un autre Etat membre pour autant que ce droit le permette (Arrêt Cartesio, affaire C-210/06, no. 112, confirmé par les arrêts Vale, affaire C-378/10 et Polbud, affaire C-106/16 ; cf. également Sec. 1.13 EMCA).

CHAPITRE 2 : CARACTERES DE LA SOCIETE

Article 4.1.2.1. Définition de la société

La société est une personne morale titulaire d'un patrimoine distinct de celui de ses associés qui exerce une activité économique intéressée.

Commentaire : Les sociétés de capitaux dans l'UE ont trois caractères en commun. Premièrement, elles ont la personnalité morale et l'UE ne s'intéresse pas aux sociétés sans personnalité morale (sociétés en participation ou créées de fait par exemple). Deuxièmement, la société est titulaire d'un patrimoine social distinct de celui des associés qui répond seul des dettes sociales (*voir infra* 4.1.2.5.). Troisièmement, elle embrasse une activité économique intéressée.

Article 4.1.2.2. Enjeux sociaux et environnementaux

Dans les conditions posées par le droit de l'Etat membre d'immatriculation, la société prend en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

Commentaire : Il a paru important de souligner que, conformément à une évolution qui traverse de nombreux droits de l'UE, la société peut être tenue de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité dans les conditions

posées par son Etat membre d'immatriculation. C'est le cas en droit français depuis la réforme introduite par la loi Pacte du 22 mai 2019 à l'article 1833 al.2 du code civil. Il sera naturellement compte de la Directive 2022/2464/UE sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (Directive dite CSRD).

Article 4.1.2.3. Unité ou pluralité d'associés

Une société de capitaux peut être constituée par une ou par plusieurs personnes physiques ou morales.

Commentaire : La Douzième Directive 89/667/CEE du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé a largement diffusé la figure de la société unipersonnelle. La majorité des Etats membres a étendu ce principe aux sociétés anonymes (cf. également Sec. 4.02 EMCA). Il s'ensuit que la société de capitaux peut avoir un unique associé lors de sa constitution ou à la suite d'une réunion de toutes ses parts en une seule main. Aussi, la possibilité de constituer des sociétés de capitaux unipersonnelles permettant de rattacher une activité (entrepreneuriale notamment) à un patrimoine social distinct de celui des actionnaires constitue-t-elle un élément du droit commun européen des sociétés.

Article 4.1.2.4. Apports

(1) La société peut être constituée par les apports en numéraire, en nature des associés ou, si cela est prévu par l'Etat d'immatriculation en conformité avec le droit européen, par celui de leur force de travail.

(2) Un associé ne peut être contraint à réaliser de nouveaux apports sans y avoir personnellement consenti.

Commentaire : La constitution d'une société de capitaux implique que des apports soient effectués par ses associés. Les apports peuvent être très classiquement soit en numéraire, soit en nature : en effet, seuls de tels apports ont vocation à doter le capital social et répondre des dettes sociales en tant qu'ils sont saisissables par les créanciers sociaux.

Toutefois, si cela est permis par l'Etat membre d'immatriculation, des apports en industrie peuvent être effectués, ces derniers impliquant la mise à disposition d'une force de travail au profit de la société et pouvant être utiles notamment pour les sociétés de professionnels libéraux (1). Pour des sociétés anonymes, cependant, les apports en industries sont interdits par la Directive 2017/1132/UE.

Par ailleurs, un associé ne saurait être contraint, sans y avoir personnellement consenti à réaliser de nouveaux apports (2°) ; c'est là une application de la liberté de ne pas contracter que l'on trouve par exemple au fondement de l'article 1836 du code civil français.

Article 4.1.2.5. Limitation de la responsabilité

Dans les sociétés de capitaux, la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports.

Commentaire : Les sociétés de capitaux se caractérisent par une limitation de la responsabilité des associés au montant de leurs apports (cf. également Sec. 1.04 (2) EMCA).

CHAPITRE 3 : IMMATRICULATION DE LA SOCIETE DE CAPITAUX

Article 4.1.3.1. Acquisition de la personnalité morale

(1) Dans chaque État membre, un dossier est ouvert auprès d'un registre central pour chacune des sociétés qui y sont inscrites, auquel sont versés leurs statuts et leurs modifications ultérieures.

(2) Les modalités de contrôle préventif de constitution et d'immatriculation sont prévues par le droit de l'État membre d'immatriculation.

(3) Le contrôle peut être effectué soit par une autorité administrative ou judiciaire, soit par une formalisation des statuts de la société par acte authentique.

(4) La société acquiert la personnalité morale à compter de son immatriculation dans le registre.

Commentaire : L'article fait référence aux dispositions de la Directive 2017/1132/UE sur la publicité des sociétés de capitaux. Selon l'article 16 de cette Directive, un dossier est ouvert dans chaque État membre auprès d'un registre central, du commerce ou des sociétés pour chacune des sociétés qui y sont inscrites. En outre, selon l'article 10 de la même Directive, chaque État membre prévoit un contrôle préventif pour la constitution de la société. Plus précisément, dans tous les États membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif administratif ou judiciaire lors de la constitution d'une société, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications de ces actes doivent être passés par acte authentique. Selon un principe général de droit des sociétés de capitaux, la société acquiert sa personnalité à compter de son immatriculation dans le registre (cf. Art. 16 al. 1 du Règlement no. 2157/2001 relatif au statut de la société européenne ainsi que Sec. 1.04 (1) EMCA).

Article 4.1.3.1. Immatriculation en ligne

(1) La constitution de la société de capitaux et le contrôle légal préventif peuvent entièrement être effectués en ligne sans que le ou les fondateurs n'aient à se présenter en personne devant une autorité de l'État membre de l'immatriculation.

(2) Cette constitution en ligne s'effectue conformément aux conditions prévues par le droit européen.

Commentaire : La Directive 2019/1151/EU a modifié la Directive 2017/1132/UE en vue de permettre la constitution des sociétés de capitaux en ligne. Tous les actes et informations visés à l'article 14 de la Directive 2017/1132/UE, et toute modification de ceux-ci pourront être effectués entièrement en ligne dans le Registre de l'État membre dans lequel la société est immatriculée.

La constitution de la société et le contrôle légal préventif peuvent être effectués en ligne sans que le fondateur(s) aient à se présenter en personne devant une autorité de l'État membre de l'immatriculation (art. 13 octies Directive 2017/1132/UE).

Article 4.1.3.5. Nullité d'une société

(1) La nullité d'une société ne peut être prononcée que dans les cas prévus par les textes.

(2) La nullité de la société n'est pas rétroactive.

(3) Après l'immatriculation de la société, la nullité de la société ne peut être prononcée que par décision judiciaire.

(4) La nullité n'est opposable aux tiers qu'à condition que la décision judiciaire soit publiée au registre.

Commentaire : Cet article reprend les dispositions de la Directive (CEE) n°68/151 du 9 mars 1968 sur la constitution des sociétés, la validité des engagements sociaux et la nullité, désormais codifiée dans la Directive 2017/1132/UE (art. 11 et 12). Le dispositif, qui est guidé par un objectif de protection des tiers et de cantonnement des nullités, prévoit notamment que, par dérogation au droit commun des contrats, la dissolution de la société résultant de son annulation n'est pas rétroactive.

Article 4.1.3.6. Publicité en cours de vie sociale

(1) Les sociétés de capitaux publient obligatoirement les actes et indications imposées par le droit de l'Etat membre d'immatriculation, en ce compris l'acte constitutif, l'identité des personnes qui en tant qu'organe légalement prévu ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers, le montant du capital social, les documents comptables de chaque exercice, le transfert du siège social ou la dissolution de la société.

(2) La publicité peut être effectuée entièrement en ligne.

(3) Les actes et indications qui sont soumis à publicité ne sont opposables aux tiers par la société qu'une fois la publicité effectuée, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient connaissance.

(4) Les actes et indications concernant les succursales créées dans un Etat membre par une société relevant du droit d'un autre Etat membre sont publiées conformément au droit du lieu d'établissement de cette succursale.

Commentaire : La digitalisation du droit des sociétés est acquise dans l'UE. Celle-ci opère non seulement au jour de la création de la société mais pendant l'ensemble de son cycle de vie : les sociétés peuvent donc publier en ligne sur le Registre tous les documents et informations visés par l'article 14 de la Directive 2017/1132/UE (cf. Art. 16 (5) et Art. 29).

CHAPITRE 4 : LES ASSOCIES

Article 4.1.4.1. Conventions extrastatutaires

(1) Les associés, ou certains d'entre eux, peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser :

les relations entre associés ;

la composition des organes sociaux ;

l'accès au capital ; et

la transmission des titres sociaux.

(2) *Les statuts prévalent sur les conventions extrastatutaires, à l'égard des tiers à la convention et de la société.*

(3) *Les parties à une telle convention en déterminent librement le contenu dans les conditions déterminées par le droit de l'Etat membre d'immatriculation.*

Commentaire : La fréquence et l'importance pratiques des conventions extrastatutaires (ou pactes d'actionnaires) justifie qu'elles soient visées au sein des présents principes généraux même si l'acquis de l'UE ne les régit pas directement (V. le précédent de l'art. 2-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE adopté dans le cadre de l'OHADA par exemple).

Le (1) prévoit leur objet, et ce sans exhaustive : relations entre associé, composition des organes sociaux, accès au capital et transmission des actions.

Afin de prévenir de possibles conflits entre statuts et pacte d'actionnaires, le (2) énonce qu'ils ont une valeur infrastatutaire à l'égard de la société et des tiers à ces conventions, même s'ils ont vocation à faire la loi des parties au pacte.

Article 4.1.4.2. Droit d'information

Tout associé a un droit d'information qui porte, au moins, sur les comptes annuels et les questions figurant à l'ordre du jour de l'assemblée générale annuelle.

Commentaire : Le droit d'information des associés est un principe général du droit européen des sociétés. Il figure notamment dans la Directive n°2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées. Aussi, le présent article prévoit un droit d'information portant au minimum sur les comptes annuels et les questions figurant à l'ordre du jour de l'assemblée générale annuelle.

Article 4.1.4.3. Participation aux décisions collectives

(1) *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.*

(2) *La participation implique, au moins, le droit de participer et de voter à l'assemblée des associés.*

(3) *Les statuts peuvent déroger à ces principes dans les seuls cas admis par la loi.*

(4) *Les décisions d'une assemblée des associés sont prises par la majorité du capital sauf dans les cas où la loi ou les statuts requièrent une majorité plus élevée.*

Commentaire : La participation des associés aux décisions collectives et le droit d'y voter en cette qualité ne sont pas expressément garantis par les directives européennes en matière de droit des sociétés, alors même qu'il s'agit de prérogatives inhérentes à la qualité d'associé dans de nombreux droits de l'UE (cf. également Sec. 11.06 (1) EMCA).

L'article 4 de la Directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des associés de sociétés cotées impose une égalité de traitement de tous les associés qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale, ce qui postule toutefois le principe d'attribution de telles prérogatives aux associés : on peut donc y voir la marque d'un *jus commune* à l'échelle des Etats membres.

Ce principe n'interdit pas de possibles dérogations, en particulier pour l'attribution de droits de vote, pour autant que les législations nationales le prévoient.

Article 4.1.4.3. Proportionnalité des droits et obligations d'associé

(1) Les droits de vote, la participation aux bénéfices des associés et leur contribution aux pertes sont déterminés en proportion de leur part dans le capital social.

(2) Le principe de proportionnalité s'applique sous réserve des stipulations contraires des statuts et du droit de l'Etat membre d'immatriculation reconnaissant, par exemple, des catégories d'actions comportant des droits différenciés.

Commentaire : Ce principe de proportionnalité concernant les droits et obligations des associés n'est pas expressément affirmé par les directives européennes en matière de droit des sociétés.

Toutefois, dans le cadre d'une augmentation de capital en contrepartie d'apports en numéraire, l'article 72 de la Directive 2017/1132/UE établit le principe d'attribution d'un droit préférentiel de souscription au profit des actionnaires "proportionnellement à la partie de capital représentée par leurs actions". Cette règle de proportionnalité paraît dès lors reposer sur un principe plus général rayonnant en creux dans la matière, et qui semble faire office de *jus commune* dans tous les Etats membres.

A nouveau, ce principe n'interdit pas de possibles dérogations lorsque les législations des Etats membres le prévoient.

Article 4.1.4.4. Retrait d'un associé

(1) Aucun associé ne peut se retirer unilatéralement de la société en forçant celle-ci à lui verser une contrepartie pour ses parts ou actions, sauf si le droit de l'Etat membre d'immatriculation le permet.

(2) Par exception, dans les cas où le droit de l'Etat membre d'immatriculation l'autorise, les statuts peuvent prévoir :

- une clause de variabilité du capital ouvrant droit aux associés de se retirer de la société selon les modalités et dans les délais prévus par les statuts, dans la limite d'une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par l'effet de ces retraits ;

- la création d'actions rachetables à la seule initiative de leur porteur, dans le respect des conditions prévues par la loi de l'Etat membre d'immatriculation.

Commentaire : La disposition rappelle qu'il n'y a pas de droit unilatéral au retrait d'un associé, en l'absence de texte spécial dans le droit de l'Etat membres d'immatriculation (1).

Un tel retrait peut toutefois résulter d'une clause de variabilité du capital ou d'actions rachetables à la seule initiative du porteur, si cela est prévu par les statuts et permis aux termes du droit de l'Etat membre d'immatriculation (2).

Article 4.1.4.5. Exclusion d'un associé

(1) Aucun associé ne peut être contraint de céder ses parts ou actions, si ce n'est dans les cas prévus par le droit d'Etat membre immatriculation.

(2) L'exclusion d'un associé peut également être prévue par une disposition expresse des statuts de la société.

(3) Toutefois, à moins que le droit de l'Etat membre immatriculation en dispose autrement :

- les clauses d'exclusion d'un associé ne lui sont opposables que si elles figuraient dans les statuts de la société avant qu'il ne devienne associé ou si elles y ont été introduites par la suite avec son consentement ;

- les conditions et modalités de l'exclusion doivent être déterminées dans les statuts ;

- si les statuts ne permettent pas de déterminer le prix de rachat, celui-ci doit, en cas de contestation, être fixé par un expert désigné d'un commun accord par les parties concernées ou, à défaut, par une décision de justice rendue contradictoirement ; l'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination du prix de rachat prévues par les statuts ou toute convention liant les parties concernées ;

- si les statuts ne prescrivent pas l'exclusion dans des cas déterminés, la décision d'exclusion doit être prise par la collectivité des associés, sans que l'associé dont l'exclusion est envisagée puisse être privé du droit de participer à la décision et de voter sur la proposition de décision.

Commentaire : La disposition traite des modalités d'exclusion d'un associé. Elle rappelle le principe suivant lequel aucun associé ne saurait être contraint de céder ses parts ou actions, si ce n'est dans les cas prévus par le droit d'Etat membre d'immatriculation (1) ou en vertu d'une clause expresse des statuts (2) et encore moyennant certaines garanties (3)

Article 4.1.4.6. Cession des actions

(1) Les actions de sociétés de capitaux sont librement cessibles ; toutefois, les statuts peuvent limiter la cession des actions.

(2) Le cas échéant, pour les actions des autres types de sociétés, le droit de l'Etat membre d'immatriculation peut établir des restrictions.

Commentaire : Les actions des sociétés de capitaux sont librement cessibles, mais les statuts peuvent limiter la cession des actions (cf. également Sec. 1.07 EMCA)..

Il s'agit d'une règle générale en droit européen des sociétés, mais prévue uniquement pour les sociétés anonymes.

Conformément à (l'ancien art. 3.d) de la Deuxième Directive 2012/30/UE) l'art. 4. d) de la Directive consolidée sur le droit des sociétés 2017/1132/UE : "Les indications suivantes au moins doivent figurer, soit dans les statuts, soit dans l'acte constitutif, soit dans un document séparé qui fait l'objet d'une publicité effectuée selon la procédure prévue par la législation de chaque Etat membre conformément à l'article 16 : (...) d) le cas échéant, les conditions particulières qui limitent la cession des actions".

CHAPITRE 5 : LA DIRECTION DE LA SOCIETE

Article 4.1.5. La représentation de la société vis-à-vis des tiers

(1) La société de capitaux est représentée à l'égard des tiers par des organes auxquels la loi nationale attribue les pouvoirs d'agir au nom de la société.

(2) Les sociétés de capitaux publient au registre l'identité des personnes qui en tant qu'organe légalement prévu, ou membres de tel organe, ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter ; les mesures de publicité précisent si les

personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement.

(3) L'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager la société rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance.

(4) La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société. Les limitations du pouvoir des organes de la société qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées.

Commentaire : L'article fait référence aux dispositions de la Directive 2017/1132/UE. Selon l'art. 14 d) de la Directive, les sociétés publient obligatoirement « la nomination, la cessation des fonctions ainsi que l'identité des personnes, qui, en tant qu'organe légalement prévu, ou membres de tel organe : i) ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice ; les mesures de publicité précisent si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement, ii) participent à l'administration, à la surveillance ou au contrôle de la société ; ».

Selon l'article 8 de cette Directive l'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager la société rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance.

Enfin, selon l'article 9 de cette Directive 2017/1132/UE, la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société. Les limitations du pouvoir des organes de la société qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées.

CHAPITRE 6 : LES SALAIRES DE LA SOCIETE

Article. 4.1.6. Participation des salariés

(1) Les législations nationales de chaque Etat membre peuvent prévoir des règles selon lesquelles des représentants des salariés doivent être consultés aux fins d'assurer la prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion de la société.

(2) Les législations nationales de chaque Etat membre peuvent prévoir une représentation des salariés au sein des organes de gestion de la société, selon des modalités qu'elles fixent.

(3) Selon le droit de l'Etat de l'immatriculation d'une société de capitaux, en conformité avec le droit européen, toute opération de mobilité transfrontalière au sein de l'UE inclut une procédure de négociation avec les salariés pour assurer, le cas échéant, la sauvegarde des droits de représentation au conseil d'administration ou conseil de surveillance.

Commentaire : l'implication des salariés dans les décisions de la société peut revêtir plusieurs formes : l'information, la consultation ou la participation (cf. Art. 2 h) de la Directive (CE) 2001/86 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs). En principe, les règles sur l'implication des travailleurs sont fixées par le droit du travail de chaque État membre (par exemple sur la constitution d'un comité d'entreprise ou la fonction des délégués du personnel).

La participation des salariés dans le sens qui est défini au droit européen, c'est-à-dire le droit des travailleurs d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou de l'administration de la société (cf. Art. 2 k) de la Directive (CE) 2001/86) relève en revanche du droit des sociétés puisqu'elle concerne la composition d'un organe de la société. Ces règles sont toutefois extrêmement variables selon les États membres.

Enfin, le droit européen prévoit des règles protectrices dans le cas où une opération de mobilité transfrontalière peut mettre en jeu la participation qui est garantie par la loi d'un État membre donné (cf. la procédure de négociation à l'occasion de la création d'une société européenne, réglée dans la Directive (CE) 2001/86 qui a été reprise par la Directive 2019/2121/UE concernant les transformations, fusions et scissions transfrontalières).

CHAPITRE 7 : LES CREANCIERS DE LA SOCIETE

Article 4.1.7. Protection des créanciers sociaux

Les créanciers sociaux jouissent d'une protection adéquate dans le cadre des opérations sociétaires, qu'il s'agisse, notamment, de constitution et de transformation de sociétés, de réduction de capital social ou encore de restructurations de sociétés (fusions, scissions, apports partiels d'actifs) et de transfert de siège social.

Commentaire : La protection des créanciers sociaux est l'un des objectifs principaux poursuivis par le législateur européen dans le cadre des directives adoptées. En effet, celles-ci ont trouvé leur fondement dans l'article 50-2, g du TFUE, qui dispose que « le Conseil et la Commission exercent les fonctions qui leur sont dévolues [...] notamment [...] en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de [...] rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 54, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». Par conséquent, il apparaît essentiel que la protection des créanciers sociaux figure au titre de principes généraux.

CHAPITRE 8 : LA COMPTABILITE DE LA SOCIETE

Article 4.1.8. Principes comptables

(1) La société élabore ses documents comptables annuellement ; ils sont publiés au Registre

(2) La société mère d'un groupe de sociétés élabore, en sus de ses propres comptes annuels, les comptes annuels consolidés du groupe, sauf les dispenses prévues par le droit de l'État membre d'immatriculation de la société mère

Commentaire : La Directive 2017/1132/UE impose aux sociétés de capitaux la publication, dans son article 14, des documents comptables de chaque exercice dans son

art. 14.f): "la publication est obligatoire en vertu des directives du Conseil 6/635/CE et 91/674/CE et de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil". Les documents comptables de chaque exercice auxquels se réfère la Directive 2017/1132/UE sont ceux mentionnés aux articles 4 et suivants de la Directive 2013/34/UE. Cette obligation s'étend à la société mère des groupes de sociétés en vertu de l'article 22 de la Directive 2013/34/UE (avec les exceptions du art. 23).

CHAPITRE 9 : LES GROUPES DE SOCIETES

Article 4.1.9. Groupes de sociétés

(1) Si une société possède une majorité des actions ou une majorité des droits de vote d'une autre société, ou a élu la majorité des membres de ses organes de direction ou exerce par tout autre moyen une influence prépondérante sur la gestion de la société contrôlée dans le cadre d'une politique économique cohérente, ces sociétés constituent un groupe.

(2) Les législations nationales de chaque Etat membre peuvent prévoir que, dans le cadre d'un groupe, la société mère puisse donner des instructions à destination des dirigeants de la filiale, pour autant qu'elles s'inscrivent dans l'intérêt du groupe et que soient prévues des dispositions adéquates protégeant les intérêts de la filiale et de ses différentes parties prenantes.

Commentaire :

Dans un « groupe » dans le sens de la Directive 2013/34/UE sur la comptabilité, la recherche d'un intérêt propre à chaque société du groupe doit être adaptée à l'intérêt du groupe dans son ensemble (l'intérêt du groupe). Chaque société profite des avantages créés par la coopération et doit, le cas échéant, en supporter certaines conséquences. Il faut établir un équilibre entre les intérêts propres à chaque société et l'intérêt du groupe. Ce principe est largement accepté mais pas harmonisé en Europe : chaque pays l'accepte sous des perspectives différentes (plus larges ou plus étroites) et pas toujours à partir du droit écrit, mais de la jurisprudence : France (Cour de cassation dans l'affaire «Rozenblum», Cass.crim., 4 février 1985, n° 84-91.581; Espagne (Tribunal Supremo du 11 décembre 2015); Allemagne (groupes contractuels, art. 291, 308-310 AktG); Italie (art. 2497 et seq Codice Civile), etc. Cette approche a également été reprise pour la SES (voir l'article 4.2.2.3.6.)

CHAPITRE 10 : LA RESTRUCTURATION DE LA SOCIETE

Article 4.1.10.1. Transformation

(1) Une société de capitaux constituée conformément au droit d'un Etat membre peut changer de forme en cours de vie sociale, en conservant sa personnalité juridique sans être dissoute ou liquidée.

(2) Lorsque la société adopte une forme juridique relevant de l'Etat membre en conformité duquel elle s'est constituée, la transformation s'opère en vertu des règles librement fixées par cet Etat membre.

(3) Lorsque la société adopte une forme juridique relevant d'un Etat membre différent de celui en conformité duquel elle s'est constituée, la transformation, dite

transfrontalière, est régie par les règles nationales de l'Etat membre de départ et de l'Etat membre de destination adoptées en conformité avec le droit européen.

Commentaire : La disposition rappelle le principe suivant lequel la transformation d'une société de capitaux en cours de vie sociale n'affecte pas sa personnalité juridique (cf. les articles 86 bis à 86 unvicies de la Directive 2017/1132/UE).

Article 4.1.10.2. Fusion

(1) Une ou plusieurs sociétés peuvent transférer, par voie de fusion et par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société, existante ou nouvellement constituée.

(2) Lorsque les sociétés parties à la fusion sont des sociétés de capitaux constituées conformément au droit d'un même Etat membre, la fusion est régie par les règles nationales de cet Etat membre adoptées en conformité avec le droit européen.

(3) Lorsque les sociétés parties à la fusion sont des sociétés de capitaux constituées conformément au droit d'un Etat membre et que deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents, la fusion, dite transfrontalière, est régie par les règles nationales de ces Etats membres en conformité avec le droit européen..

Commentaire : La disposition rappelle, d'une part, qu'une ou plusieurs sociétés peuvent transférer, par voie de fusion et par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société existante ou nouvellement constituée et, d'autre part, que les règles ont été harmonisées et consolidées dans la Directive 2017/1132/UE.

Article 4.1.10.3. Scission

(1) Une société peut transférer, par voie de scission et par suite de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine à plusieurs autres sociétés, existantes ou nouvellement constituées.

(2) Lorsque les sociétés parties à la scission sont des sociétés de capitaux constituées conformément au droit d'un même Etat membre, la scission est régie par les règles nationales de cet Etat membre adoptées en conformité avec le droit européen.

(3) Lorsque les sociétés parties à la scission sont des sociétés de capitaux constituées conformément au droit d'un Etat membre et que deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents, la scission, dite transfrontalière, est régie par les règles nationales de ces Etats membres adoptées en conformité avec le droit européen.

Commentaire : La disposition rappelle, d'une part, qu'une société peut transférer, par voie de scission et par suite de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine à plusieurs autres sociétés, existantes ou nouvellement constituées et, d'autre part, que les règles ont été harmonisées et consolidées dans la Directive 2017/1132/UE.

TITRE SECOND : LES FORMES SOCIALES DE DROIT EUROPEEN

Article 4.2. Formes sociales de droit européen

(1) *Les formes sociales de droit européen sont la Société Européenne (SE), la Société Coopérative Européenne (SEC) et la Société Européenne Simplifiée (SES).*

(2) *Les sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat membre et les personnes physiques exerçant une activité économique au sein de l'UE peuvent constituer un Groupement Européen d'Intérêt Economique (GEIE) conformément aux dispositions européennes.*

Commentaire : Sont ici énumérées les formes sociales déjà admises par les textes européen (SE et SEC), ainsi que la SES dont la forme est proposée par les rédacteurs du présent code, dans le sillage d'anciennes propositions formulées par les autorités européennes, et demeurées jusqu'alors avortées en dépit de l'évidente utilité d'une telle entité.

Est également rappelée la possible constitution d'un GEIE (selon le Règlement (CEE) n° 2137/85), étant précisé que ce dernier groupement n'est pas une société de capitaux de sorte qu'il n'est pas régi par les dispositions et principes du présent Livre.

CHAPITRE PREMIER : LA SOCIETE EUROPEENNE

Article 4.2.1. Renvoi

La SE ayant son siège statutaire dans un Etat membre de l'UE est régie par les dispositions du Règlement (CE) n° 2157/2001 et, pour les questions non couvertes par ce Règlement, par les règles nationales de cet Etat membre adoptées en application des mesures de l'UE ciblant spécifiquement les SE et par celles de cet Etat membre qui s'appliquent aux sociétés anonymes constituée en son sein (v. art. 9 du Règlement).

Commentaire : Il est simplement renvoyé aux diverses dispositions qui forment le régime de la SE, à savoir le Règlement n° 2157/2001, les règles nationales propres aux SE et les règles nationales propres aux SA de chaque Etat membre, dans la mesure où les SE sont toujours pour partie soumises au droit de l'Etat membre dans lequel elles ont leur siège statutaire.

CHAPITRE DEUXIEME : LA SOCIETE EUROPEENNE SIMPLIFIEE

L'Union européenne souffre aujourd'hui de ne pas offrir à ses entrepreneurs une structure sociétaire simple, attractive et accessible. Comment se sentir pleinement européen et commercer sur un marché unique alors même que la constitution d'une société – première pierre de l'entreprise - est entièrement placée sous l'empire du droit national ? Or, la rigueur du régime de la société européenne (SE) et son coût d'accès la rendent inaccessible au plus grand nombre : près de 20 ans après sa création, on en compte à peine quelques milliers dans toute l'UE, dont l'immense majorité en Allemagne.

C'est pourquoi il convient de dépasser les échecs des projets de Société privée européenne et de *Societas Unius Personæ* afin d'offrir aux acteurs économiques un instrument juridique adapté au lancement et à la croissance de leur activité.

Tel est le projet de Société européenne simplifiée ou SES, dont chacun des éléments de l'acronyme revêt une signification particulière :

Une société ... d'abord : la SES compléterait le panel très insuffisant des types sociétaires européens (SE, GEIE, SEC) par une *nouvelle forme de société adaptée aux petites et moyennes entreprises*. La SES est une société de capitaux à responsabilité limitée, indifféremment pluripersonnelle ou unipersonnelle, qui serait dix fois plus accessible que la SE, puisque 12.000 euros de capital social seulement seraient nécessaires pour sa constitution (libérables du quart immédiatement et du solde sous 5 années) ;

... européenne ensuite, la SES le serait à un triple point de vue. Juridiquement, elle serait soumise à un chapitre de dispositions européennes qui lui seraient propres et, *subsidiatement* seulement au droit national de l'Etat d'immatriculation (forme des statuts et de la cession des actions, notamment). Economiquement, elle contribuerait grandement à l'intégration du marché commun, favoriserait les échanges transfrontaliers et pourrait être choisie dans tous les Etats membres, tout en facilitant la gestion de groupes européens de sociétés. Politiquement, elle inviterait les fondateurs de SES à voir l'Union comme un espace de liberté d'entreprendre, en initiant leur activité économique sous l'empire d'un outil offert par l'Union ; un entrepreneur qui souhaite aujourd'hui constituer sa société est en effet obligé de se placer sous l'empire d'un type sociétaire national (SAS, SARL, GmbH pour ne raisonner que sur la France et l'Allemagne) : or, une activité qui naît « nationale » et non européenne le restera trop souvent ;

Simplifiée enfin : l'attractivité et la simplicité de la SES tiennent à la grande liberté statutaire qui lui serait reconnue ; les dispositions proposées limitent les règles impératives (mentions obligatoires des statuts, unanimité pour porter atteinte à la libre cession des actions, protection des minoritaires) et se contentent d'instituer une direction générale dotée d'un vaste pouvoir légal de représentation, tout en invitant les statuts à adopter des règles sur certaines questions importantes et, surtout, à convenir librement de l'organisation et du fonctionnement de la SES au plus près des attentes de ses fondateurs.

Document de travail provisoire pour discussion

Section 1. Dispositions générales

Article 4.2.2.1.1. Dispositions préliminaires

(1) La société européenne simplifiée (« *Societas Europaea Simplificata* » ou « SES ») est une société dotée de la personnalité juridique, constituée par une ou plusieurs personnes, physiques ou morales.

(2) Son capital social est divisé en actions, dénommées en euros entiers.

(3) La responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leurs apports.

(4) Ses actions ne sont pas offertes au public et ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation.

(5) La SES acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation, et cette personnalité est immédiatement reconnue dans tous les autres Etats membres de l'UE (ci-après dénommés les « Etats membres ») à compter de cette immatriculation.

Commentaire : La société européenne simplifiée peut être désignée sous l'acronyme SES ou, de son nom latin, *Societas Europaea Simplificata*. Souple, elle peut être unipersonnelle ou pluripersonnelle, associer des personnes physiques comme des personnes morales ; la responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leurs apports. Elle n'a pas vocation à faire appel au marché pour se financer. Idéalement offerte à tous les Etats membres et pas seulement à la France et à l'Allemagne, elle devra être choisie par les parties s'agissant d'un type sociétair européen nouveau et optionnel.

Article 4.2.2.1.2. Droit applicable

(1) La SES est régie par les dispositions du présent chapitre et les stipulations des statuts de la SES qui ne contraignent pas aux dispositions impératives du présent chapitre. Les questions qui sont traitées par le présent chapitre sont soustraites à l'application des droits des Etats membres, sous réserve des dispositions des alinéas 2 et 3 du présent article.

(2) S'applique subsidiairement à la SES le droit de l'Etat membre d'immatriculation applicable à la forme sociale désignée, pour chaque Etat membre, en annexe (ci-après dénommé « la forme sociale de référence »), et dans la mesure où ces règles de droit sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre.

(3) Ce chapitre ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres appliquent, en présence de règles impératives, une autre loi que celle du siège statutaire, à d'autres questions juridiques que celles traitées par le présent chapitre concernant, entre autres, les règles sur la participation des salariés aux organes d'administration ou de surveillance de la société, le droit pénal, le droit social, le droit fiscal et le droit des procédures d'insolvabilité.

Commentaire : La question du droit applicable à la SES est fondamentale. La liberté contractuelle doit y régner afin de rendre la SES attractive pour les entrepreneurs

européens. C'est pourquoi la SES est, au premier chef, régie par le présent chapitre ainsi que par ses statuts.

Toutefois, les règles nationales de l'Etat membre d'immatriculation applicables à la forme sociale de référence doivent rester applicables subsidiairement (ainsi des règles relatives à la SAS en France ou à la GmbH en Allemagne), dans la mesure de leur compatibilité avec ce chapitre. Par le biais du droit national de l'Etat d'immatriculation, la loi secondaire de l'Union Européenne, transposée en droit national, sera également applicable à la SES, l'exemple le plus récent étant la Directive 2022/2464/UE sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

Afin de dissiper certaines craintes de *law shopping*, il a paru utile de réserver expressément l'application de règles impératives propres aux Etats membres.

Section 2. Constitution de la SES

Article 4.2.2.2.1. Modalités de constitution

La constitution d'une SES s'effectue, conformément aux dispositions du présent chapitre, par :

- création d'une SES ;*
 - transformation d'une société existante constituée dans l'un des Etats membres de l'UE ;*
 - fusion de sociétés existantes constituées dans un ou plusieurs Etats membres de l'UE ;*
 - scission d'une société existante constituée dans un Etat membre de l'UE ;*
 - apport partiel d'actifs opéré par une société existante constituée dans un Etat membre de l'UE.*
- La constitution dans les cas visés aux b, c, d, peut indifféremment résulter d'une opération interne à un Etat membre de l'UE ou transfrontalière au sens du droit européen.*

Commentaire La constitution d'une SES est possible suivant différents procédés, internes ou transfrontaliers, par création *ad hoc* ou transformation en SES, fusion ou scission de sociétés préexistantes. La transformation de société ne faisant pas actuellement l'objet d'une directive européenne est régie par le droit d'Etat d'immatriculation de la société transformé en SES. Les opérations transfrontalières sont couvertes par la Directive 2019/2121/UE du 27 novembre 2019 modifiant la Directive 2017/1132/UE du 14 juin 2017.

Article 4.2.2.2.2. Statuts

- (1) Les statuts de la SES comportent, au moins, les stipulations suivantes :*
- (a) la dénomination sociale, l'adresse du siège statutaire et du lieu d'administration centrale de la SES ;*
 - (b) l'objet social ;*
 - (c) le montant et la composition du capital social avec la détermination de la valeur nominale des actions ;*
 - (d) la nature des apports effectués, en numéraire ou en nature,*

(e) la description et l'évaluation de chaque apport en nature ;
(f) les règles définissant le pouvoir de représentation et de gestion de la société par le ou les directeurs généraux ;

(g) l'identité des signataires des statuts.

(2) Le présent chapitre comprend des modèles de statuts pour une SES unipersonnelle que l'actionnaire unique peut adopter expressément et pour leur totalité.

(3) Les règles de forme applicables aux modalités d'établissement des statuts, en ce compris la langue de rédaction, et à la publicité à leur donner sont déterminées par le droit de l'Etat membre d'immatriculation.

Commentaire : Il revient aux statuts de prévoir impérativement certaines stipulations essentielles, énumérées au (1), sans préjudice naturellement d'autres stipulations facultatives dont certaines sont envisagées par ailleurs (organisation de la direction, limitations et interdictions d'aliénation, institution d'organes, etc.). Un modèle de statuts de SES unipersonnelle sera utilement prévu. Le (3) renvoie à la loi de l'Etat d'immatriculation pour les questions de forme et de publicité des statuts. Partant, une SES immatriculée en Allemagne devra être constituée par acte notarié, à la différence d'une SES immatriculée en France.

Article 4.2.2.2.3. Capital social

(1) Le capital social de la SES est exprimé en euros. Le capital social ne peut être inférieur à 12.000 euros et doit être intégralement souscrit.

(2) Les apports peuvent être effectués en numéraire ou en nature, à l'exclusion de tout apport en industrie.

(3) Les actions émises en contrepartie d'apports en numéraire doivent être libérées du quart au moins de leur prix de souscription lors de la constitution. Le solde doit être libéré dans un délai maximal de cinq (5) ans à compter de son immatriculation. Toutefois, les statuts ou l'assemblée des actionnaires peuvent arrêter un délai plus court ou des modalités différentes pour la libération de ce solde.

(4) La libération suppose que les apports effectués soient mis à la disposition de la SES au plus tard au moment du dépôt de la demande d'inscription visée à l'article 4.2.2.2.6.

(5) Le souscripteur et les acquéreurs successifs de l'action sont solidairement responsables de la libération de leurs apports envers la société. Celui qui a désintéressé la société dispose d'un recours contre les titulaires successifs de l'action. La charge définitive de la dette incombe au dernier d'entre eux, sauf accord contraire d'un ou plusieurs autres titulaires successifs. L'actionnaire qui a cédé son titre cesse d'être tenu des versements non encore appelés passés deux ans après inscription de la cession dans le registre des actionnaires.

(6) Les actions émises en contrepartie d'apports en nature autres que les apports de créances de sommes d'argent ou de biens fongibles doivent être intégralement libérées lors de la constitution.

(7) Les apporteurs en nature sont garants, à concurrence de l'évaluation de leurs apports, des dettes de la société nées avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la

date de son immatriculation au registre désigné par la loi de l'Etat d'immatriculation, à moins :

1° que ces apports n'aient fait l'objet d'une évaluation par un expert indépendant susceptible d'être nommé commissaire aux comptes de la SES selon la loi de l'Etat d'immatriculation et que cette évaluation ait été retenue comme valeur d'apport dans les statuts de la SES, ou

2° que l'absence d'une telle évaluation résulte d'une dérogation prévue par la loi de l'Etat d'immatriculation conformément au droit européen et, selon le cas de dérogation applicable, que le prix moyen pondéré de négociation sur un marché réglementé ou la juste valeur des éléments d'actif apportés ait été retenu comme valeur d'apport.

Cette garantie incombe à l'apporteur en nature de plein droit.

Il ne peut être renoncé à l'établissement d'un rapport d'expert indépendant que sur décision unanime des fondateurs.

Commentaire : Parce que la SES doit être accessible à un grand nombre d'entrepreneurs européens, son capital social minimum serait dix fois moindre que celui exigé d'une société européenne (SE), soit 12.000 euros. Toutefois, la voie d'une société européenne de capitaux sans capital social minimum n'a pas été retenue ici afin de permettre à la SES susciter la confiance des tiers. De plus, il est dans l'intérêt de la SES de disposer dès le départ d'un montant minimum de fonds pour commencer ces activités sans recourir à l'endettement.

Dans cet esprit, des règles assez strictes de libération du capital souscrit en numéraire ont été prévues (un quart immédiatement, le solde avant 5 ans) tandis qu'ont été interdits les apports en industrie (qui ne concourent pas au capital social) et qu'il a été prévu que les apporteurs en nature seraient en principe garants pendant 5 ans des dettes sociales à concurrence de la valeur des actifs apportés. La dérogation mentionnée dans l'alinéa 7 n°2° se trouve dans l'article 50 de la Directive 2017/1132/UE.

Article 4.2.2.2.4. Dénomination sociale

(1) La SES choisit librement sa dénomination sociale, sous réserve que celle-ci ne soit ni trompeuse ni source de confusion.

(2) La SES doit faire suivre sa dénomination sociale de l'acronyme «SES».

(3) Seule une SES peut faire suivre sa dénomination sociale de l'acronyme «SES».

Commentaire : La SES choisit librement une dénomination sociale ni trompeuse ni source de confusion ; aux fins de lisibilité, elle devra la faire suivre de l'acronyme « SES ».

Article 4.2.2.2.5. Siège social

(1) Le siège statutaire et le siège réel de la SES doivent être établis dans l'Union Européenne.

(2) Sous cette réserve, et en l'absence de dispositions contraires de la loi du siège statutaire, le siège statutaire et le siège réel peuvent être dissociés.

Commentaire :

Il existe au sein de l'Union européenne deux catégories d'Etats membres : d'une part, ceux qui, adeptes de la théorie du siège statutaire, admettent la dissociation des sièges statutaire et réel (par ex., sociétés immatriculées aux Pays-Bas et dont le siège réel est au Danemark) ; d'autre part, ceux qui exigent à l'inverse que les sièges statutaire et réel coïncident (par ex., société constituée en Espagne dont le siège réel doit être en Espagne).

La présente proposition propose de permettre une dissociation des sièges (contrairement à ce qui est prévu dans le règlement (CE) n°2157/2001 sur la société européenne), afin de tenir compte d'une évolution des législations qui la rend plus fréquente aujourd'hui et de la jurisprudence de la CJUE, pour autant que siège statutaire et siège réel soient établis dans l'Union.

Toutefois, les Etats membres partisans de la théorie du siège réel pourront, s'ils le désirent, imposer que l'administration centrale coïncide avec l'Etat d'immatriculation. En effet, à l'heure actuelle, ces Etats, quoique moins nombreux que dans le passé, sont encore majoritaires au sein de l'Union européenne.

Article 4.2.2.6. Immatriculation

(1) La société est immatriculée, dans l'Etat membre, sur son siège statutaire, par ses actionnaires fondateurs ou par toute personne spécialement mandatée par eux.

(2) L'immatriculation sera effectuée sur le registre désigné par la loi de l'Etat membre du siège statutaire.

(3) L'immatriculation de la société pourra être effectuée en ligne, selon les modalités prévues par ledit Etat membre.

(4) Les règles de contrôle de la légalité des informations fournies et des documents remis lors de l'immatriculation sont fixées par la législation de l'Etat membre du siège statutaire de la société. L'autorité en charge du registre émet un certificat attestant la réalisation de la procédure de enregistrement et la validité de l'immatriculation.

(5) Aux fins d'immatriculation, les informations suivantes doivent, au moins, être délivrées :

- l'adresse du siège statutaire et du lieu d'administration centrale de la SES,
- les prénom, nom de famille, date de naissance, adresse et nationalité des personnes nommées comme directeurs généraux, ainsi que le pouvoir de représentation légale dont chacun d'entre eux est investi,

- pour les directeurs généraux personnes physiques : la date de naissance et la commune du domicile ;

- pour les directeurs généraux personnes morales : la forme juridique, le registre de commerce compétent, le numéro d'immatriculation et l'adresse du siège social, les prénom, nom de famille, date de naissance, adresse et nationalité du représentant de cette personne morale,

- la liste des actionnaires prévue à l'article 4.2.2.3.13.

(6) En outre, les documents suivants devront être remis à l'autorité en charge du registre :

- les statuts,

- le ou les reçus de libération des apports dus et, le cas échéant, le rapport d'expert mentionné à l'article 4.2.2.2.3. (7).

(7) Toute modification ultérieure des informations indiquées au (5) ci-dessus, ainsi que la radiation de la société, feront l'objet d'une inscription au registre national selon les modalités et délais définis par la loi de l'Etat d'immatriculation.

(8) La société acquiert sa personnalité morale à compter de la date d'immatriculation de la société au registre national susvisé.

Commentaire : Le présent article recense les informations minimales qui doivent être communiquées par les fondateurs aux fins d'immatriculation, tout en opérant un renvoi au droit de l'Etat membre d'immatriculation applicable à son registre national. Une inscription en ligne devra être prévue ainsi qu'une actualisation des informations délivrées en vertu de la loi de l'Etat d'immatriculation. La règle traditionnelle de l'acquisition de la personnalité morale à compter de l'immatriculation est logiquement reprise.

Article 4.2.2.2.7. La reprise des actes conclus pendant la période de formation

(1) La période de formation de la société correspond à la période précédant l'immatriculation de la société au registre national visé à l'article 4.2.2.2.6. ci-dessus.

(2) Les personnes ayant accompli des actes pour le compte d'une société en formation sont solidairement et indéfiniment responsables des actes accomplis au nom de celle-ci.

(3) La société peut toutefois rétroactivement reprendre les actes accomplis pour son compte par les personnes qui ont agi au nom de celle-ci sous les modalités suivantes :

- les engagements ont été pris au nom et pour le compte de la société en formation

;

- et les actes ainsi accomplis ont, selon le cas :

* s'agissant des actes accomplis antérieurement à la signature des statuts, été annexés aux statuts ;

* s'agissant des actes accomplis postérieurement à la signature des statuts, été accomplis en vertu d'un mandat résultant des statuts ou consenti par acte séparé par tous les actionnaires fondateurs ; ce mandat peut être conféré au profit d'un actionnaire fondateur, d'un ou plusieurs directeurs généraux, voire d'un ou plusieurs tiers ;

ou, quelle que soit leur date, ont fait l'objet d'une reprise par l'assemblée des associés dans le délai d'un an suivant l'immatriculation.

(4) En cas de reprise, les personnes ayant agi pour le compte de la société en formation seront réputées n'avoir jamais souscrit personnellement lesdits actes ; ils n'encourront aucune responsabilité de ce chef.

Commentaire : Une responsabilité solidaire des fondateurs à raison des actes accomplis pour le compte d'une société en formation est instituée. Toutefois le (3) prévoit un dispositif permettant facilement la reprise rétroactive (4) des actes accomplis au nom et pour le compte de la SES, lequel distingue pour ses modalités en fonction du moment

de la reprise et/ou de l'accomplissement de l'acte repris (avant la signature des statuts, après la signature, après l'immatriculation).

Section 3. Organisation de la SES

Article 4.2.2.3.1. Le fonctionnement de la SES

(1) Les statuts conviennent librement du fonctionnement de la SES, sous réserve des dispositions impératives du présent chapitre relatif à la SES.

(2) Les statuts peuvent notamment instituer des organes sociaux autres que le directeur général et l'assemblée des actionnaires, dont ils arrêtent les modalités de désignation et les fonctions ainsi que, dans le seul ordre interne, les pouvoirs.

(3) Le cas échéant, les statuts instituent un organe permettant en son sein une participation des salariés conforme aux modalités prévues par la loi du siège et visées à l'article 4.2.2.1.2 (3).

(4) Un règlement intérieur précisant les modalités de fonctionnement de la SES et de ses organes peut être établi aux conditions prévues par les statuts.

Commentaire : La liberté contractuelle inhérente à la SES se ressent au (1) : il revient aux statuts, en sus des stipulations minimales essentielles, de convenir librement du fonctionnement de la SES, sous réserve des dispositions impératives du présent chapitre.

A ce titre, des organes sociaux autres que le directeur général ou l'assemblée des actionnaires peuvent être institués, étant précisé que leurs pouvoirs ne pourront, en ce cas, valoir que dans l'ordre interne (2), consistant d'organes statutaires et non légaux.

Un règlement intérieur peut naturellement être établi si les statuts ont prévu cette possibilité.

Article 4.2.2.3.2. Direction de la société

(1) La société est, en toute hypothèse, représentée à l'égard des tiers par un ou plusieurs directeurs généraux. Le nombre de directeurs généraux peut être précisé dans les statuts. Le ou les premiers directeurs généraux sont nommés par les actionnaires. La loi nationale régissant la forme sociale de référence fixe le titre de la personne remplissant l'office de directeur général.

(2) Le directeur général représente la société à l'égard des tiers. Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la SES. Dans le cas où plusieurs directeurs généraux ont été nommés, chacun détient individuellement ce pouvoir de représentation ; toutefois, les statuts peuvent prévoir qu'un directeur général de la SES n'est investi que d'un pouvoir de représentation ensemble avec un deuxième directeur général, et les actionnaires peuvent ainsi limiter le pouvoir de représentation de tout directeur général à tout moment moyennant résolution d'actionnaires. Lorsqu'une telle limitation du pouvoir de représentation a été opérée, le directeur général est alors appelé « codirecteur général », le titre étant fixé par la loi nationale régissant la forme sociale de référence ; il doit être fait mention de cette qualité conjointe au registre visé à l'article 4.2.2.2.6.

(3) *Tout directeur général exerce ses pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve des pouvoirs que ce chapitre ou les statuts attribuent à la collectivité des actionnaires. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes de son directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des directeurs ou codirecteurs généraux ne sont pas opposables aux tiers.*

(4) *L'assemblée des actionnaires peut, le cas échéant, donner par voie de résolution des instructions générales ou spéciales contraignantes à destination des directeurs généraux. Ceux-ci sont alors tenus de s'y conformer, pourvu qu'elles ne soient pas illégales. Le respect d'une instruction exonère le directeur général de toute responsabilité envers la société. Les instructions sont toutefois inopposables aux tiers, ces derniers ne pouvant se prévaloir ni de leur observation ni de leur violation.*

(5) *Le directeur général est tenu d'établir un compte-rendu de ses actes de gestion, au moins une fois par an et en vue de l'assemblée devant approuver les comptes annuels de la SES.*

(6) *Le directeur général peut solliciter l'approbation des actes de gestion dont il a rendu compte par voie de résolution de l'assemblée des actionnaires. Cette approbation du compte-rendu de gestion exonère le directeur général de toute responsabilité envers la société à raison d'actes ou d'omissions survenus pendant la période couverte par le compte-rendu visé à l'alinéa (5), au titre des actes de gestions dont il a été rendu compte.*

Commentaire : A l'instar du président d'une société par actions simplifiée française (SAS), le directeur général de la SES incarne le pouvoir légal de représentation en toutes circonstances de la société à l'égard des tiers (1), et ce même au-delà des limites de l'objet social (3) suivant la règle déjà connue du droit européen (art. 9 de la Directive 2017/1132/UE du 14 juin 2017, reprenant l'article 10 de la Directive du 9 mars 1968).

Aux fins de clarté, il est prévu que, lorsque plusieurs directeurs généraux sont désignés en vertu des statuts, chacun détient individuellement ce pouvoir de représentation de façon concurrente. A l'inverse et si les statuts décident d'un pouvoir de représentation conjoint et non concurrent, les intéressés devront alors s'annoncer *erga omnes* comme simples « codirecteurs généraux » auquel cas un régime de double signature (mais pas davantage) s'ensuivra.

La possibilité pour l'assemblée d'adresser des instructions contraignantes au directeur général a été prévue, celles-ci exonérant le directeur général de toute responsabilité à raison de leur observation mais dans le seul ordre interne.

Le directeur général est tenu d'une obligation de reddition de comptes, au minimum annuelle, en vue de l'assemblée d'approbation des comptes ; il a la possibilité de solliciter une résolution de *quitus* de sa gestion au titre des actes de gestion dont il est rendu compte.

Article 4.2.2.3.3. Le directeur général

(1) Sous réserve de l'alinéa suivant, toute personne, physique ou morale, peut exercer les fonctions de directeur général d'une SES. Un directeur général est nommé pour une durée indéterminée, sauf indication contraire dans la décision des actionnaires le nommant ou dans les statuts. Un actionnaire peut devenir directeur général. Les incompatibilités, déchéances ou interdictions attachées à l'exercice des fonctions de directeur général sont fixées par le droit de l'Etat membre d'immatriculation.

(2) La personne morale directeur général désigne un représentant personne physique, lequel exerce ses pouvoirs et est soumis aux mêmes devoirs et responsabilités. Une personne qui ne serait pas habilitée à exercer les fonctions de directeur général au sens de l'alinéa précédent ne saurait être représentant d'un directeur général personne morale.

(3) A moins qu'il n'en soit autrement convenu dans les statuts, le directeur général est désigné par les actionnaires par un vote à la majorité simple, et peut être révoqué dans les mêmes conditions, sans qu'il soit exigé de juste motif.

Commentaire : Toute personne physique ou morale, actionnaire ou non, peut devenir directeur général, et ce sous réserve d'éventuelles incompatibilités ou déchéances ou interdictions prévues par la loi de l'Etat membre d'immatriculation.

La nomination résulte, en principe, d'une décision prise à la majorité simple (3), pour une durée indéterminée qui peut prendre fin dans les mêmes conditions, et ce *ad nutum*.

La personne morale investie des fonctions de directeur général est représentée par une personne physique qui exerce les pouvoirs inhérents à cette fonction, en embrasse les devoirs et en encourt les mêmes responsabilités (2).

Article 4.2.2.3.5. Responsabilité du directeur général

(1) Le directeur général est tenu de servir au mieux les intérêts de la SES et avec loyauté. Il agit avec la diligence qui peut être raisonnablement exigée pour la conduite de la société d'un directeur général placé dans la même situation.

(2) A l'égard des décisions d'ordre commercial ou stratégique qui relèvent de sa liberté de gestion, le directeur général est présumé avoir agi avec loyauté et diligence, dès lors que, au moment où ladite décision a été prise, il a agi de bonne foi, en dehors de tout conflit d'intérêt et au vu d'éléments d'information suffisants.

(3) Le directeur général est responsable envers la SES des agissements et omissions contraires à ces devoirs, ainsi que de tout acte ou omission commis en violation de ses obligations au titre du présent chapitre, ou des statuts de la SES, et causant un préjudice à la SES. Si ces agissements, actes ou omissions sont le fait de plusieurs directeurs généraux, tous les directeurs généraux concernés sont solidairement responsables. Dans ce cadre, tout actionnaire peut agir en responsabilité à l'encontre des directeurs généraux au nom et pour le compte de la SES.

(4) Lorsqu'une personne morale assure la fonction de directeur général, le représentant de la personne morale est soumis aux mêmes conditions et obligations et

encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait la gestion en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité de la personne morale qui l'a désigné.

(5) Sans préjudice des présentes dispositions, la responsabilité des dirigeants est régie par le droit de l'Etat membre d'immatriculation applicable à la forme sociale de référence.

Commentaire : Il a paru opportun de prévoir qu'un directeur général est tenu de respecter des devoirs incombant à tout administrateur de société : la loyauté, d'une part, et la diligence, d'autre part (1).

Une innovation pour certains Etats membres pourrait toutefois résulter de l'introduction d'une « *business judgment rule* » offrant une protection raisonnée au directeur général qui a agi de bonne foi, en dehors de tout conflit d'intérêt, et au vu d'éléments d'informations suffisants (cf. également Sec. 10.01 (3) EMCA). En ce cas, il serait présumé avoir agi avec diligence et loyauté à l'égard des décisions à caractère commercial ou stratégique relevant de sa liberté de gestion : il s'agit d'une présomption simple donc de nature à encourager la libre entreprise et en aucun cas siège d'une irresponsabilité pour le directeur général (2). Puisqu'il est permis que les personnes morales puissent être désignées comme administrateur d'SES, la personne physique qui les représente sera soumise aux mêmes devoirs et responsabilités de tout administrateur sans préjudice de la responsabilité de la personne morale (4).

Article 4.2.2.3.6. SES faisant partie d'un groupe

(1) Si une autre société (ci-après dénommée « société contrôleuse ») possède une majorité des actions ou une majorité des droits de vote d'une SES (ci-après dénommée « société contrôlée »), ou a élu la majorité des membres de ses organes de direction ou si elle exerce par tout autre moyen une influence prépondérante sur la gestion de la société contrôlée dans le cadre d'une politique économique cohérente, ces sociétés constituent un groupe. Dans le cas où plusieurs sociétés contrôleuses et contrôlées sont liées selon les mêmes critères, elles forment ensemble également un groupe.

(2) Lorsque l'alinéa 1^{er} est applicable, le respect des devoirs incombant au directeur général de la SES contrôlée en vertu de l'article 4.2.2.3.5 est apprécié à la lumière de l'intérêt de l'ensemble des sociétés du groupe.

(3) Les sociétés constituant le groupe peuvent prévoir par contrat que la société contrôleuse sera tenue de supporter les pertes de la SES contrôlée. Dans ce cas-là le respect des devoirs incombant au directeur général de la SES contrôlée en vertu de l'article 4.2.2.3.5 est apprécié à la lumière de l'intérêt de la société contrôleuse.

Commentaire : Ayant une nature transnationale, la SES sera souvent créée par un fondateur souhaitant établir une société à l'étranger en utilisant une structure juridique qui est reconnue dans les deux pays concernés. Par conséquent, dans la plupart des cas, la création d'une SES dans un autre Etat équivaut à la création d'un groupe de sociétés transfrontalier, d'où la nécessité que le statut de la SES propose un cadre juridique pour la gestion d'un groupe de sociétés. Dans un groupe, la recherche d'un intérêt propre à chaque société du groupe doit être adaptée à l'intérêt du groupe dans son ensemble.

Chaque société profite des avantages créés par la coopération et doit, le cas échéant, en supporter certaines conséquences. La disposition essaie d'établir un équilibre entre les intérêts propres à chaque société et l'intérêt du groupe. Il s'inspire de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire « Rozenblum » (Cass. crim., 4 février 1985, n°84-91.581), tout en en tirant des conséquences plus larges que la seule question de l'aménagement de la responsabilité pénale au sein d'un groupe, seule traitée par l'arrêt "Rozenblum". La solution posée par le présent article paraît plus souple que le droit allemand qui s'efforce de résoudre les conflits intra-groupe dans des SARL faisant partie d'un groupe par le principe de bonne foi. Toutefois, l'article présuppose la possibilité de conclure un contrat de domination, notamment connu du droit allemand, entraînant l'obligation de supporter les pertes de la filiale, auquel cas le principe de responsabilité limitée des actionnaires de la SES au montant de leurs apports s'en trouvera aménagé à raison des circonstances particulières en jeu.

Article 4.2.2.3.7. Décisions collectives

(1) Les décisions suivantes sont prises par une résolution des actionnaires :

modification des statuts ;

approbation des comptes annuels ;

approbation de la gestion ;

distribution aux actionnaires ;

nomination et révocation du directeur général, sa

rémunération, le cas échéant, du directeur général ;

nomination et révocation du commissaire aux comptes, le cas échéant ;

rachat d'actions par la société ;

transformation de la SES ;

transfert de siège statutaire ;

fusions et scissions de la SES, le cas échéant transfrontalières ;

dissolution et liquidation de la SES.

Les statuts peuvent prévoir d'autres matières ou décisions qui doivent faire l'objet d'une résolution des actionnaires.

(2) Les résolutions sont adoptées à une majorité simple des droits de vote attachés aux actions émises par la société, à moins que les statuts n'exigent une majorité plus importante.

(3) Sous réserve des cas visés aux articles 4.2.2.3.14 (2) et 4.2.2.3.15 (4), toute modification des statuts de la SES doit faire l'objet d'une résolution des actionnaires adoptée à une majorité qualifiée, prévue par les statuts ou, le cas échéant, à celle imposée par le droit de l'Etat membre d'immatriculation applicable à la forme sociale de référence.

(4) Les résolutions adoptées en violation du présent chapitre ou des statuts de la SES ou du droit de l'Etat d'immatriculation s'appliquant subsidiairement peuvent être contestées par tout actionnaire, selon les modalités du droit de l'Etat membre d'immatriculation applicables à la forme sociale de référence.

Commentaire : L'article énumère les décisions qui doivent être prises par les actionnaires, sous réserve de stipulations dérogatoires dans les statuts lorsque cela est possible (1).

Ces prérogatives doivent être respectées par les autres organes, notamment par le directeur général.

De plus, l'article confirme le principe de la majorité qui existe dans toutes les sociétés de capitaux (2), tant en France qu'en Allemagne.

La modification des statuts ainsi que toutes les restructurations (fusion, scission, transformation) sont assujetties à des majorités qualifiées, prévues par les statuts ou imposées par le droit national applicable à la forme sociale de référence (3).

Pour la contestation des résolutions des actionnaires, le statut sur la SES fait référence au droit national applicable, parce qu'un tel litige est étroitement lié aux exigences des droits nationaux en matière de procédure civile.

Article 4.2.2.3.8. L'assemblée des actionnaires

(1) Les statuts arrêtent librement les formes et conditions requises pour l'adoption des décisions collectives des actionnaires, sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 et 3.

A défaut, les règles de la forme sociale de référence sont applicables à ces questions.

(2) Les actionnaires détenant, ensemble ou individuellement, au moins 5 % des droits de vote attachés aux actions de la société ont le droit de demander au directeur général d'inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée des actionnaires une proposition de résolution, au plus tard 15 jours avant la tenue de cette assemblée.

Ils ont également le droit de demander au directeur général de convoquer une assemblée des actionnaires sur un ordre du jour qu'ils déterminent, si aucune assemblée ne s'est tenue depuis plus d'un an ; en ce cas, et toute fois pour le directeur général de procéder à une telle convocation dans les 15 jours suivant la réception de la demande, les actionnaires concernés sont eux-mêmes habilités à convoquer ladite assemblée.

(3) Un actionnaire qui est également dirigeant de la société ne peut exercer son droit de vote relativement à l'approbation de sa propre gestion au cas visé à l'article 4.2.2.3.2. Les statuts peuvent déterminer d'autres situations de conflits d'intérêts dans lesquelles un actionnaire ne saurait exercer son droit de vote.

Commentaire Dans la SES, les actionnaires ont la plus grande marge de liberté pour arrêter les formes et conditions requises pour l'adoption des décisions collectives. Cette liberté existe tant en droit français qu'en droit allemand (1). Il convient cependant de prévoir un cadre juridique subsidiaire pour le cas où les statuts de la SES ne contiendraient pas de règles pour l'adoption des décisions collectives des actionnaires, auquel cas, le droit national de la forme sociale de référence s'appliquera.

En toute hypothèse, il paraît utile d'instituer une protection de nature impérative des actionnaires minoritaires détenant 5% au moins du capital en leur permettant d'inscrire à l'ordre du jour une proposition de résolution voire, en dernier ressort, de se substituer au directeur général défaillant pour convoquer une assemblée si aucune ne s'est tenue depuis plus d'un an (2).

Article 4.2.2.3.9. Droit d'information

(1) Le directeur général, ou le cas échéant, le président de l'assemblée communique au plus tard au moment de la convocation à tous les actionnaires l'ensemble des

informations de nature à leur permettre de voter de façon éclairée ainsi que les propositions de résolutions à l'ordre du jour.

(2) Durant l'assemblée, chaque actionnaire a le droit d'être dûment informé et de poser des questions au directeur général concernant les résolutions, les comptes annuels et toute autre matière se rapportant aux activités de la société.

(3) Les statuts peuvent prévoir les modalités suivant lesquelles les actionnaires pourront poser des questions écrites au directeur général auxquelles il devra être répondu, au plus tard, lors de l'assemblée.

(4) Le directeur général ne peut refuser l'accès aux informations que si, en y donnant accès, un tel accès risquait de nuire gravement aux intérêts commerciaux de la SES.

Commentaire : Le droit français et le droit allemand connaissent un droit d'information de l'actionnaire au titre du droit fondamental de participer aux décisions collectives. En France, le droit d'information s'exerce par écrit et s'étend aux documents énumérés dans la loi. En Allemagne, le droit d'information dans une SARL est plus étendu : chaque associé a le droit de se renseigner à tout moment auprès des dirigeants sur les affaires de la société (§ 51a GmbH). Pour la SES, une solution intermédiaire a été adoptée : les actionnaires jouissent d'un droit d'information légale qui vise, notamment, la préparation des assemblées ; les statuts peuvent élargir le droit d'information à un droit de poser des questions. Le droit d'information est limité par l'intérêt de la société dans la mesure où l'accès à l'information risquerait de nuire gravement aux intérêts commerciaux de la SES. Cette dernière disposition s'inspire du droit allemand (§ 51a al. 2 GmbH).

Article 4.2.2.3.10. Actionnaire unique

(1) Lorsque la SES ne comporte qu'un seul actionnaire, cet actionnaire unique exerce les pouvoirs attribués à la collectivité des actionnaires. Les décisions de l'actionnaire unique sont inscrites sur un procès-verbal ou établies par écrit.

(2) L'actionnaire peut, le cas échéant, être nommé directeur général.

(3) Les conventions conclues entre l'actionnaire unique et la SES sont inscrites dans le registre des décisions d'actionnaires ; à défaut d'inscription, l'actionnaire unique répond des conséquences éventuellement préjudiciables que de telles conventions auraient pour la SES.

Commentaire : La SES sera sans doute souvent constituée par un actionnaire unique (1), susceptible d'embrasser la fonction de directeur général (2). Les sociétés unipersonnelles sont connues du droit européen des sociétés (Dir. n° 89/667 sur les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, dont les dispositions ont été reprises dans la Directive n° 2017/1132/UE). En conformité avec les dispositions européennes, l'article 4.2.2.3.10. exige quelques formalités pour les décisions de l'actionnaire unique ; notamment, l'actionnaire unique s'expose à répondre des conséquences éventuellement préjudiciables que les conventions qu'il conclut avec la SES pourraient avoir pour cette dernière si la convention n'a pas été inscrite dans le registre (3).

Article 4.2.2.3.11. Approbation de transactions avec des parties liées

Les statuts peuvent prévoir des conditions particulières d'approbation de transactions conclues entre la SES et des dirigeants ou des actionnaires, directement ou indirectement, spécialement si elles excèdent certains seuils d'importance, ou si elles correspondent à des opérations non courantes et conclues à des conditions inhabituelles.

Commentaire : Le présent article a pour objet de prévenir les conflits d'intérêts lorsqu'un directeur général ou un actionnaire conclut, directement ou indirectement, une convention avec la SES. Afin de préserver la souplesse de la SES, les statuts sont invités à prévoir un régime particulier d'approbation des transactions avec des parties liées excédant par exemple un certain seuil ou non courante et conclues à des conditions inhabituelles.

Article 4.2.2.3.12. Droits attachés aux actions

(1) Chaque action donne vocation à une quote-part des bénéfices distribués et du boni de liquidation ainsi qu'à des droits de vote, proportionnels à la quotité de capital représentée par chaque action.

(2) Toutefois, les statuts peuvent déroger à cette règle proportionnelle ; ils peuvent aussi, le cas échéant, instituer des catégories d'actions conférant des droits particuliers.

Commentaire : La règle proportionnelle implique par principe les principaux droits économiques, comme les droits politiques, des actionnaires : ainsi, le vote aux assemblées générales, la participation aux résultats ou au boni de liquidation éventuel sont proportionnels à la quotité de capital détenu par chaque actionnaire (1).

Néanmoins, la souplesse de la SES impose qu'une dérogation à cette règle proportionnelle soit statutairement possible, voire que des catégories d'actions conférant des droits particuliers soient instituées (2).

Article 4.2.2.3.13. Liste des actionnaires

(1) Le directeur général tient à jour, sous sa responsabilité, une liste actualisée des actionnaires.

Cette liste contient les informations suivantes :

- les prénom, nom de famille, date de naissance, adresse et nationalité de chacun des actionnaires ;

- le nombre d'actions détenues par l'actionnaire concerné, leur valeur nominale et, le cas échéant, les droits non proportionnels ou particuliers auxquelles elles donnent accès ;

- la date d'acquisition des actions ;

- la date à laquelle un actionnaire a cessé d'être membre de la société.

(2) La liste des actionnaires fait foi de la détention du capital dans les seules relations entre actionnaires et jusqu'à preuve contraire, laquelle peut être apportée par tous moyens.

(3) Le directeur général communique la liste actualisée des actionnaires au registre national selon les modalités et délais définis par la loi de l'État membre d'immatriculation et aux termes de l'article 4.2.2.2.6. (7) ci-dessus.

Commentaire : Le directeur général établit (1) et actualise (3) sous sa responsabilité une liste des actionnaires, laquelle ne fait foi de la détention du capital que dans les relations internes et jusqu'à preuve du contraire (2).

Article 4.2.2.3.14. Cession des actions

(1) Les actions sont librement cessibles.

La forme de la cession ainsi que ses modalités d'opposabilité sont déterminées par le droit de l'État membre d'immatriculation applicable à la forme sociale de référence.

(2) Toutefois, les statuts peuvent limiter ou interdire la cession des actions, pourvu que ces limitations ou interdictions soient adoptées par une décision unanime des actionnaires ; les statuts peuvent également arrêter des modalités particulières d'acquisition d'actions existantes au profit des actionnaires.

En cas d'interdiction de cession d'actions, celle-ci doit être prévue pour une durée limitée.

En cas de limitation et lorsqu'un agrément a été prévu et qu'il n'a pas été obtenu, les statuts déterminent les modalités de rachat des actions par la SES ou par un tiers ainsi que celles de fixation du prix des actions ; en l'absence d'accord des parties, la fixation est effectuée par un expert indépendant ; à défaut, s'appliquent les dispositions du droit de l'État membre d'immatriculation applicable à la forme sociale de référence ;

le directeur général, informé par tous moyens de la cession par les parties, actualise dans les meilleurs délais la liste des actionnaires prévue à l'article 4.2.2.3.13.

Commentaire : Le principe de liberté de cession des actions doit rester la règle en matière de sociétés de capitaux soumises au droit européen (1). Il est toutefois renvoyé au droit national applicable à la forme sociale de référence s'agissant de la forme et des règles d'opposabilité de la cession, celles-ci étant assez diverses : un acte notarié de cession est ainsi exigé en Allemagne, quand un acte sous seing privé suffit en France.

Toutefois, la liberté statutaire doit pouvoir consolider si nécessaire l'actionnariat de la SES, qui a vocation à revêtir un *intuitus personae* important. Il est donc permis aux statuts de limiter voire d'interdire la cession des actions de la SES (par des clauses d'agrément ou d'inaliénabilité adoptées dans les statuts ou à l'unanimité (2), (3), comme de prévoir des conditions préférentielles d'acquisition au profit des actionnaires en place (notamment par des clauses de préemption). Les alinéas 2, 3 et 4 précisent la teneur des limites qui peuvent être posées à la libre cessibilité des actions. Ces limites sont destinées à protéger les minoritaires, qui devraient donc approuver les restrictions lorsqu'ils sont concernés par ces dernières aux termes de l'alinéa 2. Elles permettent également d'éviter une atteinte excessive au droit de propriété des actionnaires, d'où (i) la durée limitée d'une éventuelle clause d'inaliénabilité prévue à l'alinéa 3 et (ii) l'organisation d'un rachat des parts à un juste prix en cas de refus d'agrément prévue à l'alinéa 4.

Le dispositif ne saurait cependant affecter la stipulation de clauses similaires dans des pactes d'actionnaires extra-statutaires.

L'alinéa 5 impose au directeur général d'actualiser la liste des actionnaires en conséquence dès qu'il a connaissance du transfert.

Article 4.2.2.3.15. Exclusion et droit de retrait des actionnaires

(1) Un actionnaire ne peut être exclu que dans les cas et suivant une procédure garantie par les statuts, et en toute hypothèse moyennant une contrepartie adéquate.

(2) Sans préjudice d'autres cas éventuellement prévus par les statuts, le retrait d'un actionnaire peut intervenir à sa demande dans les cas suivants :

- le siège statutaire de la SES a été transféré dans un autre État membre ; dans ce cas, le tribunal du siège initial demeure compétent pour statuer sur tout litige se rattachant à l'exercice de ce droit de retrait ;

- le ou les actionnaires majoritaires ont adopté une ou plusieurs décisions ayant gravement nui à l'intérêt du retrayant, dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires au détriment des autres actionnaires ;

- la SES a conclu un contrat dans le sens de l'Article 4.2.2.3.6. (2) avec une société contrôleuse.

(3) Dans les matières traitées aux deux alinéas précédents, les statuts déterminent les modalités de rachat des actions par la SES ou par un tiers ainsi que celles de fixation du prix des actions ; en l'absence d'accord des parties, la fixation est effectuée par un expert indépendant ; à défaut, s'appliquent les dispositions du droit de l'État membre d'immatriculation (loi du siège social) applicable à la forme sociale de référence.

(4) Aucune modification des stipulations statutaires se rattachant aux alinéas 1 à 3 ne peut être prise sans une décision unanime des actionnaires.

Commentaire : La SES étant une forme sociale souple, offre des possibilités d'exclusion des actionnaires. Celles-ci doivent toutefois être entourées de garanties : précision des motifs d'exclusion, fixation du prix par un expert, possibilité pour l'actionnaire exclu de s'expliquer.

Le statut de la SES permet également aux actionnaires de se retirer. Cependant, afin de ne pas perturber le bon fonctionnement de la SES, les hypothèses de retrait sont définies de façon stricte. De plus, à défaut d'accord au sein de l'assemblée, le prix en sera fixé par un expert.

Section 4 Distributions et modifications du capital de la SES

Article 4.2.2.4.1. Distributions

(1) Aux fins du présent article, on entend par « distribution » tout avantage financier qu'un actionnaire reçoit directement ou indirectement de la société, et ce sans contrepartie adéquate.

(2) La SES peut, sur la base d'une proposition du directeur général, procéder à une distribution de dividendes, primes ou réserves aux actionnaires, pourvu que,

postérieurement à cette distribution, l'actif de la société lui permette de répondre entièrement de son passif et de son capital social.

(3) Tout actionnaire qui a bénéficié de distributions en violation de l'alinéa 2 doit les restituer à la société. Cette obligation se prescrit par cinq ans à compter de la date du versement de distribution à l'actionnaire intéressé.

(4) Tout directeur est personnellement responsable d'avoir proposé une distribution s'il savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que la distribution serait contraire à l'alinéa 2. Cette obligation se prescrit par cinq ans à compter du versement de distribution par la SES.

(5) Les statuts peuvent prévoir qu'une quote-part des réserves ne saurait faire l'objet de distributions.

Commentaire : Les règles gouvernant les distributions sont d'une importance majeure pour la protection du patrimoine de la société, et ce dans l'intérêt des tiers et en particulier des créanciers de la SES ; elles sont susceptibles d'engager la responsabilité du directeur général. Le transfert au détriment des créanciers d'éléments d'actif du patrimoine de la SES aux actionnaires doit ainsi être évité.

Aussi, le (2) pose le principe selon lequel l'actif de la société, après la distribution projetée, devrait toujours lui permettre de répondre de son passif et son capital social : on reconnaîtra là la suggestion d'introduire un « test de bilan » conditionnant la distribution de dividendes aux actionnaires.

Pour prévenir d'éventuels contournements, le (1) définit la notion de distribution d'une façon très large, par l'octroi d'un avantage financier direct ou indirect sans contrepartie adéquate, de façon à y inclure tout transfert de sommes ou de biens. Aussi, la disposition couvre également des systèmes de « cash pooling » dans les groupes de sociétés en assurant que chaque société participant à un tel système reste toujours capable de régler ses propres dettes.

Article 4.2.2.4.2. Augmentation du capital social

Le montant du capital social peut être augmenté par une modification des statuts.

Lors de toute augmentation du capital souscrite par apports en numéraire, les actions sont offertes aux actionnaires par préférence et proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions, à moins que les statuts ou une résolution des actionnaires n'en disposent autrement.

L'augmentation du capital doit être intégralement souscrite. Les dispositions de l'article 4.2.2.2.3. du présent chapitre sont applicables en tant que de raison à l'augmentation du capital ; ainsi, si une prime d'émission a été prévue, elle doit être libérée aux mêmes conditions que l'apport en numéraire.

L'augmentation du capital est reportée sur le registre national suivant les modalités de l'article 4.2.2.2.6 du présent chapitre.

Commentaire : Puisque le montant du capital figure dans les statuts de la SES (article 4.2.2.2.2. (1)), l'augmentation du capital présuppose une modification des statuts.

Un droit préférentiel de souscription est en principe prévu en matière d'apports en numéraire, mais peut être écarté statutairement ou, au cas par cas, par une résolution des actionnaires.

L'augmentation de capital est, en principe, soumise aux mêmes règles que la contribution initiale au capital lors de la constitution de la société auxquelles il est renvoyé (3). Puisque le montant initial du capital de la société est publié lors de l'immatriculation de la société suivant l'article 4.2.2.2.6, l'augmentation du capital doit être publiée de la même façon (4).

Article 4.2.2.4.3. Réduction du capital social

Le montant du capital social peut être réduit par une modification des statuts.

La résolution des actionnaires sur la réduction du capital doit être reportée sur le registre national suivant les modalités de l'article 4.2.2.2.6 du présent chapitre. En cas de réduction de capital non motivée par des pertes sociales, les créanciers dont les créances précèdent la date de publication ont le droit de saisir le tribunal compétent pour obtenir une ordonnance imposant que la SES leur accorde des garanties suffisantes. Cette requête doit être déposée dans un délai de 30 jours suivant la publication de la résolution. Le tribunal ne peut ordonner à la société de fournir des garanties que si le créancier démontre de façon crédible que la réduction du capital risquerait de compromettre le recouvrement de ses créances et qu'aucune garantie suffisante n'a été obtenue de la société.

La réduction du capital n'a effet qu'après le registrement de la modification des statuts selon les modalités de l'article 4.2.2.2.6 du présent chapitre. A cette fin, les directeurs de la société doivent vérifier que la société a fourni des garanties à tout créancier qui en avait le droit selon l'alinéa précédent.

En cas de réduction de capital motivée par des pertes sociales, le montant de la réduction ne peut être utilisé qu'à cette fin, à l'exclusion de toute distribution aux actionnaires.

Toute réduction de capital s'opère dans le respect de l'égalité des actionnaires se trouvant dans la même situation.

Commentaire. La réduction du capital présuppose une modification des statuts qui fixent le montant du capital de la société (cf. l'article 4.2.2.2.2.(1)).

Sous l'angle de la protection des créanciers, la réduction du capital non motivée par des pertes constitue un enjeu sensible, en ce qu'elle constitue une distribution de ressources, en principe intangibles aux actionnaires. Elle doit donc s'accompagner de l'octroi aux créanciers de certaines garanties.

Sous l'angle de la protection des actionnaires, l'opération doit respecter un principe d'égalité, adapté le cas échéant à leur situation particulière (notamment en cas d'actions de catégorie).

Article 4.2.2.4.4 Rachat d'actions

L'acquisition par la SES de ses propres actions s'opère dans le respect des exigences posées par l'article 4.2.2.4.1.

Les droits de vote et les droits pécuniaires attachés aux actions détenues par la SES sont suspendus aussi longtemps qu'elle en demeure propriétaire.

Les actions acquises par la SAS peuvent être annulées à tout moment par cette dernière, dans le cadre d'une réduction de capital s'opérant dans le respect des exigences prévues par l'article 4.2.2.2.3.

Commentaire : Le rachat de ses propres actions par la SES est autorisé, conformément à une évolution que l'on rencontre aujourd'hui dans les sociétés de capitaux. Toutefois et puisqu'il s'agit d'une forme de distribution, un tel rachat est subordonné au respect des règles applicables en matière de distribution et, de surcroît, à celles prévues pour les réductions de capital si la SES décide, à tout moment, de leur annulation.

Article 4.2.2.4.5. Fusions et scissions (nationales et transfrontalières) - Transformation - Dissolution – Liquidation

Les opérations de fusions, scissions, transformation, dissolution et liquidation, décidées aux termes de l'article 4.2.2.3.7, sont régies par le droit de l'Etat d'immatriculation applicable à la forme sociale de référence.

Commentaire : Il est renvoyé au droit national pour les questions énumérées par cette disposition, étant ici rappelé que celles relatives aux fusions et scissions ont déjà fait l'objet d'une importante harmonisation européenne.

Document de travail provisoire pour discussion

CHAPITRE TROISIEME : LA SOCIETE COOPERATIVE EUROPEENNE

Article 4.2.3. Renvoi

La SEC ayant son siège statutaire dans un Etat membre de l'UE est régie par les dispositions du Règlement (CE) n° 1435/2003 et, pour les questions non couvertes par ce Règlement, par les règles nationales de cet Etat membre adoptées en application des mesures de l'UE ciblant spécifiquement les SEC et par celles de cet Etat membre qui s'appliquent aux sociétés coopératives constituées en son sein (v. art. 8 du Règlement).

Commentaire : Il est renvoyé aux diverses dispositions qui forment le régime de la SEC, à savoir le Règlement n° 1435/2003, les règles nationales propres aux SEC et les règles nationales propres aux sociétés coopératives de chaque Etat membre, dans la mesure où les SEC sont toujours pour partie soumises au droit de l'Etat membre dans lequel elles ont leur siège statutaire.

Document de travail provisoire pour discussion