

Droit des sociétés

1^{er} janvier - 31 décembre 2008

LES PRINCIPAUX DÉVELOPPEMENTS du droit européen des sociétés au cours de la période considérée concernent la simplification des procédures de restructuration, l'élaboration d'un nouveau véhicule juridique européen pour les petites et moyennes entreprises, la mobilité des entreprises et la protection des actionnaires.

Introduction

1. — La présente chronique couvre l'essentiel de la réglementation et de la jurisprudence de droit européen des sociétés parues en 2008. Son objectif est d'éclairer les lecteurs sur les principaux développements qu'a connus cette matière durant la période considérée et de susciter ainsi l'envie de s'aventurer plus loin... Nous évoquerons d'abord deux travaux de la Commission européenne (1) et nous traiterons ensuite de la jurisprudence de la Cour de justice à travers deux arrêts (2).

1

Les travaux de la Commission

2. — Durant la période considérée, les travaux de la Commission ont essentiellement porté sur la simplification des procédures de fusion et de scission (A) et sur l'élaboration d'une proposition de statut de société privée européenne (B).

A. — Une simplification des règles sur les fusions et les scissions

3. — Dans le cadre de l'opération « Better Regulation », la Commission a souhaité que les droits européens des sociétés, de la comptabilité et du contrôle des comptes, identifiés comme les domaines prioritaires pour réduire les charges administratives des agents économiques, rencontrent mieux les besoins des entreprises européennes et leur permettent d'être plus compétitives dans un environnement international concurrentiel. Des modifications ponctuelles de directives existantes ont été préférées à l'abrogation de certaines d'entre elles.

La Commission a ainsi présenté une proposition de révision des troisième et sixième directives en droit de sociétés afin de réduire les formalités administratives que doivent remplir les sociétés anonymes européennes en cas de fusion ou de scission nationales. La proposition vise, notamment, à (i) réduire les exigences de notification des entreprises, notamment lorsque les actionnaires estiment certains rapports inutiles et lorsque les opérations concernent les so-

ciétés mères et leurs filiales, (ii) éviter les doubles notifications lorsque d'autres règles de l'Union européenne imposent également des exigences de ce type et (iii) donner aux entreprises la possibilité d'utiliser le réseau internet et le courrier électronique pour publier les projets de fusion ou de scission et transmettre aux actionnaires les documents requis¹.

B. — La loi sur les petites entreprises pour l'Europe et la proposition sur le statut de la société privée européenne²

4. — Afin de mieux soutenir les petites et moyennes entreprises (P.M.E.)³, moteurs d'une économie compétitive, et les aider à « libérer leur potentiel pour une croissance durable à long terme et pour la création d'emplois plus nombreux », la Commission européenne a rendu public, en juin 2008, la loi sur les petites entreprises pour l'Europe, qui comporte des principes directeurs et des mesures à mettre en œuvre tant par la Commission que par les États membres⁴.

Cette loi, qui constitue une étape décisive dans la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi, implique, notamment, en faveur des P.M.E. (i) un nouveau règlement général d'exemption par catégorie relatif aux aides en matière de formation, de recherche et développement et de protection environnementale, (ii) une modification de la directive sur les retards de paiement pour garantir un paiement dans un délai de trente jours, (iii) un accès facilité au financement, à l'innovation et à la formation, (iv) une T.V.A. réduite pour les services fournis localement, (v) un

meilleur accès aux marchés publics et (vi) l'obtention du statut de société privée européenne (S.P.E.), qui permettra aux P.M.E. de créer leur société sous une même forme, quel que soit l'État dans lequel elles exercent leurs activités.

Dans le cadre de ce plan d'action « Small Business Act for Europe », la Commission a dès lors adopté une proposition de règlement du Conseil sur la société privée européenne (S.P.E.), nouvelle forme de société coexistant avec les formes de sociétés nationales. Cette structure juridique uniforme de dimension européenne, que les P.M.E. pourraient utiliser à l'identique dans l'ensemble de l'Union européenne, est censée renforcer leur compétitivité en facilitant leur établissement et leur fonctionnement dans le marché unique. Les dispositions « communes » de la proposition se distinguent par leur simplicité et leur souplesse. Il y a d'un équilibre entre la liberté contractuelle et la protection des actionnaires, des créanciers, des travailleurs et des tiers en général. En outre, la proposition ne subordonne pas la création de la S.P.E. à une exigence d'« incidence transfrontière », telle que la présence d'actionnaires originaires de différents États membres ou la preuve de l'exercice d'activités transnationales.

Il convient de rappeler que le statut de S.P.E., issu des milieux d'affaires et académiques dès 1990, a suscité l'adhésion renforcée des organisations industrielles et du Comité économique et social européen⁵, notamment devant le constat que les formes existantes de sociétés communautaires sont destinées aux grandes entreprises. Le projet figurait parmi les mesures envisagées par le plan d'action 2003-2009 sur la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise et la consultation publique de 2006 sur les priorités futures de la Commission dans les domaines du droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise a confirmé un vigoureux soutien au projet. En juin 2006, le Parlement européen a organisé une audition publique sur la S.P.E., a invité la Commission à présenter une proposition avant fin 2007⁶ et a confirmé son soutien dans une résolution du 25 octobre 2007⁷.

(1) http://ec.europa.eu/internal_market/company/simplification/index_fr.htm.

(2) Pour de plus longs développements, voy. E.-J. Navez, « La société privée européenne : enfin un véhicule d'intégration économique à l'attention des P.M.E. ? », *R.P.S.*, 2009, à paraître.

(3) Il s'agit des entreprises comptant au plus 250 salariés et réalisant un chiffre d'affaires maximal de 50 millions EUR. Elles représentent plus de 99% des entreprises de l'Union européenne mais seules 8% d'entre elles exercent des activités transfrontalières et 5% possèdent des filiales ou des entreprises communes à l'étranger.

(4) http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba_fr.htm; <http://www.eib.org/attachments/strategies/sme-consultation-2007-2008-en.pdf>. Voy. aussi la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Un marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle » (COM(2007) 724 du 20 novembre 2007) et la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Programme législatif et de travail de la Commission pour 2008 » (COM(2007) 640).

(5) Avis du Comité économique et social sur « L'accès des P.M.E. à un statut de droit européen », *J.O.* C 125, 27 mai 2002, p. 19.

(6) Rapport du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur le statut de la société privée européenne (2006/2013(INI)), A6-0434/2006 final.

(7) Résolution du Parlement européen concernant la quatorzième directive sur le droit des sociétés et la société privée européenne (B6-0399/07). Voy. également la consultation publique (<http://ec.europa.eu/>)

Nous allons analyser, à l'indicatif présent, le statut de cette future forme européenne de société non cotée, qui sera fondée sur un certain nombre de règles communes à toute l'Union européenne.

5. — La S.P.E. est une société de capitaux dotée de la personnalité juridique, dont les associés bénéficient du privilège de la responsabilité limitée et dont les actions ne peuvent être proposées au public ni admises à la négociation sur un marché réglementé. Elle peut avoir plusieurs fondateurs, personnes physiques ou sociétés au sens de l'article 48 du Traité CE.

Afin d'établir un équilibre entre souplesse et uniformité, le règlement gouverne le plus grand nombre possible de matières, soit en prévoyant des dispositions impératives et directement applicables⁸, soit en réservant certaines matières aux dispositions statutaires de la S.P.E. L'annexe I contient la liste des matières que les actionnaires sont tenus de régler dans les dispositions statutaires, qui ne sont pas soumises au droit national. Si les actionnaires négligent de couvrir ces matières, aucune disposition supplétive n'est prévue dans la proposition⁹. La loi de l'État membre du siège statutaire relative aux sociétés à responsabilité limitée régit uniquement les matières qui ne sont pas traitées dans le règlement, celles qui ne figurent pas à l'annexe I ou celles qui ne relèvent pas du droit des sociétés.

6. — La S.P.E. peut être constituée *ex nihilo*, conformément aux dispositions du règlement, par transformation ou scission d'une société existante ou par fusion de sociétés existantes¹⁰.

Le siège statutaire de la S.P.E. ainsi que son administration centrale ou son principal établissement doivent obligatoirement se situer sur le territoire des États membres. Ils peuvent toutefois être localisés dans différents États membres, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice favorable à la mobilité des sociétés (voy. *infra*). Les actionnaires peuvent également décider de transférer le siège statutaire dans un autre État membre.

La S.P.E. acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation, pour laquelle le règlement ne prévoit pas de procédure particulière. Il se base sur les dispositions de la première directive relative au droit des sociétés (68/151/CEE) et définit certaines exigences pour faciliter la création d'une S.P.E. et en réduire le coût : (i) l'immatriculation doit pouvoir être demandée par voie électronique; (ii) les documents et indications que les États membres peu-

vent demander à cette fin sont limitativement énoncés (dénomination sociale, siège social, capital social, régime des actions, noms et adresses des personnes chargées de l'administration, de la représentation et du contrôle...¹¹); (iii) toute modification des documents et indications doit également être inscrite au registre et (iv) le seul contrôle de légalité incombe à une autorité administrative/judiciaire ou au notaire.

7. — Le règlement proposé laisse aux actionnaires une grande liberté quant au régime des actions (ordinaires ou de priorité), notamment quant aux droits et obligations y afférents. Les seules restrictions visent à protéger les intérêts des tiers ou des actionnaires minoritaires.

Selon l'annexe I, les dispositions statutaires régissent notamment (i) les droits et obligations attachés aux actions (droit aux dividendes, droits de vote,...), (ii) la procédure de modification éventuelle de ces droits et obligations, (iii) l'existence de droits de préemption sur les actions, (iv) les modalités de limitation ou d'interdiction de cession (forme, délai, procédure applicable...).

Les participations au capital doivent être inscrites sur la liste des actionnaires — établie et conservée par l'organe de direction — qui constitue la preuve décisive de la propriété des actions et qui peut être consultée par les actionnaires ou les tiers. Cette liste contient, à tout le moins, le nom et l'adresse de chaque actionnaire, le nombre, la valeur et la date d'acquisition de ses actions, la valeur et la description de chaque apport effectué ou à effectuer par l'actionnaire concerné et la date à laquelle un actionnaire cesse d'être membre de la S.P.E.

Toute décision imposant des restrictions ou des interdictions à la cession d'actions doit être prise à la majorité qualifiée et approuvée par chaque actionnaire concerné.

Des dispositions statutaires peuvent prévoir un droit de retrait obligatoire des actionnaires minoritaires. En outre, afin de préserver le fonctionnement de la société et la liberté des actionnaires, la S.P.E. peut agir en justice pour exclure certains actionnaires tandis que les actionnaires dont l'intérêt a été gravement lésé peuvent exercer un droit de retrait.

Selon l'article 17, le tribunal compétent peut ordonner, à la requête de la S.P.E., l'exclusion d'un actionnaire qui a nui gravement aux intérêts de la société ou dont le maintien porte préjudice à son fonctionnement. La requête est présentée devant le tribunal dans un délai de soixante jours suivant l'adoption d'une résolution par les actionnaires. Le tribunal peut décider, à titre provisoire, de suspendre les droits non pécuniaires de cet actionnaire jusqu'à la décision définitive. En ordonnant l'exclusion, le tribunal décide si les actions doivent être acquises par les autres actionnaires ou par la S.P.E. elle-même et statue sur le paiement du prix.

Aux termes de l'article 18, un actionnaire peut se retirer si les activités de la S.P.E. nuisent gravement à ses intérêts suite à tel ou tel événement : la société a été dépossédée d'une partie importante de son actif; son siège statu-

taire a été transféré; ses activités ont subi de profondes modifications; aucun dividende n'a été versé depuis au moins trois ans alors que la situation financière le permettait. L'actionnaire notifie son retrait dûment motivé, par écrit, à la S.P.E. Dès réception, l'organe de direction invite les actionnaires à adopter une résolution sur l'acquisition des actions par eux-mêmes ou par la S.P.E. Si les actionnaires ne réagissent pas ou n'acceptent pas les motifs de retrait dans un délai de trente jours suivant la notification, l'organe de direction en informe l'actionnaire dans les meilleurs délais. À la requête de l'actionnaire¹², le tribunal peut alors, s'il estime que les intérêts du requérant ont été gravement lésés, ordonner l'achat de ses actions par les autres actionnaires ou par la S.P.E. elle-même et statuer sur le paiement du prix¹³.

8. — Le règlement fixe le capital minimum de la S.P.E. à 1 EUR. Le capital n'est plus le centre de gravité de la société à responsabilité limitée... La Commission a considéré que (i) les créanciers tiennent compte aujourd'hui d'autres aspects plus pertinents pour apprécier la solvabilité des sociétés (exemple : flux de trésorerie), (ii) les actionnaires dirigeants de petites sociétés offrent souvent des garanties personnelles à leurs créanciers, (iii) les fournisseurs ont recours aux sûretés réelles pour garantir leurs créances et (iv) les actionnaires sont les mieux placés pour déterminer les besoins financiers de la société.

Les statuts de la S.P.E. doivent préciser (i) si les fondateurs effectuent leurs apports en espèces ou en nature, (ii) quels biens, droits ou services peuvent être considérés comme des apports, (iii) la date du paiement ou de la réalisation des apports et (iv) si une évaluation des apports en nature par un expert est nécessaire¹⁴. Selon l'annexe I, ils régissent également (i) l'exercice comptable et les possibilités de le modifier, (ii) l'existence d'une obligation de constituer des réserves et ses modalités éventuelles, (iii) la possibilité de fournir une assistance financière en vue de l'acquisition des actions par un tiers, (iv) le versement d'acomptes sur dividendes et (v) les procédures de variation du capital.

Le règlement contient des règles uniformes applicables aux « distributions », à savoir tout avantage financier qu'un actionnaire retire directement ou indirectement de ses actions. Toute distribution est subordonnée à la réalisation d'un « test de bilan » : l'actif doit, après distribution, couvrir intégralement le passif. Puisque la possibilité d'effectuer un « test de solvabilité » n'existe que dans certains États membres, la proposition ne rend pas un tel test obligatoire mais elle autorise expressément les actionnaires à le prévoir dans les statuts. Si les actionnaires requièrent de l'organe de direction un « certificat de solvabilité »¹⁵, ils doivent également définir les exigences y relatives.

internal_market/company/epc/index_fr.htm; http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/index_fr.htm), la conférence du 10 mars 2008 organisée par la Commission et les travaux du groupe consultatif sur le gouvernement d'entreprise et le droit des sociétés, qui a fourni des informations en rapport avec l'analyse d'impact, qui a prodigué des conseils sur la teneur du statut de la S.P.E. et qui a rédigé des modèles de dispositions statutaires (http://ec.europa.eu/internal_market/company/advisory/index_fr.htm).

(8) Le droit des sociétés national ne s'applique aux matières traitées dans le statut que dans les cas prévus au règlement.

(9) Toutefois, les sanctions applicables en cas d'omission ou de toute autre infraction au règlement seront déterminées par le droit national.

(10) La constitution d'une S.P.E. par voie de transformation, fusion ou scission de sociétés existantes est régie par le droit national applicable aux sociétés concernées. La transformation n'emporte pas la liquidation de la société ni la perte ou la suspension de sa personnalité juridique.

(11) Selon l'annexe I, les dispositions statutaires régissent au minimum le nom de la S.P.E., son capital initial, les noms et adresses de ses actionnaires fondateurs ainsi que la valeur ou le pair comptable de leurs actions.

(12) La requête est déposée dans un délai de soixante jours suivant la résolution ou, à défaut de résolution dans les trente jours de la notification du retrait, dans un délai de soixante jours suivant l'expiration de ce délai.

(13) En cas de litige, la valeur est déterminée par un expert indépendant désigné par les parties ou, à défaut, par la juridiction ou l'autorité administrative compétente.

(14) Les actionnaires sont responsables de leurs apports conformément au droit national.

(15) Le certificat doit attester que la société sera en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles viendront à échéance, selon le cours normal des activités, dans un délai d'un an à compter de la distribution. Il est transmis aux

Avant d'acquiescer ses propres actions, par décision des actionnaires, la S.P.E. doit également se soumettre à un test de bilan et, le cas échéant, à un test de solvabilité. Les actions acquises doivent avoir été entièrement libérées et les droits non pécuniaires attachés aux actions concernées seront suspendus.

Selon l'article 24, après la publication d'une décision de réduction du capital, les titulaires de créances nées avant cette publication peuvent obtenir du tribunal compétent qu'il ordonne à la société de leur octroyer des garanties suffisantes. La requête doit être déposée dans un délai de trente jours suivant la publication. Le tribunal ne peut y donner suite que si le créancier démontre de façon crédible que la réduction du capital risque de compromettre le recouvrement de ses créances et qu'aucune garantie suffisante n'a été obtenue. Si la réduction compense des pertes subies, son montant ne peut à l'évidence être distribué aux actionnaires. En outre, l'égalité de traitement des actionnaires se trouvant dans la même situation est assurée.

9. — La liberté des actionnaires est grande quant à l'organisation interne de la S.P.E., sous réserve des dispositions du règlement, mais leur égalité de traitement et la protection des minoritaires doivent être préservées.

L'article 27 du règlement proposé fournit une liste non exhaustive des décisions qui doivent être prises par les actionnaires, soit aux majorités et quorum déterminés par les statuts, soit à la majorité qualifiée (deux tiers ou trois quarts des droits de vote) : modification des droits attachés aux actions, exclusion et retrait d'un actionnaire, approbation des comptes annuels et distribution aux actionnaires, acquisition d'actions propres, variations de capital, nomination et révocation des dirigeants et du contrôleur des comptes, transfert du siège dans un autre État membre, transformation, fusion, scission et liquidation de la société.

La convocation de véritables assemblées générales n'est pas obligatoire. Le mode de décision (procédure, majorités...) doit être défini dans les statuts. Les actionnaires jouissent de droits d'information étendus et leur droit de contester les décisions est soumis au droit national.

Le règlement confère deux droits particuliers aux actionnaires minoritaires. Selon l'article 29, les actionnaires détenant 5% des droits de vote peuvent adresser à l'organe de direction une demande motivée de soumettre aux actionnaires une proposition de décision. Si la demande est refusée ou si l'organe de direction ne réagit pas dans les quatorze jours suivant la réception de la demande, les actionnaires concernés peuvent soumettre directement leur proposition aux actionnaires. En outre, en cas de soupçon d'infraction grave à la loi ou aux statuts, les actionnaires détenant 5% des droits de vote peuvent solliciter auprès d'une juridiction ou d'une autorité administrative, la nomination d'un expert indépendant, qui effectuera une enquête dont les résultats seront présentés aux actionnaires¹⁶.

Les dispositions statutaires détermineront la structure de gestion de la S.P.E. (un ou plusieurs

dirigeants, qui doivent être des personnes physiques, structure moniste ou dualiste), la composition et l'organisation de ses organes, la procédure de nomination et de révocation des dirigeants ainsi que la durée de leur mandat et les critères de leur éligibilité.

La participation des travailleurs existant dans les petites sociétés de quelques États membres (exemple : la Suède ou le Danemark), la S.P.E. est soumise au régime de participation des travailleurs de l'État membre dans lequel est établi son siège statutaire, avec pour conséquence qu'elle ne présentera pas davantage d'attraits à cet égard que les sociétés nationales comparables¹⁷.

Il convient de relever que le règlement impose aux membres de l'organe de direction d'agir dans l'intérêt de la société, qui peut seule leur réclamer réparation en cas de manquement. Ni les actionnaires ni les créanciers n'ont le droit de les poursuivre directement. Aux termes du règlement, la société attend des dirigeants le « niveau général de diligence et de compétence qui peut être raisonnablement exigé dans la conduite de l'entreprise ». Si le règlement énonce leurs obligations spécifiques les plus importantes, des obligations supplémentaires peuvent être mises à leur charge par les statuts. Les dirigeants sont tenus d'éviter tout conflit d'intérêts, sous réserve des dispositions statutaires qui réglementeraient certaines situations comportant ce type de conflit (personne habilitée et procédure d'autorisation).

Le règlement prévoit une responsabilité, le cas échéant solidaire, des dirigeants lorsque la S.P.E. subit des pertes ou des dommages causés par un manquement aux obligations qui leur incombent en vertu du règlement, des statuts ou d'une décision des actionnaires.

Conformément à l'annexe I, les statuts d'une S.P.E. régissent également (i) les modalités de convocation et de fonctionnement des éventuelles assemblées générales et celles relatives aux propositions de résolution, (ii) la manière dont les actionnaires reçoivent copie d'une résolution adoptée, (iv) la procédure pour répondre aux demandes d'information des actionnaires et leur donner accès aux documents de la société, (v) l'existence d'un commissaire aux comptes et la procédure relative à sa désignation, sa révocation et sa démission et (vi) la représentation de la S.P.E. par l'organe de direction, notamment le droit des dirigeants de la représenter collectivement ou individuellement et les possibilités de délégation. Aucune autre limitation des pouvoirs des dirigeants résultant des statuts, d'une résolution des actionnaires ou d'une décision d'un organe de gestion ou de surveillance, n'est opposable aux tiers, même si elle a été publiée.

10. — Afin de permettre aux entreprises de profiter pleinement des avantages du marché intérieur, la S.P.E. peut établir son siège statutaire et son principal établissement dans des États membres différents et elle peut transférer son siège statutaire dans un autre État membre, en conservant sa personnalité juridique¹⁸ et sans

que cela implique nécessairement le transfert de son administration centrale ou de son principal établissement (article 35).

Afin de protéger les intérêts des tiers, le règlement prohibe le transfert du siège statutaire des S.P.E. contre lesquelles a été entamée une procédure de dissolution, de liquidation, d'insolvabilité ou de cessation des paiements ou à l'égard desquelles ont été arrêtées des mesures administratives ou judiciaires pour éviter une telle procédure.

Un transfert prend effet à la date de l'immatriculation de la société dans l'État membre d'accueil, dont le droit régit alors la S.P.E.. Quant aux procédures judiciaires ou administratives engagées avant le transfert, la S.P.E. est réputée, après l'immatriculation, conserver son siège statutaire dans l'État membre d'origine.

L'article 36 règle la procédure de transfert. L'organe de direction élabore une proposition comprenant au moins les indications suivantes : le nom de la S.P.E. et l'adresse du siège statutaire dans l'État membre d'origine, l'adresse de son siège statutaire et ses statuts dans l'État membre d'accueil; le calendrier de transfert; la date à partir de laquelle les transactions de la société seront considérées, du point de vue comptable, comme ayant été effectuées dans l'État membre d'accueil; les conséquences du transfert pour les travailleurs et les mesures proposées à leur égard; des informations détaillées sur le transfert de l'administration centrale ou du principal établissement de la S.P.E.

Au plus tard un mois avant la décision, l'organe de direction soumet la proposition de transfert aux actionnaires et aux représentants des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs eux-mêmes, et la met à la disposition des créanciers pour consultation. Il la rend également publique.

L'organe de direction établit un rapport à l'intention des actionnaires expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert proposé et exposant ses implications pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs. Le rapport est soumis, avec la proposition de transfert, aux actionnaires et aux représentants des travailleurs. Si l'organe de direction reçoit en temps utile l'avis de ces représentants, il est soumis aux actionnaires.

La proposition de transfert est soumise à l'approbation des actionnaires conformément aux dispositions des statuts applicables à leur modification. Si la S.P.E. est soumise à un régime de participation des travailleurs, les actionnaires peuvent se ménager la possibilité de subordonner la mise en œuvre du transfert à leur approbation expresse des modalités de cette participation dans l'État membre d'accueil. La protection de tout actionnaire minoritaire qui s'oppose au transfert et des créanciers est régie par le droit de l'État membre d'origine.

Conformément à l'article 37, chaque État membre désigne une autorité compétente chargée de contrôler la légalité du transfert. L'autorité compétente de l'État membre d'origine vérifie que les exigences de l'article 36 sont remplies et délivre, le cas échéant, un certificat attestant que les formalités ont été dûment accomplies dans cet État membre. Dans un délai d'un mois suivant la réception du certificat, la S.P.E. présente, à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, les statuts et la proposition de trans-

actionnaires avant la décision de distribution et rendu public.

(16) L'expert peut consulter les documents et archives de la société et réclamer des informations à l'organe de direction.

(17) Si les travailleurs bénéficient d'un droit de participation, la structure de gestion doit leur permettre de l'exercer.

(18) Le transfert n'affecte pas les droits ou obligations résultant des contrats conclus préalablement.

fert, tels qu'approuvés par les actionnaires, ainsi que le certificat.

L'autorité compétente de l'État membre d'accueil vérifie, dans les quatorze jours suivant la réception des documents, que les conditions requises sont réunies et prend, le cas échéant, les mesures nécessaires pour l'immatriculation de la S.P.E. Par le formulaire de notification figurant à l'annexe II du règlement, elle notifie à l'autorité chargée de la radiation de l'immatriculation dans l'État membre d'origine la nouvelle immatriculation de la société. La radiation est effective dès réception de la notification et la S.P.E. est soumise, à dater de la nouvelle immatriculation, aux règles en vigueur dans l'État membre d'accueil¹⁹.

Le règlement instaure, à l'article 38, un régime spécial applicable lorsque une S.P.E. relevant d'un régime de participation des travailleurs transfère son siège statutaire dans un État membre dont la législation (i) ne prévoit pas le même niveau de participation que celui pratiqué au sein de la S.P.E. dans l'État membre d'origine²⁰ ou (ii) ne permet pas aux travailleurs des établissements de la S.P.E. situés dans d'autres États membres d'exercer les mêmes droits que ceux dont ils bénéficiaient avant le transfert.

Dans cette hypothèse, si les travailleurs de la S.P.E. dans l'État membre d'origine représentent au moins un tiers du nombre total de ses salariés, en ce compris les filiales ou succursales dans tout État membre, l'organe de direction prend des mesures, le plus tôt possible après la publication de la proposition de transfert, pour entamer des négociations avec les représentants des travailleurs en vue d'un accord sur les modalités de participation²¹.

L'éventuel accord doit stipuler son champ d'application, sa date d'entrée en vigueur et sa durée²² ainsi que les modalités de participation dans la S.P.E. après le transfert (nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance que les travailleurs auront le droit d'élire, de désigner, de recommander ou à la désignation desquels ils pourront s'opposer; procédures applicables).

Faute d'accord, les règles de l'État membre d'origine continuent à s'appliquer.

11. — Le règlement s'en réfère au droit national quant à la dissolution²³ de la S.P.E. ou à sa transformation en société de forme juridique nationale. En outre, elle peut fusionner avec d'autres sociétés et être scindée conformément aux règles applicables aux sociétés à responsabilité limitée.

(19) Les immatriculations et les radiations sont rendues publiques.

(20) Le niveau est mesuré en fonction de la « proportion des représentants des travailleurs parmi les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, de leurs comités ou du groupe de direction qui gère les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit dans la S.P.E. ».

(21) La durée des négociations — régies par le droit de l'État membre d'origine — est limitée à six mois. Les parties peuvent les prolonger pour une période supplémentaire de six mois.

(22) Les hypothèses et les procédures de renégociation doivent aussi être précisées.

(23) Conformément à l'article 40, la S.P.E. est dissoute au terme de la durée pour laquelle elle a été constituée, par décision des actionnaires et dans les cas prévus par le droit national, qui régit également la procédure de liquidation.

2

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

12. — Deux arrêts ont retenu notre attention en raison de leur apport jurisprudentiel quant à la mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne et à la protection des actionnaires de sociétés anonymes.

A. — Le transfert de siège de société d'un État membre vers un autre État membre

13. — Le 16 décembre 2008, la Cour a rendu un arrêt important dans l'affaire *Cartesio*²⁴, concernant le transfert de siège d'une société de son État membre de constitution vers un autre État membre de l'Union européenne.

En l'espèce, *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt (« *Cartesio* »), une société constituée conformément au droit hongrois, avait transféré son siège de la Hongrie vers l'Italie mais souhaitait conserver sa qualité de société relevant du droit national hongrois. Or, en vertu de la législation hongroise, le siège d'une société de droit hongrois coïncide avec le centre de direction de ses affaires (théorie dite « du siège réel »)²⁵.

La demande d'inscription dans le registre des sociétés de la modification du siège de *Cartesio* avait cependant été rejetée par le tribunal compétent au motif qu'une société constituée en vertu de la législation hongroise ne pouvait simultanément transférer son siège (tel que défini dans ladite législation) à l'étranger et continuer à être soumise à cette même législation. À la suite de ce refus, *Cartesio* avait interjeté un appel devant la Cour régionale, qui avait soumis une question préjudicielle à la Cour de justice quant à la compatibilité de la réglementation hongroise avec la législation communautaire.

Dans ses conclusions, l'avocat général Poiares Maduro, adoptant une position libérale, estimait qu'était contraire à la liberté d'établissement un droit national s'opposant à ce qu'une société constituée sous son égide transfère son administration centrale de l'État membre d'enregistrement vers un autre État membre (article 43 CE).

La Cour n'a pas suivi les conclusions de son avocat général. Elle rappelle le principe, posé par l'arrêt *Daily Mail and General Trust*²⁶, selon lequel une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la cons-

(24) C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt, C-210/06, pas encore publié au Recueil (« *Cartesio* »). Pour un premier commentaire éclairé, voy. A. Autenne et E.-J. Navez, « *Cartesio*, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités », *Cah. dr. eur.*, 2009, à paraître.

(25) Selon la « théorie de l'incorporation » — prévalant notamment en Grande-Bretagne — la *lex societatis* est déterminée par le lieu de constitution/immatriculation de la société.

(26) C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust* Plc, 81/87, Rec., p. 5483 (« *Daily Mail* »).

(27) *Daily Mail*, point 19 et *Cartesio*, point 104.

titution et le fonctionnement²⁷. Dans ce même arrêt, elle avait relevé que les législations des États membres diffèrent largement en ce qui concerne tant le lien de rattachement au territoire national exigé en vue de la constitution d'une société que la possibilité, pour une société constituée conformément à une telle législation, de modifier ultérieurement ce lien de rattachement²⁸. Le Traité CE, indique la Cour, a tenu compte de ces disparités dans son article 48, qui définit les sociétés pouvant bénéficier du droit d'établissement, en mettant sur pied d'égalité le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien de rattachement. À défaut de définition uniforme, en droit communautaire, des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable, il revient à chaque État membre de définir, d'une part, le lien de rattachement requis pour qu'une société soit considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement et, d'autre part, le lien de rattachement requis pour maintenir cette qualité ultérieurement. Cette faculté englobe, selon la Cour, la possibilité pour l'État membre concerné de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend déplacer son siège sur le territoire d'un autre État membre.

Après un bref rappel des principes établis dans les arrêts *Sevic Systems*²⁹, *Daily Mail* et *Überseering*³⁰, la Cour conclut qu'en l'état actuel du droit communautaire, « les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée »³¹.

Cependant, dans un *obiter dictum*, la Cour ajoute que cette situation doit être distinguée de l'hypothèse où la société relevant d'un État membre est déplacée vers un autre État membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre d'accueil³². Dans un tel cas, l'État membre de constitution ne pourrait imposer la dissolution et la liquidation de la société, ce qui l'empêcherait de se transformer en une société de droit national de l'autre État membre, pour autant que ce droit le permette. En effet, déclare la Cour, ceci serait contraire à la liberté d'établissement de la société concernée, à moins que cet obstacle soit justifié par une raison impérieuse d'intérêt général. Ainsi, la Cour semble vouloir rappeler aux États membres que si une société souhaite se soumettre à un autre droit que celui dont elle relevait lors de sa constitution et que la législation de l'État membre d'accueil lui permet de se transformer en une

(28) *Daily Mail*, point 20 et *Cartesio*, point 105.

(29) C.J.C.E., 13 décembre 2005, *Sevic Systems* AG, C-411/03, Rec., I, p. 10805.

(30) C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Überseering* BV c. *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC), C-208/00, Rec., I, p. 9919.

(31) *Cartesio*, point 124.

(32) *Cartesio*, point 111.

société relevant de son droit national, l'État de constitution ne peut s'y opposer³³.

B. — La protection et l'égalité de traitement des actionnaires dans les sociétés anonymes

14. — Dans le cadre de l'affaire *Commission des Communautés européennes c. Espagne*³⁴, la Cour s'est prononcée sur les principes d'égalité de traitement et de protection des actionnaires, consacrés par la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976³⁵ (ci-après « la deuxième directive »). Cette directive, rappelle la Cour, a pour objet d'assurer une équivalence minimale dans la protection tant des actionnaires que des créanciers des sociétés

anonymes, en laissant les États membres libres d'adopter des dispositions plus favorables.

La première partie³⁶ de l'arrêt porte sur le principe de traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques, consacré par l'article 42 de la deuxième directive. Selon la Commission, la législation espagnole relative aux sociétés anonymes ne garantit pas un traitement égal des actionnaires d'une société cotée en ce qu'elle permet à l'assemblée générale (i) d'approuver la suppression du droit de souscription préférentiel dont bénéficient les actionnaires en cas d'augmentation de capital par l'émission de nouvelles actions et (ii) de déterminer librement le prix d'émission des nouvelles actions, à condition, notamment, que celui-ci soit supérieur à la « valeur d'actif nette » des actions. Ceci aboutirait, selon la Commission, à une discrimination entre, d'une part, les « anciens actionnaires » existants avant l'augmentation du capital et ayant acquis leurs actions à la « valeur de marché », et, d'autre part, les « nouveaux actionnaires » ayant acquis leurs actions suite à l'augmentation du capital, qui pourraient avoir bénéficié d'un prix sensiblement inférieur à leur « valeur de marché ». Ce raisonnement est rejeté par la Cour, essentiellement au motif que la Commission ne démontre pas que ces deux catégories d'actionnaires se trouvent dans des « conditions

identiques », de sorte que la législation espagnole devait leur assurer un traitement égal. À cet égard, l'Espagne avait fait valoir qu'en raison des fluctuations de la cotation boursière, chaque actionnaire aurait acquis ses actions à un prix différent, en fonction de la date d'acquisition.

Dans un deuxième temps³⁷, la Cour se penche sur le principe de protection des actionnaires des sociétés anonymes. Bien que l'article 29, §§ 1^{er} et 6, de la deuxième directive ne prévoie pas que les nouvelles actions et les obligations convertibles en actions doivent être offertes exclusivement aux actionnaires, celles-ci doivent leur être offertes par préférence. Ainsi, ce n'est que si les actionnaires n'ont pas exercé leur droit préférentiel que ces actions et obligations peuvent être offertes aux autres acquéreurs, tels que les détenteurs d'obligations convertibles. L'une des finalités de la deuxième directive, rappelle la Cour, consiste à assurer une protection plus efficace des actionnaires, en leur permettant d'éviter, lors d'une augmentation de capital, la dilution de leur participation³⁸. C'est précisément pour éviter un tel risque que la deuxième directive prévoit d'accorder la priorité aux actionnaires par rapport aux autres acquéreurs potentiels de nouvelles actions ou d'obligations convertibles. Dès lors, la Cour a jugé que, en accordant (i) un droit de souscription préférentiel d'actions, en cas d'augmentation de capital par apports en numéraire, non seulement aux actionnaires mais aussi aux détenteurs d'obligations convertibles, et (ii) un droit de souscription préférentiel d'obligations convertibles non seulement aux actionnaires mais aussi aux détenteurs d'obligations convertibles émises lors d'émissions précédentes, l'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 29, §§ 1^{er} et 6, de la deuxième directive.

Enfin, la Cour relève qu'en vertu de la seconde directive, les États membres sont tenus de prévoir la possibilité pour l'assemblée générale de supprimer le droit de souscription préférentiel tant des actions que des titres convertibles en actions. Or, en ne prévoyant pas que l'assemblée générale puisse décider de la suppression du droit de souscription préférentiel des obligations convertibles en actions, l'Espagne a également manqué aux obligations qui sont les siennes en vertu de l'article 29, §§ 4 et 6, de la deuxième directive.

Yves DE CORDT^(*)
et Patricia COLARD^(**)

DROIT EUROPÉEN

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN
Philippe-Emmanuel PARTSCH

L'objectif de cet ouvrage est de donner au lecteur, généralement non spécialiste de droit communautaire, les clés de lecture propres à l'ordre juridique pour bien aborder le droit bancaire et financier européen dérivé.

Avril 2009 • 115,00 €

**À PARAÎTRE
AVRIL 2009**

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN
Philippe-Emmanuel PARTSCH

L'objectif de cet ouvrage est de donner au lecteur, généralement non spécialiste de droit communautaire, les clés de lecture propres à l'ordre juridique pour bien aborder le droit bancaire et financier européen dérivé.

Avril 2009 • 115,00 €

PRÉCÉDEMMENT PARUS DANS LA COLLECTION EUROPE(S)

LE DROIT CIVIL EUROPÉEN
Nouveau concept, nouvelle matière
Kateri GARCIA

Il s'agit d'un travail précurseur sur le droit civil européen, alors même que le droit civil relève traditionnellement de chaque système juridique national.

Édition 2008 • 680 p. • 115,00 €

CODIFIER LE DROIT CIVIL EUROPÉEN
Séverine NADAUD

Le droit civil européen manquait de cohérence et de systématisation. Les institutions européennes ont donc entamé une codification européenne harmonisatrice et soucieuse de respecter les différences nationales. L'ouvrage en dresse l'état d'avancement.

Édition 2008 • 464 p. • 85,00 €

LE DROIT CIVIL EUROPÉEN
Nouveau concept, nouvelle matière
Kateri GARCIA

Il s'agit d'un travail précurseur sur le droit civil européen, alors même que le droit civil relève traditionnellement de chaque système juridique national.

Édition 2008 • 680 p. • 115,00 €

CODIFIER LE DROIT CIVIL EUROPÉEN
Séverine NADAUD

Le droit civil européen manquait de cohérence et de systématisation. Les institutions européennes ont donc entamé une codification européenne harmonisatrice et soucieuse de respecter les différences nationales. L'ouvrage en dresse l'état d'avancement.

Édition 2008 • 464 p. • 85,00 €

commande@deboekservices.com
Larcier c/o De Boeck Services sprl
Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • ☎ 0800/99 613 • 📠 0800/99 614

Découvrez-les en visitant le site www.larcier.com

(37) *Commission c. Espagne*, points 35 à 46.

(38) *Commission c. Espagne*, point 43.

(*) Professeur à l'U.C.L., président du Centre Jean Renauld.

(**) Assistante à l'U.C.L., avocate au barreau de Bruxelles. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être adressés à yves.decordt@uclouvain.be et à patricia.colard@uclouvain.be.