



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

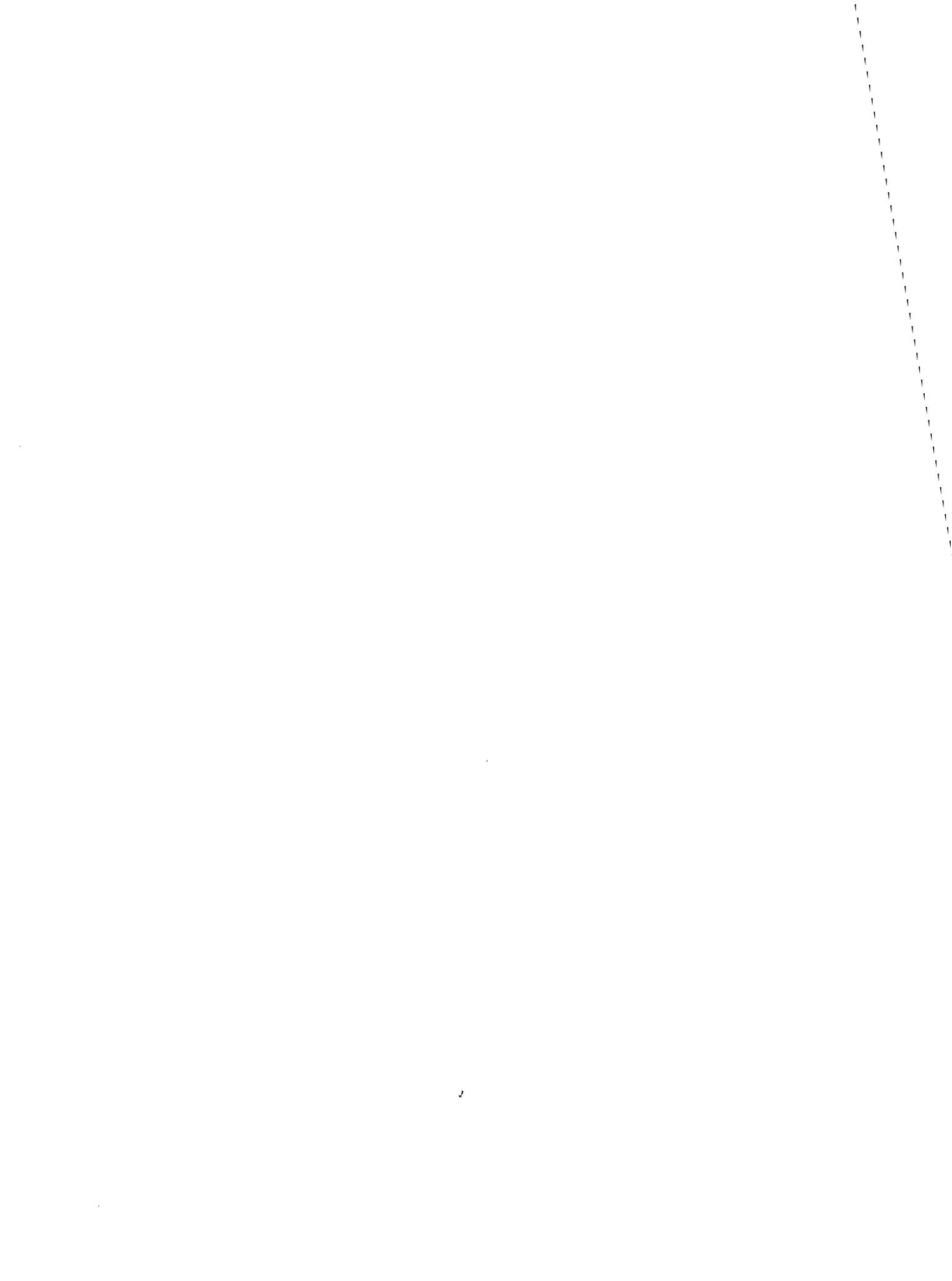
ETUDES

*Projet d'un statut
des sociétés anonymes
européennes*

par M. le professeur Pieter Sanders,
doyen de la faculté de droit de Rotterdam

**Projet d'un statut
des
sociétés
anonymes
européennes**

par M. le professeur Pieter Sanders
doyen de la faculté de droit de Rotterdam



SOMMAIRE

	Page
PRÉFACE DE LA COMMISSION	5
AVANT-PROPOS DE L'AUTEUR	7
INTRODUCTION	9
I. Champ d'application	9
II. Le Statut de la S.E.	12
III. Bases juridiques possibles	12
IV. Aperçu du projet	15
Titre I : <i>DISPOSITIONS GÉNÉRALES</i>	19
Titre II : <i>CONSTITUTION</i>	27
Section 1 : Généralités	28
Section 2 : Constitution par fusion	33
Section 3 : Constitution d'une S.E.-holding	38
Section 4 : Constitution d'une filiale commune	39
Section 5 : Constitution par transformation	40
Section 6 : Constitution d'une filiale par une seule société anonyme	41
Titre III : <i>CAPITAL — ACTIONS ET DROITS DES ACTIONNAIRES — OBLIGATIONS</i>	42
Section 1 : Capital	42
Section 2 : Actions et droits des actionnaires	47
Section 3 : Obligations	51
Section 4 : Autres titres	53
Titre IV : <i>ORGANES</i>	54
Section 1 : Le directoire	54
Section 2 : Le conseil de surveillance	61
Section 3 : L'assemblée générale	65
Titre V : <i>REPRÉSENTATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DES ORGANES DE LA S.E.</i>	76
Section 1 : Champ d'application	78
Section 2 : Représentation des travailleurs dans les organes de la S.E. fondée sur la cogestion allemande	80
— variante A	80
— variante B	82
— variante C	88
Titre VI : <i>REDDITION DES COMPTES</i>	90
Section 1 : Dispositions générales	90
Section 2 : Comptes annuels	92
Section 3 : Rapport annuel	94
Section 4 : Vérification	96
Section 5 : Adoption des comptes sociaux et du rapport annuel	98
Section 6 : Affectation des bénéfices et décharge	99
Section 7 : Contrôle spécial	100

PRÉFACE DE LA COMMISSION

Le présent projet de Statut des sociétés anonymes européennes et son commentaire sont le résultat d'un travail que le professeur Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam, a effectué à la demande de la Commission de la CEE en 1966, en collaboration avec des experts de grand renom. Il avait été demandé au professeur Sanders d'examiner comment pourrait se présenter, à côté des formes nationales de sociétés existantes, un nouveau type uniforme d'une société donnée, la société anonyme européenne. Il ne s'agit donc ni d'un projet, ni d'une prise de position de la Commission.

Le besoin d'une telle « société européenne » devient plus pressant d'année en année, en raison de la réalisation du Marché commun et de l'accroissement de la concurrence sur tous les marchés. Il s'agit d'offrir aux entreprises du Marché commun une forme d'organisation leur permettant de choisir leur implantation à l'intérieur de la Communauté, en fonction des seules nécessités économiques, abstraction faite de considérations juridiques. D'autre part, cette forme devrait faciliter l'adaptation structurelle des entreprises à la situation nouvelle, ainsi que la rationalisation et l'amélioration de leur production et de leur distribution.

Le seul moyen approprié pour la Communauté semble être, à cet effet, un type uniforme de société qui, pour des raisons de financement, devrait s'inspirer de celui des sociétés par actions. Cette nouvelle forme de société anonyme pourrait, sans difficultés, transférer son siège d'un pays à l'autre ; elle permettrait et faciliterait les fusions et les constitutions de filiales par des entreprises d'États membres différents. Enfin, elle encouragerait le regroupement des facteurs de production dispersés dans toutes les parties du Marché commun, les initiatives communes et l'accès au marché de capitaux communautaires.

Pour la réalisation de ces opérations urgentes, le professeur Sanders apporte des solutions. La Commission exprime ses remerciements à l'auteur qui est parvenu, en moins d'un an, à terminer ce précieux travail. Ainsi son projet est en mesure de représenter une contribution essentielle aux négociations sur la création de sociétés commerciales européennes.

AVANT-PROPOS DE L'AUTEUR

1. L'élaboration du présent projet de société anonyme européenne a été une tâche fascinante. L'auteur remercie la Commission de la Communauté Economique Européenne de la lui avoir confiée. Depuis qu'elle a été formulée en 1959 ⁽¹⁾, l'idée de la création d'une société commerciale européenne, s'ajoutant aux formes de sociétés commerciales existant dans les différents pays membres de la CEE, a suscité, dans la doctrine et aux congrès internationaux, de nombreuses prises de position aussi bien dans un sens positif que dans un sens négatif ⁽²⁾. Mais un projet élaboré permettant de vérifier en détail les répercussions pratiques qu'aurait sa réalisation faisait défaut jusqu'ici.

2. Pour l'accomplissement de sa mission, l'auteur a reçu l'appui de la Commission dans tous les domaines. Il a pu disposer des travaux déjà réalisés à Bruxelles dans les matières se rapportant à son sujet, ainsi que du concours efficace de la direction générale de la concurrence.

La Commission a, d'autre part, demandé aux éminents experts suivants :

— M^e Ernest Arendt, Avocat à la Cour d'Appel du Luxembourg, chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy,

— M. Ernst von Caemmerer, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg-en-Brigau,

— M. Léon Dabin, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège,

— M. Gabriel Marty, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Toulouse,

⁽¹⁾ C. Thibierge : Le statut des sociétés étrangères, dans : Le statut de l'étranger et le Marché Commun, 57^e Congrès des Notaires de France, tenu à Tours 1959, Paris 1959, pp. 270 ss., 352, 360 ss. ;

P. Sanders : Naar een Europese N.V. ? Discours inaugural à l'Institut Supérieur de Sciences économiques de Rotterdam le 22 octobre 1959, Tjeenk Willink, Zwolle 1959 ; texte légèrement abrégé dans : Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1960, pp. 1 ss., dans : Le droit européen 1960, pp. 9-23 et dans : Rivista delle società 1959, pp. 1163-1176.

⁽²⁾ Voir la bibliographie succincte reprise après l'introduction. Dans le commentaire, l'auteur a renoncé à renvoyer à la doctrine pour tous les passages où il aurait pu le faire.

— M. Gustavo Minervini, Professeur de droit commercial à la Faculté d'économie et de commerce de l'Université de Naples,

de participer à cette œuvre.

Sans leurs très précieuses contributions et leurs très constructives critiques, l'auteur n'aurait pu, dans les limites du délai fixé, qui, en réalité, n'a pas dépassé trois trimestres, mener l'étude à son terme et présenter, avec son commentaire, un avant-projet de la nouvelle forme juridique de la société anonyme européenne.

Eu égard au peu de temps dont il a pu disposer, on comprendra que l'auteur soit seul responsable de la présente version de l'avant-projet. Pour arriver à une solution commune sur la multitude des problèmes posés, il aurait fallu sans nul doute un temps beaucoup plus long.

3. Compte tenu de ces circonstances, l'auteur demande que l'on veuille bien comprendre que son projet, même en ce qui le concerne personnellement, ne soit considéré que comme provisoire ; il n'a nullement la prétention d'avoir pu établir un projet de convention définitivement mis au point. Des études ultérieures seront indispensables. L'utilité de ce projet, même s'il n'est que provisoire, réside essentiellement dans l'aperçu global qu'il donne sous une forme concrète de tous les problèmes posés. Il permet une meilleure appréciation tant de la question primordiale de savoir s'il faut créer une société anonyme européenne à côté des formes de sociétés existantes, que des différentes possibilités de solution sur les questions particulières. Ce qui importe avant tout, c'est bien la conception globale.

4. A l'exception du Titre IV, dont la rédaction originale est en langue française, les originaux de l'Introduction, du Statut et des Commentaires ont été rédigés en langue allemande.

Schiedam, décembre 1966

Professeur Dr. Pieter Sanders
doyen de la faculté de droit
de Rotterdam

INTRODUCTION

I. Champ d'application

1. La première question qui se pose est celle-ci : Pourquoi une société commerciale européenne ? Pour y répondre, il faut partir des besoins de l'économie. La création d'une forme nouvelle et uniforme de société, à côté des différents types de sociétés existant dans les divers pays de la Communauté Economique Européenne, ne se justifie que si elle correspond à des besoins économiques.

2. A cet égard, on peut en premier lieu songer à la possibilité de création d'entreprises plus grandes, adaptées au marché commun, par des sociétés relevant du droit national des divers Etats membres de la Communauté Economique Européenne. La nouvelle forme doit encourager la fusion internationale et la constitution de filiales communes. Il existe en ce domaine un véritable besoin économique surtout si l'on songe aux entreprises moyennes.

De nos jours, contrairement à ce qui se passe pour les fusions nationales qui se produisent fréquemment, une fusion internationale n'est pratiquement pas réalisable. En revanche, la constitution d'une filiale commune est possible dès maintenant. Mais cette filiale commune doit être soumise à un droit national et si l'on doit opérer un choix entre les droits des deux sociétés constitutives, il se pourrait que l'un des deux partenaires se sente désavantagé parce que le droit de l'autre partenaire lui est inconnu. Au contraire, la société commerciale européenne est une forme juridique qui, non seulement est reconnue dans les six pays, mais à l'égard de laquelle tous les partenaires sont fondamentalement égaux. Les différences qui résultent des divers droits nationaux, en ce qui concerne les types comparables de sociétés commerciales, par exemple la forme juridique de société anonyme, se trouvent abolies ⁽¹⁾.

La fusion internationale est particulièrement importante. La possibilité de fondre deux entreprises de droit national différent en une société commerciale européenne signifie que ces entreprises se voient conférer le moyen de réaliser, au-delà des frontières de chaque pays, dans le cadre du marché commun, une collaboration plus étroite à laquelle elles aspirent. Par la création d'une société commerciale européenne ce sont les fusions internationales, et pas seulement nationales, qui sont

rendues possibles. L'importance économique de cette possibilité peut difficilement être surestimée.

3. Le besoin de l'économie ne se limite cependant pas à la création, que nous venons de mentionner, d'une société commerciale européenne, dans une situation économique de fait, présentant un caractère international. Les entreprises qui désireraient étendre leur activité économique au marché commun, devraient aussi se voir attribuer la possibilité de se transformer en une forme de société qu'elles puissent utiliser sans difficulté dans tous ces pays. L'accès au marché des capitaux de la Communauté Economique Européenne pourrait ainsi leur être facilité. De même, l'extension de leurs affaires pourra peut-être être rendue plus facile du fait, qu'après leur transformation, ces entreprises pourront utiliser une forme juridique connue dans tous les pays de la Communauté Economique Européenne. Après la transformation en une société commerciale européenne, le problème du transfert du siège social d'une société dans un autre pays de la Communauté Economique Européenne devient sans objet. La transformation d'une société nationale en une société commerciale européenne pourrait, le cas échéant, être avantageuse au point de vue économique.

4. De la sorte, le champ d'application possible de la société commerciale européenne n'est pas encore épuisé. Si on autorise la transformation d'une société de droit national en une société européenne, il n'y a aucune raison de limiter la possibilité d'une fusion ou d'une constitution d'une filiale commune aux sociétés soumises aux divers droits nationaux. Les sociétés de même droit national peuvent avoir intérêt à se fondre en une société européenne ou à fonder une filiale commune sous forme d'une société commerciale européenne.

Les motifs économiques que nous venons d'invoquer en faveur de la transformation, tels que la connaissance générale de cette forme juridique dans les divers pays et l'accès plus facile au marché des capitaux de la Communauté Economique Européenne, ont ici une valeur identique. Il semble donc opportun de permettre la fusion et la constitution d'une filiale commune, sous forme d'une société commerciale européenne, aux sociétés soumises au même droit national. De cette manière serait réalisée une extension des possibilités mentionnées sous le point 2.

Une autre possibilité, la constitution d'une filiale sous forme d'une société commerciale européenne par une seule société constitutive s'y rattache logiquement. Non seulement deux sociétés de même droit national, mais aussi une société fondatrice

⁽¹⁾ Nous aurons à revenir sur cette question sous le point III « bases juridiques possibles » ainsi qu'à propos de la manière dont l'introduction d'une « loi uniforme » peut garantir le maintien de l'identité de la forme juridique, même pour l'avenir.

unique pourraient avoir intérêt à fonder une filiale sous cette forme. Nous pouvons ici renvoyer aux mêmes avantages que ceux que nous avons indiqués à propos de la transformation. De cette manière, il serait possible de constituer dans tous les Etats membres de la Communauté Economique Européenne un « Konzern » de filiales dotées de la même forme juridique.

5. Les constitutions mentionnées sous le point 2, pour des opérations de caractère international ainsi que la transformation indiquée sous le point 3 et les autres types de constitution, évoqués sous le point 4, d'une société commerciale européenne par des sociétés constitutives d'un droit national unique, correspondent à des besoins économiques. Elles sont également en accord avec le contenu du mémorandum de la Commission de la Communauté Economique Européenne du 22 avril 1966 et de la lettre de l'UNICE du 21 mars 1966, adressée à la Commission, qui recommande un plus grand champ d'application, auquel un nombre aussi important que possible de sociétés aurait accès. La note du gouvernement français du 15 mars 1965, encourageant la constitution de filiales dotées d'un statut unique par des entreprises moyennes des Etats membres, se place également au point de vue d'un champ d'application élargi.

6. En dehors de ces besoins de l'économie, on peut encore songer à une autre utilisation possible de la forme de la société commerciale européenne. A côté de la fusion juridique, par constitution d'une société commerciale européenne, entraînant la disparition des sociétés fondatrices, entrerait aussi en ligne de compte la constitution d'une société holding sous forme d'une société commerciale européenne, laissant subsister les sociétés fondatrices du droit national en tant que sociétés de production. Après échange des actions des sociétés fondatrices contre des actions de la société holding, les sociétés fondatrices continuent d'exister en tant que telles.

7. Le projet se place donc au point de vue d'un champ d'application élargi. Cela tout d'abord parce que, de cette manière, on tient compte le plus largement possible des besoins de l'économie. En second lieu, parce que ce choix correspond au caractère du projet indiqué dans l'avant-propos : il doit permettre d'apercevoir les conséquences dans tous leurs détails. Si, après des réflexions plus approfondies, on préférerait limiter le champ d'application ou ne réaliser que progressivement les possibilités qui s'offrent, il vaudrait mieux en discuter sur la base d'un projet élaboré en tenant compte d'un champ d'application plus vaste, susceptible d'être réduit, le cas échéant, plutôt que de ne présenter, à l'avance, qu'une solution limitée.

8. Aussi bien dans le cas d'un champ d'application élargi que dans celui d'un champ d'application limité à des opérations de caractère international, la question se pose de savoir si, dans les cas régis, l'accès ne doit être réservé qu'aux sociétés de droit national des Etats membres de la Communauté Economique Européenne ou être permis également à des sociétés extérieures à la Communauté Economique Européenne. Les sociétés de la Communauté Economique Européenne peuvent-elles seules fonder une filiale commune sous forme d'une société commerciale européenne ou cela peut-il également être le fait, par exemple, d'une société française et anglaise ? D'après les besoins économiques, aucun doute ne paraît possible ici.

C'est précisément dans le cas de « joint ventures » entre une société de la Communauté Economique Européenne et une société extérieure à celle-ci qu'il pourrait y avoir lieu d'utiliser la forme de la société commerciale européenne. Dans le cas de la fusion internationale, les sociétés fondatrices disparaissent, l'inclusion de sociétés extérieures à la Communauté Economique Européenne peut difficilement être réglementée au point de vue technique. Il en va de même pour la transformation en une société commerciale européenne, qui doit naturellement être réservée aux seules sociétés fondatrices de droit national des Etats contractants. Ceci vaut également pour la constitution d'une S.E.-holding parce que la disposition de l'article II - 3 - 1 (toutes les actions des sociétés fondatrices sont transmises à la S.E.-holding contre remise d'actions de cette dernière) ne peut obliger les actionnaires d'une société anonyme en dehors de la CEE. Pour tous les autres types de constitution, le choix de la forme juridique de la société commerciale européenne devrait être permis dans les mêmes conditions aux sociétés extérieures à la Communauté Economique Européenne non seulement pour des constitutions avec les sociétés intérieures à la Communauté Economique Européenne, mais encore pour des constitutions faites par elles seules. Tel est le point de départ du projet.

9. On ne devrait toutefois pas disposer, sans restrictions, de ce nombre accru de possibilités. Des conditions devraient être fixées qui garantissent, dans toute la mesure du possible, qu'il ne s'agit que de constitutions sérieuses et que la société commerciale européenne qui doit être créée peut agir aussi efficacement que celles existant dans le cadre européen.

De ce point de vue deux sortes de limitation entrent en considération : l'une relative aux personnes autorisées à procéder à la constitution et l'autre relative à la taille des sociétés européennes par l'exigence d'un capital minimum considérable.

Ces deux limitations peuvent favoriser les garanties de la base économique des sociétés commerciales européennes.

10. Le projet prévoit que seules les sociétés anonymes existant depuis trois ans et qui ont eu pendant ce temps une activité économique peuvent être fondatrices. Une constitution directe par des personnes privées dont la capacité économique est plus difficile à apprécier est donc exclue. Ceci n'empêchera cependant pas que des personnes privées ou des personnes morales, autres que les sociétés anonymes, fondent une société commerciale européenne par l'intermédiaire de sociétés bancaires. Les banques interviennent alors en qualité de fondateur et assument également la responsabilité qui s'y rattache et qui est propre au fondateur.

La limitation au type de la société anonyme, connu tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Communauté Economique Européenne, simplifie la rédaction du Statut.

Assurément les sociétés anonymes, considérées du point de vue économique, ne jouent pas partout le même rôle⁽¹⁾. Dans la Communauté Economique Européenne, cela n'aboutit pas nécessairement à des différences inopportunes. La transformation d'une GmbH ou d'une SARL en une AG ou SA est une opération relativement simple et peu coûteuse. Dans le cas d'une telle transformation, le délai d'activité antérieure de trois ans peut être compté sur le temps d'activité de la société avant sa transformation.

La constitution d'une société commerciale européenne par transformation d'une société de droit national est réservée, du fait de cette limitation, aux sociétés anonymes. La transformation d'un autre type juridique connu dans les six pays en une société commerciale européenne, par exemple la transformation d'une GmbH ou d'une SARL, entraînerait de nombreuses complications parce que ces formes juridiques sont diversement réglementées dans leur pays et présentent un caractère différent. C'est pourquoi seule la transformation d'une société anonyme de droit national, qui est partout une société de capitaux, en une société commerciale européenne, elle-même conçue d'après le modèle d'une société par actions, est prévue dans le projet. Cette limitation ne signifie cependant pas que des personnes privées ne pourront pas devenir ultérieurement actionnaires de la société commerciale européenne. Les sociétés fondatrices peuvent offrir au public, en vue de leur

achat, les actions de la société anonyme européenne.

Sur le choix fait de construire la société commerciale européenne sur le modèle de la société anonyme, nous renvoyons ici au commentaire de l'article I - 1. Dans ce qui suit la société commerciale européenne, *Societas Europea*, sera désignée par « société anonyme européenne » ou par « S.E. ».

11. La société anonyme européenne est soumise à cette condition restrictive qu'elle doit avoir dès le début un capital minimum considérable entièrement libéré. La détermination du montant de ce capital minimum est en partie une pure question d'appréciation. La solidarité de la S.E. devrait, dans toute la mesure du possible, être garantie. Sa réputation ne doit pas être mise en péril. Dans la mesure du possible, il faut prévenir les expériences qui ont été faites parfois dans les différents pays de la Communauté Economique Européenne à propos de petites sociétés anonymes. D'autre part, on ne doit pas aller jusqu'à ce point que la S.E. perde tout intérêt pour les entreprises moyennes. Il s'agit donc de trouver un « juste milieu ».

A cet égard, on peut, comme le projet le propose, tenir compte dans une certaine mesure, des divers objectifs de la constitution. Pour la fusion et la transformation, il semble nécessaire d'avoir un capital plus important que pour la constitution de filiales. Le capital minimum le plus bas exigé qui doit être réuni dans le cas de filiales sous forme d'une S.E. est encore largement supérieur au capital minimum le plus élevé que les législations nationales connaissent pour les sociétés anonymes.

12. Lors de la création de la société anonyme européenne, on doit autant que possible éviter que cette nouvelle forme entre en concurrence directe avec les législations nationales sur les sociétés anonymes. Cette considération a joué un rôle lors de la détermination du montant du capital minimum qui doit être immédiatement et intégralement libéré. Nous aurons à revenir sur cette considération à propos d'autres sujets, tels que la représentation des travailleurs dans les organes des sociétés anonymes et la publicité. La S.E. ne doit pas offrir une échappatoire pour des sociétés anonymes de droit national. C'est aussi pour éviter cet écueil, et pas seulement pour assurer la solidité de la base économique de la S.E. et la protection des créanciers, qu'a été posée l'exigence d'un capital minimum considérable, entièrement libéré. Nous avons ainsi indiqué à grands traits le champ d'application de la S.E. Nous reviendrons en détail sur cette question à propos du commentaire du Titre I.

(1) En Allemagne, il existait à la fin de 1965 environ 2 500 sociétés anonymes dont le capital total s'élève à 46 milliards de DM pour environ 54 000 sociétés à responsabilité limitée au capital total de 26,5 milliards de DM.

II. Le Statut de la S.E.

Dans ce paragraphe, nous mentionnons quelques principes généraux qui ont servi de base dans l'élaboration du Statut.

1. La S.E. est une forme supplémentaire de société anonyme mise, dans tous les Etats contractants, à la disposition de l'économie — parallèlement à la société anonyme de droit national — comme forme juridique possible pour atteindre les objectifs indiqués dans le paragraphe précédent (champ d'application). Il s'agit donc d'une possibilité supplémentaire, d'un instrument dont l'économie peut à son gré faire usage ou non dans le cadre de son champ d'application. La nouvelle forme juridique n'est pas imposée; elle est purement facultative.

2. Après sa constitution, quel que soit l'Etat contractant où elle a eu lieu, la S.E. est reconnue comme personne morale dans tous les Etats contractants et traitée comme une société anonyme de droit national. De même que la société anonyme de droit national peut librement transférer son siège à l'intérieur de l'Etat où elle a été constituée, la S.E. peut le faire dans l'espace économique de la CEE qui est son ressort juridique.

3. L'idée fondamentale de la S.E. est que les entreprises établies à l'intérieur du Marché Commun puissent utiliser la même forme juridique dans tous les Etats contractants. Cette forme juridique doit non seulement être identique par son texte même dans chaque Etat contractant, mais encore recevoir la même application et la même interprétation dans chacun de ces Etats. Le statut de la S.E. crée un droit uniforme qui doit demeurer uniforme dans le temps. Tout statut, aussi complète que sa réglementation puisse être, présente des lacunes. Il faut donc prévoir un moyen uniforme de combler ces lacunes de même qu'une application et une interprétation uniformes.

L'idée fondamentale de la S.E. exige donc tant le renvoi à un droit subsidiaire uniforme que l'intervention d'une instance judiciaire unique et qui surveille l'application du droit subsidiaire par les juridictions nationales : pour la société anonyme européenne, la Cour de Justice européenne qui peut s'acquitter des tâches mentionnées ci-dessus par voie de décision préjudicielle pourrait être cette instance (voir art. I - 6 du projet). Pour la solution du problème du droit subsidiaire, nous renvoyons à l'article I - 7 du projet.

4. En toute hypothèse, une convention est nécessaire pour créer un droit uniforme ainsi conçu. Rappelons à cet égard la convention européenne des brevets. A l'inverse de celle-ci qu'on a immédiatement commencé à élaborer, on a, dans le cas de la société anonyme européenne, abondamment discuté la question des bases juridiques avant de

se lancer dans l'élaboration de ce que l'on veut obtenir.

L'auteur a choisi une autre voie et dans son projet, dont il tient à souligner encore une fois le caractère provisoire, il a uniquement réuni toutes les dispositions qui, à son avis, sont indispensables pour une réglementation d'ensemble. Nous renvoyons à l'aperçu général donné au paragraphe IV. Ce n'est que lorsque l'on aura mis en lumière ce que l'on désire obtenir, que l'on pourra poser une *ira et studio* la question de la méthode la mieux appropriée pour parvenir aux objectifs visés.

L'auteur est d'avis qu'il apparaîtra alors que les différences entre les diverses méthodes sont au fond de nature plus technique que fondamentale de sorte que l'on pourra choisir la solution techniquement la meilleure. Le but du paragraphe III relatif aux bases juridiques possibles est de mettre ceci en lumière.

III. Bases juridiques possibles

1. Lorsque l'on songe à une loi uniforme, seule une loi uniforme dans une élaboration tout à fait moderne vient à l'esprit. L'interprétation et l'application uniformes du Statut de la société anonyme européenne ne seraient pas assurées dans le cadre d'une loi uniforme, comme par exemple la Convention de Genève sur les lettres de change et les chèques des années 1930 et 1931. En effet, dans cette Convention, l'interprétation et l'application sont entièrement laissées aux juridictions nationales, ce qui a conduit à des divergences.

En principe, on pourrait songer à obtenir une interprétation et une application uniformes même dans le cadre d'une loi uniforme. Ainsi, la Convention de La Haye qui n'est pas encore entrée en vigueur, relative à une « loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels » d'avril 1964, prévoit, à l'article 17, un droit subsidiaire uniforme : « les questions concernant des matières régies par la présente loi qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ».

En outre, lors de la création de la S.E. par voie de loi uniforme, il serait possible de prévoir une instance judiciaire unique. On est alors très loin du type classique de loi uniforme. Cela ne semble cependant pas impossible. La nature d'une loi uniforme est d'être la même dans tous les Etats contractants. Une instance judiciaire unique visant à sauvegarder cette égalité — solution qui est d'ailleurs évoquée dans la proposition du gouvernement français en date du 15 mars 1965 — est donc en accord complet avec l'idée de loi uniforme.

Il reste cependant l'inconvénient que dans tous les pays la loi uniforme exige une loi d'introduction

pour avoir valeur de droit national. De ce fait, son origine internationale est estompée. Il y aurait lieu également de séparer, d'une part, le Statut de la S.E. contenant la réglementation de la constitution et du fonctionnement de la S.E., à incorporer dans le droit national — Statut qu'il faudrait joindre en annexe au Traité — et, d'autre part, les obligations internationales des Etats contractants qui devraient être inscrites dans le Traité lui-même.

La possibilité de modifier le statut de la S.E. ou même de l'abroger par une loi nationale ultérieure existe certes dans le cas d'une loi uniforme dans tous les Etats membres, elle ne devrait cependant pas être surestimée. Il ne sera pas facile à un Etat d'abroger ou de modifier expressément une loi uniforme par une loi nationale. On devrait donc songer en premier lieu aux cas dans lesquels des lois ultérieures sont matériellement contraires à la loi uniforme. Dans ces cas, le danger de l'application de ces lois ultérieures pourrait toutefois être considérablement diminué par le fait qu'une application et une interprétation uniformes du Statut par une instance juridictionnelle supérieure commune est prévue.

En revanche, on peut aussi mentionner quelques avantages de la loi uniforme qui, de l'avis de l'auteur, ne sont pas essentiels. La reconnaissance de la S.E. par des Etats tiers sur la base de conventions internationales déjà conclues serait facilitée si la S.E. était une société anonyme de droit national. En tant que société anonyme nationale, elle tomberait aussi automatiquement sous la protection diplomatique de son Etat. Comme nous l'avons dit, ces avantages ne sont pas essentiels. La pratique a montré que la reconnaissance est accordée même lorsqu'il n'existe pas de conventions internationales. La S.E. obtiendrait donc la protection diplomatique de l'Etat où elle a son siège, même si elle ne devait pas être considérée formellement comme une société de droit national. Du reste, cela pourrait être expressément réglementé.

2. En revanche, pour le Statut de la S.E., on peut aussi choisir la voie d'un traité de « type classique » contenant le droit uniforme. Ces traités sont : la Convention de Varsovie relative à l'uniformisation de certaines dispositions concernant le transport aérien international de 1929 (revu à La Haye en 1955), la convention internationale pour le transport des marchandises par chemin de fer (CIM) de 1890-1961, la convention internationale pour le transport des voyageurs et des bagages par chemin de fer (CIV) de 1924-1961 et la convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) de 1956. Avec cette solution, le traité devrait néanmoins être aménagé sous une forme moderne adéquate. Cela entraînerait tant le renvoi à un droit subsidiaire

uniforme que la création d'une instance judiciaire unique. L'origine internationale de ce droit demeurerait nettement perceptible. Il ne serait pas nécessaire, comme dans le cas de la loi uniforme, d'établir une séparation entre l'annexe et la convention elle-même.

De même en ce qui concerne la possibilité d'une modification ou d'une abrogation ultérieure par des lois nationales, le deuxième moyen présente des avantages techniques considérables par rapport à la première méthode. Aux *Pays-Bas* et au *Luxembourg*, les dispositions des traités internationaux, obligatoires pour quiconque, ont la primauté absolue sur le droit national. Ces dispositions internationales s'appliquent directement. Il ne serait donc pas question d'une modification ou d'une abrogation par le législateur national. Le juge devrait tout de même appliquer le droit international.

En *France*, les traités régulièrement ratifiés ou approuvés ont, par application des dispositions de la constitution de 1958 (art. 55), la primauté sur les lois internes, que celles-ci aient été promulguées avant ou après l'entrée en vigueur du traité.

En *Belgique*, il est de principe qu'une loi ultérieure l'emporte sur le droit d'un traité. Il faut cependant considérer ici la jurisprudence selon laquelle le juge doit, dans la mesure du possible, supposer que la loi ne viole pas les traités. La même tendance se manifeste du reste aussi dans la jurisprudence d'autres Etats. Il faut remarquer en outre qu'en Belgique une forte tendance visant à reconnaître la primauté générale du droit international se fait jour. Cette tendance a trouvé sa confirmation dans la proposition de modification de la constitution publiée en 1965 au « Moniteur — Staatsblad » (17 avril 1965).

En *Allemagne*, les traités internationaux exigent en revanche, en vertu de l'article 59, paragraphe 2 de la loi fondamentale, l'approbation ou la coopération sous forme d'une loi fédérale des institutions compétentes pour la législation fédérale. Depuis l'arrêt du tribunal constitutionnel fédéral du 26 mars 1957 (BVerfGE 6.309.363) la jurisprudence déduit unanimement de cette dernière disposition qu'elle implique non seulement le passage du droit conventionnel dans le droit national, mais que ce droit transformé n'a que le rang d'une simple loi. Il peut donc être à tout moment aboli ou modifié par une loi nationale ultérieure. En conséquence, pour l'Allemagne, la valeur du « droit conventionnel classique » semble être la même que celle d'une « loi uniforme ».

Il faut néanmoins observer que la jurisprudence s'efforce en général d'éviter les conflits entre droit des conventions internationales et législation ulté-

rière, en considérant fréquemment le traité comme une réglementation particulière qui n'est pas touchée par la réglementation générale d'une loi ultérieure. On suppose aussi que le législateur national n'a pas entendu se dispenser des obligations internationales existantes. Par conséquent, l'existence d'un « traité international classique », dont les dispositions sont « self executing », est peut-être mieux assurée que la simple obligation d'introduire une loi uniforme dans l'ordre juridique interne.

L'article 24 de la loi fondamentale permet cependant le transfert de droits souverains à des institutions interétatiques. Cela aboutit à cette conséquence qu'en Allemagne, où les traités entre Etats n'ont aucun effet général immédiat dans le domaine national, le droit secondaire créé par les institutions interétatiques a un effet immédiat. Ainsi en Allemagne, un règlement de la CEE a un effet immédiat alors qu'il n'est généralement pas admis que ce même effet soit attaché au traité instituant la CEE. Dans la doctrine allemande, les efforts pour reconnaître au Traité CEE le même effet qu'au droit communautaire secondaire, par appel à l'article 24 de la loi fondamentale, sont si vigoureux que l'on pourrait déjà parler d'une doctrine dominante, selon laquelle le Traité CEE n'est plus à la discrétion du simple législateur, mais, à la rigueur, du législateur constitutionnel. La jurisprudence pourrait sous peu prendre définitivement position à ce sujet.

Si un effet immédiat devait être attribué au Traité CEE en Allemagne, la première question qui se poserait serait de savoir s'il en est de même pour une convention portant création de la S.E. Entre le Traité CEE et un traité créant une S.E., il existe certaines différences. Si les relations entre les deux traités devaient être considérées comme suffisamment étroites, le traité créant la S.E. pourrait être envisagé comme une convention annexe du Traité CEE. La question de savoir si en tant que tel il aurait néanmoins la préférence mentionnée ci-dessus est une question sur laquelle on n'a pas encore pris position.

En *Italie*, la situation est encore plus compliquée qu'en Allemagne. Il n'existe presque pas d'auteurs italiens qui osent écrire que les traités internationaux sont hiérarchiquement supérieurs aux lois nationales. La thèse la plus courageuse, à laquelle la doctrine adhère plus ou moins, attribue aux traités internationaux un caractère constitutionnel, et donc la valeur d'une loi nationale, et plus précisément constitutionnelle. Selon cette thèse, il serait possible de modifier les effets du traité en Italie par une telle loi constitutionnelle. Cette possibilité ne serait toutefois pas facile à réaliser.

La jurisprudence italienne constante considère la loi autorisant la ratification d'un traité (art. 80 de

la constitution) comme une simple loi qui peut être abrogée ou modifiée par une loi ultérieure.

En ce qui concerne le traité instituant la CEE, la situation en Italie ressemble à celle existant en Allemagne. En Italie également, la constitution (art. 11) permet le transfert de droits de souveraineté à des institutions interétatiques. Ici le problème se pose de savoir s'il faut attribuer au Traité CEE lui-même le même effet qu'au droit secondaire créé par les institutions interétatiques. En Italie, en se référant à l'article 11 de la constitution, on défend la thèse selon laquelle il faut attribuer un effet spécial au Traité CEE. Néanmoins, dans la doctrine italienne, cette opinion ne doit pas encore être considérée comme l'opinion dominante. La question de savoir s'il serait concevable en Italie d'attribuer au Traité CEE, plutôt qu'à d'autres traités, la primauté sur le droit national, n'est cependant pas encore élucidée. Le problème de savoir si la même solution devrait être admise pour un traité créant une S.E., étroitement lié au Traité CEE, n'est pas encore mûr.

On peut conclure de ce bref aperçu qu'en cas de création d'une S.E. par un traité « de type classique », le Statut de la S.E. s'appliquerait directement en tant que droit international et primerait le droit national dans certains Etats membres — France, Pays-Bas et Luxembourg. En Belgique, on semble se rallier à cette opinion.

En Allemagne et en Italie, en revanche, ce traité doit être transformé en droit national, ce qui s'effectue au moyen d'une loi de ratification. Un autre acte législatif n'est toutefois pas nécessaire à cette fin, ce qui représente un avantage par rapport à la loi uniforme. En ce qui concerne la primauté sur le droit national, en Allemagne seulement, on devrait compter sur la possibilité d'une évolution plus favorable, au cas où une relation étroite entre Traité CEE et traité S.E. serait admise. Pour ce qui est de la possibilité de la modification ou même de l'abrogation par une simple loi nationale, le traité créant une S.E. équivaldrait dans les deux pays à une loi uniforme.

3. La qualification de la convention pour la création d'une S.E. comme solution « de droit européen » pourrait donc offrir des avantages pratiques eu égard à la situation existant en Allemagne et en Italie. Ainsi, dans ces deux pays, il serait peut-être par ailleurs plus facile de parvenir à la primauté recherchée sur le droit national.

A propos de la solution « de droit européen », la Commission de la Communauté Economique Européenne s'exprime ainsi dans son mémorandum du 22 avril 1966 (p. 38) :

« Une solution sur la base d'un « droit européen » se caractériserait par trois traits : la convention

créant la forme de société européenne compléterait le Traité de Rome en lui servant à réaliser ses buts — elle serait conclue entre les mêmes Etats — elle devrait avoir des effets généraux et directs dans les Etats membres. »

Un traité relatif à la S.E. sera sans doute conclu entre les Etats de la Communauté Economique Européenne, il se rattachera par son contenu au Traité CEE et permettra d'atteindre les objectifs de celui-ci. Les liens avec le Traité CEE peuvent s'exprimer par le fait que l'on charge les institutions communautaires de certaines tâches de juridiction et d'administration. On pourrait même prescrire qu'une institution communautaire doit participer à la révision éventuelle de la convention portant création de la S.E. comme le propose l'avant-projet de convention relatif à un droit européen des brevets (art. 210). On pourrait voir ici un transfert de droits de souveraineté au sens des articles 24 de la constitution allemande et 11 de la constitution italienne qui excluerait une modification par le législateur national. Les Etats contractants pourraient aussi, dans le traité ou dans son préambule, exprimer le vœu d'inclure la convention portant création de la S.E. dans le droit communautaire.

Plus la relation avec le Traité de Rome sera étroite, plus facilement sera atteint l'objectif de la primauté sur le droit national, même en Allemagne et en Italie. Le droit communautaire offre aussi l'avantage de faire mieux apparaître l'idée de la création d'un ressort juridique unique et facilite ainsi la solution des problèmes non encore réglés.

4. L'auteur concède que ces dernières réflexions sont de nature plus ou moins spéculatives. La notion exacte de ce qu'on doit entendre par droit communautaire et des conséquences que comporte une telle qualification doit encore être développée. Le droit communautaire est encore en devenir. En tout cas, le droit de la société anonyme européenne, s'il était créé, y contribuerait. Cette forme juridique est nécessairement étroitement liée à la CEE et à ses institutions. Cela résulte déjà de la participation projetée de la Cour de Justice européenne. Le projet prévoit aussi un registre européen du commerce. En tout cas, un Statut de la société anonyme européenne créera à l'intérieur de la Communauté un droit uniforme dans le domaine limité du droit des sociétés. La manière dont le traité qui le réalisera doit être qualifié ne semble pas d'une importance primordiale.

IV. Aperçu du projet

1. Le projet essaie de donner une réglementation d'ensemble de la société anonyme européenne, à l'exception de quelques domaines spéciaux. Ainsi

qu'il résulte de la table des matières, le projet comprend le droit de la S.E. depuis sa constitution (Titre II) jusqu'à sa dissolution (Titre IX). On trouvera donc réglementé dans le projet tout ce qui l'est déjà dans les lois nationales sur les sociétés anonymes : dispositions sur la constitution (Titre II), le capital, l'augmentation et la réduction du capital, les actions et leur transfert, les obligations (Titre III), les organes de la société (directoire, conseil de surveillance et assemblée générale), la composition de ces organes et leur fonctionnement, y compris la répartition des compétences entre les différents organes (Titre IV), la reddition des comptes, l'établissement des comptes et du rapport annuels, leur examen par des commissaires aux comptes, l'établissement des documents annuels et l'affectation du bénéfice ainsi que le contrôle spécial (Titre VI), la modification des statuts (Titre VIII) et la dissolution (Titre IX).

2. Lors de l'élaboration de tous ces titres, il a été tenu compte aussi bien des lois sur les sociétés anonymes en vigueur dans les Etats membres que des projets de réforme existant dans les différents pays. Dans le commentaire du projet, il a été fait couramment référence à ces lois et à ces projets. Le Statut se fonde donc en grande partie sur des considérations de droit comparé.

Bien que l'auteur n'ait jamais perdu de vue ces droits nationaux des sociétés anonymes, il souhaite toutefois pouvoir présenter un projet qui ne soit pas considéré comme un compromis entre les différents droits nationaux. Ce serait pire encore que le projet constitue un assemblage de toutes les solutions concevables en vigueur dans les droits nationaux.

La société anonyme européenne a ses exigences propres. Elle doit répondre aux besoins de l'économie sur le plan européen. Ces besoins économiques constituent le point de départ pour la création d'une société anonyme européenne à côté des formes de sociétés nationales existantes (cf. sous I « Champ d'application » de cette introduction). L'auteur a donc considéré que sa tâche était, en partant de cette base, d'ébaucher d'un seul jet une nouvelle forme de société. Il a essayé de parvenir à une formule claire, compréhensible pour chacun et, partout où cela a été possible, de trouver une construction simple pour cette nouvelle forme juridique. Ce qui n'a pas été jugé absolument nécessaire a été abandonné. Ainsi, la constitution d'une S.E. n'est prévue que par des sociétés anonymes et non par des personnes privées. Pour la même raison, une libération intégrale du capital minimum prescrit est exigée. Des actions de jouissance ne sont pas prévues; la S.E. peut se tirer d'affaire sans ces actions. Ce n'est que de cette manière qu'il a été possible de faire tenir la nouvelle forme juridique dans le cadre d'environ 200 articles.

3. A propos de cette étendue, il faut songer que la société anonyme européenne pose, de par sa nature, quelques problèmes particuliers que le projet n'a pas pu éluder, et qui devraient être réglementés à côté des matières citées sous le chiffre 1. Figure parmi ces problèmes, en premier lieu, l'objet du Titre V : la représentation des travailleurs dans les organes de la S.E. Lors de la création d'une société anonyme européenne, la question se pose aussitôt : quelle est l'incidence dans cette nouvelle forme juridique, de la représentation des travailleurs dans les organes des sociétés de capitaux, représentation qui existe dans différents pays ? De même, le retour au droit national a exigé une réglementation particulière. C'est l'objet du Titre X : transformation d'une S.E. en une société anonyme de droit national à l'intérieur de la CEE. L'auteur n'aurait pas considéré son projet comme complet s'il n'avait essayé de réglementer le droit des groupes de sociétés anonymes européennes (Titre VII), bien que, sur le plan national, seule la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes contienne une telle réglementation. Il était ensuite essentiel d'introduire dans le projet une réglementation de la fusion d'une S.E. existante avec une autre S.E. ou une société anonyme de droit national à l'intérieur de la CEE (Titre XI), parce que, à l'exception de quelques rudiments figurant dans toutes les législations nationales sur les sociétés anonymes existant dans les Etats membres, il n'y a pas de droit international de la fusion. C'est donc au total le contenu de quatre Titres particuliers qui doivent être ajoutés aux six Titres mentionnés ci-dessus sous le point 1 et au premier Titre contenant quelques dispositions générales très importantes pour la S.E. — ce qui porte le projet à environ 200 articles.

4. Quelques parties du projet n'ont été qu'esquissées. C'est le cas en premier lieu de la reddition des comptes (Titre VI). La procédure de la reddition des comptes, y compris la vérification et le contrôle spécial, l'établissement des comptes annuels, l'affectation des bénéfices et la décharge ont pu être réglementés. La détermination du contenu des comptes et du rapport annuels demandent toutefois encore quelques études approfondies par un groupe d'experts qui doit élaborer les articles qui s'y rapportent.

Les Titres XII (Droit fiscal) et XIII (Droit pénal) ont été réservés. L'auteur considère que ces problèmes le dépassent. On a donc renvoyé également pour le droit fiscal et le droit pénal aux travaux d'un groupe d'experts qui donneront à ces Titres un contenu adapté à la situation particulière des sociétés anonymes européennes. Dans l'exposé des motifs de ces deux derniers Titres, seuls quelques-uns des problèmes qui se posent ici ont été indiqués et quelques questions générales soulevées.

En ce qui concerne le Titre V également (Représentation des travailleurs dans les organes de la S.E.), d'autres études et une rédaction par un groupe d'experts sont nécessaires. Ce point a été souligné à plusieurs occasions dans l'exposé des motifs de ce Titre. Ici, l'auteur a néanmoins osé entreprendre une rédaction précise comportant plusieurs alternatives, ne serait-ce que pour prouver que les problèmes qui découlent de la représentation des travailleurs peuvent être résolus et qu'ils ne constituent pas, comme on l'affirme parfois, un obstacle insurmontable pour la création du droit des sociétés anonymes européennes. La manière dont on résoudra ces problèmes est en définitive une question politique ; en tout cas, il est possible de les résoudre.

5. Bien que le projet entre dans les détails, il exige néanmoins — ainsi qu'il résulte du point précédent — une rédaction plus approfondie à plusieurs égards. A cet effet, il convient dans divers domaines de faire appel à des experts. Cela sera également nécessaire pour approfondir le droit des groupes. Dans l'état actuel du projet, cette rédaction plus approfondie n'était pas nécessaire. Ajoutons que le peu de temps dont l'auteur a disposé pour rédiger son projet a rendu absolument impossible un tel travail de détail.

De l'avis de l'auteur, le principal avantage de tout le projet consiste en ce qu'il pourrait placer la discussion relative à la création du droit des sociétés anonymes européennes sur une base plus concrète. Ce projet permet, même dans cette première rédaction provisoire, de discuter concrètement et d'examiner les uns par rapport aux autres les avantages et les inconvénients de la création de ce droit des sociétés anonymes européennes.

6. De l'avis de l'auteur, il faudrait en tout cas éviter d'accorder à la société européenne une place privilégiée par rapport aux sociétés anonymes nationales, car on lancerait immédiatement une compétition avec ces droits nationaux. L'auteur a tenté d'éviter cette compétition. La société anonyme européenne ne peut pas servir d'échappatoire pour se soustraire à des dispositions de droit national considérées comme gênantes.

Un tel danger pourrait exister dans différents domaines. A cet égard, rappelons seulement le droit de la représentation des intérêts des travailleurs, la reddition des comptes et les dispositions de droit fiscal. Ces dangers peuvent être évités, si ce n'est en totalité, du moins en grande partie : nous l'avons souligné incidemment dans le Titre V (Représentation des travailleurs dans les organes de la S.E.). Lors de l'élaboration du Titre VI (Reddition des comptes), on devrait avoir constamment conscience de ce danger. Si les statuts de la S.E. allaient moins loin dans ses dispositions rela-

tives à la publicité que les dispositions des droits nationaux concernant cette question, il y aurait lieu de craindre une fuite vers la S.E. par transformation de sociétés anonymes nationales en sociétés anonymes européennes. Quelque chose d'analogue pourrait se produire en ce qui concerne le droit fiscal. On doit tout d'abord établir que la S.E. n'est pas créée à cette fin. En partant de ce principe, il est possible d'éviter les dangers indiqués ou tout au moins de les réduire à un minimum.

7. Les avantages de la S.E. se situent sur un autre plan. Ils ont déjà été indiqués sous le point I de cette introduction : permettre les fusions internationales qui, dans l'état actuel du droit, se heurtent à des difficultés si grandes qu'elles sont presque impossibles. Ces difficultés ne pourraient être que partiellement éliminées par une convention conclue en vertu de l'article 220. La forme juridique de la S.E., uniforme dans tous les Etats contractants, offre à la pratique de multiples avantages. Elle est utile à la sécurité juridique. Elle rend sans objet le problème du transfert du siège dans la mesure où ce transfert s'effectue à l'intérieur du Marché Commun. L'accès aux Bourses européennes, et donc au financement, est également grandement facilité en pratique par la création de cette nouvelle forme juridique.

Au fond, en créant le droit des sociétés anonymes européennes, il s'agit de tenter de progresser dans le domaine du droit des sociétés au même rythme que l'évolution économique du Marché Commun en voie de réalisation. La fonction auxiliaire du droit s'exprime ainsi en ce domaine limité.

8. Les travaux de coordination fondés sur l'article 54, 3, g, du Traité CEE, qui sont menés parallèlement par la Communauté Economique Européenne, ont un objectif complètement différent. La coordination présuppose les droits nationaux de sociétés.

Elle ne peut pas aller aussi loin dans la simplification comme l'auteur se l'est permis dans son projet (voir ci-dessus sous le point 2). Elle doit plutôt tenter de trouver des compromis entre les divers systèmes juridiques nationaux. La coordination des garanties en matière de droit des sociétés, prescrite par le Traité CEE, concerne toutes les sociétés et les personnes morales mentionnées à l'article 58, alinéa 2. Elle a donc une portée générale. Les Etats

membres y sont soumis, qu'ils le veulent ou non. La coordination pénètre ainsi profondément dans les ordres juridiques nationaux. Au contraire, la nouvelle forme juridique de la S.E. n'oblige personne. Elle laisse libre d'en faire usage ou non. Elle offre simplement une forme complémentaire que les entreprises peuvent utiliser pour déployer certaines activités commerciales.

L'auteur a considéré sa tâche comme une tâche beaucoup plus simple que celle de ceux qui ont à s'occuper de la coordination. Une marge beaucoup plus importante lui a été laissée quant au choix des solutions convenables pour les divers problèmes concernant le droit des sociétés. Les conséquences de son projet s'étendent beaucoup moins loin que celles des travaux de coordination.

Entre ces travaux il existe donc des différences fondamentales qui subsisteront même si ceux-ci doivent être couronnés de succès. La société anonyme européenne présente encore des avantages qu'il n'est pas possible d'obtenir au moyen de la coordination (cf. ci-dessus sous le chiffre 7). Si ces travaux étaient simultanément menés à bonne fin, il se pourrait fort bien qu'une action réciproque apparût. Pour son projet, l'auteur a pu déjà largement profiter des travaux de coordination. Inversement, un progrès de ces travaux serait concevable si les Etats membres parvenaient à se décider à créer la nouvelle forme juridique uniforme de la S.E.

9. En conclusion, l'auteur doit encore une fois souligner qu'il porte seul la responsabilité personnelle du présent projet. Il est conscient, qu'en dépit de tout le soin apporté à l'éviter, son projet présentera des lacunes et donnera lieu à des critiques justifiées. Mais le projet ne doit être qu'une première étape sur la voie de la réalisation d'un Statut des sociétés anonymes européennes.

De cette idée, jusqu'à la réalisation finale, le chemin est encore long. Il faut en premier lieu la volonté politique de parvenir à la réalisation de l'idée. Si cette volonté existe, l'auteur est fermement convaincu que la forme juridique d'une société anonyme européenne se réalisera avec la coopération des experts de tous les pays participants sous une forme acceptable pour tous les Etats contractants. Une impulsion nouvelle, quoique modeste, serait ainsi donnée aux objectifs du Marché Commun.

Titre I

DISPOSITIONS GENERALES

Article I - 1

1. La société anonyme européenne, ci-après dénommée Societas Europea (S.E.), est une société dont le capital est divisé en actions et qui, sous réserve de dispositions contraires, ne répond de ses engagements que sur le patrimoine social.

2. Elle est une société commerciale quel que soit l'objet de son entreprise.

3. Elle a la personnalité juridique et jouit, dans tous les Etats contractants, des mêmes droits et facultés que les sociétés anonymes de droit national.

1. Le projet débute par la définition de la société anonyme européenne qui sera par la suite nommée Societas Europea (S.E.). Pour cette S.E., on a choisi la forme d'une société anonyme. La société anonyme européenne prend place à côté des sociétés anonymes nationales des Etats membres. Elle donne à l'économie une possibilité supplémentaire que celle-ci pourra utiliser ou non. Il s'agit d'une forme juridique nouvelle à prendre ou à laisser.

La forme juridique de la société anonyme, connue dans tous les Etats membres de la CEE, a servi de modèle pour la société anonyme européenne. Le régime de la S.E., qui prend place à côté des réglementations nationales des sociétés anonymes, présentera donc avec elles de nombreuses ressemblances, d'avantage en tous cas que si l'on s'était rattaché à une autre forme de société. On peut dire, en droit comparé, que les droits des sociétés anonymes des six Pays membres présentent le plus grand nombre de traits communs. Cette similitude de tendances se retrouve également dans les projets nationaux de réforme des sociétés anonymes, auxquels le présent projet de Statut se réfère largement. Du point de vue économique également, l'avantage de suivre le modèle de la société anonyme paraît évident. Dans la pratique, on choisit en général cette forme lorsqu'une entreprise — ce qui sera presque toujours le cas pour une S.E. — entend développer des activités internationales. Ce sera d'autre part la forme de la société anonyme qui sera juridiquement la mieux qualifiée pour assurer la protection des droits des tiers; c'est là un point de vue important dont le projet de Statut tient compte.

Enfin, c'est dans le droit des sociétés anonymes qu'ont été réalisés les plus grands progrès sur le plan national en ce qui concerne les exigences de publicité, ce qui sera également de la plus grande importance pour le bon fonctionnement de la S.E. De nombreuses raisons — elles ne sont pas toutes énumérées ici — militent donc en faveur de l'organisation de la S.E. sur le modèle de la société anonyme.

2. La définition contenue dans l'alinéa 1^{er} correspond donc largement à celle de la société anonyme telle qu'elle est connue dans les six Pays. Partout, la société anonyme est — comme la S.E. — une société de capitaux. Le capital de la S.E. est divisé en actions. Elle ne répond en général de ses engagements que sur le patrimoine social. Cette disposition se retrouve également dans tous les pays de la CEE, bien qu'elle y soit formulée de manière différente. L'Allemagne et l'Italie connaissent une formule analogue à celle du pro-

jet : seul le patrimoine de la société anonyme est engagé. Dans les autres pays, il est stipulé que les actionnaires ne répondent des engagements de la société anonyme qu'à concurrence de leur apport; cette solution était également celle de l'ancien Aktiengesetz allemand. Les deux formules conduisent au même résultat.

3. L'alinéa 2 sert à réaliser des objectifs différents. La S.E. est toujours une société commerciale. Cette prescription s'impose de par la nature des actes juridiques que la S.E. peut accomplir dans les divers pays, certains distinguant les sociétés de droit civil et celles de droit commercial. Au sein de la CEE, la France, l'Allemagne, la Belgique et le Luxembourg connaissent cette distinction. Pour l'Italie et les Pays-Bas qui ne font plus cette distinction, la qualification de la S.E. en tant que société commerciale ne saurait être gênante.

Cette différence est importante pour trois sortes de raisons : en premier lieu, pour la compétence judiciaire qui a été attribuée aux tribunaux de commerce en matière commerciale; en second lieu, en ce qui concerne le droit matériel qui est parfois différent au regard des commerçants; en troisième lieu, en ce qui concerne l'admissibilité de la faillite.

Ce n'est qu'en Allemagne et aux Pays-Bas que peuvent être déclarés en faillite les commerçants comme les non-commerçants, les sociétés de commerce comme toutes les autres personnes morales. En Belgique, en France et au Luxembourg, on s'en tient par contre à la règle que seuls les commerçants et les sociétés commerciales peuvent être déclarés en faillite. Il en est de même pour l'Italie, bien que la différence entre le droit civil et le droit commercial y ait été par ailleurs abandonnée. Ne peuvent jusqu'à présent être déclarés en faillite que des entrepreneurs possédant la qualité de commerçant (Art. 2221 Codice civile). A cet égard, la société par actions de droit italien est de par sa nature même considérée comme entreprise commerciale et donc à tout moment susceptible de faillite. L'alinéa 2 garantit dans tous les Etats membres de la CEE pour la S.E. qu'elle est susceptible de faillite. Pour le reste, ce Statut ne touche à la faillite que de manière exceptionnelle : en principe la faillite est gouvernée par le droit national du siège de la société (voir Titre IX - section 3).

L'alinéa 2 ne se contente pas de disposer que la S.E. est une société de commerce. Pour plus de simplicité on aurait pu déjà exprimer cette idée dans l'alinéa 1^{er} en la formulant comme suit : « La société anonyme européenne... est une société commerciale dont le capital ... etc. ... ». En fait, on a ajouté : « quel que soit l'objet de son entreprise ». Par là, il est précisé d'une part qu'en Belgique aussi, la S.E. sera toujours considérée comme une société commerciale. En effet, en Belgique, la société anonyme n'est traitée comme une société commerciale que si l'objet de la société est régi par le droit commercial. En outre, il ressort implicitement de cette disposition que la S.E. peut être fondée pour un objet quelconque. Il ne sera plus à l'avenir nécessaire de discuter le point de savoir si une S.E. peut être fondée, même si elle ne tend pas directement ou indirectement à la réalisation d'un bénéfice. Si le projet aboutit, une S.E. pourra aussi servir très probablement à la poursuite de travaux de recherche, et cela sous la forme d'une filiale commune. En outre, comme « Organgesellschaft », la S.E. pourrait être tenue de céder la totalité de ses bénéfices. Elle pourrait également servir à des buts coopératifs. Sans se préoccuper de la question de savoir s'il est possible qu'une société n'ait pas de but lucratif, la S.E. est toujours une société commerciale dans tous les cas, quel que soit l'objet de son entreprise.

4. Le troisième alinéa contient quelques dispositions relatives à la situation juridique de la S.E. dans les Etats contractants. Il accorde à la S.E. la personnalité juridique et, dans chaque Etat contractant, les mêmes droits et les mêmes pouvoirs qu'une société anonyme nationale. Ces dispositions s'adressent surtout aux tribunaux et aux autorités administratives des Etats contractants. Au cas où ce Statut serait adopté sous la forme d'une loi uniforme de droit national, ces dispositions ne devraient pas être insérées dans le Statut lui-même, mais dans le traité par lequel les parties contractantes s'engageraient à introduire cette loi uniforme.

La disposition selon laquelle la S.E. possède la personnalité juridique signifie qu'elle peut être titulaire de droits et d'obligations (voir art. 1 de l'avant-projet d'une convention sur la reconnaissance réciproque des sociétés et des personnes morales, établi en application de l'art. 220, al. 3 du Traité CEE, Bruxelles 1965). La S.E. peut conclure des contrats et accomplir d'autres actes juridiques. Il n'a pas paru nécessaire de le mentionner ici expressément. La notion de personnalité juridique inclut tout cela. Elle signifie également que la S.E. peut être atraite en justice.

La disposition selon laquelle la S.E. jouit dans chaque Etat contractant des mêmes droits et des mêmes pouvoirs qu'une société anonyme de droit national a surtout pour objet d'éviter qu'en raison de sa nationalité ou même de l'absence d'une nationalité déterminée, la S.E. ne se trouve dans un Etat contractant dans une situation plus défavorable qu'une société anonyme de cet Etat.

Cette disposition ne signifie naturellement pas que la S.E. aurait uniquement les mêmes droits et non les mêmes obligations qu'une société anonyme nationale. Elle est soumise, comme toute société, au droit national, dans la mesure où ce Statut, ou son droit subsidiaire, ne contient aucune réglementation propre. Ceci est expressément affirmé à l'article 1 - 7, alinéa 3.

Cette dernière disposition exprime par exemple que la S.E. a accès aux marchés des capitaux dans les mêmes conditions qu'une société anonyme nationale et qu'elle doit être traitée par l'administration nationale de la même manière qu'une société anonyme nationale. Les dispositions légales qui rendraient la situation de la S.E. plus défavorable que celle d'une société anonyme nationale ne seraient pas obligatoires. Il résulte de cette disposition que la S.E. peut, dans chaque Etat, agir en justice sans donner caution. Ceci résulte également de l'article 1 - 5.

Article I - 2

1. Il ne peut être créé de sociétés anonymes européennes que :

a) par des sociétés anonymes créées selon le droit d'un Etat membre de la Communauté Economique Européenne, existant depuis trois années consécutives au jour de la déclaration de la S.E. et ayant eu une activité économique effective durant cette période;

b) par des sociétés anonymes créées en dehors de la Communauté Economique Européenne, existant déjà depuis trois ans au jour de la déclaration de la S.E. et ayant eu une activité économique effective durant cette période;

c) par d'autres sociétés anonymes européennes.

2. Lorsqu'une société anonyme est issue de la transformation d'une autre forme de société, la période d'existence de la société, antérieure à la transformation, est prise en considération si besoin est, pour l'application des conditions prévues à l'alinéa 1, litt. a) ci-dessus.

1. Cet article règle l'accès à la S.E. On peut dans une large mesure renvoyer à ce qui a été dit dans l'introduction au sujet du « champ d'application ».

2. La S.E. peut elle-même être société fondatrice d'une autre société européenne (alinéa 1^{er}, c). La S.E. peut fonder une filiale sous forme de S.E. soit seule, soit avec une société de droit national (établie dans la CEE ou à l'extérieur), soit avec une autre S.E. La S.E. peut aussi fusionner avec une autre S.E. ou avec une société anonyme de droit national d'un pays de la CEE. Ce dernier cas est réglé au Titre XI du projet.

3. En ce qui concerne les justifications de l'alinéa 2, on se reportera au point 10 du chapitre « champ d'application ». Les possibilités d'application de cet alinéa varient pour les sociétés suivant les divers pays. En Belgique, par exemple, une transformation sans perte de la personnalité juridique n'est pas possible ; en Allemagne, elle ne l'est que dans les cas prévus par l'Aktiengesetz (§§ 362 à 393) et, en Italie, cette possibilité est presque illimitée (art. 2498 à 2500 du Codice civile).

Article I - 3

1. Le choix de la forme juridique de la société anonyme européenne n'est permis que dans les cas suivants :

a) fusion de deux ou de plusieurs sociétés anonymes constituées selon le droit de l'un ou de plusieurs Etats membres de la Communauté Economique Européenne;

b) création d'une société holding par deux ou plusieurs sociétés constituées selon le droit de l'un ou de plusieurs Etats membres de la Communauté Economique Européenne;

c) création d'une filiale en commun ;

d) transformation d'une société anonyme constituée selon le droit d'un des Etats membres de la Communauté Economique Européenne;

e) création d'une filiale par une seule société anonyme.

2. Le capital statuaire de la société anonyme européenne doit être d'au moins :

1 000 000 UC dans les cas a) et b);

500 000 UC dans le cas d);

250 000 UC dans les cas c) et e).

1. Pour les raisons déjà évoquées dans l'Introduction à propos du champ d'application, le choix de la forme de la société européenne n'est pas ouvert à tous ni pour n'importe quelle fin.

Les possibilités mentionnées à l'*alinéa 1^{er}* doivent être rapprochées des dispositions de l'article 1 - 2. Elles résument ce qui, dans la partie de l'introduction relative au champ d'application, a été indiqué comme besoins de l'économie. Les cinq possibilités ne seront pas utilisées de la même façon. L'utilisation de cette forme juridique pourra porter au début surtout sur les filiales et sur les filiales créées en commun. La fusion internationale, la transformation en société anonyme européenne et la constitution d'une S.E.-holding font cependant partie aussi des possibilités pratiques.

La fusion, la constitution d'une S.E.-holding et la transformation de sociétés anonymes sont réservées aux sociétés anonymes créées à l'intérieur de la CEE. La fusion avec une société anonyme étrangère à la CEE ne pourrait être réglementée que s'il s'agissait d'une société anonyme d'un Etat non membre de la CEE ayant adhéré au présent Statut. Cette possibilité n'est cependant pas envisagée. Elle serait difficilement acceptable par les Etats tiers du fait que le Statut a recours aux institutions de la CEE, comme la Cour de Justice européenne. Dans ces conditions, il n'est guère possible de régler techniquement le cas de la fusion qui ferait disparaître la société anonyme étrangère à la CEE et transférerait son patrimoine à une société (S.E.) ayant son siège dans la CEE. Il en va de même pour ce qui est de la transformation en S.E. d'une société anonyme extérieure à la CEE, avec transfert concomitant du siège dans un pays de la CEE. La constitution d'une S.E.-holding a été également limitée aux sociétés anonymes créées dans la CEE. Lors de cette constitution, les actionnaires des sociétés anonymes nationales sont obligés d'échanger leurs actions contre les actions de la S.E.-holding. Une telle obligation d'échange ne peut être imposée que dans les Etats qui ont adhéré à la convention, c'est-à-dire, dans la perspective du projet, les Etats de la CEE.

Seules la constitution d'une S.E. comme filiale commune (cas *c*) et la constitution d'une S.E. filiale par une seule société anonyme (cas *e*) sont également possibles pour les sociétés anonymes d'un Etat n'appartenant pas à la CEE.

2. Dans le cas de la transformation d'une société anonyme nationale créée dans la CEE en S.E., l'opération ne concerne qu'une seule société. On entend ici par transformation le seul changement de la forme juridique de la société. La création d'une filiale par une seule société anonyme constitue un autre cas permis par le projet. Dans les deux cas, la nouvelle société n'a qu'un seul fondateur, mais il s'agit d'une personne morale. Depuis longtemps déjà, cela est courant en pratique. Dans les pays où le droit national des sociétés anonymes exige plusieurs fondateurs (sept en Belgique et en France, par exemple), on fait fréquemment appel à des hommes de paille. Le projet admet franchement la constitution par une seule personne qui sera toujours, il est vrai, une société anonyme.

3. L'exigence d'un capital minimum (*alinéa 2*) a déjà été justifiée dans la partie de l'introduction consacrée au « champ d'application ». Le montant du capital minimum est pour partie une question subjective. D'un côté, le crédit de la S.E. intervient, et d'un autre côté, il s'agit d'éviter un conflit avec les divers droits nationaux des sociétés anonymes. Le capital minimum le plus élevé est exigé actuellement en France (500 000 F, soit 100 000 UC). Pour les S.E. filiales à capital minimum de 250 000 UC, on exige donc deux fois et demie le capital minimum le plus élevé connu. Cependant, cette exigence ne paraît pas prohibitive. Si l'on veut agir dans le Marché Commun et avoir accès au marché européen des capitaux, ce qui sera sans doute une des raisons de la création d'une S.E., un tel capital minimum ne semble pas excessif. Il faut noter en outre qu'en cas de création de filiales communes et en présence d'au moins deux partenaires, chacun n'aura qu'à apporter la moitié du capital, soit 125 000 UC. Comme on l'a déjà indiqué à propos du « champ d'application », le capital doit être entièrement libéré. La disposition qui y est relative figure à l'article III - 1 - 1.

1. La S.E. a son siège au lieu que les statuts désignent. Les statuts doivent indiquer comme siège, à l'intérieur de la Communauté Economique Européenne, le lieu où se trouve l'administration centrale de la S.E.

2. Lorsque l'administration centrale est transférée en un autre lieu, les statuts doivent être modifiés en conséquence.

3. En cas de transfert du siège, la S.E. peut, pendant une durée de trois ans, être assignée devant les tribunaux compétents à raison de son siège antérieur.

1. La S.E. est créée en vue de promouvoir les objectifs du Marché Commun. Son administration centrale et son siège doivent donc se trouver à l'intérieur du Marché Commun. Le siège statutaire de la S.E. doit correspondre au siège réel de l'administration centrale. Cette obligation résulte du *premier alinéa* de l'article.

La notion d'« administration centrale » s'inspire de l'article 5 de l'avant-projet de convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales (Bruxelles 1965) : « Au sens de la présente convention, on entend par siège réel des sociétés ou personnes morales, le lieu où est établie leur administration centrale ». De son côté, cet avant-projet rejoint la Convention de La Haye de 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères (l'article 2, alinéa 3 de cette convention stipule : « La société, l'association ou la fondation est considérée comme ayant son siège réel au lieu où est établie son administration centrale ») ainsi que les droits nationaux des Etats contractants qui se fondent sur la doctrine du siège réel. Le siège de la S.E. se trouve donc au lieu où elle a son administration centrale (Hauptverwaltung, amministrazione centrale, hoofadministratie). Ce siège réel devra correspondre au siège statutaire. C'est ce siège statutaire qui, dans l'idée du projet, est déterminant. La sécurité juridique s'en trouve renforcée.

2. A de nombreux égards (compétence judiciaire, assiette de l'impôt, etc.), il importe que le lieu du siège soit indiqué d'une façon aussi précise que possible. Il ne peut y avoir de doute sur le siège statutaire. Le dynamisme du développement économique actuel rend pourtant des transferts de siège très probables. Il est de la nature de la S.E. qu'elle puisse transférer librement son siège à l'intérieur de la CEE en fonction des besoins économiques. Si l'administration centrale est transférée d'un lieu à un autre, les statuts doivent être modifiés en conséquence (*alinéa 2*).

Il n'est pas prévu de sanction spéciale à cet égard. Il existe pourtant une obligation pour l'administration. Sa responsabilité pourra être engagée si elle n'observe pas les prescriptions du Statut (art. IV - 1 - 10 et art. IV - 2 - 9). Le directeur et le conseil de surveillance, qui ont tous deux le pouvoir de convoquer l'assemblée générale, doivent veiller à ce que les statuts soient adaptés le plus vite possible à la nouvelle situation.

3. Les tiers pourraient être surpris par un changement du siège. C'est pour les protéger que l'on a prévu à l'*alinéa 3* que la société peut encore être assignée devant les juridictions dans le ressort desquelles se trouvait le lieu de son siège initial, pendant une durée de trois ans suivant le changement du siège statutaire. Par là se trouve écartée une des objections à la possibilité de transférer le siège d'un pays de la CEE dans un autre. On a renoncé, pour des motifs

de sécurité juridique, à limiter dans l'alinéa 3 la possibilité d'assigner la S.E. devant le tribunal du siège statutaire initial à des obligations résultant d'actes juridiques passés avant la modification des statuts.

Une telle limitation pourrait faire surgir des problèmes graves. C'est pourquoi il a été prévu d'une façon très générale que la S.E. peut être assignée également devant le tribunal de son siège (statutaire) antérieur, même lorsque celui-ci a été changé entretemps. Il est vrai que cette possibilité est limitée dans le temps. Pour les actions intentées plus de trois ans après la modification statutaire, seul le nouveau siège statutaire est valable. Par « transfert du siège » au sens de l'alinéa 3, on entend donc exclusivement un transfert à la suite d'une modification des statuts.

En cas de transfert effectif de l'administration centrale sans modification statutaire, les seules sanctions qui s'appliquent sont celles citées à la fin du commentaire sous le point 2. Tant que les statuts n'ont pas été modifiés en conséquence, ce sont les juridictions du siège initial (statutaire) qui resteront compétentes.

Article I - 5

Dans chaque Etat contractant, la compétence juridictionnelle et la procédure en matière de sociétés anonymes européennes sont réglées suivant les dispositions prévues par le droit de cet Etat pour les sociétés anonymes nationales, pour autant que le présent Statut ne comporte pas de stipulations particulières à cet égard.

En complétant l'article I - 1 alinéa 3, cet article dispose expressément que la S.E. doit être traitée comme une société anonyme nationale en ce qui concerne la compétence judiciaire et la procédure civile. Dans les litiges concernant une S.E., ce sont donc les règles du droit national qui déterminent la compétence « *ratione materiae* » et « *ratione loci* ». Au cours du procès, c'est la procédure civile nationale qui s'applique.

Tout ceci n'est valable que pour autant que le présent Statut ne comporte pas de stipulations particulières à cet égard ». Ainsi l'article I - 6 contient des dispositions qui interviennent dans la procédure nationale. On trouve d'autres exemples dans les prescriptions du Statut selon lesquelles le tribunal du siège de la société statue par décisions insusceptibles d'appel sur certaines affaires (par exemple art. IV - 3 - 2).

Article I - 6

1. La Cour de Justice des Communautés Européennes statue par voie de questions préjudicielles :

a) sur l'applicabilité et l'interprétation du présent Statut;

b) sur la détermination des principes et des règles communes mentionnées dans l'article I - 7 ;

c) sur l'interprétation des statuts d'une S.E.

2. Quand une telle question est soulevée devant une juridiction d'un Etat contractant, celle-ci est

tenue, sur la demande d'une partie, de soumettre la question au jugement de la Cour de Justice. La juridiction peut également en saisir d'office cette Cour.

3. La juridiction n'est pas liée par la disposition de l'alinéa précédent si la décision sur l'une des questions entrant dans le champ de l'alinéa 1 du présent article n'a pas d'incidence sur le jugement qu'elle doit rendre.

4. L'arrêt de la Cour de Justice s'impose à la juridiction.

5. L'avocat général auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes peut déférer à la Cour un jugement d'une juridiction d'un Etat contractant, ayant acquis l'autorité de la chose jugée, afin que soit décidé si la juridiction a violé des dispositions du présent Statut, des principes et des règles communes mentionnés à l'article I - 7 ou des dispositions des statuts d'une S.E. La décision de la Cour de Justice ne préjudicie pas aux droits des parties.

6. La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes est fixée dans son règlement de procédure; ledit règlement doit être soumis à l'approbation unanime du Conseil de Ministres de la Communauté Economique Européenne.

1. Une application et une interprétation divergentes du présent Statut présenteraient un très grand danger pour la S.E. Comme le faisait observer le Gouvernement français dans sa note du 15 mars 1965 : « il serait indispensable d'organiser un système d'harmonisation des jurisprudences nationales, de telle sorte que la loi uniforme soit assurée de garder son caractère grâce à l'interprétation également uniforme de ses dispositions ». C'est pourquoi, pour harmoniser la jurisprudence dans les six pays, le « Patronat français » a proposé dans son projet l'institution d'une juridiction centrale internationale. Ce système resterait parfaitement conciliable avec une loi uniforme (voir introduction).

2. Il est naturel de penser d'abord à la Cour de Justice des Communautés Européennes, en tant que tribunal central et international. Le Statut de la S.E. est si étroitement lié à la CEE en raison de son objet et du fait que les Etats contractants sont en même temps les six Etats membres de la CEE, qu'il va de soi d'utiliser autant que possible les institutions de la Communauté. On pourrait donc créer une chambre commerciale de la Cour de Justice. La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes pourrait être fixée dans un règlement de procédure de la Cour. Ce règlement de procédure doit être approuvé à l'unanimité par le Conseil (art. 188 du Traité CEE et art. 160 du Traité CEEA). D'où l'alinéa 6.

3. Si une juridiction centrale internationale intervient, on peut envisager deux sortes de procédures : soit une procédure supranationale de cassation ou de révision, soit l'application de la procédure des décisions préjudicielles telle qu'elle existe dans la CEE. La première de ces solutions impliquerait que l'on passe d'abord par toutes les instances nationales avant de pouvoir s'adresser à l'instance supranationale. Tout au plus pourrait-on créer un système permettant la cassation ou la révision des jugements nationaux de première ou de seconde instance avec renvoi éventuel

aux tribunaux nationaux. Mais l'élaboration d'un tel système n'irait certainement pas sans difficultés majeures.

Il convient de considérer, en outre, que très souvent un litige ne soulèvera pas seulement des questions d'application ou d'interprétation du Statut, mais aussi des questions de droit national. Cela compliquerait encore la réglementation d'une procédure supranationale de cassation ou de révision se limitant à la seule application ou interprétation du Statut.

Enfin, la procédure supranationale de cassation ou de révision rendrait possible, à la demande d'une des parties, la cassation ou l'annulation par la juridiction supranationale de décisions nationales rendues en dernière instance. C'est là une conséquence qui devrait être évitée autant que possible. Pour tous ces motifs, on a donné la préférence à la seconde solution.

4. La décision préjudicielle peut, d'après l'*alinéa 1*, se rapporter à l'applicabilité et à l'interprétation du Statut, à la détermination des principes généraux mentionnés à l'article 1-7 et à l'interprétation des statuts d'une S.E. déterminée. Ainsi donc, non seulement l'interprétation du Statut, mais aussi son applicabilité sont prévues. La pratique de l'application des traités européens par des juridictions nationales a montré que, bien souvent, les tribunaux nationaux se sont refusés à appliquer le droit de l'un de ces traités — et cela en dépit des moyens avancés en sens contraire par l'une des parties — en alléguant que ce droit n'était pas applicable en l'espèce. L'article 1-6 reconnaît à la seule Cour de Justice des Communautés Européennes la compétence pour délimiter le champ d'application du présent Statut.

La décision préjudicielle peut, aux termes de l'article 1-6, être demandée aussi en vue de déterminer les principes et les règles communes mentionnés dans l'article 1-7. Les principes visés à l'article 1-7 sont aussi bien les principes généraux mentionnés dans le deuxième alinéa de cet article 1-7 sous *a)* et sur lesquels est fondé le présent Statut, que ceux mentionnés sous *b)* qui prédominent dans les ordres juridiques des Etats contractants.

L'application des principes généraux et des règles communes mentionnés à l'article 1-7 fait partie de l'application du Statut lui-même, de sorte que logiquement elle est soumise elle aussi à la procédure de la décision préjudicielle. Cela est d'autant plus nécessaire que c'est précisément lors de l'application de ces principes et règles qu'il faut craindre sérieusement que des divergences ne se produisent.

L'interprétation des statuts d'une S.E. est soumise à la juridiction de la Cour de Justice, non seulement parce que ces statuts représentent une partie essentielle de l'application du présent Statut, mais encore parce que la réglementation de questions importantes est laissée à ces statuts. A ce sujet, il convient de considérer que les statuts des premières S.E. serviront probablement de modèle à de nombreux autres.

L'intérêt d'une jurisprudence uniforme sur l'interprétation des statuts d'une S.E. est donc d'autant plus grand.

L'examen de la validité des statuts sera déjà effectué par la Cour de Justice des Communautés Européennes lors des contrôles portant sur la constitution de la S.E. d'une part, les modifications ultérieures de ces statuts d'autre part. Il n'était donc pas nécessaire, à la différence de ce qui est prévu pour l'interprétation des statuts, de faire mention de la validité.

5. La réglementation de la décision préjudicielle prévue à l'article 1-6 s'écarte sur certains points de celle prévue aux articles 177 du Traité CEE et 150 du Traité CEEA. Ces différences trouvent leur justification dans la nature du droit des sociétés anonymes qui doit correspondre avant tout aux besoins de la pratique juridique.

L'*alinéa 2* prévoit que tout tribunal d'un Etat contractant est tenu, à la demande d'une partie, de s'adresser à la Cour de Justice Européenne pour obtenir une décision préjudicielle sur les objets mentionnés à l'*alinéa 1*, ou peut, d'office, le faire. Il n'est donc pas fait de distinction entre les tribunaux dont les décisions sont encore susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne et les autres. Cette disposition tient compte de l'intérêt des parties pour autant qu'elle oblige les tribunaux à demander à la Cour de Justice Européenne de statuer dès que l'une des parties le demande.

Aux termes de l'*alinéa 3*, cette obligation cesse d'exister dans la seule hypothèse où une décision sur l'applicabilité ou l'interprétation de ce Statut ou sur d'autres objets visés à l'*alinéa 1* n'a pas d'incidence sur le jugement à rendre par le tribunal national, ce qui pourrait être le cas lorsque le litige porte aussi sur des éléments de droit national et qu'une simple décision basée sur le droit national permet d'y mettre fin. Cette solution se distingue fondamentalement de la théorie de l'« acte clair ». Cette doctrine implique l'application et l'interprétation d'un « acte », c'est-à-dire d'une décision sur l'un des objets visés à l'*alinéa 1*. Le projet ne laisse aucune place à l'application de la théorie de l'« acte clair ». La question de savoir si la décision de la Cour de Justice européenne a une incidence sur le jugement à rendre par le tribunal national sera tranchée par ce tribunal lui-même. La formulation objective de l'*alinéa 3* (« a une incidence ») permet toutefois de soumettre cette question à l'appréciation de la Cour d'Appel ou de la juridiction nationale suprême.

La clé de voûte de ce système est la disposition prévoyant à l'*alinéa 5* que l'avocat général peut « sui juris » déférer à la Cour la question de savoir si une juridiction nationale a violé soit le statut, soit les principes généraux ou les règles communes mentionnés à l'article 1-7, soit les statuts d'une S.E. déterminée. Cette procédure est le complément nécessaire du système décrit ci-dessus; il tient compte le plus largement possible des intérêts des parties. En effet, si les parties ne désirent pas que la Cour de Justice européenne statue à titre préjudiciel, les tribunaux nationaux, y compris même les juridictions suprêmes, ne sont jamais tenus de demander une pareille décision préjudicielle. Ce système pourrait conduire à de graves divergences.

Pour ces raisons, on a prévu dans le projet le système de la « cassation dans l'intérêt de la loi » connu dans la plupart des Etats membres⁽¹⁾. Le fait que la décision de la Cour de Justice européenne ne saurait toucher les droits des parties résulte de l'objectif même de la procédure qui est de garantir une interprétation uniforme. Les parties avaient en effet la possibilité de susciter une décision à titre préjudiciel.

Article I - 7

1. L'application et l'interprétation de ce Statut doivent respecter son but qui est la création d'un territoire de droit unique couvrant les Etats contractants.

2. Les questions concernant des matières régies par le présent Statut et qui ne sont pas expressément tranchées par celui-ci seront réglées :

a) selon les principes généraux dont ce Statut s'inspire;

⁽¹⁾ Par exemple, art. 51 de la loi française du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de Cassation; art. 363 Codice di procedura civile; art. 96 et 98 de la « Wet op de Rechterlijke Organisatie » du 18 avril 1827.

b) dans le cas où ces principes généraux n'offrent pas de solution, selon les règles communes ou les principes généraux prépondérants dans les ordres juridiques des Etats contractants.

3. Les matières qui ne sont pas régies par le présent Statut sont soumises au droit national applicable en l'espèce.

1. Cet article contient les principes d'après lesquels doit être déterminé le droit applicable à la S.E. et à ses relations avec les parties intéressées et les tiers. Il contient également dans l'*alinéa 1* une disposition relative à l'application exacte et à l'interprétation de ce Statut. Nous reviendrons sur cette disposition à la fin des motifs relatifs à cet article.

Cet article distingue trois sources de droit : premièrement le Statut lui-même, deuxièmement son droit subsidiaire, qui doit être appliqué pour combler les lacunes existant dans les matières traitées par le Statut, et troisièmement le droit national en ce qui concerne les matières qui ne sont pas traitées dans ce Statut.

L'*alinéa 2* traite du droit subsidiaire. L'*alinéa 3* rappelle qu'il existe des matières auxquelles ce Statut ne touche pas. Le droit national s'applique à ces matières.

2. La question se pose immédiatement de savoir où se situe la limite entre ce Statut et son droit subsidiaire d'une part, et l'autre droit d'autre part. C'est une question d'interprétation des termes « les matières traitées dans le présent Statut ». La Cour de Justice européenne a pour tâche d'interpréter ces termes. L'auteur a conscience que cette formule n'est pas de nature à fournir une réponse claire dans chaque cas particulier. Le droit des sociétés contenu dans le Statut intéresse un grand nombre de domaines juridiques sans que l'on puisse toujours dire s'il « traite » de matières relevant de ces domaines.

Le Statut renvoie parfois expressément au droit national, ainsi par exemple à l'article IV - 1 - 2, alinéa 1, qui parle de contrats entre la S.E. et les membres de son directoire. Mais très souvent le Statut ne contient aucune référence explicite, ainsi par exemple à l'article III - 2 - 5 : « les actions au porteur se transmettent par tradition ». On comprend qu'un contrat valable doive être à la base de la tradition des titres. Mais le Statut ne le dit pas et il ne dit pas davantage à quelles conditions ce contrat doit satisfaire pour être valable. Cela est laissé au droit national sans que ce soit dit expressément.

Il existe aussi de nombreux domaines juridiques auxquels ce Statut ne s'étend pas, mais dont la S.E. rencontrera inévitablement les règles au cours de son existence. Parmi ceux-ci figurent par exemple le droit administratif, le droit des professions industrielles et commerciales, le droit de la concurrence, le droit général du travail, le droit fiscal et le droit pénal, dans la mesure où ils n'ont fait l'objet d'une réglementation dans ce Statut (Titres XII et XIII), et presque tout le droit civil et le droit commercial dans la mesure où ce Statut n'en traite pas. Il est évident que seul le droit national peut s'appliquer ici. L'application du droit national doit cependant toujours satisfaire à la condition de l'article I - 1, alinéa 3 : dans chaque Etat contractant, la S.E. ne peut être traitée plus défavorablement qu'une société anonyme nationale.

Eu égard au caractère très vaste du droit des sociétés, il n'a pas été possible à l'auteur de trouver une formule plus claire que celle que renferment les deux derniers alinéas de cet article. On a cependant essayé de dire le plus nettement possible dans les diverses dispositions ou dans leur motivation quel est le droit applicable. En général, cela résultera donc, soit du texte même des dispositions, soit de leur moti-

vation. Si ces éléments n'offrent aucune solution, il y aura lieu de prendre en considération le but de ce Statut et de ses différentes dispositions. L'accomplissement d'une telle mission a été confié également à la Cour de Justice européenne dans d'autres domaines.

3. L'*alinéa 2* aborde la question difficile du droit subsidiaire. Cette question ne saurait être éludée. Quelque complète que puisse être la réglementation relative à la S.E., elle présente néanmoins des lacunes. Même si sa formulation est des plus précises, elle pourra donner lieu à des questions d'interprétation. Comment combler ces lacunes et répondre aux questions d'interprétation ?

La première partie de l'*alinéa 2* s'inspire largement de l'article 17 de la loi uniforme de La Haye « sur la vente internationale des objets mobiliers corporels » du 1^{er} juillet 1964 où il est dit : « Les questions concernant des matières régies par la présente loi et qui ne sont pas expressément tranchées par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ». Tant en ce qui concerne les lacunes qui peuvent se présenter que pour les difficultés possibles d'interprétation en cas de défaut de réglementation non équivoque, cet alinéa renvoie en premier lieu aux principes généraux dont s'inspire le Statut des sociétés anonymes européennes.

« En premier lieu » — car les principes généraux sur lesquels est fondé le présent Statut peuvent se révéler insuffisants. Dans ce cas, l'*alinéa 2*, sous b) renvoie en second lieu aux principes généraux communs aux ordres juridiques des Etats contractants ; cette solution figure également dans les statuts de l'entreprise commune franco-allemande « Saarlör ». On aurait pu aussi imaginer un renvoi aux principes généraux des droits nationaux des sociétés anonymes. S'inspirant de l'article 215 du Traité de Rome (responsabilité non contractuelle de la Communauté en cas de dommages), on a donné la préférence à la notion plus large de l'ordre juridique. Cela d'autant plus que le Statut ne contient pas seulement des règles relatives au droit des sociétés et que le droit des sociétés anonymes lui-même prend sa source dans le droit civil général. Le renvoi (sous b) aux règles communes et aux principes généraux des ordres juridiques nationaux n'est pas un renvoi à un minimum de réglementations identiques, mais plutôt un renvoi aux principes généraux et aux règles communes *prépondérants* dans les différents Etats contractants. La jurisprudence de la Cour de Justice européenne montre que de tels principes et règles existent à l'intérieur de la CEE et qu'ils peuvent offrir au juge une base utilisable de solution concrète. Par contre, on ne renvoie pas aux us et coutumes, le droit des sociétés étant dans la plupart des Etats contractants en majeure partie un droit impératif qui, dès lors, laisse peu de place aux us et coutumes.

Les principes du Traité CEE font également partie des principes généraux visés par le présent alinéa. A de nombreux égards (par exemple en ce qui concerne l'intervention de la Cour de Justice européenne prévue à l'article précédent), le Statut de la société européenne est étroitement lié au Traité de Rome. Ses principes, comme l'interdiction de discriminations en fonction de la nationalité ou le principe de la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, s'appliquent aussi au Statut de la S.E.

4. Au lieu de la solution choisie à l'*alinéa 2* en matière de droit subsidiaire, on aurait pu renvoyer au droit national du siège de la S.E. De nombreux arguments militent contre une telle solution. Le renvoi au droit national du siège pourrait conduire à de grandes divergences dans l'interprétation du Statut de la S.E. Des espèces similaires pourraient recevoir des solutions différentes selon les pays. Pour cette raison, on s'est également abstenu de choisir, dans cet article, comme troisième et dernière solution de remplacement, le renvoi au droit national. En effet, le juge national pourrait trop facilement être tenté de ne pas aller plus loin dans la recherche de principes généraux communs et de se replier sur son droit national.

Le renvoi pur et simple au droit national du siège donnerait lieu également à de grandes difficultés dans d'autres pays où le juge serait tenu d'appliquer un droit national étranger et d'arriver peut-être à des solutions divergentes qui ne seraient plus susceptibles d'être corrigées par les juridictions de cassation ou de révision. En outre, en cas de transfert du siège d'un pays à l'autre, le droit subsidiaire changerait. Pour toutes ces raisons, on a renoncé à faire appel au droit national du siège. L'alinéa 2 renvoie par contre à une source juridique commune à tous les droits nationaux.

5. En soi, la solution du problème du droit subsidiaire prévue à l'alinéa 2 ne constitue pas encore une option pour une S.E. de droit communautaire. La même solution serait également réalisable en cas de loi uniforme. Une loi uniforme introduite dans les Etats contractants en tant que loi nationale pourrait contenir une réglementation similaire. Le projet de La Haye dont s'inspire l'article 1 - 7 (point 3) le prouve bien.

6. L'alinéa 3 rappelle, comme nous l'avons dit, qu'il existe des matières qui ne sont pas traitées dans ce Statut. Ces matières dont quelques exemples sont cités sous le point 2, sont soumises au droit national. La question se pose alors de savoir quel est le droit national applicable. Ce ne sera pas toujours le droit de l'état du siège. La S.E. pourrait non seulement conclure des affaires dans d'autres Etats et se soumettre ainsi à certaines dispositions de ces Etats, elle pourrait également avoir des entreprises autonomes dans d'autres Etats.

Cet alinéa ne répond pas clairement à la question de savoir quel droit est applicable. La diversité des situations de fait ne le permet pas. On a envisagé de dire que le droit applicable aux matières non régies par ce Statut est le droit applicable selon les dispositions du droit international privé. Cette formule n'a pas été choisie, en premier lieu parce que très souvent il ne s'agira pas de conflits de loi — et en effet de nombreuses situations de fait se limitent à un seul Etat — en second lieu, parce que cette formule ne répond qu'en apparence à la question posée, elle ne dit pas en effet *quel* droit international privé doit être appliqué. Le droit international privé est différent dans chaque Etat.

Eu égard à ces considérations, l'auteur a choisi cette formule simple : « le droit national applicable en l'espèce ». Cette formule montre clairement que ce Statut n'a pas la prétention d'indiquer quel est le droit qui est applicable aux faits dont il ne traite pas. Cela est non seulement difficile à dire dans une formule générale, mais semble même n'être pas nécessaire. Les lois nationales déterminent en général leur propre champ d'application et lorsqu'elles ne le font pas, il existe les règles de droit international privé, de droit administratif international, de droit pénal international, etc. qui indiquent quel droit substantiel est applicable.

On trouve une formule analogue à celle de l'alinéa 3 à l'article 89 de la « loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels » (La Haye, avril 1964) :

« En cas de dol ou de fraude, les dommages-intérêts seront déterminés par les règles applicables aux contrats de vente non régis par la présente loi ».

7. Enfin, il nous faut revenir à la disposition contenue dans l'alinéa 1, relative à l'application et à l'interprétation de ce Statut en général. Cette disposition prévoit que pour l'application et l'interprétation du Statut, il y a lieu de prendre en considération son but général qui est la création d'un territoire de droit unique couvrant tous les Etats contractants. Cette disposition s'adresse en premier lieu aux juridictions nationales.

Une telle disposition semble particulièrement importante pour les pays dans lesquels des lois nationales sont nécessaires pour mettre en vigueur dans l'ordre juridique interne le droit de la S.E. créé par un traité (Allemagne et Italie). Elle a été inspirée par une recommandation relative à l'interprétation

uniforme des traités que l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe a adoptée en 1966 lors de sa 17^e session ordinaire, à l'occasion d'un rapport du Prof. Wahl (document 2.005 de l'assemblée consultative du 4 janvier 1966). De son côté, ce rapport se réfère à une clause analogue existant dans les « Uniform state laws » américaines.

Article I - 8

1. Toute S.E. est inscrite dans un registre du commerce à instituer auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

2. Les modalités d'institution et de fonctionnement du registre du commerce feront l'objet d'un règlement de la Cour de Justice des Communautés Européennes; ledit règlement devra être soumis à l'approbation unanime du Conseil de Ministres de la Communauté Economique Européenne.

3. Le registre européen du commerce est autorisé à percevoir des redevances à l'occasion de chaque inscription ou de chaque dépôt de documents. En outre, le registre européen du commerce peut percevoir des redevances annuelles.

4. Toute personne pourra prendre connaissance des indications portées dans le registre européen du commerce ainsi que des documents qui y sont déposés. Des copies des inscriptions et des documents devront être délivrées contre remboursement des frais.

5. Chaque Etat contractant ouvre, dans son pays, une annexe du registre européen du commerce dans laquelle est également inscrite toute S.E. ayant son siège dans cet Etat et où sont conservées les copies des documents déposés auprès du registre européen du commerce. L'alinéa 4 est applicable par analogie.

6. Le registre européen du commerce assure la transmission immédiate de toutes les indications aux annexes intéressées. En cas de discordance entre les mentions ou copies conservées dans les annexes et celles du registre européen, seules ces dernières font foi.

1. L'activité « européenne » de la S.E. rend nécessaire la création d'une source d'information accessible à tous les intéressés. Dans la plupart des Etats contractants, des registres du commerce ou des services analogues sont créés auprès d'un tribunal; en tous cas, ils sont au moins sous le contrôle d'un tribunal ou d'un juge. Lors de la création d'une S.E., la Cour de Justice européenne a, comme il ressort du Titre II, une fonction de contrôle à remplir. Dans cet ordre d'idées, le projet prévoit la création d'un registre européen du commerce auprès de la Cour de Justice européenne (*alinéa 1*).

2. L'alinéa 2 charge la Cour de Justice des Communautés Européennes de régler les modalités d'institution et de fonctionnement du registre européen du commerce par voie de règlement interne. Ce règlement doit être approuvé à l'unanimité par le Conseil de Ministres de la CEE (cf. article 188, alinéa 2 du Traité CEE).

3. Au stade actuel, le projet peut se borner à cette disposition générale. Il a cependant paru opportun d'évoquer dès à présent la question des redevances. La création du registre européen du commerce entraînera des frais. Pour couvrir ces frais, on peut percevoir des redevances comme il est d'usage sur le plan national. Cependant, ces redevances ne doivent pas constituer une charge excessive pour la S.E. L'élaboration plus détaillée du règlement de toutes ces questions peut toutefois être laissée à la Cour de Justice sous le contrôle du Conseil de Ministres. L'*alinéa* 3 prévoit seulement la possibilité d'exiger une redevance au moment de l'inscription et du dépôt des documents. De la même façon, la possibilité serait ouverte de percevoir, de chaque S.E. inscrite, une redevance annuelle.

4. L'*alinéa* 5 prévoit la création d'une annexe dans chaque Etat contractant, où l'on trouvera tous les renseignements sur une S.E. ayant son siège dans cet Etat. Pour plus de simplicité, on a prévu une seule annexe centrale par Etat. Cette annexe recevra ses indications du registre européen du commerce. L'identité des informations sera ainsi assurée. Cependant, ce seront les inscriptions au registre européen du commerce et les documents déposés auprès de ce registre qui feront foi. Dans l'esprit du projet, la S.E. n'aura affaire qu'à un seul registre du commerce, le registre européen du commerce qui sera institué auprès de la Cour de Justice européenne. L'annexe nationale n'aura pas à contrôler les indications qui lui seront fournies par le registre européen du commerce.

Article I - 9

1. Toutes les publications concernant les S.E. sont faites au Journal Officiel des Communautés Européennes, aux bulletins officiels des publications des sociétés anonymes du pays où la S.E. a son siège et dans un journal quotidien de ce pays.

2. Les journaux ou bulletins visés à l'*alinéa* précédent seront appelés dans la suite de ce Statut journaux de la société.

3. Lorsque le présent statut fixe un délai partant de la date d'une publication dans les journaux de la société, la date de la publication retenue sera celle du journal de la société paru le dernier.

1. Le Statut impose en de nombreux endroits des publications à faire par la S.E. Il s'agit en premier lieu de la convocation des assemblées générales (ordinaires et extraordinaires) qui peuvent par exemple avoir à décider d'une modification des statuts ou de la dissolution de la société. Il est de la plus haute importance que les actionnaires et les créanciers soient informés le plus rapidement possible de ces convocations ainsi que d'autres communications de la société. Une large publicité est donc indiquée.

2. L'*alinéa* 1 prévoit une triple publication. Outre la publication au Journal Officiel des Communautés Européennes et dans ses annexes, est prévue une publication aux bulletins officiels des publications des sociétés anonymes de l'Etat où la S.E. a son siège. Cela signifie donc qu'une S.E. ayant son siège en Allemagne devra publier un avis au « Bundesanzeiger » ; pour la France, ce sera au « Bulletin d'Annonces légales obligatoires » ; pour la Belgique, à l'« Annexe du Moniteur » ; pour le Luxembourg, dans le « Mémorial » ; pour les Pays-Bas, dans le « Staatscourant » ; pour l'Italie, dans les « Fogli annunci legali » des provinces et dans la « Gazzetta ufficiale della Repubblica ». Il serait excessif d'exiger, en plus de la publication au « Journal Officiel des Communautés Européennes » et aux bulletins officiels des publications de l'Etat dans lequel la S.E. a son siège, une publication dans les organes officiels de tous les six pays.

La presse économique des six Etats prendra certainement connaissance de ces publications officielles et ne manquera pas de transmettre ces informations à ses lecteurs comme elle le fait déjà pour les entreprises importantes.

Enfin, une publication dans un quotidien ordinaire du pays du siège est prescrite. En principe, les sociétés procéderont d'elles-mêmes à d'autres publications dans des quotidiens, notamment dans les pays autres que celui où elles ont leur siège, mais où elles exercent une activité économique. De nombreuses raisons militent en ce sens, ne serait-ce que pour des motifs publicitaires. De même, les prescriptions en matière boursière peuvent, lorsque les actions de la S.E. sont cotées à plusieurs bourses de la CEE, imposer d'autres publications. Pour la réglementation dans le présent Statut, il a paru suffisant de se limiter aux trois formes de publications sus-mentionnées.

3. En vue de faciliter la rédaction des articles suivants du Statut, on a prévu à l'*alinéa* 2 que les trois formes obligatoires de publications seront appelées « publications dans les journaux de la société ». L'article II-1-3 dispose que le nom de ces journaux de la société figure aussi dans les statuts.

Des formes de publications supplémentaires, même si les noms des quotidiens correspondants figurent dans les statuts, ne rentrent pas dans cette notion de « journaux de la société », telle qu'elle est utilisée dans le présent Statut. Le Statut doit faire ici une distinction nette entre les journaux de la société et les autres publications volontaires. Cela est surtout nécessaire en ce qui concerne les dispositions de l'*alinéa* 3.

4. En cas de publications dans les trois journaux de la société, il faut aussi déterminer à partir de quel moment un délai dépendant de ces publications commence à courir. C'est l'objet de l'*alinéa* 3. On a décidé que le délai commence à courir le jour de la publication dans celui des trois journaux officiels obligatoires paru le dernier. Les publications dans les trois journaux de la société pourront parfois être espacées dans le temps. La S.E. devra donc compter avec des retards dans la publication. Les publications volontaires supplémentaires n'entrent pas en ligne de compte pour la fixation du début du délai.

Titre II

CONSTITUTION

1. Structure du titre

Après les dispositions générales du Titre I, le Titre II traite de la constitution de la S.E. La première section contient elle-même des dispositions générales s'appliquant à tous les cas de constitution. Les sections suivantes, de 2 à 6, contiennent les dispositions s'appliquant spécialement aux divers types de constitution. Les sections 2 à 6 correspondent aux objectifs indiqués aux alinéas a) à e) de l'article I - 3 qui justifient le choix de la forme juridique de la S.E. : constitution par fusion, constitution d'une S.E.-holding, constitution d'une filiale commune, constitution par transformation, constitution d'une filiale par une seule société anonyme.

Les sections 2 à 6 se situent au plan des sociétés nationales fondatrices. C'est à ce niveau que commence la constitution d'une S.E. par la rédaction d'un projet d'acte constitutif par la ou les sociétés fondatrices et son approbation par les organes compétents de la ou des sociétés. Il est souhaitable d'exiger un tel projet d'acte constitutif, authentifié par un notaire, pour toutes les constitutions, même en cas de transformation ou de constitution d'une filiale en S.E. par une seule société anonyme de droit national. On aboutit ainsi à une procédure uniforme facilitant le contrôle de la fondation par la Cour de Justice européenne.

Dès lors que les organes compétents des sociétés fondatrices de droit national ont approuvé la constitution, la procédure de contrôle sur le plan européen est mise en route par la déclaration à la Cour de Justice européenne. Cette procédure forme l'objet de la première section du Titre II. Le projet d'acte constitutif doit être joint à la déclaration. Le contenu de cet acte est fixé aux articles 2 à 5 de cette section. La Cour de Justice européenne examine la régularité de tout le processus de constitution en contrôlant l'observance aussi bien des dispositions générales de la première section que des dispositions spéciales d'une des sections 2 à 6 applicables à un type de constitution déterminé. Si la déclaration répond aux dispositions de ce Statut, elle est transmise pour inscription au registre européen du commerce (art. II - 1 - 6, alinéa 4). La S.E. prend effectivement naissance par la publication de la déclaration au Journal Officiel des Communautés Européennes (art. II - 1 - 7).

2. Constitution simultanée

Les règles relatives à la société anonyme européenne doivent être aussi simples que possible. Pour cette raison, il est souhaitable de ne prévoir que la constitution simultanée. Dans un tel système, toutes les actions sont réparties entre les personnes qui, en même temps, donnent aux statuts leur contenu définitif. Tous les premiers actionnaires sont des « insiders ». On peut ainsi renoncer à inscrire dans les statuts les dispositions protectrices des actionnaires « outsiders », dispositions qui compliquent le réglementation en matière de création successive. Le droit néerlandais des sociétés anonymes et l'Aktiengesetz allemand de 1965 régissent uniquement la création simultanée. Dans les pays où la constitution successive existe à côté de la constitution simultanée, la première formule est rarement utilisée. Pour toutes ces raisons, le projet ne tient compte que de la constitution simultanée. Même en cas de constitution simultanée d'une S.E., il peut y avoir accessoirement des conventions sur l'émission des actions nouvellement créées qui doivent être libérées entièrement. Il n'est pas nécessaire que ces contrats fassent l'objet d'une réglementation dans le présent Statut. Ils sont soumis au droit civil général ou au droit commercial. Le droit national applicable en l'occurrence est déterminé selon les

principes du droit international privé (voir sur ce point les précisions données sous le point 6 du commentaire de l'article I - 7).

3. Système normatif

La constitution de la société anonyme européenne ne peut en pratique être régie que par un système de dispositions normatives. Dans un tel système, les sociétés anonymes peuvent être créées librement. Il suffit qu'elles remplissent les conditions légales fixées. L'introduction du système de la concession exigerait la création et l'organisation d'une autorité européenne chargée d'octroyer les autorisations, ce qui serait difficilement réalisable en pratique.

On retrouve, il est vrai, un vestige du système de la concession, supprimé au siècle dernier dans tous les pays de la CEE, dans le système de la concession qui subsiste pour certaines entreprises comme les chemins de fer, les assurances, les monopoles d'Etat, etc. Il n'est pas possible d'harmoniser ces questions de concession d'exploitation. Même la S.E. ne saurait échapper à la nécessité de telles autorisations. Ce genre de concession ne fait pas partie du droit des sociétés auquel le présent Statut se limite dans la mesure du possible, mais du droit administratif national auquel la S.E. est également soumise, pour autant qu'elle entend exercer une activité économique dans un pays déterminé.

4. Contrôle

Divers systèmes s'offrent pour vérifier si les dispositions applicables ont été respectées lors de la création d'une société. En Belgique et au Luxembourg, on exige seulement un acte notarié. Ce sont les sanctions résultant des actions en responsabilité et en nullité qui prédominent dans la répression des infractions commises lors de la constitution de la société. Dans ce cas, le contrôle a un caractère essentiellement répressif bien que les fonctions de conseiller et de vérificateur qui incombent au notaire puissent jouer un certain rôle préventif.

Le projet prévoit par contre un *contrôle préventif*. Comme en Allemagne et en Italie, ce contrôle est exercé par un tribunal et il se distingue ainsi du contrôle administratif qui n'existe qu'aux Pays-Bas. C'est le contrôle préventif qui permet d'éviter mieux les irrégularités de constitution. En outre, les actes doivent être authentifiés par un notaire (art. II - 1 - 2). Cela facilitera également la tâche de contrôle de la Cour de Justice européenne.

En ce qui concerne le contrôle des opérations financières lors de la constitution, il est prévu qu'un rapport de vérification sera établi par un ou plusieurs experts. Ce rapport doit justifier que la libération du capital est assurée et en particulier que la valeur des apports en nature correspond au moins à la valeur nominale des actions remises en échange. Si tel n'est pas le cas, la Cour de Justice européenne doit refuser l'inscription au registre européen du commerce (cf. art. II - 1 - 6).

5. Publicité

Dès le stade de la constitution, la publicité qui continuera d'ailleurs à jouer un rôle remarquable dans la vie ultérieure de la S.E., a reçu une place importante. Cela permet un contrôle supplémentaire sur la constitution d'une S.E. Les dispositions en matière de publicité figurent aux sections 2 à 6 se rapportant aux divers types de constitution. Pour trois

de ces types où l'assemblée générale doit délibérer sur la création, on retrouve des dispositions en matière de publicité. Cela vaut pour la constitution par fusion (sect. 2), pour la constitution d'une S.E.-holding (sect. 3) et la constitution par transformation (sect. 5). Dans ces trois cas, le projet d'acte constitutif avec toutes ses annexes doit être immédiatement mis à la disposition de tous les actionnaires. En cas de fusion, cela vaut aussi pour tous les autres intéressés.

Pour les deux autres formes de constitution, c'est-à-dire pour la constitution d'une filiale commune (sect. 4) et celle d'une filiale par une seule société anonyme (sect. 6), où l'assemblée générale n'intervient normalement pas, cette publicité n'a pas été prévue bien qu'un projet d'acte constitutif doive encore être joint à la déclaration à la Cour de Justice européenne. La constitution de filiales est un acte juridique qui relève en principe, dans les législations nationales, de la compétence du directoire et du conseil de surveillance. Le projet d'acte constitutif ne sera rendu public dans ce cas que lors de l'inscription de la S.E.-filiale au registre européen du commerce.

Pour les cinq types de constitution, on s'en tient à la règle que, dès lors que la Cour de Justice européenne a approuvé la constitution, la déclaration avec le projet d'acte constitutif exigé dans tous les cas et les annexes y relatives sont déposés au registre européen du commerce et à l'annexe du registre dans le pays du siège de la S.E. Toute personne peut y consulter sans frais les actes de la S.E.

Première section

GÉNÉRALITÉS

Article II - 1 - 1

1. La S.E. doit être déclarée à la Cour de Justice des Communautés Européennes en vue de son inscription au registre européen du commerce.

2. Doivent être joints à la déclaration :

a) le projet d'acte constitutif approuvé par les sociétés fondatrices, avec ses annexes;

b) les statuts des sociétés fondatrices;

c) les bilans, comptes de profits et pertes et rapports des sociétés fondatrices pour les trois derniers exercices.

3. La déclaration doit en outre satisfaire, selon la nature de la constitution, aux dispositions de l'une des sections suivantes du présent Titre.

1. Lorsque les décisions nécessaires ont été prises sur le plan national, les sociétés fondatrices doivent déclarer à la Cour de Justice européenne la S.E. qu'elles ont l'intention de créer (*alinéa 1*).

2. La lettre de déclaration doit être accompagnée du *projet d'acte constitutif* tel qu'il a été approuvé par les sociétés fondatrices (*alinéa 2*). Le projet d'acte constitutif est le centre de toute la procédure de création de la société. Il est établi en commun par les sociétés fondatrices, à moins qu'il ne s'agisse de la constitution d'une S.E. par transformation ou de la constitution d'une filiale par une seule société anonyme. Dans ces cas, il n'y a qu'une seule société fondatrice. En cas de fusion, de constitution d'un holding ou d'une filiale commune, le projet d'acte constitutif contient également l'accord entre les sociétés fondatrices réglant les modalités de la fondation en commun. Dans les trois derniers cas, le projet

d'acte constitutif doit être approuvé par les assemblées générales des sociétés fondatrices. En pratique, l'assemblée ne pourra que rejeter ou approuver le projet. En théorie, elle pourrait y apporter des modifications. Comme il s'agit toutefois d'une fondation commune, ces modifications devraient être soumises aussi aux assemblées générales des autres sociétés. Pour ce qui est de l'approbation par l'assemblée générale, il faut se reporter aux sections 2 (fusion), 3 (S.E.-holding) et 5 (transformation).

L'alinéa 2 exige en outre que soient joints au projet d'acte constitutif les statuts des sociétés fondatrices et leur bilan, leur compte de profits et pertes et les rapports de gestion des trois derniers exercices. Cela doit permettre à la Cour de Justice européenne de vérifier si les sociétés fondatrices existent bien depuis trois ans et si elles ont eu une activité économique durant cette période. Lorsqu'au cours de cette période une des sociétés fondatrices a elle-même été transformée en société anonyme, cette disposition vaut également pour les statuts ainsi que pour les bilans et les comptes de profits et pertes de la société existant avant la transformation (art. 1 - 2).

3. Cette première section contient les dispositions applicables à toute création de S.E. L'*alinéa 3* rappelle que selon le type de fondation choisi, la déclaration doit en outre satisfaire à des exigences supplémentaires exposées aux sections 2 à 6 qui suivent.

Article II - 1 - 2

1. Le projet d'acte constitutif contient un exposé général précisant que la création de la société répond aux conditions prescrites dans le Titre I et faisant en outre ressortir les considérations économiques qui président à la création de la S.E.

2. Doivent être joints en annexe au projet d'acte constitutif :

a) les statuts de la S.E.;

b) le bilan d'ouverture de la S.E. avec ses commentaires;

c) le rapport de vérification;

d) la composition initiale du directoire et du conseil de surveillance de la S.E. au cas où celle-ci ne figure pas dans les statuts.

3. Le projet d'acte constitutif et les annexes visées à l'alinéa précédent, sous a), b) et d) doivent être authentifiés par un notaire.

1. Cet article fixe la teneur du projet d'acte constitutif. L'alinéa 1 précise quelles indications l'acte constitutif doit comporter. L'alinéa 2 énumère les annexes qui doivent être jointes à tout projet d'acte; des annexes supplémentaires sont exigées dans certains cas selon les types de fondation. Pour certaines des annexes qui sont toujours exigées, ainsi que pour le projet lui-même, l'alinéa 3 prescrit une forme authentique.

2. L'*alinéa 1* indique quel doit être le contenu général du projet d'acte constitutif. Il convient de rappeler encore une fois qu'on ne prescrit ici que ce qui est commun à tous les types de constitution. C'est ainsi qu'en cas de fusion, l'article II - 2 - 2 impose encore d'autres exigences quant à ce contenu. Tout projet d'acte constitutif doit cependant justi-

fier que la création réponde aux dispositions du Titre I (champ d'application), et également indiquer dans chaque cas de quelle sorte de constitution il s'agit; il doit en outre fournir la preuve que le capital minimum de la S.E. est garanti et que les sociétés fondatrices existent et ont une activité économique depuis au moins trois ans. Il a d'autre part semblé utile de demander un exposé des considérations économiques qui sont à l'origine de la constitution envisagée tout comme cela se fait dans les prospectus d'émission.

3. L'*alinéa 2* contient la liste des annexes exigibles dans tous les cas. D'autres annexes sont encore nécessaires en cas de fusion (art. II - 2 - 2, *alinéa 2*) ou de constitution d'une S.E.-holding (art. II - 3 - 2).

Les statuts de la S.E. à constituer, le bilan d'ouverture avec ses commentaires et un rapport de vérification doivent donc toujours être joints en annexe. Des précisions sur ces trois annexes importantes figurent dans les trois articles suivants. On se reportera donc à ce propos aux commentaires des articles II - 1 - 3, II - 1 - 4 et II - 1 - 5.

Enfin, on exige comme annexe l'indication de la composition du premier directoire et du premier conseil de surveillance de la S.E. C'est seulement lorsque cette composition est déjà indiquée dans les statuts de la S.E. que cette liste n'est pas nécessaire. La nomination des premiers membres du directoire et du conseil de surveillance est une affaire extrêmement importante. C'est, outre la réunion du capital nécessaire et l'élaboration des statuts, la tâche des sociétés fondatrices. De toute façon, il faut savoir dès l'abord quelles seront les personnes qui administreront la S.E. Il faut que les fondateurs se mettent d'accord sur l'attribution des postes en cas de constitution en commun d'une S.E.

4. L'*alinéa 3* prescrit la forme authentique notariée pour le projet d'acte constitutif et trois annexes spécialement mentionnées. Cela vaut pour les statuts, le bilan d'ouverture (avec ses importants commentaires) et la composition du premier directoire et du premier conseil de surveillance, pour autant que celle-ci ne figure pas déjà dans les statuts eux-mêmes. La participation d'un notaire constitue une garantie supplémentaire d'une fondation régulière et appropriée. L'authentification notariée de la composition du premier directoire et du premier conseil de surveillance est nécessaire pour prévenir toute incertitude quant à la question de savoir si telle personne est membre du directoire ou du conseil de surveillance, ce qui peut être d'importance dans les questions de responsabilité civile par exemple.

Article II - 1 - 3

Doivent au moins figurer dans les statuts de la S.E. :

1. la raison sociale de celle-ci complétée par le sigle « S.E. »;
2. le siège de la société;
3. la désignation précise de l'objet de l'entreprise;
4. le montant du capital ainsi que le montant nominal et le nombre des actions avec l'indication s'il s'agit d'actions au porteur ou d'actions nominatives; s'il y a plusieurs catégories d'actions, chaque catégorie doit être indiquée;
5. la monnaie de compte de la société;
6. l'indication des journaux de la société.

1. Cet article n'a pas la prétention d'être complet. On trouve aussi en d'autres endroits de ce Statut des articles qui indiquent ce que doivent contenir les statuts de la S.E., par exemple le nombre maximum ou minimum des membres du conseil de surveillance, le minimum étant d'au moins trois et le nombre total devant en tout cas être un nombre impair. Ces dispositions ne sont pas répétées dans cet article. On n'y trouve que les dispositions qui n'ont pu trouver leur place dans un cadre plus large en d'autres endroits du Statut. On s'est efforcé de restreindre au minimum le contenu obligatoire des statuts.

2. Au *point 3*, on exige une désignation précise de l'objet de l'entreprise. Cette disposition s'inspire de la loi belge sur les sociétés anonymes où une disposition semblable a été inscrite à l'article 30 de la loi du 6 janvier 1958, en vue de faire disparaître les formulations imprécises de l'objet des sociétés. Le projet de loi italien (art. 1^{er}) exige lui aussi une désignation précise de l'objet. La réglementation relative aux dépassements possibles des pouvoirs de représentation limités par l'objet social acquiert par là une importance encore plus grande (art. IV - 1 - 3 et IV - 1 - 6).

3. Il est nécessaire que les statuts de la S.E. fixent la monnaie de compte (*point 5*), le présent statut laissant le choix entre l'unité de compte européenne et les monnaies des Etats membres de la CEE (art. III - 1 - 1). Le choix de la monnaie de compte est important, tant en ce qui concerne le montant nominal du capital et celui des actions, qu'en ce qui concerne le bilan et le compte de profits et pertes.

4. Les statuts doivent aussi désigner les journaux de la société (*point 6*). Aux termes de l'article I - 9, ils sont au nombre de trois : Journal Officiel de la CEE, les bulletins des publications légales des sociétés anonymes du pays du siège de la S.E., et un quotidien d'information générale de ce pays.

Etant donné la grande importance que revêt la publicité tant pour les actionnaires que pour les créanciers, il a paru opportun d'imposer la désignation de ces journaux dans les statuts. Cependant, cela suppose une modification des statuts au cas où l'un des journaux quotidiens indiqués dans les statuts cesserait de paraître ou changerait de nom. En cas de transfert du siège, une modification des statuts sera de toute façon nécessaire.

La Cour de Justice européenne a l'obligation de contrôler si le journal quotidien indiqué dans les statuts parmi les journaux de la société répond bien au critère de « quotidien d'information générale ».

Au demeurant, on se reportera au commentaire de l'article I - 9 et en particulier au point 3.

Article II - 1 - 4

1. Le bilan d'ouverture de la S.E. et les commentaires qui l'accompagnent doivent respecter les dispositions du présent Statut sur le bilan et ses commentaires présentés dans le rapport.
2. Les commentaires doivent faire ressortir le montant total des frais qui sont à la charge de la société du fait de sa fondation et de la préparation de celle-ci.
3. Les commentaires doivent également contenir la désignation des apports en nature, leur évaluation et les noms des apporteurs. Ils doivent en outre indiquer la valeur nominale et la catégorie

des actions attribuées aux apporteurs pour leurs apports en nature.

1. Une autre annexe au projet d'acte constitutif exigée par l'article II - 1 - 2 est le bilan initial de la S.E. avec ses commentaires. L'article II - 1 - 4 règle certaines questions de détail de ce bilan. Celui-ci sera tout à fait différent selon qu'il s'agit d'une S.E. constituée par fusion ou transformation (le bilan se rapportant alors aux entreprises existantes qui fusionnent ou qui se transforment en S.E.) ou de la constitution d'une nouvelle société comme par exemple dans le cas d'une S.E.-holding ou de la constitution d'une filiale S.E. Il appartient aux commissaires-vérificateurs de vérifier le bilan initial (art. II - 1 - 5). La S.E. doit de prime abord se soumettre aux dispositions du Statut. C'est pourquoi l'*alinéa 1* prescrit que le bilan d'ouverture et ses commentaires doivent respecter les dispositions figurant dans le Statut au sujet des bilans des S.E. et de leurs commentaires dans le rapport de gestion.

2. Chacun des types de fondation de la S.E. entraîne des frais, ne serait-ce que les frais de notaire, les honoraires des commissaires-vérificateurs et les autres frais de constitution. Le montant total de ces frais qui sont à la charge de la S.E. doit figurer dans les commentaires de ce bilan (*alinéa 2*). Il ne semble pas nécessaire d'exiger une spécification de ces frais.

En son article 26 (frais de constitution), l'Aktiengesetz allemand contient aussi une disposition relative aux avantages particuliers accordés lors de la fondation à des actionnaires ou à d'autres personnes. En ce qui concerne la S.E., dans laquelle tous les actionnaires sont « insiders » et où il n'y a pas d'actionnaires « outsiders », ce genre de dispositions protectrices n'est pas nécessaire. L'octroi d'actions à titre de rémunération de services ou de dédommagement pour la cession de droits, doit être considéré comme un apport en nature et rentre comme tel dans le domaine de l'*alinéa 3*. Le caractère particulier de la S.E. (libération totale du capital et contrôle précis de tous les apports en nature) doit permettre de renoncer à une réglementation en matière d'avantages particuliers aux actionnaires.

3. L'*alinéa 3* traite des apports en nature. L'évaluation de ces apports doit être particulièrement contrôlée par les commissaires-vérificateurs (art. II - 1 - 5). Ce paragraphe exige des indications précises sur les apports en nature, les apporteurs, le mode d'évaluation de ces apports et le nombre d'actions accordées en échange. Eventuellement on indiquera aussi la catégorie de ces actions. La place la mieux indiquée pour faire figurer ces mentions sera sans doute le commentaire du bilan.

Article II - 1 - 5

1. Le rapport de vérification est établi par un ou plusieurs commissaires-vérificateurs à nommer par les sociétés fondatrices.

2. Peuvent seules être nommées comme commissaires-vérificateurs les personnes justifiant d'une formation et d'une expérience suffisantes pour l'exercice de leur fonction et jouissant d'une entière indépendance vis-à-vis des sociétés fondatrices. Lorsque le droit national des sociétés fondatrices réserve à une certaine catégorie de personnes la fonction de vérificateur des comptes des sociétés anonymes, les vérificateurs doivent être choisis parmi ces personnes.

3. Le rapport doit comporter un examen de tout le processus de la fondation, notamment :

- a) du bilan d'ouverture de la S.E. avec ses commentaires;
- b) de l'évaluation des apports en nature;
- c) des garanties de libération totale du capital.

1. Le rapport de vérification est une annexe importante au projet d'acte constitutif. Cet article contient quelques dispositions à ce sujet. Le rapport de vérification doit être considéré comme une garantie de l'authenticité de toutes les indications d'ordre financier lors de la fondation de la S.E. Il facilite le contrôle de la Cour de Justice européenne spécialement dans ce domaine.

2. Les commissaires-vérificateurs qui doivent établir le rapport et qui en sont responsables (art. II - 1 - 8, *alinéa 3*) sont désignés en commun par les sociétés fondatrices ou par la société fondatrice s'il n'y en a qu'une (*alinéa 1*).

3. Il est naturellement extrêmement important qu'on ne désigne que des personnes ou des établissements vraiment qualifiés à cette fin. Aussi a-t-on essayé à l'*alinéa 2* de formuler quelques exigences d'ordre général qui s'imposent pour le choix de ces personnes. Il est donc exigé que les personnes nommées comme commissaires-vérificateurs justifient d'une formation et d'une expérience suffisantes pour l'exercice de leur fonction et qu'elles jouissent d'une indépendance absolue vis-à-vis des sociétés fondatrices. On rappellera à cet égard les causes d'incapacité énumérées à l'article 220 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales. Là où le droit national n'admet que certaines personnes déterminées pour le contrôle annuel du bilan et du compte de profits et pertes, les exigences sont encore plus strictes. Dans cette hypothèse, les sociétés fondatrices devront choisir leurs commissaires-vérificateurs parmi ces personnes. Tout ce qui est dit ici au sujet des commissaires-vérificateurs s'applique également aux personnes chargées de la vérification par les sociétés d'expertise. L'*alinéa 1* parle de personnes d'une façon générale. Il faut entendre par là aussi les sociétés d'expertise et de vérification.

On n'a pas prévu de sanction spéciale pour le cas où des personnes de qualification insuffisante seraient nommées. On peut s'imaginer que dans un cas semblable la Cour de Justice européenne refuse le rapport de vérification qui lui est soumis et en exige un autre. On peut tout aussi bien concevoir que la Cour de Justice fasse usage de sa prérogative fondée sur l'article II - 1 - 6, *alinéa 1*, et procède, de sa propre initiative et aux frais des sociétés fondatrices, à la nomination d'un expert-comptable qualifié. Pour de plus amples détails, il est renvoyé au commentaire n° 5 dudit article.

4. L'*alinéa 3* fixe le contenu du rapport de vérification. Il doit comprendre l'examen de tout le processus de la fondation. On a prévu notamment l'examen du bilan d'ouverture et de ses commentaires. Ceci permet également suivant l'article II - 1 - 4 d'assurer le contrôle si ces pièces répondent aux dispositions figurant dans le présent Statut sur le bilan des S.E. et leurs commentaires dans le rapport de gestion. En outre, les commissaires-vérificateurs doivent vérifier l'évaluation des apports en nature et constater que leur valeur correspond au moins à la valeur nominale des actions attribuées en échange. Enfin, cet *alinéa* exige aussi que les commissaires-vérificateurs contrôlent la libération totale du capital. Ce versement ne sera sans doute pas réalisé encore lors de la vérification. C'est pourquoi on demande seulement sous c) que la libération soit « garantie ». En cas de versement en espèces, une caution bancaire peut servir de garantie.

5. La Cour de Justice pourra éventuellement éprouver le besoin de se faire assister d'un expert-comptable qualifié.

Ce point est réglé à l'article II - 1 - 6, alinéa 1. Les raisons pourraient tenir à la personne des vérificateurs désignés par les sociétés fondatrices mais aussi à de pures questions de fond. Selon cet article la Cour peut désigner son propre expert sans avoir à en donner les raisons. Les frais qui en résultent sont à la charge des sociétés fondatrices qui demandent l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce. Il n'est pas nécessaire de prévoir en détail la répartition de ces frais lorsqu'il y a plusieurs sociétés fondatrices, ni de décider que la Cour peut demander une avance. Cela peut être laissé à l'appréciation de la Cour elle-même. De même, il va de soi que l'expert désigné par la Cour peut demander aux sociétés fondatrices tous les renseignements souhaités et qu'il doit pouvoir consulter leurs livres. Si les sociétés fondatrices lui refusent leur coopération, leur déclaration ne pourra pas être prise en considération et elle ne pourra donc pas aboutir à la constitution d'une S.E.

Article II - 1 - 6

1. La Cour de Justice examine la régularité de la constitution de la S.E. Elle peut, sans en donner les raisons, se faire assister, aux frais des sociétés fondatrices, par des experts-comptables qualifiés.

2. La Cour de Justice refuse l'inscription au registre européen du commerce dans les cas ci-après :

a) la constitution n'a pas été faite conformément aux dispositions du présent Statut;

b) le projet d'acte constitutif ou ses annexes sont incomplets;

c) les statuts ne répondent pas aux dispositions du présent Statut;

d) le rapport de vérification n'indique pas que la libération totale du capital est garantie et en particulier que la valeur des apports en nature correspond au moins à la valeur nominale des actions à attribuer de ce chef.

3. La Cour de Justice est habilitée à prier les sociétés fondatrices de fournir tous les renseignements demandés. Elle peut leur donner la possibilité de compléter ou de rectifier leur déclaration.

4. Lorsqu'il n'y a aucune raison de refuser l'inscription ou d'y surseoir, la déclaration, accompagnée du projet d'acte constitutif et de ses annexes, est transmise par la Cour de Justice au registre européen du commerce en vue de son inscription.

5. L'inscription au registre européen du commerce contient :

a) la raison sociale de la société;

b) le siège de la société;

c) l'objet de l'entreprise;

d) le montant du capital;

e) les noms des membres du directoire;

f) une mention spécifiant lequel des cas de constitution mentionnés à l'article I - 3 est retenu ;

g) l'indication des sociétés fondatrices.

6. L'inscription et les indications mentionnées à l'alinéa précédent sont publiées dans les journaux de la société.

1. L'examen du processus de constitution par la Cour de Justice (*alinéa 1*) est par principe un contrôle de régularité. Il n'a donc pas un caractère économique. C'est la conséquence logique du choix du système normatif. L'examen par la Cour porte essentiellement sur la partie du processus de constitution effectuée au niveau national. La Cour doit donc aussi examiner si certaines dispositions du droit national, auxquelles le présent Statut renvoie, ont été respectées. L'appel par la Cour à un expert spécial a déjà été commenté au point 5 relatif à l'article précédent.

2. La Cour de Justice reçoit une déclaration établie et signée en commun par les sociétés fondatrices s'il y en a plusieurs. Cette déclaration est accompagnée du projet d'acte constitutif authentique dont le contenu a été commenté à propos des articles précédents. Il convient de rappeler que, dans cette première section, il n'est question que du contenu du projet d'acte constitutif pour tous les cas de constitution. Ce projet doit en outre répondre à d'autres conditions selon les divers cas de constitution et celles-ci sont fixées dans les sections suivantes. On se reportera à ce propos au point 4 du commentaire de l'article II - 1 - 2. La Cour reçoit ainsi un dossier complet sur le processus de constitution dans la mesure où celui-ci s'est déroulé jusque-là sur le plan national. Ce dossier comprend aussi la preuve que les décisions d'autorisation nécessaires sur le plan national sont définitives (art. II - 2 - 4, alinéa 2; art. II - 3 - 4, alinéa 2; art. II - 4 - 3; art. II - 5 - 3, alinéa 2; art. II - 6 - 1).

3. Avec l'examen de la constitution de la S.E. par la Cour de Justice européenne, commence le processus de constitution sur le plan européen. L'*alinéa 2* contient les motifs éventuels de rejet. Ceux-ci portent sur toute la partie nationale de la procédure de constitution. Dans son examen, la Cour de Justice doit tenir compte non seulement des dispositions générales figurant dans la première section, mais aussi des dispositions particulières relatives aux divers types de constitution figurant dans les sections 2 à 6. Le contrôle de la Cour visé sous a) et b) doit porter sur ces deux sortes de dispositions. Il faut donc toujours prendre en considération les prescriptions générales de la première section en même temps que les prescriptions d'une des sections 2 à 6. Ces sections 2 à 6 renvoient au droit national. Tel est par exemple le cas pour la fusion telle qu'elle est réglée par l'article II - 2 - 3 alinéa 1 : les décisions des assemblées générales appelées à approuver le projet d'acte constitutif doivent répondre aux exigences que le législateur national a posées pour les décisions portant dissolution des sociétés fondatrices.

Le contrôle (mentionné sous c) représente une partie importante des vérifications de la Cour de Justice sur la question de savoir si les statuts correspondent aux prescriptions de ce Statut. Les meilleures dispositions législatives n'excluent pas les lacunes. C'est de la seule Cour de Justice que dépend la décision sur le respect des prescriptions du Statut par les statuts. Les mêmes questions pouvant se poser lors de constitutions ultérieures, il serait souhaitable de connaître la position de la Cour. Cela serait possible grâce à une publication des modifications des statuts exigées par la Cour. On aurait ainsi une sorte de jurisprudence administrative.

Comme il est possible que la Cour de Justice demande des modifications des statuts, les décisions prises sur le plan

national en matière de statuts devraient contenir l'autorisation de procéder aux modifications demandées par la Cour.

On peut aussi se demander s'il conviendrait que la Cour élabore des statuts-types. Cela ne serait toutefois qu'une aide limitée étant donné que la réalité est toujours beaucoup plus complexe que les prévisions les plus subtiles.

En procédant au contrôle prévu sous *d*), la Cour doit s'en remettre dans une large mesure au rapport des commissaires-vérificateurs. Elle peut éventuellement faire appel à un expert nommé par elle, conformément aux dispositions de l'alinéa 1.

4. La Cour de Justice ne joue pas un rôle purement passif dans son contrôle (*alinéa 3*). Elle peut demander tous les renseignements voulus aux sociétés fondatrices ou se les faire donner par le recours à un expert nommé par elle. Lorsque la Cour demande des modifications du projet d'acte constitutif ou de ses annexes, les sociétés fondatrices doivent les accepter. Ces modifications doivent elles aussi être faites par acte authentique notarié lorsque cela était prévu initialement. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, la Cour devra au moins demander une justification par écrit.

5. L'ensemble du dossier relatif à la constitution de la S.E. est transmis — avec éventuellement les modifications demandées par la Cour — au registre européen du commerce dès que la Cour est convaincue que la déclaration répond aux dispositions du Statut (*alinéa 4*). Le registre européen du commerce assure l'inscription de la S.E. et la transmission des documents aux annexes nationales compétentes. L'ensemble du dossier est déposé auprès du registre européen du commerce pour que toute personne puisse en prendre gratuitement connaissance (art. I - 8).

6. L'*alinéa 5* indique quel doit être le contenu de l'inscription. Les indications exigées sont presque identiques au contenu minimum des statuts fixé à l'article II - 1 - 3. Elles peuvent pourtant être rédigées d'une façon sommaire.

7. Ces indications et l'inscription de la S.E. au registre européen sont publiées dans les journaux de la société (*alinéa 6*). Cette publication constitue une sorte de fiche de renseignements sur la S.E. et garantit une information suffisante au sujet des constitutions nouvelles. Toute personne qui suit les publications au Journal Officiel des Communautés européennes et dans les bulletins de publications légales des divers Etats contractants pourra vérifier à la lecture de ces publications si la constitution de la S.E. est susceptible de la concerner. Cette publication suffira de prime abord à de nombreux intéressés qui pourront ainsi se dispenser de consulter directement le registre européen du commerce ou d'en demander des copies.

Article II - 1 - 7

1. La société anonyme européenne existe à partir du jour de la publication de l'inscription au Journal Officiel des Communautés Européennes. A dater de ce jour, aucun vice de constitution ne peut plus être invoqué.

2. Toute personne agissant au nom de la S.E. avant le jour de cette publication est personnellement responsable. Si plusieurs personnes ont agi ensemble, elles sont solidairement responsables.

1. L'*alinéa 1* fixe avec précision le jour de la naissance de la S.E. : elle existe en tant que telle à partir du jour de la publication de l'inscription au Journal Officiel des Communautés européennes. A compter de ce jour, c'est la S.E. qui répond de tous les actes faits en son nom.

La seconde partie du premier alinéa est particulièrement importante. A partir de la publication, il n'est plus possible de faire valoir des vices de constitution. Les actions en nullité ou les actions en annulabilité sont exclues. Cette règle semble parfaitement justifiée eu égard à l'examen préalable approfondi effectué par la Cour de Justice européenne et aux possibilités d'annulabilité qui sont prévues dans les sections suivantes pour les différents modes de constitution au cours de la période de constitution. La sécurité juridique exige qu'après la constitution et une fois les possibilités d'annulabilité épuisées ou écartées, l'existence de la S.E. ne puisse plus être remise en question.

2. Jusqu'au jour de la publication prévue à l'alinéa premier, ceux qui ont agi au nom de la S.E. qui doit être fondée sont (personnellement) responsables (*alinéa 2*). Ce seront le plus souvent les sociétés fondatrices. La S.E. n'est responsable que si elle accepte les obligations prises en son nom durant la période de fondation ou adhère aux conventions conclues en sa faveur.

Cette question fait l'objet d'une réglementation différente dans les divers pays. Le système retenu dans cet article qui distingue nettement entre une période préalable et une période postérieure à la constitution convient particulièrement pour la S.E.

Article II - 1 - 8

1. Les sociétés fondatrices et les personnes qui en sont responsables répondent solidairement vis-à-vis de la S.E. et des tiers, pendant trois ans à dater du jour de l'inscription au registre européen du commerce, de toute omission ou inexactitude dans les indications figurant dans la déclaration.

2. Sont exemptées de la responsabilité prévue à l'alinéa ci-dessus les sociétés fondatrices et les personnes qui en sont responsables lorsqu'elles ignoraient les omissions ou les inexactitudes figurant dans les indications données et qu'elles ne pouvaient en avoir connaissance, même en faisant preuve de la vigilance qui s'impose à un bon commerçant. Cette connaissance par les personnes responsables d'une société fondatrice est imputée à la société elle-même.

3. Les commissaires-vérificateurs sont solidairement responsables vis-à-vis de la S.E. et des tiers pendant trois ans, à dater du jour de l'inscription au registre européen du commerce, pour toutes omissions ou inexactitudes figurant dans leur rapport, à moins qu'ils n'établissent avoir fait preuve de la vigilance d'un expert-comptable loyal et consciencieux.

1. Cet article contient une réglementation particulière sur la responsabilité à l'égard de l'état complet et de l'exactitude de toutes les indications données lors de la déclaration. Il s'agit aussi bien du projet d'acte constitutif avec toutes ses annexes que des renseignements fournis à la Cour de Justice sur sa demande.

Parmi les annexes figure aussi le rapport de vérification. Pour celui-ci, l'alinéa 3 prévoit une responsabilité particulière des vérificateurs. Cependant, le rapport de vérification engage aussi la responsabilité prévue à l'alinéa 1, des so-

ciétés fondatrices et des personnes responsables pour celles-ci.

On aurait pu imaginer de ne pas étendre la responsabilité générale prévue à l'alinéa 1, au rapport de vérification. On a cependant préféré, dans le projet, une responsabilité double, c'est-à-dire séparée, pour le rapport de vérification, pour tenir compte du fait que les sociétés fondatrices peuvent avoir fourni aux commissaires-vérificateurs des renseignements incomplets ou inexacts, ou qu'il peut y avoir une culpa in eligendo en raison du choix de commissaires-vérificateurs incompetents par les sociétés fondatrices, ou même une collusion entre ces sociétés et les commissaires-vérificateurs.

2. L'alinéa 1 prévoit une responsabilité des sociétés fondatrices et des personnes responsables pour celles-ci à l'égard de l'état complet et de l'exactitude de toutes les indications données lors de la déclaration. L'expression « personnes responsables » a été choisie pour tenir compte de la diversité des réglementations légales nationales en ce qui concerne les personnes (organes) responsables de l'activité des sociétés anonymes.

Il n'a pas non plus paru souhaitable de limiter la responsabilité aux sociétés fondatrices, d'une part, parce que les personnes (organes) responsables peuvent se décharger entièrement sur les sociétés de la responsabilité qui leur incombe vis-à-vis de l'état complet et de l'exactitude de toutes les indications données, d'autre part, parce qu'il y a des cas de constitution par fusion ou par transformation. Dans ces cas de constitution, les fondateurs initiaux (sociétés anonymes) disparaissent. Abstraction faite des personnes responsables, il ne reste que la S.E.

La responsabilité des sociétés fondatrices, dans la mesure où elles ne sont pas dissoutes, et des personnes responsables pour elles, prévue à l'alinéa 1, joue vis-à-vis de la S.E. et vis-à-vis des tiers. La S.E. pourrait elle aussi subir un préjudice du fait d'indications erronées ou incomplètes. La responsabilité essentielle est cependant celle vis-à-vis des tiers (cf. art. 2339 du Codice civile). Les tiers ont ainsi une action contre les sociétés fondatrices (lorsqu'elles subsistent) et les personnes responsables pour celles-ci.

3. L'alinéa 2 est également consacré à la responsabilité. C'est une responsabilité fondée sur la notion de faute. Si les intéressés peuvent prouver qu'ils n'ont commis aucune faute, ils sont exonérés de la responsabilité. C'est à la jurisprudence qu'il appartiendra d'interpréter le critère « vigilance qui s'impose à un bon commerçant ».

4. L'alinéa 3 règle la responsabilité particulière des vérificateurs désignés par les sociétés fondatrices. Ils sont responsables pendant un certain temps, solidairement lorsqu'ils sont plusieurs. Ils sont pourtant exonérés de leur responsabilité lorsqu'ils sont plusieurs. Ils sont pourtant exonérés de leur responsabilité lorsqu'ils peuvent établir qu'ils ont fait preuve de la vigilance exigible d'un expert-comptable loyal et consciencieux.

Deuxième section

CONSTITUTION PAR FUSION

1. La constitution d'une S.E. par fusion réglée par cette section a trait à la fusion de deux ou plusieurs sociétés aboutissant à la création d'une nouvelle S.E. Lorsqu'une S.E. a déjà été constituée, on peut imaginer que se produise aussi une fusion par absorption d'une autre S.E. ou d'une société anonyme de droit national d'un des pays membres de la CEE. Cette question est réglée au Titre XI.

2. La réglementation de la fusion selon les droits actuels des divers Etats membres diffère d'un pays à l'autre. Il n'y

a au stade actuel à peu près pas de réglementation en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. La nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes contient au contraire des dispositions détaillées (§ 339 à 353). Le Codice civile traite de la fusion aux articles 2501 à 2504.

La nouvelle loi française sur les sociétés commerciales consacre dix-sept articles (371 à 387) à la fusion et à la scission des sociétés; le projet belge en contient dix (art. 148 à 157). Le projet néerlandais contient un article détaillé (art. 2.1.12). Dans les pays n'ayant pas actuellement de réglementation à ce sujet, on voit donc une tendance très nette à en établir une.

3. Cette section s'inspire essentiellement de la réglementation détaillée figurant dans la loi allemande sur la société anonyme (Aktengesetz). La réglementation du projet correspond d'ailleurs dans ses grandes lignes à celle du Codice civile et des projets de loi belge et hollandais.

Article II - 2 - 1

En cas de création d'une S.E. par fusion de deux ou de plusieurs sociétés anonymes, l'ensemble de leur patrimoine passe à la S.E. Les actionnaires des sociétés qui fusionnent reçoivent des actions de la S.E. à proportion des actions détenues.

Cet article énonce les principes de la fusion. La fusion se traduit par un transfert total du patrimoine des sociétés fondatrices à la S.E. et l'échange de toutes les actions contre les actions de la S.E. Il s'agit d'assurer que dans ce processus la totalité du patrimoine des sociétés fondatrices passe à la S.E. avec le moins de heurts possible et d'éviter ainsi toute perturbation dans la marche des affaires. Dans l'intérêt des créanciers, il faudra écarter toute distribution en espèces. Les actionnaires des sociétés fondatrices recevront une participation à la S.E. correspondant à leur participation antérieure.

Comme on l'a déjà exposé dans l'introduction à propos du « champ d'application », les sociétés anonymes fondées en dehors de la CEE ne peuvent participer à la fondation d'une S.E. par fusion.

Article II - 2 - 2

1. Le projet constitutif doit contenir dans tous les cas, outre les mentions prévues dans l'article II - 1 - 2 :

a) des dispositions sur la manière dont sont garantis les droits des tiers (non-actionnaires) sur les bénéficiaires;

b) des dispositions précisant que les droits des créanciers, et en particulier, des obligataires ne sont pas réduits.

2. Doivent en outre être joints en annexe au projet d'acte constitutif :

a) le bilan de chaque société fondatrice; ledit bilan doit répondre aux dispositions applicables aux bilans de la S.E. et à ses commentaires dans le rapport annuel et se rapporter à une date non anté-

rieure de plus de huit mois à la première assemblée générale au sens de l'article II - 2 - 3 ;

b) la justification de l'évaluation du rapport d'échange des actions des sociétés fondatrices contre des actions de la S.E., revêtue d'un visa approubatif des commissaires-vérificateurs.

1. La procédure de fusion prévoit les étapes suivantes :

1) Elaboration d'un projet de fusion figurant dans le projet d'acte constitutif (art. II - 2 - 2);

2) Approbation de ce projet par les sociétés fondatrices (art. II - 2 - 3);

3) Déclaration à la Cour de Justice des Communautés Européennes de la S.E. en voie de constitution et examen par la Cour de Justice européenne (art. II - 2 - 5) ;

4) Inscription au registre européen du commerce (art. II - 2 - 7) et sa publication dans les journaux de la société.

L'article II - 2 - 2 contient quelques dispositions de détail pour la première étape.

2. Le projet d'acte constitutif (projet de fusion) est établi en commun par les organes des sociétés anonymes qui fusionnent. Il n'est obligatoire pour les sociétés fondatrices que lorsqu'il a été approuvé par les assemblées générales, qu'aucune opposition n'a été formée à cet égard et que le délai pour la former est écoulé ou que l'opposition a été définitivement rejetée par les tribunaux.

3. L'établissement du projet de fusion doit tenir compte dès l'abord des droits des tiers. Après la fusion, ceux-ci n'ont de droits que vis-à-vis de la S.E. Les sociétés initiales disparaissent. L'*alinéa 1* exige donc une indication précise sur la manière dont il sera tenu compte des droits des tiers. La garantie des actionnaires consiste dans le fait qu'ils doivent approuver le projet d'acte constitutif et qu'ils peuvent éventuellement attaquer les délibérations des assemblées générales à ce sujet (art. II - 2 - 3).

Les tiers (non actionnaires) peuvent avoir des droits sur les bénéficiaires. On peut songer aux bénéficiaires de tantièmes et à la participation des travailleurs au bénéfice de la société. Il faut indiquer dans le projet de fusion (projet d'acte constitutif) de quelle manière ces droits sont garantis ou quelle compensation doit être accordée (*point a*).

Des difficultés à ce sujet pourraient surgir dans divers pays à propos des parts de fondateurs. Ce genre de parts est exclu dans le projet de Statut en ce qui concerne la S.E. (art. III - 4 - 1). La pratique a montré que l'existence de ces parts peut conduire à des complications indésirables. Il a donc paru souhaitable de les éviter à la S.E. Cependant, lorsqu'il existe des parts de fondateurs dans les sociétés fondatrices, on peut imaginer, soit qu'une indemnité soit accordée, soit qu'il y ait échange contre des actions de la société fondatrice.

Le *point b* prévoit des prescriptions selon lesquelles les droits des créanciers ne peuvent être restreints par la fusion. Normalement, il n'en sera pas ainsi parce qu'on peut supposer que la nouvelle société (S.E.) sera un débiteur aux finances solides. Les emprunts émis passent à la charge de la nouvelle société (S.E.). Il devrait en être ainsi en ce qui concerne aussi d'éventuelles sûretés données pour les emprunts. Si cela soulevait des difficultés, il faudrait trouver d'autres sûretés, en ayant recours soit à une garantie bancaire, soit même à un remboursement anticipé. Tous ces problèmes se posent déjà dans les fusions sur le plan national. Ce qui importe uniquement, c'est que les créanciers, y compris les obligataires, ne soient pas lésés par la fusion. A la Cour de Justice de le vérifier.

4. L'*alinéa 2* exige aussi comme annexes les bilans de clôture d'exercice des sociétés fondatrices qui disparaissent. Le projet suit ainsi la réglementation figurant dans l'Aktien-gesetz allemand (§ 345). De même, le délai accordé en ce qui concerne la date à laquelle doivent se rapporter ces bilans (huit mois avant la première assemblée générale devant décider de la fusion) laisse une marge suffisante.

Est nouvelle la disposition qui prévoit que ces bilans doivent correspondre aux prescriptions figurant dans le Statut des S.E. en matière de bilans. Cela a paru s'imposer du fait que les sociétés anonymes qui fusionnent peuvent être non seulement des sociétés d'un seul pays, mais aussi des sociétés anonymes de plusieurs pays de la CEE, et que les dispositions en matière de bilans diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre. Ce n'est qu'ainsi que tous les intéressés et la Cour peuvent juger si les créanciers ne se trouvent pas dans une situation plus défavorable par la fusion. En outre, les bilans de clôture d'exercice peuvent ainsi être comparés avec le bilan d'ouverture qui doit être joint en annexe au projet d'acte constitutif en vertu de l'article II - 1 - 2. Il est sans doute bon aussi de ramener les bilans des sociétés qui fusionnent à un même dénominateur commun pour le calcul du rapport d'échange des actions au sujet duquel les vérificateurs doivent faire une déclaration motivée (deuxième annexe spéciale exigée à l'*alinéa 2*).

Article II - 2 - 3

1. Le projet d'acte constitutif et ses annexes doivent être approuvés par l'assemblée générale de chaque société fondatrice. La décision d'approbation doit répondre aux conditions fixées pour la décision portant dissolution de la société fondatrice.

2. A dater de la convocation des assemblées générales des sociétés fondatrices, celles-ci remettent immédiatement et gratuitement, à tout actionnaire ou à tout tiers mentionné à l'*alinéa 1^{er}* du précédent article qui en fait la demande, une copie du projet d'acte constitutif avec toutes ses annexes. Cette possibilité doit être indiquée dans la convocation des assemblées générales. La convocation doit en même temps indiquer que seuls pourront demander l'annulation de l'acte les actionnaires qui ont fait opposition en assemblée générale.

3. Pour autant que le droit national ne prévoit pas une information plus large des actionnaires, chacun de ceux-ci doit recevoir à l'assemblée générale les renseignements qu'il demande sur les points essentiels pour l'appréciation de la fusion, même pour les autres sociétés concernées par cette fusion.

4. Un procès-verbal notarié des assemblées générales des sociétés fondatrices doit être établi.

5. Les procès-verbaux des assemblées générales doivent être déposés immédiatement et au plus tard dans les deux semaines qui suivent l'assemblée générale où une décision a été prise, en vue de permettre leur consultation sans frais par tout actionnaire ou par tout tiers mentionné à l'*alinéa 1^{er}* du précédent article. Ce dépôt doit être effectué au siège de l'administration centrale et, en outre,

au lieu fixé par le droit national de chacune des sociétés fondatrices pour le dépôt de leurs statuts. Des copies des procès-verbaux doivent être remises au prix coûtant à tout actionnaire ou à tout tiers mentionné à l'alinéa 1^{er} du précédent article qui en fait la demande.

1. La seconde phase de la fusion, celle de l'approbation du projet d'acte constitutif (projet d'acte de fusion) par les sociétés fondatrices, est entièrement du domaine du droit national. Le présent Statut doit donc nécessairement interférer sur ce point avec le droit national. Cette interférence du droit national a toutefois été limitée le plus possible.

Le Statut exige que l'assemblée générale de chaque société fondatrice approuve le projet d'acte constitutif (projet d'acte de fusion). Il se peut que le droit national prescrive aussi l'approbation par d'autres organes en cas de fusion dans certaines circonstances, comme par exemple dans l'article 313 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales. Aux termes de cet article, l'assemblée générale extraordinaire des obligataires doit aussi délibérer sur les projets de fusion. Si elle refuse son approbation, la société peut néanmoins procéder à la fusion, mais à condition d'offrir le remboursement des obligations (art. 321). Il n'y a pas lieu de suivre ce système pour la création d'une S.E. par fusion. L'autorisation de la fusion exigée par le Statut se limite à celle de l'assemblée générale. Le Statut prévoit d'autres mesures de protection pour les obligataires et l'on se reportera à cet égard à l'article II - 2 - 6 et aux alinéas 2 et 5 de l'article II - 2 - 3.

Le droit national peut prescrire que dans certaines circonstances, l'approbation spéciale de certains groupes d'actionnaires doit être séparément demandée (par exemple § 179, alinéa 3 Aktiengesetz et article 156 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales). Ces dispositions qui exigent l'approbation des titulaires de certaines catégories d'actions doivent aussi être respectées en cas de création d'une S.E. par fusion.

2. L'alinéa 1 renvoie, en ce qui concerne les délibérations dans les sociétés fondatrices, aux dispositions du droit national concernant la décision portant dissolution d'une société anonyme. Ce renvoi ne signifie nullement que la fusion est assimilée à la dissolution des sociétés fondatrices. On renvoie à la technique du processus de dissolution pour le seul motif que la technique du processus de fusion n'est pas réglée dans les législations de tous les Etats contractants. Dans tous les droits nationaux, c'est l'assemblée générale qui décide la dissolution d'une société anonyme. Les dispositions nationales sur la convocation de cette assemblée générale, sur le quorum requis et sur la convocation éventuelle d'une deuxième assemblée au cas où le quorum n'est pas atteint lors de la première, s'appliquent donc.

En conséquence aucune réglementation détaillée sur les délibérations en cas de constitution d'une S.E. par fusion n'a été prévue. Une telle réglementation alourdirait le Statut. On peut d'autant plus s'en passer que les dispositions nationales en matière de dissolution des sociétés anonymes offrent une garantie suffisante pour tous les intéressés. Ces dispositions diffèrent sur des points de détail, mais elles sont identiques pour l'essentiel. Le renvoi au droit national ne peut donc constituer une discrimination en ce qui concerne la possibilité de recourir à la forme de la S.E. pour les sociétés anonymes relevant de droits nationaux différents.

3. Comme le projet d'acte de fusion sera long et détaillé, l'alinéa 2 prescrit la délivrance gratuite d'une copie de celui-ci à tout actionnaire et à tout autre tiers mentionné à l'alinéa 1 de l'article II - 2 - 2, donc à tout non-actionnaire ayant des droits sur les bénéficiaires (p. ex. bénéficiaires de tantièmes, travailleurs) ainsi qu'à tout créancier. Cette dis-

position va donc plus loin que le § 340, alinéa 3 Aktiengesetz où cette délivrance n'est prescrite qu'aux actionnaires et où il n'est pas dit qu'elle doit se faire gratuitement. Cette libéralité est toutefois justifiée par le grand intérêt qu'il y a à fournir une information aussi complète et aussi rapide que possible aux intéressés.

4. Etant donné que fait plus ou moins défaut, dans les législations nationales, une réglementation relative au droit d'obtenir des informations, l'alinéa 3 prévoit un droit minimum à cet égard. La réglementation beaucoup plus poussée que le projet prévoit à l'article IV - 3 - 7, en ce qui concerne la S.E. elle-même, ne peut à ce stade être appliquée aux assemblées générales tenues au niveau national.

5. Les procès-verbaux en forme notariée des assemblées générales prévus à l'alinéa 4 sont utiles pour la suite du processus de constitution de la S.E. et pour le contrôle que doit exercer la Cour de Justice. Avec la formule « assemblées générales », on tient compte de ce qu'une assemblée générale doit être convoquée une nouvelle fois, lorsque le quorum n'est pas atteint dans la première. Si un actionnaire a fait opposition au projet d'acte constitutif lors de la première assemblée générale, cela suffit pour qu'il puisse attaquer la délibération (art. II - 2 - 4). Il n'est pas obligé de revenir à la deuxième assemblée générale.

6. L'alinéa 5 dispose que le procès-verbal de l'assemblée générale, ou les procès-verbaux des deux assemblées générales lorsque la première n'a pu délibérer, doivent, tout comme le projet d'acte constitutif à partir du moment où l'assemblée générale est convoquée, être déposés et pouvoir être consultés gratuitement par tout actionnaire ou tout tiers mentionné à l'article II - 2 - 2, alinéa 1, peu de temps après la clôture de l'assemblée générale qui a délibéré. Des copies de ces procès-verbaux peuvent être délivrées à ces actionnaires et à ces tiers, moyennant paiement des frais.

Ce dépôt du ou des procès-verbaux et le droit d'en obtenir une copie sont souhaitables pour les actionnaires et absolument nécessaires pour les tiers mentionnés à l'article II - 2 - 2, alinéa 1, qui ne peuvent participer à l'assemblée générale et dont les droits risquent d'être lésés par la décision de fusion. Il est possible qu'ils aient déjà depuis longtemps connaissance du projet d'acte de fusion, mais l'assemblée générale peut y avoir apporté des modifications, bien que cela soit sans doute rare en pratique. Cela est à vrai dire d'autant plus invraisemblable que le projet d'acte constitutif est un projet de contrat établi en commun avec une autre société et que l'assemblée générale d'une des sociétés fondatrices n'est pas habilitée à le modifier seule. Quoi qu'il en soit, la version définitive du projet d'acte de fusion tel qu'il résulte de la décision de l'assemblée générale, à moins que celle-ci ne refuse la fusion, devrait être le plus rapidement possible à la disposition de tous les actionnaires et des tiers mentionnés à l'article II - 2 - 2, alinéa 1.

Il est prescrit que le dépôt doit avoir lieu à la fois au siège de l'administration centrale de la société et au lieu prévu en droit national pour le dépôt des statuts. On vise ici pour la plupart des pays le registre du commerce. En Italie et au Luxembourg, c'est (encore provisoirement) le greffe du tribunal.

Article II - 2 - 4

1. L'annulation des décisions de l'assemblée générale ne peut être demandée que par les actionnaires qui ont fait opposition en assemblée générale. Quelle qu'en soit la cause, l'action doit être exercée devant le tribunal national compétent dans le mois suivant la décision.

2. A l'actionnaire qui n'aurait pas disposé de la possibilité visée à l'alinéa précédent et qui, par requête motivée, s'est adressé à elle, la Cour de Justice des Communautés Européennes peut accorder, après audition des sociétés fondatrices et avant l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce, un délai pour intenter l'action en annulation ou en nullité devant le tribunal national compétent, à condition que soit fourni à la Cour de Justice un commencement de preuve d'une violation de dispositions essentielles des statuts ou du droit national applicable.

3. La Cour de Justice des Communautés Européennes ne peut transmettre la déclaration de la S.E. au registre européen du commerce en vue de son inscription tant qu'il n'aura pas été définitivement statué sur une action en annulation ou en nullité, à moins qu'il n'apparaisse clairement que l'action est dépourvue de tout fondement.

4. A dater du jour où l'inscription de la S.E. dans le registre européen du commerce est publiée dans le Journal Officiel des Communautés Européennes, les décisions des assemblées générales sont obligatoires pour tous les actionnaires.

1. Cet article part du principe qu'une décision de l'assemblée générale portant approbation du projet d'acte constitutif peut être attaquée par tous les moyens de recours susceptibles d'être utilisés sur le plan national contre des décisions d'assemblées générales. Ceci vaut pour les actions en annulation comme pour celles en nullité. Cette matière est régie de manière fort différente dans les diverses législations nationales qui s'appliquent en l'occurrence. Le Statut n'y apporte pas en principe de modification.

2. D'autre part, le présent article limite l'utilisation de ces voies de recours dans l'intérêt de la réalisation de la fusion, celle-ci étant, de par sa nature même, une affaire assez compliquée. Cela implique une ingérence dans le droit national, car seul l'actionnaire ayant assisté à l'assemblée générale et y ayant fait opposition peut intenter l'action dans le délai relativement court d'un mois (*alinéa 1*). Normalement cette limitation n'est pas de nature à gêner l'actionnaire. L'assemblée générale très importante où il est délibéré de la fusion est assortie de nombreuses garanties. Tout d'abord et du point de vue formel, elle devra être traitée de la même façon qu'une assemblée générale ayant à statuer sur la dissolution d'une société anonyme de droit national. Les législations nationales y attachent certaines conditions tendant à assurer la publicité de la convocation et exigeant en outre un quorum et une majorité qualifiée pour la décision même. Par ailleurs, l'article précédent contient en outre certaines garanties spéciales, inconnues dans certaines législations nationales, comme par exemple le procès-verbal notarié et le droit d'information de l'actionnaire. En présence des gros intérêts économiques des sociétés fusionnantes mis en jeu par toute fusion, il n'est pas excessif d'exiger de l'actionnaire qu'il vienne exposer ses griefs à l'assemblée générale ou les y fasse exposer par un mandataire pour permettre à la société de les envisager et de prendre toutes mesures utiles en vue de prévenir une nullité éventuelle, fût-ce même par la convocation d'une nouvelle assemblée générale. C'est ce qui justifie également le délai relativement court dont dispose l'actionnaire finalement décidé à engager effectivement une action en justice.

Il peut cependant se produire que l'actionnaire n'ait pas la possibilité de faire opposition dans la forme prescrite ou que l'on soit en présence de telles infractions à la loi ou au présent Statut que même un actionnaire absent puisse avoir la possibilité d'intenter une action et cela, même si le délai d'un mois est déjà écoulé. Cette garantie lui est donnée à l'alinéa 2.

3. L'*alinéa 2* règle les cas d'exception. Ils peuvent paraître un peu théoriques, mais il pourrait pourtant arriver par exemple que la convocation de l'assemblée générale ait eu lieu en violation des prescriptions légales ou statutaires et cela précisément en vue d'exclure des délibérations un groupe minoritaire ou que l'accès de l'assemblée générale soit refusé à un actionnaire donné.

L'actionnaire n'a alors pas eu la possibilité de défendre son point de vue à l'assemblée générale. En vertu de la réglementation de l'alinéa 1 que nous venons de commenter, il serait privé par là de la possibilité d'intenter son action en annulation ou en nullité. Dans ces conditions, l'alinéa 2 accorde à l'actionnaire la possibilité d'adresser une requête à la Cour de Justice européenne tant que celle-ci n'a pas encore statué sur la déclaration de la S.E. auprès d'elle et que la S.E. n'est pas inscrite au registre européen du commerce. La Cour de Justice européenne entendra la société et, dans le cas où des prescriptions essentielles des statuts ou du droit national applicable ont été violées, accordera un délai à l'actionnaire pour intenter son action. La Cour de Justice dispose à cet égard d'une liberté d'appréciation. Il faut qu'il s'agisse d'infractions vraiment graves à des dispositions légales ou statutaires. Ici aussi, il faudra tenir compte des intérêts de la société. Si la Cour de Justice accorde une telle possibilité d'intenter une action, cela peut avoir comme effet de bloquer la fusion pour un laps de temps assez long, ou même de la rendre impossible à tout jamais.

4. Tant qu'une action en annulation ou en nullité n'est pas définitivement tranchée par jugement d'un tribunal national, la S.E. ne peut pas être inscrite (*alinéa 3*). En ce cas il est possible que le juge national annule la décision de l'assemblée générale portant approbation de la fusion. Ici aussi, on a prévu une garantie contre une telle possibilité : si la Cour de Justice européenne considère l'action comme étant dépourvue de tout fondement, la procédure d'inscription pourra néanmoins suivre son cours. Sinon, on donnerait à tout actionnaire un moyen facile de bloquer tout le processus de la fusion, ce qui pourrait donner lieu à des abus. Ce moyen ne peut pas néanmoins être évité complètement, car la Cour de Justice européenne n'admettra pas à la légère que l'action intentée par un actionnaire « est dépourvue de tout fondement ». D'autres possibilités de réglementation, par exemple la mise en œuvre de la fusion sans considération de cette action ou la dévolution de la compétence pour l'annulation ou la nullité à la Cour de Justice européenne, entraîneraient des complications encore plus sérieuses ou ne seraient pas acceptables pour d'autres motifs. Dans tout cela, il y a pourtant lieu de ne jamais perdre de vue que l'hypothèse visée à l'alinéa 3 — action en nullité ou en annulation contre la décision d'une assemblée générale portant approbation de la fusion — ne se présentera que très rarement en pratique. C'est ce que prouve au moins l'expérience des fusions sur le plan national.

5. L'*alinéa 4* dispose que les décisions des assemblées générales sont obligatoires pour tous les actionnaires après l'intervention des publications prévues au titre II - 2 - 7 et l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce. Tous les actionnaires sont alors obligés de procéder à l'échange de leurs actions contre des actions de la S.E.

Les tiers visés à l'alinéa 1 de l'article II - 2 - 2 ne peuvent pas intenter une action en annulation ou en nullité. Leurs intérêts sont suffisamment protégés par le droit d'opposition que leur accorde l'article II - 2 - 6.

Article II - 2 - 5

La déclaration de la S.E. à la Cour de Justice des Communautés Européennes par les sociétés fondatrices doit être accompagnée des procès-verbaux des assemblées générales et des certificats du dépôt régulier desdits procès-verbaux.

1. La troisième phase de la procédure de fusion débute par la déclaration à la Cour de Justice européenne. Cette déclaration est faite en commun par les sociétés fondatrices. On a renoncé à prévoir une date déterminée à laquelle cette déclaration devrait être faite. Elle peut avoir lieu immédiatement après la dernière assemblée générale. En cas d'opposition ou lorsqu'une action en annulation ou en nullité a déjà été intentée et que le délai mentionné à l'article II - 2 - 4, alinéa 1, n'est pas encore écoulé, les sociétés fondatrices s'abstiendront probablement de procéder à la déclaration. Elles peuvent pourtant le faire et la Cour de Justice peut même alors, aux termes de l'article II - 2 - 4, alinéa 3, communiquer la déclaration au registre européen du commerce en vue de son inscription, à condition que l'action soit manifestement dépourvue de tout fondement.

2. La Cour de Justice est chargée, aux termes de l'article II - 1 - 6, d'examiner la régularité du processus de la fondation. Le présent article dispose en conséquence que les procès-verbaux des assemblées générales et la preuve de leur dépôt régulier (réglié à l'art. II - 2 - 3, alinéa 5) doivent être joints à la déclaration.

Article II - 2 - 6

1. Les tiers mentionnés à l'article II - 2 - 2 peuvent, s'ils estiment que leurs droits se trouvent réduits par la fusion, saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes dans les deux mois suivant le dépôt des procès-verbaux en vertu de l'article II - 2 - 3, alinéa 5, en indiquant les raisons sur lesquelles ils fondent leur opposition.

2. La Cour de Justice des Communautés Européennes peut, après avoir entendu les sociétés fondatrices et si elle estime que l'opposition est justifiée, exiger des garanties adéquates avant de transmettre la déclaration de la S.E. en vue de son inscription au registre européen du commerce.

1. Les autres intéressés, tels que les créanciers, obligataires et autres tiers ayant un droit sur les bénéfices (voir point 3 du commentaire de l'article II - 2 - 2) ne sont pas habilités à attaquer les décisions de l'assemblée générale. Ils peuvent cependant s'adresser à la Cour de Justice s'ils estiment que leurs droits sont lésés par la fusion. Ce droit d'opposition est réglé à l'alinéa 1 du présent article.

Un délai de deux mois leur est accordé à cette fin. Le délai commence avec le dépôt du procès-verbal de l'assemblée générale qui a décidé la fusion. Les intéressés ont eu au préalable la possibilité de faire connaître leurs objections aux sociétés fondatrices. Comme les actionnaires, ils disposent du projet d'acte de fusion qui doit faire apparaître dans quelle mesure il est tenu compte de leurs droits. En pratique, cela pourrait conduire à des modifications du projet de fusion. Il est cependant plus probable que les sociétés entreront en contact avec eux à un stade antérieur, c'est-à-dire

lors de l'établissement du projet, puisqu'elles doivent faire figurer dans ce texte une disposition sur la garantie et le respect de leurs droits (art. II - 2 - 2). Si le but visé par ces dispositions n'a pas été atteint et que la décision de l'assemblée générale, dont la convocation a été assortie de la publicité requise, est devenue définitive, les intéressés peuvent encore s'adresser à la Cour de Justice. Tout comme les actionnaires, ils ont une fois de plus à leur disposition les procès-verbaux des assemblées générales dont les décisions ont porté atteinte à leurs droits. C'est le dépôt de ces procès-verbaux qui marque le début du délai pour le dépôt de leur requête à la Cour de Justice.

Il est possible que les objections des tiers parviennent à la Cour de Justice avant même que la déclaration de la fusion ait été faite par les sociétés fondatrices. La Cour devra alors attendre pour examiner ces recours d'avoir reçu la déclaration.

2. L'alinéa 2 règle les pouvoirs de la Cour au cas où elle estime que les objections formulées sont justifiées.

Article II - 2 - 7

1. L'inscription de la S.E. au registre européen du commerce sera publiée dans les Journaux de la S.E. Elle sera en outre enregistrée et publiée conformément aux dispositions du droit national gouvernant la dissolution des sociétés fondatrices.

2. Les sociétés fondatrices disparaissent sans liquidation le jour où les conditions de l'alinéa précédent sont remplies. A partir de cette date, la responsabilité de la S.E. est substituée à celle des sociétés fondatrices.

3. Les registres du commerce ou les tribunaux dans le ressort desquels se trouvait le siège des sociétés fondatrices doivent, lorsque la publication de la dissolution des sociétés fondatrices prévue à l'alinéa 1^{er} a eu lieu, transmettre d'office, au bureau de dépôt du registre européen du commerce pour le pays où la société fondatrice intéressée avait son siège, les actes et autres documents déposés auprès d'eux afin qu'ils y soient conservés.

1. Cet article traite de la 4^e et dernière phase de la procédure de fusion : l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce. L'alinéa 1 dispose que l'inscription doit être publiée dans les journaux de la société. Il prévoit en outre que cette inscription doit être enregistrée et publiée conformément aux dispositions des droits nationaux des sociétés fondatrices relatives à la dissolution. Les mesures de publication prescrites dans ce Statut et celles exigées dans les droits nationaux des sociétés fondatrices doivent donc être appliquées cumulativement. Pratiquement, cela ne représentera pas une trop grosse charge pour la S.E. puisque les organes de publication pour l'une au moins des sociétés fondatrices coïncideront en partie avec les journaux de la S.E.

2. Ce n'est que le jour où toutes les inscriptions et publications mentionnées à l'alinéa précédent ont été effectuées que la S.E. existe en tant que telle et que les sociétés fondatrices cessent d'exister sans liquidation (alinéa 2). Cette dernière disposition signifie qu'une succession universelle du patrimoine des sociétés fondatrices est ouverte. Les deux premiers alinéas de cet article dérogent à la réglementation

générale de l'article II - 1 - 7, mais seulement dans la mesure où cela résulte expressément de ces alinéas. Il n'est donc pas porté atteinte à l'exclusion prévue à l'article II - 1 - 7 de la possibilité de faire valoir des vices de constitution.

3. L'*alinéa* 3 règle enfin la question de la conservation des actes des sociétés dissoutes (cf. § 346, alinéa 6 de la loi allemande sur les sociétés anonymes). On a choisi, pour la conservation de ces actes, le bureau dépositaire du registre européen du commerce dans le pays où la société fondatrice avait son siège.

Troisième section

CONSTITUTION D'UNE S.E.-HOLDING

1. La création d'une holding est une forme de fusion économique qui n'est réglée par la loi d'aucune des parties contractantes. La différence principale avec la fusion juridique consiste en ce que les sociétés fondatrices continuent d'exister en tant que sociétés de production, toutes leurs actions passant à la holding. Les actionnaires des sociétés fondatrices deviennent actionnaires de la holding. La persistance des sociétés fondatrices a sans doute des avantages pour diverses raisons.

2. La constitution d'une S.E.-holding correspond au demeurant à bien des égards à la constitution d'une S.E. par fusion. Là encore, les assemblées générales doivent délibérer à la majorité prévue pour la dissolution de la société. Les sociétés fondatrices subsistent cependant en tant que filiales intégrales de la S.E.-holding, il n'est pas nécessaire de prévoir les garanties particulières en faveur des autres intéressés (créanciers, etc.) qui sont nécessaires dans le cas d'une fusion.

3. Comme on l'a déjà indiqué dans l'Introduction et dans le commentaire de l'article I - 3, la constitution d'une S.E.-holding n'est pas possible pour des sociétés anonymes extérieures à la CEE parce que les actionnaires étrangers au champ d'application de ce Statut ne peuvent pas normalement être obligés d'échanger leurs actions contre des actions de la S.E. Le champ d'application de la S.E.-holding a été en outre conçu comme le plus large possible. Une S.E. déjà existante peut être également société fondatrice d'une holding-S.E.

Article II - 3 - 1

1. En cas de constitution d'une S.E.-holding, toutes les actions des sociétés fondatrices passent à la S.E. en échange d'actions de ladite société.

2. Les sociétés fondatrices continuent d'exister.

1. Le présent article énonce les principes, évoqués ci-dessus, de la constitution d'une S.E.-holding.

2. Il résulte du texte même de l'*alinéa* 2 que la réunion de toutes les actions des sociétés fondatrices nationales en une seule main n'entraîne pas la dissolution ou la dissolubilité des sociétés fondatrices. Cette disposition est d'importance pour le droit belge (art. 104 L.C.) et le droit français (art. 9 de la nouvelle loi sur les sociétés), en vertu desquels toute personne intéressée peut demander la dissolution d'une société anonyme lorsque le nombre des actionnaires a été inférieur à sept pendant six mois (Belgique), ou lorsque toutes les actions ont été réunies en une seule main depuis un an. Les autres Etats contractants ne connaissent pas une telle prescription.

Article II - 3 - 2

Le projet d'acte constitutif doit être accompagné d'une justification revêtue d'un visa approuvé par un expert, de l'évaluation du rapport d'échange des actions des sociétés fondatrices contre les actions de la S.E.-holding.

Pour le commentaire de cet article, on se reportera à celui de l'article II - 2 - 2, point 4. Il n'est pas question de demander le bilan de fin d'exercice des sociétés fondatrices puisque celles-ci continuent d'exister.

Article II - 3 - 3

1. Le projet d'acte constitutif et ses annexes doivent être approuvés par l'assemblée générale de chaque société fondatrice. La décision d'approbation doit répondre aux conditions fixées pour la délibération portant dissolution de la société fondatrice.

2. A dater de la convocation des assemblées générales des sociétés fondatrices, celles-ci remettent immédiatement et gratuitement à tout actionnaire qui en fait la demande une copie du projet d'acte constitutif avec toutes ses annexes. Cette possibilité doit être indiquée dans la convocation desdites assemblées générales. La convocation doit indiquer en outre que seuls pourront demander l'annulation de l'acte les actionnaires qui auront fait opposition en assemblée générale.

3. Pour autant que le droit national ne prévoit pas une information plus large des actionnaires, chacun de ceux-ci doit recevoir à l'assemblée générale les renseignements qu'il demande sur les points essentiels pour l'appréciation de la constitution de la S.E.-holding.

4. Un procès-verbal notarié des assemblées générales des sociétés fondatrices doit être établi.

5. Les procès-verbaux des assemblées générales doivent être déposés immédiatement et au plus tard dans les deux semaines qui suivent l'assemblée générale où une décision a été prise, en vue de permettre leur consultation gratuite par tout actionnaire. Le dépôt doit être effectué au siège de l'administration centrale et au lieu fixé par le droit national de chacune des sociétés fondatrices pour le dépôt de leurs statuts. Des copies des procès-verbaux doivent être remises au prix coûtant aux actionnaires qui en font la demande.

Cet article correspond dans une large mesure à l'article II - 2 - 3. Il n'est cependant pas prévu de mesure de sauvegarde en faveur des tiers. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de la fusion, les sociétés fondatrices continuent d'exister dans le cas de la S.E.-holding. On ne trouve donc

pas dans cet article les garanties en faveur des tiers qui, en cas de fusion, peuvent recevoir le projet d'acte constitutif et les procès-verbaux des assemblées générales pour se convaincre que leurs droits ne sont pas lésés. On a supprimé aussi le droit d'opposition (art. II - 2 - 6). Cependant, un droit d'information des actionnaires a été prévu à l'alinéa 3, bien que dans une mesure plus limitée que dans l'alinéa 3 correspondant à l'article II - 2 - 3. Au demeurant, on se reportera au commentaire de l'article II - 2 - 3.

Article II - 3 - 4

1. L'annulation des décisions des assemblées générales ne peut être demandée que par les actionnaires qui ont fait opposition en assemblée générale. Quelle qu'en soit la cause, l'action doit être exercée devant le tribunal national compétent dans le mois suivant la décision.

2. A l'actionnaire qui n'aurait pas disposé de la possibilité visée à l'alinéa précédent et qui, par requête motivée, s'est adressé à elle, la Cour de Justice des Communautés peut accorder, après audition des sociétés fondatrices et avant l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce, un délai pour intenter l'action en annulation ou en nullité devant le tribunal national compétent, à condition que soit fourni à la Cour de Justice un commencement de preuve d'une violation de dispositions essentielles des statuts ou du droit national applicable.

3. La Cour de Justice des Communautés Européennes ne peut transmettre la déclaration de la S.E. au registre européen du commerce en vue de son inscription tant qu'il n'aura pas été définitivement statué sur une action en annulation ou en nullité, à moins qu'il n'apparaisse clairement que l'action est dépourvue de tout fondement.

4. A dater du jour où l'inscription de la S.E. dans le registre européen du commerce est publiée dans le Journal Officiel des Communautés Européennes, les décisions des assemblées générales sont obligatoires pour tous les fonctionnaires.

Cet article correspond à l'article II - 2 - 4. On se reportera au commentaire de cet article.

Article II - 3 - 5

La déclaration de la S.E. à la Cour de Justice des Communautés Européennes par les sociétés fondatrices doit être accompagnée des procès-verbaux des assemblées générales et des certificats du dépôt régulier desdits procès-verbaux.

Cet article reprend le texte de l'article II - 2 - 5. On se reportera au commentaire de cet article.

Quatrième section

CONSTITUTION D'UNE FILIALE COMMUNE

1. Là encore, on a prévu un large champ d'application. Les sociétés anonymes créées en dehors de la CEE ou dans celle-ci peuvent constituer une filiale en commun. Le siège de cette filiale commune S.E. doit cependant toujours se trouver dans la CEE (art. I - 4). Cette forme de constitution qui a une incidence moindre qu'une fusion ou la constitution d'une S.E.-holding cent pour cent pourrait être favorable à la coopération internationale.

2. C'est en général l'administration de la société anonyme qui sera compétente pour créer une filiale, seule ou en commun avec d'autres sociétés. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les statuts prescriront une délibération de l'assemblée générale. La réglementation de ce type de constitution de la S.E. a donc pu être rédigée plus simplement. On a pu s'abstenir de prévoir des dispositions au sujet de l'assemblée générale et de l'action contre ses délibérations comme dans le cas de la fusion et de la S.E.-holding.

Article II - 4 - 1

Le projet d'acte constitutif doit indiquer le montant de la participation de chaque société fondatrice à la filiale commune.

Le projet d'acte constitutif dont le contenu est déterminé par l'article II - 1 - 2 doit aussi indiquer le montant de la participation des sociétés fondatrices dans la filiale commune. Lorsque des apports en nature ont été faits, le montant de cette forme de participation doit apparaître dans le commentaire au bilan d'ouverture (art. II - 1 - 4). En cas de versements en espèces, l'intervention des banques peut permettre de dissimuler l'identité des véritables participants. Il sera sans doute peu fait usage de cette possibilité. Dans la plupart des cas, on aura lieu de se féliciter sans doute de la publicité de la coopération, surtout si elle a lieu sur un plan international.

Article II - 4 - 2

1. Le projet d'acte constitutif et ses annexes doivent être soumis à l'approbation des organes des sociétés fondatrices compétents pour approuver la constitution de la filiale.

2. Les décisions d'approbation doivent être authentifiées par un notaire.

1. L'alinéa 1 contient une formule générale. Etant donné la multiplicité des sociétés qui peuvent intervenir comme fondatrices (sociétés anonymes du monde entier), on ne peut indiquer quels sont les organes qui doivent approuver la constitution envisagée. Comme les statuts des sociétés fondatrices doivent être présentés en annexe au projet d'acte constitutif, la Cour de Justice pourra toujours vérifier si l'approbation a été donnée par les organes compétents.

2. En ce qui concerne cette vérification, l'alinéa 2 prescrit à nouveau que les décisions d'approbation doivent revêtir la forme d'un acte authentique. Ces procès-verbaux doivent être joints à la déclaration : c'est l'objet de l'article II - 4 - 3.

Article II - 4 - 3

Les décisions d'approbation doivent être jointes à la déclaration de la filiale commune à la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Cinquième section

CONSTITUTION PAR TRANSFORMATION

1. La transformation n'est qu'un changement de forme : la société anonyme nationale (société fondatrice) se transforme en société anonyme européenne. Elle continue d'exister sous cette forme (cf. art. II - 5 - 5).

2. La transformation réglée ici se distingue essentiellement des diverses formes de transformation existant dans les droits nationaux des Etats contractants. Dans ces droits nationaux, il s'agit de transformation d'une société en une forme autre de société. Cette transformation entraîne des modifications de la responsabilité des associés, ce qui rend nécessaire l'octroi de garanties. Ici, on reste au stade de la société anonyme. La responsabilité des associés n'est donc pas modifiée. Les dispositions relatives à cette transformation pouvaient donc être aussi simples que possible.

Article II - 5 - 1

Une société anonyme par actions fondée selon le droit d'un des Etats contractants peut être transformée en S.E.

Seules les sociétés anonymes créées dans la CEE peuvent se transformer en sociétés anonymes européennes. On peut imaginer que pour bénéficier de cette possibilité, certaines sociétés se transforment d'abord en sociétés anonymes sur le plan national (voir à ce sujet le point 10 de l'Introduction, chapitre du « champ d'application »). A cet égard, l'article I - 2 (alinéa 2) dispose que dans le calcul des trois années durant lesquelles la société anonyme doit avoir existé et avoir eu une activité économique, la période de son existence sous une autre forme est aussi prise en considération. Cela vaut également pour les bilans et comptes de profits et pertes qui doivent être joints en annexe au projet d'acte constitutif. Ces documents pourront donc par exemple être les bilans d'une société à responsabilité limitée ou en commandite par actions.

Article II - 5 - 2

1. Le projet d'acte constitutif et ses annexes doivent être approuvés par l'assemblée générale de la société fondatrice. La décision d'approbation doit répondre aux conditions fixées pour la délibération portant modification des statuts de la société.

2. A dater de la convocation de l'assemblée générale de la société fondatrice, celle-ci remet immédiatement et gratuitement à tout actionnaire qui en fait la demande, une copie du projet d'acte constitutif avec toutes ses annexes. Cette possibilité doit être indiquée dans la convocation de l'assemblée générale. La convocation doit indiquer en

outre que seuls pourront demander l'annulation de l'acte les actionnaires qui auront fait opposition en assemblée générale.

3. Pour autant que le droit national ne prévoit pas une information plus large des actionnaires, chacun de ceux-ci doit recevoir à l'assemblée générale les renseignements qu'il demande sur les points essentiels pour l'appréciation de la transformation.

4. Un procès-verbal notarié des assemblées générales de la société fondatrice doit être établi.

5. Les procès-verbaux des assemblées générales doivent être déposés immédiatement et au plus tard dans les deux semaines qui suivent l'assemblée générale où la décision a été prise en vue de permettre leur consultation gratuite par tout actionnaire. Le dépôt doit être effectué au siège de l'administration centrale et au lieu fixé par le droit national de la société fondatrice pour le dépôt de ses statuts. Des copies des procès-verbaux doivent être remises au prix coûtant à tout actionnaire qui en fait la demande.

1. En ce qui concerne également le processus de la transformation, on a conservé le système de l'établissement d'un projet d'acte constitutif avec toutes ses annexes. Parmi ces annexes figurent les statuts complets de la S.E. Bien que ceux-ci ne diffèrent peut-être que peu des statuts initiaux, il sera nécessaire de les rédiger entièrement. Il est indispensable que le texte complet des statuts soit déposé au registre européen du commerce et qu'il soit publié.

Dans l'état actuel du droit de la France et de l'Italie, la transformation est considérée comme une modification des statuts, mais de nature particulière. En fait, la transformation dont il est question dans cette section n'est rien d'autre. La transformation en S.E. n'a pas d'incidence directe pour les actionnaires et le patrimoine de la société. C'est pourquoi, en ce qui concerne la décision de l'assemblée générale qui doit approuver le projet de constitution, on a renvoyé aux dispositions nationales en matière de modification des statuts (*alinéa 1*).

2. L'authentification notariée de l'*alinéa 4* a un précédent dans les dispositions de l'article 2498 du Codice civile italien et de l'article 2 - 3 - 1 - 8 du projet de loi néerlandais.

3. Au demeurant, cet article se rattache dans ses grandes lignes aux dispositions prévues pour les assemblées générales aux sections 2 (fusion) et 3 (S.E.-holding).

4. Il en va de même pour les *articles II - 5 - 3* et *II - 5 - 4*.

Article II - 5 - 3

1. L'annulation de la décision de l'assemblée générale ne peut être demandée que par les actionnaires qui ont fait opposition en assemblée générale. Quelle qu'en soit la cause, l'action doit être exercée devant le tribunal national compétent dans le mois suivant la décision.

2. A l'actionnaire qui n'aurait pas disposé de la possibilité visée à l'*alinéa* précédent et qui, par

requête motivée, s'est adressé à elle, la Cour de Justice des Communautés Européennes peut accorder, après audition des sociétés fondatrices et avant l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce, un délai pour intenter l'action en annulation ou en nullité devant le tribunal national compétent, à condition que soit fourni à la Cour de Justice un commencement de preuve d'une violation de dispositions essentielles des statuts ou du droit national applicable.

3. La Cour de Justice des Communautés Européennes ne peut transmettre la déclaration de la S.E. au registre européen du commerce en vue de son inscription tant qu'il n'aura pas été définitivement statué sur une action en annulation ou en nullité, à moins qu'il n'apparaisse clairement que l'action est dépourvue de tout fondement.

4. A dater du jour où l'inscription de la S.E. dans le registre européen du commerce est publiée dans le Journal Officiel des Communautés Européennes, la décision de l'assemblée générale est obligatoire pour tous les fonctionnaires.

Le commentaire de l'article II - 5 - 2 vaut également pour cet article.

Article II - 5 - 4

La déclaration de la S.E. à la Cour de Justice des Communautés Européennes doit être accompagnée du procès-verbal de l'assemblée générale et du certificat du dépôt régulier dudit procès-verbal.

Le commentaire de l'article II - 5 - 2 vaut également pour cet article.

Article II - 5 - 5

A dater de la publication au Journal Officiel des Communautés Européennes de l'inscription de la S.E. au registre européen du commerce, la société anonyme continue d'exister sous forme d'une S.E.

La rédaction de cet article fait apparaître que la transformation n'est qu'un changement de forme : la société *continue d'exister*, elle n'est pas dissoute.

Sixième section

CONSTITUTION D'UNE FILIALE PAR UNE SEULE SOCIÉTÉ ANONYME

Il n'est guère besoin de compléter les dispositions générales figurant dans la première section par des dispositions particulières s'appliquant à la constitution d'une filiale par une société fondatrice (créée à l'intérieur ou en dehors de la CEE). On se reportera à ce sujet au commentaire de la première section (générale) et à celui de l'article II - 4 - 2 (filiale en commun).

Article II - 6 - 1

1. Le projet d'acte constitutif et ses annexes doivent être approuvés par le ou les organes compétents de la société fondatrice.

2. La ou les décisions d'approbation doivent être authentifiées par un notaire.

Article II - 6 - 2

La déclaration de la filiale à la Cour de Justice des Communautés Européennes doit être accompagnée du ou des documents prévus par l'article précédent.

Titre III

CAPITAL — ACTIONS ET DROITS DES ACTIONNAIRES — OBLIGATIONS

Première section

Article III - 1 - 2

CAPITAL

Article III - 1 - 1

1. Le capital de la S.E. est divisé en actions. Il doit être entièrement libéré, qu'il soit constitué en espèces, ou par des apports en nature.

2. Les apports en nature sont tous les apports qui ne sont pas libérés en espèces; parmi ces apports sont compris les apports de valeurs immatérielles.

3. Le capital de la S.E. est exprimé en unités de compte CEE ou en monnaie nationale d'un des Etats contractants (monnaie de compte de la S.E.).

1. *L'alinéa 1* pose l'exigence de la libération intégrale du capital. La puissance financière de la S.E. doit être complètement garantie (voir Introduction sous « Champ d'application », chiffre 11). Corrélativement à l'exigence du capital minimum (art. I - 3) et du contrôle des apports en nature, la libération complète doit garantir que la S.E. est dès le début dotée d'un patrimoine adéquat et effectif.

C'est sous ce même aspect de la garantie du capital qu'il convient de considérer également les articles suivants de cette section qui traitent de l'augmentation et de la réduction du capital. La libération complète exigée exclut l'émission en dessous du pair qui est également interdite dans les lois de tous les Etats contractants sur cette question. Au moment de la constitution de la S.E. le rapport de vérification (art. II - 1 - 5) sert surtout à contrôler que les apports en nature correspondent au moins à la valeur nominale des actions accordées en échange et que la libération intégrale du capital est assurée. En ce qui concerne les apports en nature en cas d'augmentation de capital, nous renvoyons à l'article III - 1 - 3.

2. *L'alinéa 2* donne une définition approximative des apports en nature. Ce sont tous les apports qui ne sont pas versés en espèces. A cet égard, il a été expressément précisé que l'on doit entendre également par là les valeurs immatérielles telles que, par exemple, le « know how » ou le « goodwill ». La question de savoir si ces derniers doivent être considérés comme des « biens » est controversée dans plusieurs ordres juridiques. Bien que leur évaluation ne soit pas simple, il peut s'agir cependant d'apports en nature tout à fait réels qui peuvent jouer un rôle important, par exemple lors de la constitution de filiales communes, et ne doivent donc pas être exclus.

3. *L'alinéa 3* laisse à la S.E. le choix d'exprimer le capital et les actions en unités de compte CEE, ou dans la monnaie d'une des parties contractantes. Il n'est pas prévu d'actions sans valeur nominale (art. III - 2 - 1). Le Statut n'exprime évidemment la valeur nominale du capital minimum requis qu'en unités de compte CEE. La conversion dans les différentes monnaies nationales ne devrait susciter aucune difficulté.

1. Une augmentation de capital requiert une décision de l'assemblée générale compétente pour modifier les statuts.

2. L'augmentation de capital s'effectue par incorporation de réserves disponibles ou par de nouveaux apports qui doivent être entièrement libérés.

3. Une augmentation de capital par de nouveaux apports peut aussi être effectuée de manière à constituer un capital autorisé. Celui-ci ne peut pas être supérieur à la moitié du capital fixé dans les statuts. L'autorisation peut être donnée pour trois ans au maximum, à moins que le capital autorisé ne soit constitué conjointement avec l'émission d'obligations convertibles en actions.

1. Les droits de tous les Etats contractants connaissent la possibilité d'augmenter le capital. L'interdiction d'augmenter le capital — tant qu'il n'est pas encore entièrement versé — qui existe en France, en Italie et, avec des exceptions, en Allemagne, est sans objet dans le cas de la S.E. puisque le versement intégral est impérativement prescrit dès le début.

En droit belge, allemand, français, italien et luxembourgeois, l'augmentation du capital exige une modification des statuts. Aux Pays-Bas, qui ont adopté une position d'exception avec leurs notions de « maatschappelijk kapitaal » et de « geplaatst kapitaal », ce n'est nécessaire que si le « maatschappelijk kapitaal » doit être également augmenté. *L'alinéa 1* se rattache au système juridique des cinq autres pays. La décision d'augmenter le capital doit répondre aux conditions du Titre VIII (modification des statuts).

2. *L'alinéa 2* précise clairement qu'une augmentation de capital peut s'effectuer, soit par incorporation de réserves disponibles, soit par appel à de nouveaux fonds. Dans les deux cas, des actions nouvelles sont émises. Le cas rare où une augmentation de capital a lieu par augmentation du montant nominal des actions anciennes n'est pas prévu dans le Statut.

Le Statut ne prévoit pas non plus de réserves légales. Eu égard à l'exigence du versement intégral du capital et au montant du capital minimum requis, une réglementation de la réserve légale n'était pas nécessaire.

3. A *l'alinéa 3* est prévue la constitution d'un capital autorisé. Comme dans la loi allemande sur les sociétés anonymes (§ 202, *alinéa 3*), le montant du capital autorisé ne doit pas dépasser la moitié du capital prévu dans le Statut (capital social). Contrairement au droit allemand et au droit français, l'autorisation ne vaut pas pour cinq ans, mais seulement pour trois ans. En vertu de l'article 2443 du Codice civile italien, l'autorisation ne peut être accordée que pour un an.

Pour le reste, nous renvoyons, en ce qui concerne le capital autorisé, au commentaire de l'article III - 1 - 4.

Article III - 1 - 3

1. En cas d'augmentation du capital par incorporation de réserves disponibles, les nouvelles actions doivent être remises aux actionnaires au prorata de leur participation antérieure.

2. En cas d'augmentation par de nouveaux apports, un droit de souscription préférentiel doit être accordé aux actionnaires au prorata de leur participation antérieure. Le directoire doit publier dans les journaux de la société le montant de l'émission et le délai prévu pour l'exercice de ce droit. Ce délai doit être d'au moins un mois à compter de la publication.

3. L'assemblée générale peut, dans sa décision relative à l'augmentation du capital par de nouveaux apports, exclure le droit de souscription préférentiel en tout ou en partie. L'exclusion ne peut être décidée que si un rapport, rédigé par le directoire et motivant la proposition d'exclusion du droit, a été présenté à l'assemblée. A compter du jour de la convocation de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent recevoir gratuitement et immédiatement des copies de ce rapport. Mention doit en être faite lors de la convocation.

4. Si le nouvel apport ne consiste pas en espèces, mais totalement ou partiellement en apports en nature, un rapport relatif à l'évaluation de ces apports, signé par au moins deux experts-comptables impartiaux nommés par la Cour de Justice, doit être présenté à l'assemblée générale. A compter du jour de la convocation de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent recevoir gratuitement et immédiatement des copies de ce rapport. Mention doit en être faite lors de la convocation. Les dispositions des articles II - 1 - 5, alinéa 2 et VI - 4 - 3 s'appliquent aux experts-comptables.

1. Cet article traite du droit de souscription préférentiel des actionnaires. L'*alinéa 1* précise qu'en cas d'augmentation du capital *par incorporation de réserves existantes*, les nouvelles actions doivent être remises aux actionnaires au prorata de leur participation antérieure. Aucune exception n'est permise ici. Les réserves constituent une part de l'actif social sur lequel les actionnaires posséderaient également un droit en cas de dissolution de la société et après extinction des dettes. Il s'agit ici d'une mesure purement comptable. L'actif libre déjà existant est converti en actif social engagé.

2. Lors de l'augmentation de capital *par de nouveaux apports (alinéa 2)*, un droit de souscription préférentiel est en principe attribué aux actionnaires. Du fait de l'émission de nouvelles actions, les droits des actionnaires, et en particulier l'influence de certains groupes d'actionnaires, pourraient être restreints. Le droit de souscription préférentiel constitue donc une protection des actionnaires.

Le droit de souscription n'est pas régi ou est régi différemment dans la loi sur les sociétés anonymes des Etats contractants. Il n'est pas réglementé au Luxembourg, aux Pays-Bas et en Belgique où cependant la « Commission bancaire » exige que les statuts accordent le droit de souscription. Les dispositions du second alinéa de cet article sont analogues

aux deux premiers alinéas du paragraphe 186 de la loi allemande sur les sociétés anonymes, à l'article 2441 du Codice civile, aux articles 183, paragraphe 2, 188, paragraphe 1, et 189 de la loi française sur les sociétés commerciales et aux deux premiers alinéas de l'article 89 du projet belge.

Dans la loi allemande sur les sociétés anonymes et dans le droit italien actuel, le délai pour l'exercice du droit de souscription n'est que de deux semaines. Le projet italien (art. 19) exige cependant un mois. Compte tenu de la dispersion possible des actionnaires à travers tous les Etats contractants, ce Statut donne la préférence au délai le plus long.

3. Il peut être d'une très grande importance pour une société anonyme que le droit de souscription soit exclu en tout ou en partie, en cas d'augmentation de capital par de nouveaux apports et par conséquent aussi, conformément à l'*alinéa 3* du précédent article, en cas de constitution d'un capital autorisé, lorsque, par exemple, on envisage l'absorption d'une entreprise contre remise d'actions.

L'*alinéa 3* prévoit la possibilité de l'exclusion complète ou partielle du droit de souscription. Cette exclusion peut désavantager les actionnaires. Quelques dispositions sont adoptées pour les protéger.

Tout d'abord la décision d'exclure le droit de souscription est soumise aux conditions d'une modification des statuts par la formule « dans sa décision d'augmenter le capital ». En outre, la proposition relative à cette question doit être expressément publiée (voir art. IV - 3 - 3) et motivée dans un rapport du directoire. Les actionnaires peuvent recevoir gratuitement et immédiatement des copies de ce rapport. Mention doit en être faite lors de la convocation de l'assemblée générale.

La possibilité d'exclure le droit de souscription n'est toutefois pas expressément limitée dans le Statut au cas où elle est effectuée dans l'intérêt de la société. C'est le cas en vertu de l'article 2441, paragraphe 3 du Codice civile, et de l'article 89, paragraphe 4 du projet belge, mais pas dans les autres législations. D'une part, cette clause apparaît superflue parce que tous les actes du directoire, et donc aussi la proposition d'exclure le droit de souscription, doivent, en vertu de l'article IV - 1 - 9, être accomplis dans l'intérêt de la société. D'autre part, elle peut même être préjudiciable parce qu'elle donne à certains actionnaires l'occasion de soumettre au tribunal la question de savoir si l'exclusion est décidée dans l'intérêt de la société.

Une telle question de nature économique ne se prête pas à une décision judiciaire. Le juge agirait ici comme une sorte de « supermanager ». En outre, une telle procédure judiciaire pourrait retarder très longtemps l'émission des nouvelles actions et la prise en compte d'apports en nature ainsi envisagée, ce qui pourrait obliger la société à indemniser les divers actionnaires par des sommes considérables. Ceci pourrait être précisément l'objectif d'une instance qu'ils auraient à entamer.

Pour toutes ces raisons, la formule de l'*alinéa 3* paraît tenir parfaitement compte de l'équilibre entre les intérêts de la société et ceux des actionnaires.

4. L'*alinéa 4* prévoit des garanties pour le cas où l'augmentation du capital est effectuée par des apports en nature. Cela dépend beaucoup de la personnalité des experts-comptables qui doivent vérifier l'évaluation des apports en nature. On exige que l'expert soit impartial. Cela exclut tout expert qui fournit d'autres prestations de service à la S.E. elle-même ou à une personne physique ou morale dont les apports sont en question. Pour ces raisons, on n'a pas prévu ici la nomination d'un expert par la S.E., mais par la Cour de Justice européenne. Les prescriptions des articles II - 1 - 5, alinéa 2 (sur les conditions auxquelles les experts

doivent répondre) et VI - 4 - 3, en ce qui concerne leurs pouvoirs, s'appliquent à ces experts.

Les prestations d'apports en nature devraient toujours être liées à l'exclusion du droit de souscription dont il est traité à l'alinéa précédent. En ce cas, comme pour toute augmentation de capital, l'assemblée générale décide à la majorité qualifiée requise pour une modification des statuts.

Article III - 1 - 4

1. En cas de constitution d'un capital autorisé, le directoire est autorisé à l'utiliser en toute diligence et bonne foi.

2. Chaque année, le directoire doit rendre compte dans le rapport annuel de l'utilisation du capital autorisé.

3. Les alinéas 2, 3 et 4 de l'article précédent sont applicables. Les actionnaires peuvent recevoir immédiatement et gratuitement, en même temps que le rapport annuel, des copies du rapport mentionné à l'alinéa 4 de l'article précédent.

4. Lorsque le capital autorisé a été épuisé ou lorsque, après l'expiration des délais fixés à cette fin, il a été partiellement utilisé, le directoire doit, en exécution de la décision antérieure de l'assemblée générale qui a constitué le capital autorisé, modifier les statuts de telle manière que l'augmentation de capital réalisée y figure.

1. Cet article constitue un complément de l'article III - 1 - 2, alinéa 2, selon lequel un capital autorisé peut être constitué en vue d'une augmentation de capital. A cet égard, une certaine marge est laissée à l'administration de la S.E. par l'assemblée générale. Le capital autorisé peut par exemple être utilisé pour absorber une autre société ou pour satisfaire aux droits à l'attribution d'actions des titulaires d'obligations convertibles en actions. Il se peut aussi qu'une augmentation de capital soit désirable, mais que le moment de l'émission et les autres conditions (cours d'émission) soient laissés à l'administration parce que la situation du marché est moins favorable à l'époque de la décision.

L'*alinéa 1* précise que l'utilisation du capital autorisé pour laquelle la décision de l'assemblée générale a donné pleins pouvoirs à l'administration est laissée à la libre appréciation de cette dernière. Naturellement, l'organe de gestion doit apporter la diligence nécessaire tant à l'égard de la société qu'à celui des actionnaires. Comme l'*alinéa 3* le dit expressément, l'article III - 1 - 3 s'applique également ici. Pratiquement, lorsqu'elle décide de constituer un capital autorisé, l'assemblée générale devra donc dans la plupart des cas renoncer également au droit de souscription. Ainsi qu'il ressort du dernier exemple de l'*alinéa* précédent, cela n'est cependant pas absolument nécessaire.

2. L'*alinéa 2* assure la publicité qui ne pourra intervenir qu'*a posteriori*.

3. L'*alinéa 3* renvoie à l'article précédent dont les dispositions s'appliquent également au cas où le capital autorisé est constitué par la prestation d'apports en nature. Il n'y a ici d'autre différence que la suivante. C'est au moment de l'assemblée générale annuelle, au cours de laquelle l'administration rend compte, que doit être mis à la disposition des actionnaires le rapport que les experts-comptables leur présentent pour les informer, l'opération une fois intervenue.

4. L'*alinéa 4* régit l'adaptation des statuts à l'utilisation du capital autorisé.

5. En ce qui concerne les dispositions particulières qui s'appliquent au capital autorisé en cas d'une émission d'obligations convertibles en actions, nous renvoyons non seulement à la fin de l'*alinéa 3* de l'article III - 1 - 2, mais aussi à la réglementation des obligations convertibles en actions contenue à la section 3 du présent Titre.

Article III - 1 - 5

1. La décision de réduire le capital est prise par l'assemblée générale compétente pour modifier les statuts. La décision doit indiquer le but de la réduction du capital.

2. La réduction du capital s'effectue par diminution du montant nominal des actions.

3. Si la réduction du capital est liée à un remboursement des actionnaires ou sert à constituer des réserves, la limite du capital minimum prescrite au titre I (art. I - 3, alinéa 2) doit être respectée.

1. Tous les Etats contractants connaissent la réduction du capital. Elle peut avoir divers buts, par exemple le remboursement de l'actif social superflu rendu libre par la réduction du capital. Elle peut également être utilisée pour l'amortissement de pertes, donc dans le but d'assainir la comptabilité. Dans ce dernier cas, où aucune répartition d'actif n'a lieu, les intérêts des créanciers ne sont pas touchés; au contraire, les conditions d'un appel à de nouveaux capitaux peuvent être ainsi créées. Les cas de réduction de capital sont donc très divers et exigent ainsi une réglementation différente. C'est ce qu'exprime l'article III - 1 - 6 suivant.

Dans tous les pays, une décision portant modification des statuts est exigée pour la réduction du capital. Cette exigence a été reprise dans le cas de la S.E. La décision doit donc répondre aux conditions du Titre VIII (modification des statuts). Elle doit aussi indiquer le but de la réduction du capital (*alinéa 1*).

2. Selon l'*alinéa 2*, la réduction du capital s'opère par diminution du montant nominal des actions. Comme ce Statut ne prévoit pas de montant nominal minimum pour les actions, il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation applicable au regroupement d'actions.

3. Si une réduction de capital est liée à un remboursement d'actif, des garanties doivent être créées en faveur des créanciers. Il en est de même lorsqu'aucun remboursement immédiat n'ayant été effectué aux actionnaires, l'actif social lié au capital est converti en capital librement disponible, c'est-à-dire ajouté aux réserves. Le capital a une fonction de garantie à l'égard des créanciers; c'est pourquoi un capital minimum considérable est prévu au Titre I de ce Statut.

Dans les cas traités ici, cette garantie pourrait être amoindrie au détriment des créanciers. L'*alinéa 3* doit permettre de l'éviter, dans la mesure où il concerne la protection du capital minimum. L'article III - 1 - 6 suivant renferme une protection générale des créanciers. Dans les cas mentionnés à l'*alinéa 3*, le capital ne peut pas être abaissé au-dessous de la limite du capital minimum qui a été exigé pour la S.E. lors de sa fondation. Dans les législations nationales qui connaissent un capital minimum, cette limite doit également être observée. En cas d'assainissement également, le capital ne devrait pas descendre au-dessous de la limite du capital minimum. Les conséquences d'une perte de patrimoine so-

cial au-dessous du capital minimum sont réglées dans l'article IX - 1 - 3.

4. La décision de réduire le capital peut concerner une certaine catégorie d'actions. Lorsque tel est le cas, l'assentiment des titulaires d'actions de cette catégorie est requis pour cette décision en vertu de l'article III - 2 - 2.

Article III - 1 - 6

1. Les créanciers qui estiment que leurs droits sont menacés par la réduction du capital, peuvent, dans le délai de deux mois suivant le dépôt du procès-verbal de l'assemblée générale, s'adresser à la Cour de Justice européenne par requête motivée.

2. Si elle estime leur requête justifiée, la Cour de Justice européenne peut ordonner le paiement des créanciers ou de certains créanciers ou l'octroi de sûretés appropriées aux créanciers ou à certains créanciers, avant que la modification des statuts ne soit transmise au registre européen du commerce en vue de l'inscription.

1. Comme nous l'avons déjà noté dans le commentaire de l'article précédent sous le point 3, le capital a, vis-à-vis des créanciers, une fonction de garantie qui est amoindrie lorsque l'on réduit le capital. C'est pourquoi cet article contient une disposition visant à protéger les créanciers. Ils peuvent, en qualité de requérants, s'adresser à la Cour de Justice européenne qui doit surveiller et autoriser la décision de réduire le capital, comme toute modification des statuts. Pour ce contrôle de la Cour de Justice, nous renvoyons au Titre VIII (modification des statuts). A l'inverse de la réglementation comparable en cas de constitution par fusion (art. II - 2 - 6), les créanciers doivent prouver dans ce cas que leurs droits sont menacés par la réduction du capital; leurs droits sont en tous cas « réduits » (art. II - 2 - 6) du fait que la couverture est réduite. Si la Cour de Justice estime que les droits des créanciers sont menacés par la réduction du capital, elle peut imposer une indemnisation immédiate ou la constitution d'une sûreté appropriée (alinéas 1 et 2).

2. Cette réglementation donne aux créanciers une protection plus grande que les législations nationales relatives à cette question. Dans le cas de la S.E., la décision de réduire le capital ne peut pas être exécutée si la société ne remplit pas les conditions fixées, le cas échéant, par la Cour de Justice. Dans les cas dont il est question ici — pensons au cas du remboursement de l'actif aux actionnaires — il paraît opportun de donner aux intérêts des créanciers la prééminence sur ceux des actionnaires.

Article III - 1 - 7

1. L'acquisition de ses propres actions par la S.E., par des tiers pour le compte de la S.E. ou par des sociétés dépendant d'elle est interdite. Est assimilée à l'acquisition, l'acceptation d'actions à titre de gage.

2. Lorsqu'une société devient dépendante d'une S.E. et que des actions de la S.E. se trouvent en sa possession, elle est tenue de les aliéner dans un délai d'un an à compter du début de sa dépendance.

La société dépendante ne dispose entre-temps d'aucun droit du chef de ces actions.

3. Pour l'application du présent Statut, il faut, sans préjudice du titre VII, entendre par sociétés dépendantes des sociétés juridiquement autonomes sur lesquelles une autre société (société dominante) peut exercer une influence prédominante.

1. Nous pouvons résumer comme suit les objections contre l'acquisition par la société de ses propres actions :

— l'acquisition pourrait aboutir au remboursement d'apports dans des conditions telles que les garanties liées à la réduction de capital fassent défaut;

— l'actif social serait ainsi utilisé dans un but auquel il n'est pas destiné;

— ce fait pourrait facilement aboutir à avantager certains actionnaires;

— ces désavantages ne peuvent pratiquement pas être supprimés par une réglementation de l'acquisition des actions propres;

— l'acquisition des actions propres, au moyen du capital social, pourrait être utilisée par un groupe majoritaire dans la société, en vue de renforcer sa propre position.

Le Statut fait siennes ces objections et les confirme dans cet article, par l'interdiction faite à la S.E. d'acquérir ses propres actions. C'est peut-être une solution un peu radicale. La solution alternative serait de limiter l'acquisition des actions propres comme cela est réglé dans les droits des Etats contractants. Le Statut a cependant choisi la voie de l'interdiction de cette acquisition et pas seulement pour simplifier la réglementation de la S.E. Si l'acquisition des actions propres est interdite, il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation pour le placement et le sort ultérieur de ces actions (retrait ou nouvelle émission).

La principale raison du choix de cette solution radicale est qu'il n'est pas apparu économiquement nécessaire de voir la S.E. disposer de cette possibilité. Les objectifs parfaitement légitimes, que l'achat par la société de ses propres actions peut notamment aider à atteindre, peuvent généralement être poursuivis aussi par d'autres moyens. Si, par exemple, la société souhaite voir ses travailleurs participer au capital, elle peut le faire également au moyen du capital autorisé. La stabilisation du cours des actions, dans la mesure où l'on considère cette tâche comme incombant à la société, peut être réalisée aussi par d'autres moyens. Ce dernier argument qui est souvent allégué en faveur de la possibilité, pour la société, d'acheter ses propres actions ne paraît pas convaincant. L'article 19, lettre c) de l'avant-projet d'une deuxième directive pour la coordination des législations nationales en matière de droit des sociétés anonymes sur la base de l'article 54, 3g du Traité CEE, mentionne, dans sa rédaction actuelle, pour la société la possibilité d'acheter ses propres actions dans le cadre d'une fusion ou d'une absorption. Même dans ce cas l'interdiction générale peut être maintenue : les actions de la S.E. devraient être aliénées antérieurement.

Les objections exposées ci-dessus contre l'achat par la société de ses propres actions sont décisives. Les nombreux problèmes que la détention par la société de ses propres actions soulève et qui, dans la pratique nationale, ont donné plus d'une fois lieu à des procès, sont ainsi évités. Dans son article 217, la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales interdit en principe l'achat par la société de ses propres actions.

2. Il a semblé également superflu de réglementer dans le Statut les éventuelles conséquences d'un achat effectué en violation de cette interdiction. De toutes façons, cet achat serait nul étant donné l'interdiction. Le vendeur de bonne foi — ce pourrait être le cas surtout lors d'une vente en bourse — disposera d'une action en dommages et intérêts. Il n'est pas apparu opportun de régler cette question sur ce point dans le Statut.

3. On a cependant jugé nécessaire d'inclure dans le Statut une réglementation pour le cas où une société devient dépendante d'une S.E. et où des actions de la S.E. se trouvent en sa possession (*alinéa 2*). Dans ce cas, il ne s'agit pas exactement de l'achat par la société de ses propres actions. En pratique, le résultat revient cependant au même. Aussi cet alinéa oblige-t-il la société à aliéner les actions de la S.E. qu'elle détient dans un délai d'un an.

4. L'*alinéa 3* définit, sans préjudice du titre VII, ce qu'il faut entendre par société dépendante, aux fins de l'application du Statut. Cette notion est introduite pour la première fois dans l'*alinéa 1* de cet article. Elle est empruntée en grande partie au paragraphe 17 de la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes et se borne à dire, comme dans cette loi, qu'il faut qu'il y ait une influence prédominante.

Une comparaison avec l'article VII - 1 - 2 (sociétés dominantes et dépendantes au sein d'un groupe), pour lequel cet alinéa fait une exception, s'impose. Les critères indiqués aux lettres *a*) à *d*) de cet article interviendront ici également ; la présence d'un de ces critères fera naître, ici aussi, la présomption d'une relation de dépendance. Il y a cependant une distinction essentielle : alors que, pour le groupe, il est, par définition, indispensable qu'il y ait effectivement une direction unique, il suffit ici, pour qu'existe une relation de dépendance, qu'il y ait seulement la possibilité de l'exercice d'une influence prédominante.

Article III - 1 - 8

1. Toute participation réciproque est interdite lorsqu'une des sociétés en cause est une S.E.

2. Il y a participation réciproque lorsque chaque société est intéressée pour plus de 10 % au capital de l'autre société, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société dépendant d'elle ou par des tiers agissant pour son compte.

3. S'il y a participation réciproque, la société détenant la participation la plus faible a l'obligation de réduire celle-ci à 10 % dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle l'existence de la participation réciproque a été révélée aux sociétés, à moins que celles-ci ne s'accordent dans ce délai sur une autre solution mettant fin à la participation réciproque. Si les participations sont de même importance, cette obligation incombe aux deux sociétés.

4. Après expiration du délai visé à l'*alinéa* précédent, aucun droit ne peut plus être exercé du chef de chacune des participations, pour autant qu'elle excède 10 %.

5. La S.E. qui est intéressée pour plus de 10 % au capital d'une société soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société dépendant d'elle ou

par des tiers agissant pour son compte, doit immédiatement et par écrit informer cette société de cette participation, ainsi que de toute modification qui y est apportée, en indiquant son importance. Une obligation de communication analogue incombe à toute société dont la participation à une S.E. atteint cette importance. Tant que cette communication n'a pas été faite, aucun droit ne peut être exercé du chef d'une telle participation, pour autant qu'elle excède 10 %.

1. Cet article interdit en principe toute participation réciproque. Celle-ci n'est autorisée que dans des proportions limitées (10 %). S'il y a une relation de dépendance, toute participation de la société dépendante dans la S.E., même inférieure à 10 %, est interdite (art. III - 1 - 7, alinéa 2). Ceci afin d'éviter que l'administration de la société dominante exerce, au moyen des actions de la S.E. détenues par la société dépendante, une influence au sein de son assemblée générale.

Ainsi que le dit, à bon droit, l'exposé des motifs du paragraphe 19 de la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes, la participation réciproque compromet la constitution, le maintien et la sincérité du capital : « Au cas où deux sociétés anonymes souscrivent réciproquement leurs actions, le même apport peut, par des va-et-vient entre les deux sociétés, être utilisé plusieurs fois à des fins d'augmentation du capital, sans que cette augmentation du capital soit effectivement couverte par un accroissement réel du patrimoine ».

Ces dangers sont à tel point réels dans la pratique que l'interdiction des participations réciproques se justifie fondamentalement. Toutefois, dans le projet, une légère marge (jusqu'à 10 %) est laissée à la pratique. On trouve cette même marge dans la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 358) et dans le projet belge (art. 30).

Les lois sur les sociétés anonymes des pays du Benelux ne contiennent pas de dispositions concernant les participations réciproques. Le projet italien prévoit à l'article 5 une réglementation des « partecipazioni reciproche ».

La réglementation proposée dans le projet est à rapprocher surtout de la réglementation de la loi française et du projet belge.

2. L'*alinéa 2* donne une définition de la participation réciproque. Il s'agit de participations réciproques entre une S.E. et une autre société quelconque à l'intérieur ou en dehors de la CEE. Cette participation peut être détenue également par des sociétés dépendantes ou par des tiers pour le compte de la société ou de la S.E. Cet alinéa correspond au premier paragraphe de l'article 30 du projet belge.

3. L'*alinéa 3* prévoit une réglementation qui correspond dans les grandes lignes à celle du projet belge (art. 30) et de la loi française (art. 358). La réglementation en cas de participation d'importance différente correspond au fond à la loi française et au projet belge. La réglementation en cas de participations de même importance est identique à celle prévue dans la loi française (art. 358, alinéa 3).

4. L'*alinéa 4* prévoit une sanction que l'on ne trouve pas dans cette forme explicite dans les législations nationales. La formulation de la loi française et du projet belge conduit cependant au même résultat.

5. L'*alinéa 5* prescrit une communication obligatoire dès qu'une S.E. détient une participation de plus de 10 % dans une autre société ou dès qu'une autre société détient une telle participation dans une S.E. Par cette communication

obligatoire, les sociétés intéressées seront toujours informées de l'existence d'une participation réciproque.

La communication obligatoire a d'ailleurs également pour but d'informer toute société des participations importantes prises dans son capital. Il en résulte que la communication doit spécifier l'importance de la participation et que tout changement au montant de la participation doit également être communiqué. La même sanction que dans le paragraphe 4 est prévue en cas de violation de cette règle.

Cet alinéa correspond dans les grandes lignes à l'article 358, alinéa 2 de la loi française, au paragraphe 20 de la loi allemande sur les sociétés anonymes (où la communication n'est obligatoire qu'en cas de participation de plus de 25 %) et à l'article 30, paragraphe 2 du projet belge.

Deuxième section

ACTIONS ET DROITS DES ACTIONNAIRES

Article III - 2 - 1

1. Le montant nominal des actions est libellé dans la même monnaie que le capital.

2. Des actions de valeur nominale différente sont admises.

3. Les actions sont indivisibles. Plusieurs ayants-droit ne peuvent exercer les droits issus d'une action que par l'intermédiaire d'un représentant commun.

1. L'*alinéa 1* prescrit que les actions doivent comporter un montant nominal et cela dans la même monnaie que le capital lui-même. On a donc renoncé pour la S.E. à admettre les actions sans valeur nominale (non par value shares). En exigeant que les actions comportent un montant nominal, le projet se rallie aux droits nationaux en vigueur relatifs aux sociétés anonymes. Il faut remarquer à ce sujet que ni la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales, ni les projets belge, italien et néerlandais n'introduisent ou ne prévoient des actions sans valeur nominale.

La Belgique et le Luxembourg connaissent, outre les actions à valeur nominale, les actions de quotité, appelées aussi « actions sans mention de valeur nominale ». Le présent Statut ne les a pas non plus retenues. En revanche, il n'exige pas de montant nominal minimum des actions; en Belgique, en Italie et aux Pays-Bas, un montant nominal minimum n'est pas non plus exigé. L'action S.E. à montant nominal, mais sans montant nominal minimum, laissera pratiquement à la société une marge importante, en cas, notamment, d'augmentation et de réduction de capital. Ce fut également une raison de ne pas admettre cette nouveauté qu'aurait constituée l'admission de véritables actions sans valeur nominale.

2. La S.E. peut émettre des actions à montant nominal différent (*alinéa 2*). Dans le cas de la S.E., on rencontre ainsi le système suivant : les actions indiquent un montant nominal; toutes les actions sont entièrement libérées; un montant nominal minimum n'est pas exigé; l'apport minimum confère une voix (art. IV - 3 - 8).

3. L'*alinéa 3* prescrit l'indivisibilité de l'action. Une telle disposition exige que l'on réglemente le cas où il existe plusieurs ayants-droit pour une même action indivisible. Ils doivent nommer en commun un représentant pour l'exercice

de leurs droits issus de l'action. Comparer à ce sujet la réglementation dans la loi allemande (§ 8 rapproché du § 69) et italienne (art. 2347).

Article III - 2 - 2

1. Les actions peuvent donner des droits différents en ce qui concerne la répartition du bénéfice et de l'actif social.

2. Des actions sans droit de vote sont admises aux conditions suivantes :

a) elles ne peuvent être émises que pour un montant total égal à la moitié du capital;

b) à l'exception du droit de vote, elles accordent les droits reconnus à chaque actionnaire sous réserve que leur droit de souscription préférentiel ne concerne que des actions sans droit de vote;

c) elles ne doivent pas entrer en ligne de compte pour le calcul du chiffre minimum exigé par ce Statut ou les statuts, pour le quorum ou la majorité du capital.

3. Les actions à vote plural ne sont pas admises.

4. Les actions qui donnent les mêmes droits constituent une catégorie.

5. Si le rapport antérieur entre plusieurs catégories d'actions doit être modifié au préjudice d'une catégorie, la décision de l'assemblée générale exige, pour sa validité, l'approbation de la catégorie défavorisée. L'assemblée des titulaires d'actions de cette catégorie doit prendre une décision concernant cette approbation. Les dispositions du titre VIII sont applicables à la convocation, au quorum et à la majorité requise.

1. L'*alinéa 1* laisse aux statuts une grande liberté pour assortir les actions de différents droits. Des actions privilégiées de toute nature sont donc possibles. On a volontairement renoncé à fixer dans le Statut la forme des divers droits préférentiels. Il a simplement été stipulé que les différents droits qui peuvent être accordés à certaines catégories d'actions peuvent concerner la répartition du bénéfice ou de l'actif social. Cette formulation exclut la création d'actions conférant une influence particulière dans la société, comme c'est le cas aux Pays-Bas avec les « Prioriteitsaandelen », dont les titulaires peuvent être autorisés, par exemple, à faire une proposition obligatoire pour la nomination de membres du conseil de surveillance ou doivent donner au préalable leur autorisation pour certaines décisions importantes.

2. L'*alinéa 2* admet sous certaines conditions des actions sans droit de vote. Celles-ci ne sont connues actuellement qu'en Allemagne. En Italie, il existe actuellement des actions à droit de vote limité (azioni con voto limitato, art. 2351 C.c.). Ces actions ne confèrent qu'un droit de vote dans les assemblées générales extraordinaires. Le projet italien (art. 41) prévoit des « azioni di risparmio », actions préférentielles sans droit de vote. Dans les Etats du Benelux et en France (selon la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales également), les actions sans droit de vote ne sont pas autorisées.

Dans certains cas, des actions sans droit de vote peuvent cependant avoir leur utilité. Il peut arriver qu'une S.E. désire s'adresser au marché des capitaux sans vouloir donner, par le droit de vote, une influence aux nouveaux participants. On peut songer, par exemple, au cas des entreprises familiales de taille moyenne qui voudraient accroître leur capital. On pourrait parvenir indirectement au même résultat en émettant par exemple les actions au bénéfice d'un intermédiaire ami qui, contre ces actions, mettrait en circulation des certificats n'accordant également aucun droit de vote à l'assemblée générale. Puisque, comme le montre la pratique, le public s'intéresse aussi à ces certificats, pourquoi donc ne pas emprunter directement la voie de l'émission d'actions sans droit de vote ? Une limite naturelle est posée à cette émission : les actions sans droit de vote ne présenteraient pas un intérêt suffisant. Mais dans la mesure où il existe un intérêt et où l'émission d'actions sans droit de vote pourrait répondre à des besoins économiques, le Statut ne devrait pas exclure ce mode de financement.

3. Le nombre des actions sans droit de vote ne peut pas être illimité par rapport au capital total; sinon il pourrait en résulter l'exclusion de toutes les actions à droit de vote et donc la suppression de l'assemblée générale. Il doit exister un rapport raisonnable entre le capital total et les actions sans droit de vote. C'est pourquoi l'*alinéa 2 (sous a)* stipule que des actions sans droit de vote ne peuvent être émises qu'à concurrence d'un montant total égal à la moitié du capital. La valeur de ce montant est fixée d'une manière assez arbitraire; elle correspond au montant des actions préférentielles sans droit de vote de la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes (§ 139), des « azioni con voto limitato » de l'article 2351 du Codice civile et des « azioni di risparmio » dans le projet italien (art. 41). Le projet belge (art. 14) n'admet des actions sans droit de vote qu'à concurrence d'un tiers du capital.

4. Les actions sans droit de vote de la S.E. peuvent être dotées de certains privilèges notamment en cas de répartition du bénéfice. Ceci n'est cependant pas nécessaire bien que ce soit impérativement prescrit dans le droit allemand et italien en vigueur et dans les projets belge et italien. Le droit à des rappels sur le montant de dividendes préférentiels impayés, tel qu'il est prévu de manière illimitée dans le projet belge (art. 14) et, avec une limite de trois ans, dans le projet italien (art. 41) peut même aboutir à un excès néfaste d'endettement de la société et à de graves difficultés en cas d'assainissement éventuel.

Il devrait être possible d'émettre des actions sans droit de vote qui n'accordent aucun privilège. Le public pourrait y être intéressé, comme il l'est déjà aujourd'hui aux certificats n'accordant ni droit de vote, ni aucun privilège et qui se trouvent en circulation. Des actions sans droit de vote, tant privilégiées que non privilégiées, entrent donc en considération comme mode de financement de la S.E.

5. Seul le droit de vote est exclu (*sous b*). Il n'est pas porté atteinte aux autres droits des actionnaires (cf. § 140 de la loi allemande sur les sociétés anonymes). Le droit d'information, le droit d'assister aux assemblées générales et d'agir en annulation contre certaines décisions des organes de la S.E. constituent déjà une importante protection des actionnaires sans droit de vote.

Le droit d'agir en annulation contre les décisions peut être notamment d'une grande importance, par exemple en cas de « take over bids ». Celui qui veut mettre la main sur la S.E. n'a besoin de faire qu'une offre d'absorption aux actionnaires disposant du droit de vote. On sait quels avantages quant aux cours ceux-ci peuvent obtenir selon les circonstances. Les actionnaires sans droit de vote pourraient être exclus de cette offre. Après l'absorption, ils se trouvent dans certains cas placés devant la perspective d'être réduits à la famine par suppression des dividendes pendant une certaine période. Certes, le principe d'égalité empêche qu'on laisse

sans dividendes les titulaires des actions sans droit de vote, lorsqu'un dividende est distribué aux autres actions, mais dans le cas de semblables manœuvres, on pourrait tout aussi bien ne pas accorder de dividendes aux autres actions. Si dans ce cas la société a cependant réalisé des bénéfices et si ces derniers sont mis en réserves, les actionnaires sans droit de vote ont certainement motif à demander l'annulation de la décision de l'assemblée générale.

Les actions sans droit de vote confèrent aussi un droit de souscription préférentiel. Cela résulte déjà de l'article III - 1 - 3 où il est disposé, sans aucune limite, qu'un droit de souscription est accordé « aux » actionnaires en cas d'augmentation de capital par de nouveaux apports. Il était donc seulement nécessaire ici de préciser que leur droit de souscription ne concerne que les actions sans droit de vote. Il ne serait pas logique d'accorder, au moyen du droit de souscription préférentiel, aux titulaires d'actions dépourvus de ce droit, une influence dans la société (cf. art. 89, § 1 du projet belge).

6. L'*alinéa 2 sous c)* prescrit ensuite que les actions sans droit de vote ne doivent pas être prises en considération lors du calcul du chiffre minimum requis en vertu du Statut ou des statuts pour le quorum ou la majorité du capital. On trouve la même disposition à l'article 69, paragraphe 3 du projet belge et à l'article 41, dernier paragraphe du projet italien.

7. L'*alinéa 3* déclare inadmissible l'émission d'actions à droit de vote multiple. La Belgique, l'Italie et les Pays-Bas n'admettent pas les actions à droit de vote multiple. Elles ne sont pas admises non plus en Allemagne, cependant « l'autorité supérieure du Land où la société a son siège et qui est compétente en matière d'économie peut admettre des exceptions dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger les intérêts prépondérants de l'ensemble de l'économie » (§ 12 de la loi allemande sur les sociétés anonymes). En France, en vertu de l'article 175 de la nouvelle loi, une action à vote double peut être accordée sous certaines conditions aux actionnaires qui sont depuis deux ans au moins titulaires d'actions nominatives. Au Luxembourg, plusieurs votes peuvent généralement être émis dans les assemblées générales ordinaires pour des actions à droit de vote multiple; cela ne s'applique cependant pas aux modifications des statuts. Dans quatre des six Etats membres, les actions à droit de vote multiple sont donc en principe interdites; dans deux, elles sont admises — mais avec des restrictions. Dans ces circonstances, il a paru peu opportun d'admettre les actions à droit de vote multiple dans le projet de la S.E. Une interdiction des actions à droit de vote multiple était d'autant plus opportune que le projet admet l'émission d'actions sans droit de vote. Ainsi, les buts que l'on poursuit par l'émission d'actions à droit de vote multiple peuvent la plupart du temps être déjà obtenus — et peut-être même dans de meilleures conditions.

8. L'*alinéa 4* correspond en principe aux droits des sociétés anonymes de tous les Etats contractants, abstraction faite du droit néerlandais qui ne contient aucune disposition à ce sujet (cf. §§ 11 et 179, alinéa 3 de la loi allemande sur les sociétés anonymes, art. 71 des Lois coordonnées belges, art. 156 de la loi française, art. 2348 et 2376 du Codice civile, art. 68 de la loi luxembourgeoise et art. 84 du projet belge).

9. L'*alinéa 5* contient une disposition qui concerne les droits des titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. Une modification des rapports existant entre plusieurs catégories d'actions au détriment d'une catégorie exige l'approbation de la catégorie défavorisée. L'assemblée des titulaires d'actions de cette catégorie doit prendre une décision spéciale au sujet de cette approbation. Cette décision doit répondre aux prescriptions du Titre VIII (modification des statuts) pour ce qui est de la convocation, du quorum et de la majorité nécessaires.

Cette disposition correspond presque littéralement au paragraphe 179, alinéa 3 de l'« Aktiengesetz » qui a sa place dans la section relative à la modification des statuts. De tels changements du rapport existant entre les diverses catégories d'actions ne sont en effet concevables qu'en cas de modification des statuts. Le texte de cet alinéa aurait pu dès lors figurer dans le Titre VIII. Mais parce qu'il a trait à la situation de fait constituée par le rapport entre plusieurs catégories d'actions, il paraît davantage à sa place parmi les autres dispositions sur les actions et leurs catégories.

L'article 2376 du Codice civile contient une réglementation très semblable à celle de ce Statut. La loi belge (art. 71) qui a été modifiée en 1953, précisément en ce qui concerne le changement de rapport entre les droits tirés de catégories différentes, contient également une réglementation similaire. Mais elle prescrit une homologation de la décision par la Cour d'Appel si la décision n'a pas été votée par une majorité comprenant au moins un tiers de toutes les actions de la catégorie en question. Quant à la réglementation de la nouvelle loi française (art. 156), elle ne diffère pas non plus beaucoup de celle de ce Statut.

10. Le Statut renonce ainsi à la distinction qui existe en droit français et en droit luxembourgeois entre « actions de numéraire » et « actions d'apport ». En droit belge, cette distinction a été abandonnée par la loi du 30 juin 1961, article 6 (voir art. 47 des Lois coordonnées). A l'inverse des « actions de numéraire », la cession des « actions d'apport » est interdite pendant les deux premières années qui suivent l'émission. Pour la S.E., il semble n'y avoir guère de raison d'introduire cette différence qui est étrangère aussi aux autres droits. Le contrôle sévère des apports en nature, tant lors de la fondation de la S.E. que durant son existence, et la publicité prévue à cet effet, devraient suffire.

Article III - 2 - 3

1. Les actions sont au porteur ou nominatives. Les statuts peuvent stipuler qu'à la demande de l'actionnaire son action au porteur soit convertie en une action nominative ou son action nominative en une action au porteur.

2. Les actions nominatives doivent être inscrites au registre des actions de la société, le porteur étant désigné par son nom et son adresse. Le droit de consulter le registre des actions doit être accordé, sur sa demande, à chaque actionnaire.

3. La délivrance de certificats au porteur d'actions nominatives est autorisée; il en est de même de la délivrance d'autres certificats relatifs à des actions déposées.

1. Dans l'alinéa 1, le projet autorise aussi bien l'émission d'actions au porteur que celle d'actions nominatives. Ces deux formes sont connues dans les droits des six Etats contractants. En Italie cependant, l'article 2355 du Codice civile, qui autorise les deux catégories d'actions, n'est pas en vigueur. Par contre, selon le décret n° 1148 du 25 octobre 1941, les actions de sociétés ayant leur siège en Italie doivent être nominatives. On ne pourrait que difficilement justifier qu'à l'inverse de la pratique suivie dans les cinq autres pays, les sociétés anonymes européennes se limitent à des actions nominatives.

2. Le livre ou le registre des actions prévu à l'alinéa 2 est prescrit dans toutes les législations nationales, à l'exception de la législation néerlandaise.

3. L'alinéa 3 sanctionne la pratique internationale consistant à mettre en circulation des certificats d'action afin de faciliter les transferts. Les certificats au porteur relatifs à des actions nominatives sont ici expressément mentionnés parce qu'il a paru absolument nécessaire de mettre en lumière leur licéité. La seconde partie de cet alinéa permet d'éviter que, par une argumentation a contrario, la licéité de certificats relatifs à d'autres actions soit mise en doute. Pour les autres cas, on peut songer, par exemple, à la pratique des « American depositary receipts » (ADR) ou des « American depositary shares », qui sont émises contre des actions européennes au porteur ou nominatives.

Article III - 2 - 4

1. Tout actionnaire a droit à la délivrance gratuite d'un titre pour chacune de ses actions.

2. Jusqu'à l'établissement des titres, la société est tenue de délivrer à la demande de l'actionnaire des certificats provisoires. Ces certificats doivent être nominatifs.

3. Si la teneur des actions est devenue inexacte par suite de modification de la situation juridique, le directoire peut déclarer nuls les titres qui, malgré l'invitation à le faire, n'ont pas été présentés pour être corrigés ou échangés. A la place des titres déclarés nuls, de nouveaux titres doivent être délivrés aux ayants droit.

4. Si, en raison de son état, un titre ne peut plus être mis en circulation, le titulaire peut, si la teneur essentielle du titre est encore reconnaissable, demander à la société la délivrance d'un nouveau titre contre remise de l'ancien. Il doit en supporter les frais et en faire l'avance.

5. Si un titre a été perdu ou détruit, le titulaire peut demander au tribunal du siège de la société l'annulation du titre et la remise d'un titre de remplacement. Le demandeur doit inviter quiconque, par avis publié dans les journaux de la société, à déclarer ses droits sur l'action dans les trois mois. Pour le reste, les dispositions nationales de l'Etat du siège de la société s'appliquent à cette procédure.

6. Les dispositions de cet article, applicables aux titres, s'appliquent, par analogie, aux certificats provisoires.

1. Cet article essaie de donner une réglementation des titres, en tant que documents. Il suffit à cet égard de reconnaître à l'actionnaire — comme le prévoit l'alinéa 1 — le droit à l'établissement d'un document. Il n'est pas toujours nécessaire d'en établir. Ceci s'applique notamment au cas d'une filiale à 100 % ou à une S.E. ne comportant qu'un petit nombre d'actionnaires. Le Statut n'exclut pas la remise d'un document collectif.

2. L'établissement des titres exige du temps. L'alinéa 2 prévoit qu'entre-temps des certificats provisoires nominatifs peuvent être délivrés.

3. Seule la loi allemande sur les sociétés anonymes régit ce qui doit se passer en cas d'inexactitude de la teneur

(alinéa 3), d'altération (alinéa 4) et de perte ou de destruction (alinéa 5) d'un titre. Dans les autres pays, ces questions sont soit laissées aux statuts ou à la jurisprudence soit réglementées dans des lois spéciales ou pour des cas particuliers — comme, par exemple, en cas de perte ou de destruction due à des faits de guerre. Les dispositions des alinéas 3, 4 et 5 constituent une reproduction simplifiée des paragraphes 72, 73 et 74 de la loi allemande sur les sociétés anonymes. Le renvoi au droit national signifie, par exemple, pour une S.E. ayant son siège en République Fédérale, l'application de la procédure d'opposition prévue au paragraphe 72 de la loi allemande.

Article III - 2 - 5

Les actions au porteur se transmettent par tradition.

Cet article et l'article suivant régissent le transfert d'actions au porteur et d'actions nominatives. L'article III - 2 - 5 concerne le transfert d'actions au porteur. Dans le droit de tous les Etats contractants, il se réalise par simple tradition du titre.

La validité juridique du contrat servant de base à la remise doit être appréciée selon les règles du droit national applicable à ce contrat. En cas de transaction internationale, le droit national applicable se détermine d'après les règles du droit international privé. Le Statut n'a pas besoin de le préciser expressément.

Article III - 2 - 6

1. Les actions nominatives se transmettent par remise de l'action pourvue d'un endossement.

2. Les statuts peuvent comporter des clauses restrictives pour les cessions d'actions nominatives. Ces clauses doivent préciser nettement les limites ou les conditions imposées aux transferts. Elles ne peuvent abandonner à la discrétion des organes sociaux l'agrément qu'elles prévoient, ni rendre l'action pratiquement incessible.

3. Le transfert n'est valable à l'égard de la société que s'il lui a été dénoncé par écrit et a été inscrit, par le directoire, au registre des actions. Le directoire vérifie la régularité de la série des endossements mais non celle des signatures. Il s'assure en outre que le transfert a été réalisé en conformité des clauses d'agrément prévues dans les statuts.

4. Les dénonciations intervenues dans les quatre dernières semaines précédant une assemblée générale ne peuvent faire l'objet d'inscription au registre des actions qu'après la réunion de cette assemblée générale.

1. L'alinéa 1 traite du mode de transfert d'une action nominative; le transfert s'opère par remise du titre pourvu d'un endossement. Au cas où elle serait mise en doute, la régularité de l'endossement doit être appréciée conformément au droit national applicable.

Les autres méthodes de transfert d'une action nominative, telles que le droit néerlandais, par exemple, les connaît (re-

connaissance écrite du transfert par la société — art. 39a WvK) sont exclues.

2. Les statuts peuvent assujettir le transfert d'actions nominatives à des restrictions (alinéa 2). Tous les droits nationaux connaissent la possibilité de telles clauses. La pratique connaît les méthodes les plus diverses pour restreindre statutairement la transmissibilité. D'une part, la société peut avoir un intérêt justifié à restreindre cette transmissibilité. D'autre part, ces restrictions ne peuvent pas s'étendre au point d'infliger, selon les cas, un dommage considérable à l'actionnaire. On doit veiller ici à éviter des abus.

Le Statut ne peut pas s'occuper dans le détail de la gamme riche des clauses d'agrément. L'alinéa 2 n'a exprimé que quelques principes généraux qui peuvent servir de directives tout d'abord à ceux qui doivent établir les statuts. Finalement, la question de savoir jusqu'où les statuts peuvent aller pour les clauses d'agrément dépend du contrôle de la Cour de Justice européenne qui doit approuver ces statuts.

Les statuts pourraient, par exemple, stipuler que les actions nominatives à transférer doivent d'abord être offertes aux autres actionnaires et que le vendeur n'est libre de transférer que si ces actionnaires ne manifestent aucun intérêt. Au cas où d'autres actionnaires manifestent de l'intérêt et où un accord à ce sujet ne peut pas être obtenu, le prix de vente doit être fixé objectivement par un expert. Les statuts doivent réglementer tout cela de la manière la plus précise possible.

Les statuts pourraient également stipuler que seuls peuvent être actionnaires les membres d'un groupe déterminé de personnes. Ici déjà la question pourra se poser de savoir s'il ne sera pas porté atteinte au transfert de l'action. La pratique connaît les réglementations les plus diverses. Le contrôle de la Cour de Justice européenne permettra d'éviter des abus qui, sans cela, pourraient certainement se produire.

3. Le Statut n'a pas repris les exonérations que de nombreux statuts de sociétés anonymes nationales ainsi que la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 274) prévoient pour le transfert d'actions nominatives en cas de succession, lors de la dissolution d'une communauté entre époux ou pour une cession à des parents en ligne directe. Les statuts d'une S.E. peuvent naturellement accorder ces mêmes exonérations. Prévoir déjà ce fait dans le Statut a cependant paru excessif parce que, même dans ces cas et selon les circonstances, les restrictions peuvent être importantes. Etant donné que dans ces cas, les statuts doivent prévoir une indemnisation adéquate du possesseur, il a paru justifié de tenir compte ici en premier lieu des intérêts de la société, qui peut être par exemple intéressée, ici également, à restreindre le groupe des personnes. Les statuts de la S.E. peuvent donc, dans ces cas, maintenir expressément la liberté du transfert; mais ils n'y sont pas obligés. Si les statuts ne font pas d'exception, la restriction s'applique d'une manière très générale et par conséquent aussi aux cas mentionnés ici.

4. Vis-à-vis de la société, n'est considéré comme actionnaire que celui qui est inscrit en tant que tel au registre des actions (alinéa 3) (comparer à ce sujet § 67, alinéa 2 de la loi allemande sur les sociétés anonymes; art. 1 du décret français du 7 décembre 1955; art. 43, § 3 des Lois coordonnées de Belgique; art. 40 de la loi luxembourgeoise de 1915 et art. 2022 du Codice civile).

Les motifs pour lesquels le Directoire peut refuser une inscription au registre des actions sont également indiqués à l'alinéa 3.

5. En cas de convocation d'une assemblée générale, pour laquelle un délai d'au moins quatre semaines est prescrit par ce Statut, il n'est pas possible d'apporter des modifications au registre des actions au cours de cette période (alinéa 4).

Une telle disposition est indiquée tant pour la société à laquelle un certain temps doit être laissé pour examiner les notifications, que pour chacun des actionnaires qui, avant l'assemblée générale, demande à prendre connaissance du registre des actions et a le droit de pouvoir s'en remettre le plus largement possible à ces indications.

Troisième section

OBLIGATIONS

1. Cette section contient quelques dispositions sur l'émission d'obligations y compris d'obligations convertibles en actions. Cette matière est réglementée d'une manière très différente dans les ordres juridiques nationaux. C'est la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales qui va le plus loin : elle contient 56 articles sur les obligations en général, 5 sur les obligations convertibles en actions et 8 articles encore sur les obligations échangeables contre des actions à l'occasion d'une augmentation de capital. Le droit néerlandais des sociétés, en revanche, ne contient absolument aucune disposition sur les obligations. Tout est laissé ici à la réglementation contenue dans les conditions d'émission. Dans la pratique, cette méthode a également fait ses preuves.

2. Le projet cherche une voie moyenne. A cet égard, on a utilisé aussi bien l'exemple français que les réglementations de cette matière dans la loi belge (art. 84-101), italienne (art. 2410-2420) et luxembourgeoise (art. 79-98) ainsi que dans le projet belge (art. 115-144). Le Statut n'a prévu qu'un minimum de dispositions protectrices. Ici aussi on a, en principe, laissé le plus de liberté possible à la pratique.

3. A cet égard, il faut toujours considérer que, dans le cas de la S.E., il s'agit d'une société qui, comparée aux autres sociétés anonymes nationales, dispose d'un capital minimum très supérieur, entièrement versé et qui est soumise, du fait des dispositions détaillées relatives à la publicité, à un contrôle sévère tant lors de sa constitution qu'au cours de son existence ultérieure. La S.E. est une forme autonome de sociétés. Cela apparaît déjà lors de la constitution. Seules les sociétés par actions qui ont existé durant trois années statutaires et qui ont eu une activité économique, peuvent être fondatrices. Ceci rend superflu par exemple la disposition prescrite dans les différents ordres juridiques nationaux, à titre de mesure de sauvegarde, selon laquelle la société doit avoir établi au moins un ou deux bilans annuels avant de pouvoir procéder à l'émission d'obligations. Il en est de même de la disposition selon laquelle des obligations ne pourraient être émises que si le capital est entièrement versé. En matière de mesures de protection à exiger dans le cadre d'une S.E., il ne faut donc jamais perdre de vue le caractère particulier de ce type de société.

Article III - 3 - 1

Le directoire peut, avec l'accord du conseil de surveillance, émettre des obligations à la charge de la S.E. L'article III - 3 - 7 s'applique à l'émission d'obligations convertibles en actions.

Le caractère particulier de la S.E. s'exprime déjà dans cet article. Ainsi qu'il ressort du Titre IV suivant (Organes), le centre de gravité se trouve dans l'administration. De même que cet organe est compétent pour se faire ouvrir librement un crédit ou ouvrir un emprunt, il a semblé opportun de lui conférer la compétence d'émettre des obligations. Cela donne également de la souplesse lors du financement de la S.E.

Il en est autrement lors de l'émission d'obligations convertibles en actions. Elles peuvent être converties en actions en temps opportun. Cela concerne les droits des actionnaires qui ont dû renoncer à leur droit d'option. C'est pourquoi, une décision modificative des statuts prise par l'assemblée générale est exigée pour l'émission d'obligations convertibles en actions (art. III - 3 - 7).

Article III - 3 - 2

L'émission publique d'obligations doit être précédée d'un avis publié dans les journaux de la société au moins quatorze jours auparavant. Cet avis doit indiquer le nombre, le montant nominal, le cours de l'émission et le taux de l'intérêt des obligations à émettre ainsi que le moment et les conditions de leur remboursement.

Cet article traite de la publicité lors d'une émission publique d'obligations (appel à l'épargne publique). Comme dans la plupart des législations nationales, on a exigé la publication d'un avis (cf. par exemple art. 289 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales). En précisant le contenu de cet avis, on a évité de fournir trop de détails. On peut ici s'en remettre à la pratique selon laquelle les banques jouent aussi un rôle d'intermédiaire et à la large publicité à laquelle la S.E. se trouve soumise par ailleurs.

Article III - 3 - 3

1. Les obligataires d'une même émission publique forment de plein droit une masse dont les décisions, prises en tenant compte des dispositions de cette section, sont obligatoires pour tous les obligataires de ladite émission. La masse a la personnalité juridique.

2. L'assemblée de la masse est compétente pour se prononcer sur toutes les propositions de la société relatives à l'émission, y compris celles concernant une modification des conditions d'émission ou une modification ou suppression des sûretés.

1. Cet article (*alinéa 1*) a repris la notion juridique de « masse des obligataires » connue en droit belge (art. 99), luxembourgeois (art. 95) et français (art. 293). Ainsi se trouve constitué un organe comparable à l'assemblée générale des actionnaires, qui sert aussi bien les intérêts de la société que ceux des obligataires. Les décisions de cet organe sont juridiquement obligatoires pour tous les obligataires. La société sait donc à qui elle doit s'adresser au cas où il paraît opportun, durant la période d'émission, de modifier les conditions de celle-ci. Un organe est alors à la disposition des obligataires, ce qui permet de défendre leurs droits et éventuellement de parvenir à des solutions raisonnables dans l'intérêt de tous les titulaires sans qu'un seul puisse y faire obstacle.

La personnalité juridique est accordée à la masse. La raison en est surtout de pouvoir plus facilement accorder des sûretés. Celles-ci peuvent être établies au nom de la masse.

2. L'*alinéa 2* délimite en détail — ce qui est peut-être superflu — les compétences de la masse. Cette dernière peut en cas de faillite intervenir en faveur des droits des obligataires.

Article III - 3 - 4

1. Lors de l'émission publique d'obligations, la société doit désigner un représentant de la masse indépendant de la société. L'assemblée de la masse peut à tout moment révoquer le représentant et le remplacer par un autre. En cas d'urgence, tout obligataire peut demander au tribunal du siège de la S.E. de nommer un représentant.

2. Le représentant de la masse assure la représentation judiciaire et extra-judiciaire de la masse vis-à-vis de la société. Il est autorisé à assister aux assemblées générales de la société et à y exercer tous les droits d'un actionnaire, notamment le droit à l'information, à l'exception du droit de vote. La société doit envoyer au représentant tous les documents dont les actionnaires ont le droit de prendre connaissance ou de recevoir copie.

1. La masse, qui possède la personnalité juridique, a besoin d'un représentant. L'*alinéa 1* régit la nomination de ce dernier. Cette nomination est imposée à la société en s'appuyant sur la pratique courante de la nomination d'un représentant en cas d'émission publique. Ce représentant doit être une personnalité neutre. C'est ce que l'on a exprimé ici en exigeant l'indépendance.

Ce représentant est le représentant de la masse. Logiquement, la masse est autorisée à révoquer en tout temps le représentant, nommé par la société ou par la masse elle-même, et à le remplacer par un autre.

Dans certains cas, le représentant peut être absent ou empêché d'exercer ses fonctions. Chaque obligataire peut alors demander au tribunal de nommer un nouveau représentant. En s'appuyant sur la réglementation française (art. 297), on exige l'urgence.

2. L'*alinéa 2* dispose que le représentant assure la représentation judiciaire et extra-judiciaire de la masse. Il peut participer aux assemblées générales et y poser des questions (droit d'information). Sans qu'il ait à le demander, la société doit lui fournir les mêmes documents que ceux auxquels les actionnaires ont droit, même s'ils doivent faire l'objet d'une demande spéciale. Même sans cette disposition, la société pourrait attacher de l'importance à tenir le représentant de la masse au courant.

Article III - 3 - 5

1. L'assemblée de la masse est convoquée par son représentant ou par le directoire de la S.E. Les obligataires qui possèdent ensemble, soit 5 % des obligations en circulation, soit des obligations d'une valeur nominale correspondant à 250 000 UC, peuvent inviter, par écrit, le représentant ou le directoire à convoquer l'assemblée.

2. L'assemblée peut valablement délibérer lorsque les trois quarts des obligataires sont présents ou représentés. Si ce quorum n'est pas atteint, l'assemblée est convoquée une seconde fois. Dans ce cas, elle peut décider sans tenir compte du nombre des obligataires présents ou représentés.

3. Les décisions de l'assemblée exigent toujours une majorité des trois quarts des votes valablement émis.

4. Le droit de vote est exercé selon le montant nominal des obligations. Le montant nominal minimum confère une voix.

5. Le représentant de la masse ou, en son absence, le directoire de la société assure la présidence.

6. Pour le reste, les dispositions relatives à la convocation et à la tenue d'une assemblée générale s'appliquent par analogie.

1. Cet article régit le mode de convocation de la masse et les conditions dans lesquelles elle prend ses décisions. Il faut ici poser des conditions strictes étant donné que l'on doit empêcher que les droits des obligataires soient lésés.

2. L'*alinéa 1* régit la convocation de la masse d'une manière équivalente à celle de la convocation de l'assemblée générale. Ici, la nouveauté est la personne du représentant de la masse (voir art. III - 3 - 4).

3. L'*alinéa 2* exige pour l'assemblée un quorum de présence de trois quarts de tous les obligataires. Si ce quorum n'est pas atteint, une deuxième assemblée sera convoquée qui aura pouvoir de décision sans considération du nombre des obligataires présents ou représentés.

4. L'*alinéa 3* exige toujours pour les décisions une majorité de trois quarts des suffrages émis. Ceci s'applique même pour la seconde assemblée qui doit être convoquée si le quorum n'a pas été atteint au cours de la première.

5. Le droit de vote des obligataires est régit à l'*alinéa 4* d'une manière semblable à la réglementation du droit de vote des actionnaires dans le Titre IV.

6. Le renvoi prévu dans l'*alinéa 6* aux règles applicables à l'assemblée générale donne des garanties importantes. Pour la convocation, un délai de quatre semaines doit être observé. L'ordre du jour doit être publié dans les journaux de la société avec les propositions de décision. Les procès-verbaux des assemblées doivent être authentifiés par un notaire. Les obligataires, comme les actionnaires, peuvent faire des contrepropositions. Au cas où il n'a pas été donné suite à leur demande de convocation (alinéa 1), ils peuvent également être autorisés à convoquer eux-mêmes la masse aux frais de la société.

Toutes ces garanties et celles contenues dans les dispositions relatives à l'assemblée générale, en faveur des actionnaires, garantissent aussi les droits des obligataires.

Article III - 3 - 6

1. Les frais de convocation et de tenue d'assemblées de la masse, de rétribution du représentant et de mesures prises dans l'intérêt de la masse et pour la sauvegarde de ses droits doivent être supportés par la société.

2. Le tribunal dans le ressort duquel la S.E. a son siège est compétent pour les litiges entre la société et la masse.

1. L'*alinéa 1* met à la charge de la société qui a émis les obligations tous les frais découlant de la convocation et de

la tenue des assemblées de la masse, comme de la rétribution du représentant y compris celui qui doit être nommé par le tribunal dans les cas d'urgence. Y sont également compris les frais exposés dans l'intérêt de la masse et en vue de défendre ses droits. Cette disposition se rattache à la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 320) et au projet belge (art. 126).

2. Le tribunal du siège de la S.E. est compétent pour les litiges entre la société et la masse (*alinéa 2*). Le projet belge régit en outre d'une manière détaillée l'annulation des décisions de la masse. La nouvelle loi française prévoit à l'article 316 la possibilité de soumettre les décisions de la masse au tribunal, en vue de leur homologation. Les deux réglementations n'ont pas été reprises dans le projet. Dans la mesure où la masse se présente pour défendre ses droits, le juge, d'ailleurs, intervient. Il semble à peine concevable que par ses décisions prises sur proposition de la société (pour modifier les conditions d'émission ou pour modifier ou supprimer des sûretés) la masse puisse enfreindre le droit applicable à l'émission. Dans ces cas, le recours au tribunal restera ouvert même sans réglementation expresse dans le Statut. Il en est de même en ce qui concerne les irrégularités commises lors de la convocation, ou de la tenue des assemblées de la masse. Il ne semble donc pas nécessaire de surcharger le Statut d'une réglementation en ce domaine.

Article III - 3 - 7

1. L'émission d'obligations convertibles en actions, aux titulaires desquelles un droit d'échange ou un droit de souscription est reconnu, ne peut être décidée qu'en vertu d'une décision de l'assemblée générale compétente pour modifier les statuts. Lors de cette décision, un capital autorisé d'un montant égal à l'utilisation maximum du droit d'échange ou de souscription, doit être constitué sous renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription.

2. Lors de l'émission d'obligations convertibles en actions, les actionnaires ont un droit préférentiel de souscription à ces titres dans la mesure où l'assemblée générale n'en décide pas autrement.

3. Aussi longtemps que les obligations convertibles en actions sont en circulation, la société ne peut prendre aucune décision portant modification des statuts et ayant pour effet de réduire les droits des obligataires, à moins que l'occasion ne leur ait été donnée, trois mois au moins avant l'adoption de la décision, par un avis paru dans les journaux de la société, d'exercer leur droit de souscription ou d'échange ou que la masse ait approuvé la modification des statuts.

1. La S.E. peut également émettre des obligations convertibles en actions. Toutefois, comme il l'est indiqué dans le commentaire de l'article III - 3 - 1, il faut une décision de l'assemblée générale compétente pour modifier les statuts (*alinéa 1*). L'émission d'obligations convertibles en actions exige quelques dispositions particulières qui sont contenues dans cet article. Au reste, les articles précédents de cette section s'appliquent à ces obligations. Parmi eux, figure l'avis exigé à l'article III - 3 - 2 en cas d'émission publique. Lorsque cet avis doit mentionner les conditions de la convertibilité des obligations convertibles en actions, cela veut dire

qu'en l'occurrence il doit aussi indiquer clairement le droit d'échange et de souscription des titulaires d'obligations convertibles en actions.

2. La nouvelle loi française sur les sociétés commerciales connaît également, à côté des « obligations convertibles en actions », les « obligations échangeables contre des actions » (art. 200-208). Ces dernières ne peuvent être échangées qu'à la suite d'une augmentation de capital. Ces obligations sont achetées par des banques ou des personnes possédant une garantie bancaire. Le projet s'est limité à la forme généralement plus connue des obligations convertibles en actions, pour lesquelles un capital autorisé égal au montant du droit d'échange ou de souscription doit être simultanément constitué. En décidant d'émettre des obligations convertibles en actions et de constituer un capital autorisé, les actionnaires renoncent au droit de souscription qui leur est normalement reconnu. L'assemblée générale doit être simultanément modificative des statuts, donc à la majorité des trois quarts (*alinéa 1*).

3. En cas d'émission d'obligations convertibles en actions, les actionnaires ont sur elles un droit de souscription (*alinéa 2*). L'assemblée générale peut cependant en décider autrement, comme c'est également le cas pour le droit de souscription des actionnaires en cas d'augmentation de capital (art. III - 1 - 3).

4. L'*alinéa 3* contient les garanties nécessaires pour les titulaires d'obligations convertibles en actions. Ceux-ci ont acquis leurs parts avec des espoirs déterminés. Ils ne devraient pas être déçus par des augmentations ultérieures de capital auxquelles ils ne participeraient pas ou par l'émission de nouvelles obligations convertibles en actions ou par une diminution de capital avec remboursement d'actif, etc. La nouvelle loi française prévoit la même disposition dans les articles 195 et 196. Le projet se rallie à la notion de décision modificative des statuts, qui couvre les cas mentionnés dans la loi française aux articles 195 et 196. La masse peut cependant se déclarer d'accord, dans les conditions strictes prévues pour sa décision (art. III - 3 - 5), comme elle peut consentir, même sans cela, à une modification des conditions d'émission ou même à une suppression de sûretés.

Quatrième section

AUTRES TITRES

Article III - 4 - 1

L'émission d'autres titres, accordant aux non-actionnaires un droit à la participation au bénéfice ou à l'actif social n'est pas admise.

Cet article écarte les autres titres qui accordent à des non-actionnaires un droit de participation aux bénéfices ou à l'actif social. Sont ainsi exclues les obligations avec participation aux bénéfices qui, du reste, ne se rencontrent que rarement dans la pratique. Il en est de même des parts de fondateurs qui sont connues dans certains droits nationaux où ils ont facilement donné lieu à des abus ou à des inconvénients. On peut penser par exemple à une participation massive aux bénéfices alors que le capital a été augmenté au cours des temps. Si on voulait cependant admettre aussi ces derniers titres dans la S.E., le Statut devrait contenir une disposition permettant à la société de les racheter contre un montant fixe qui devrait être préalablement fixé dans les statuts. La S.E. peut toutefois se tirer d'affaire même sans les valeurs mentionnées ici et autres analogues. C'est pourquoi, la solution la plus simple est proposée : celle de ne pas les admettre.

Titre IV

ORGANES

Introduction

1. Ce titre traite de la répartition des pouvoirs entre les organes de la S.E. Au centre se trouve le directoire, terme qui a été emprunté à la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales et qui exprime d'une manière heureuse l'évolution qu'on peut discerner dans la conception juridique de la société anonyme dans les droits des six pays contractants. Ce n'est plus l'assemblée générale des actionnaires — si jamais elle l'a été effectivement dans des sociétés d'une certaine envergure comme celle de la S.E. — qui est maître de la société. Le pouvoir réel revient aux dirigeants de la société. La notion de la « souveraineté » de l'assemblée générale a été radicalement abandonnée. Dans la *première section* du Titre IV (organes), il sera donc traité du directoire.

2. Tout pouvoir demande un contrôle. Pour un contrôle efficace deux moyens sont proposés : une extension de la publicité (Titre VI) et le contrôle par un organe spécial de la société, séparé du directoire et indépendant de celui-ci : le contrôle par le conseil de surveillance. La *deuxième section* s'occupe de cet organe, de sa composition, de sa méthode de travail et de ses pouvoirs qui vont plus loin qu'un contrôle pur et simple. Là encore le projet de la S.E. se rallie à l'évolution des législations et à la pratique des sociétés anonymes sur le plan national.

3. Tout cela ne veut pas dire que les actionnaires constituent une quantité négligeable. Il faut pourtant être réaliste. L'absentéisme des actionnaires dans les assemblées générales est connu partout. Les actionnaires peuvent acheter ou vendre leurs actions à tout moment opportun; la porte d'entrée ou de sortie de la société leur est en principe laissée grande ouverte. En général, les actionnaires se désintéressent de l'administration de la société. Leurs intérêts se concentrent plutôt vers les résultats et la distribution des dividendes.

Les actionnaires ont plutôt besoin d'une protection (droit de préférence en cas d'émissions, droit d'information individuel) que de pouvoirs de gestion. L'assemblée générale par exemple est un organe mal placé pour choisir les membres du directoire. Cette mission a été attribuée, dans le projet, au conseil de surveillance qui peut mieux juger les candidats et la composition du « team » que le directoire doit former. Il revient par contre aux actionnaires qui ont un intérêt majeur à le faire, à choisir des hommes de confiance pour le conseil de surveillance.

La *troisième section* de notre Titre s'occupe d'une réglementation aussi efficace que possible des pouvoirs des assemblées générales en tenant compte du point de départ réaliste, esquissé dans cette introduction. Il leur reste toujours des pouvoirs importants, comme il l'est démontré dans l'énumération, de caractère limitatif d'ailleurs, donnée dans le premier article de cette section.

4. Les pouvoirs des organes de la S.E. sont nettement délimités dans le Statut. L'assemblée générale a les pouvoirs énumérés dans l'article IV - 3 - 1, pas moins et pas plus. La répartition des pouvoirs entre le directoire et le conseil de surveillance est également stricte (art. IV - 2 - 1, alinéa 2). Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes intéressant la société (art. IV - 1 - 3). En cas de doute, c'est au directoire qu'incombe le pouvoir de faire un acte intéressant la société.

Première section

LE DIRECTOIRE

Article IV - 1 - 1

La société est administrée par un directoire qui exerce ses fonctions sous le contrôle d'un conseil de surveillance.

1. Cet article exprime le principe suivant lequel la S.E. est administrée par un directoire sous le contrôle d'un conseil de surveillance, comme on l'a expliqué dans l'introduction de ce titre. La conception du directoire correspond à celle du « Directoire » dans la sous-section II (art. 118-150) de la Section III, chapitre IV de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales. Elle correspond également au « Vorstand » dans le droit allemand et au « Directie » en droit néerlandais.

Le terme « directoire » semble prêter à moins de confusion que le terme « conseil d'administration » ou « consiglio di amministrazione », connu dans les autres droits nationaux et, à titre alternatif, dans la nouvelle loi française. Puisqu'en droit italien, le « consiglio di amministrazione » peut, à l'opposé du directoire de la S.E., déléguer ses pouvoirs à un « comitato esecutivo », il semblera préférable de choisir, pour la version italienne de ce Statut, le terme « comitato di direzione ». Pour l'Allemagne on pourra sans difficultés employer le terme « Vorstand » de la S.E. par analogie au Vorstand d'une Aktiengesellschaft. Le même terme s'applique pour les Pays-Bas où l'on peut employer le mot « Directie ».

2. Le projet évite d'employer le terme « mandat » pour qualifier les relations entre la S.E. et son directoire. Cette notion correspond plutôt à la conception abandonnée, suivant laquelle c'est aux actionnaires, réunis dans l'assemblée générale, qu'appartiendrait le pouvoir suprême. Dans cette conception, les membres du directoire ne seraient que des mandataires auxquels les actionnaires auraient délégué leurs pouvoirs. Au contraire, les membres du directoire ont des pouvoirs propres. Le directoire administre la société. Il a, dans la limite de l'objet social, les pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes intéressant la société, qui n'ont pas été attribués expressément à d'autres organes (art. IV - 1 - 3).

Article IV - 1 - 2

1. Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance. Le conseil conclut, au nom de la société, avec chacun des membres du directoire, un contrat qui fixe le mode et le montant de sa rémunération.

2. Seules des personnes physiques peuvent être nommées membres du directoire.

3. Ne peuvent être membres du directoire les incapables et les personnes qui se trouvent en état

d'incapacité en raison de condamnation pénale ou de faillite.

4. Ne peuvent également être membres du directoire les personnes qui, d'après le droit national, ne peuvent exercer cette fonction pour incompatibilité avec d'autres fonctions.

5. Les statuts déterminent le nombre maximum des membres du directoire.

6. Lorsque le directoire est composé de plus d'un membre, le conseil de surveillance peut conférer à l'un d'eux la qualité de président.

7. Le conseil de surveillance peut, en cette qualité, révoquer, pour des motifs graves, les membres du directoire et le président. La révocation entraîne cessation immédiate et définitive des fonctions. Les autres effets de la révocation sont déterminés par le contrat et par le droit qui le régit.

1. C'est le conseil de surveillance qui désigne les membres du directoire et fixe toute rémunération de chacun d'eux (*alinéa 1*). Ce système a été déjà justifié dans l'introduction de ce Titre (n° 3). Il appartient donc au conseil de surveillance de faire ce choix si important et de négocier avec chaque membre du directoire les conditions de son contrat.

Il en est ainsi dans les législations française (art. 120), allemande (§ 84) et le projet belge (art. 33). Le même système se retrouve, en pratique, aux Pays-Bas où la nomination est faite par l'assemblée générale sur proposition impérative du conseil de surveillance (ou de porteurs d'actions de priorité qui peuvent se trouver dans les mains des membres du conseil) et où les statuts laissent de plus en plus au conseil de surveillance le pouvoir de fixer les modalités du contrat avec les membres du directoire.

2. Dans la *deuxième phrase de l'alinéa 1*, il est question du contrat conclu avec chaque membre du directoire lors de sa nomination. Ce contrat n'a pas été qualifié, ni comme contrat de travail, ni comme contrat de service. Il n'existe pas une subordination du directoire à un autre organe de la société. Les membres du directoire n'ont pas à recevoir des instructions de l'assemblée générale, ni du conseil de surveillance. Le Statut leur attribue un pouvoir très étendu. L'autorisation préalable du conseil de surveillance, que les statuts peuvent exiger pour des actes déterminés (art. IV - 1 - 5), ne change pas cette situation. Le contrat à conclure nécessairement avec chaque membre du directoire au moment de sa nomination, reste un contrat sui generis.

Ce contrat est régi, comme tous les contrats conclus par la S.E., par le droit national désigné par les parties ou par le droit international privé. Evidemment, ce contrat subit l'influence des dispositions de ce Statut, notamment de l'alinéa 7 de cet article (la révocation met fin immédiatement à leurs fonctions) et des articles IV - 1 - 8, IV - 1 - 9 et IV - 1 - 10.

Le projet ne prévoit pas une durée fixe pour le contrat. Il peut être conclu aussi bien pour une durée limitée qui nécessitera, le cas échéant, un renouvellement, que pour une durée illimitée qui rendra plus facile une résiliation intérimaire, après un certain préavis. Le projet s'éloigne sur ce point de la plupart des lois nationales, qui prescrivent la nomination pour une durée limitée : en Allemagne (5 ans), en Belgique (6 ans), en Italie (3 ans). En France également, une durée limitée a été prévue. Le projet belge prévoit une nomination

pour une durée indéterminée. La loi néerlandaise ne contient pas de dispositions à cet effet. Le projet préfère laisser autant que possible la liberté à la pratique. Aussi donne-t-il au conseil de surveillance la plus grande liberté de faire ce qui lui semble le plus conforme à l'intérêt de la société.

Toute rémunération doit être prévue dans le contrat; non seulement les honoraires et leur mode de paiement, mais également, s'il y a lieu, les droits à une pension de retraite ou les avantages accessoires comme l'habitation et l'emploi d'une voiture appartenant à la société.

3. *L'alinéa 2* exclut la nomination de personnes morales comme membres du directoire. Cette règle est conforme à celle des articles 110 et 115 (pour le président du conseil d'administration et les directeurs généraux) et 120, alinéa 3 (pour les membres du directoire) de la nouvelle loi française (correspondant d'ailleurs, pour ce qui est de l'art. 110, avec l'art. 12 de la loi du 4 mars 1943) et de l'alinéa 3 de l'article 76 de l'Aktiengesetz. Toutefois, le droit français admet les personnes morales aux autres fonctions dans le conseil d'administration. Ces autres fonctions sont cependant plus ou moins comparables avec celles du conseil de surveillance d'après la nouvelle loi.

Les lois des autres Etats ne contiennent pas de disposition expresse. En Italie, la question de savoir si des personnes morales peuvent être administrateurs est discutée; c'est l'opinion négative qui prévaut en doctrine. Au Benelux, les personnes morales sont admises comme administrateurs. Toutefois, le projet de loi belge dispose que les administrateurs-gérants ne peuvent être que des personnes physiques (art. 32).

La nomination de personnes morales présente plusieurs désavantages. Elles doivent toujours être représentées à leur tour par des personnes physiques, dont le pouvoir de représentation, selon le droit national qui leur est applicable, peut donner lieu à des difficultés. C'est exactement ce qu'il faut éviter le plus possible pour la S.E. (voir les articles IV - 1 - 4 et IV - 1 - 5). Mais avant tout, la personne morale peut à tout moment remplacer la personne physique par une autre. Ceci fausse la conception du directoire comme « team ». Sans doute, la nomination de personnes morales pourrait, dans certains cas, présenter également des avantages. Mais ces avantages peuvent être atteints aussi bien par la nomination d'une personne physique représentant en fait la personne morale. Un tel système semble plus conforme à la réalité.

4. *L'alinéa 3* exclut certaines personnes de la fonction de membre du directoire. Cette exclusion se retrouve, dans une forme plus ou moins explicite et rigoureuse, dans les législations de tous les Etats contractants, soit dans le cadre du droit des sociétés (p. ex. l'art. 2382 Codice civile), soit dans un cadre plus général (p. ex., aux Pays-Bas, dans les dispositions du code civil sur les incapacités, du code pénal sur les interdictions, etc.). Le projet s'abstient de mentionner les causes d'incapacité ou d'interdiction. Sur ce sujet, il renvoie implicitement au droit national. Ce droit sera normalement le droit national de l'intéressé.

5. *L'alinéa 4* traite des incompatibilités. Selon les droits nationaux la gestion des sociétés, ou plus généralement la profession commerciale, est incompatible avec certaines autres fonctions et professions, comme celles de notaire, fonctionnaire, etc. Quant à la nature de ces autres fonctions, le Statut se réfère expressément au droit national, qui sera normalement le droit national de l'intéressé.

6. Le Statut laisse la liberté quant au nombre des membres du directoire (*alinéa 5*), comme le font les lois italiennes (art. 2380 C.c.) et néerlandaise. Les autres lois contiennent des dispositions diverses (p. ex. art. 76, alinéa 2 de l'Aktiengesetz). Les lois belge (art. 55 L.C.) et luxembourgeoise (art. 51) sont les seules à exiger un nombre minimum de trois.

Le projet de loi belge n'impose aucun minimum. La nouvelle loi française n'exige, pour les sociétés dont le capital est inférieur à 250 000 F, qu'une seule personne au directoire.

De nouveau le Statut a opté pour la liberté. Tout dépend des besoins de la pratique. Pourquoi imposer à une S.E. plusieurs membres dans le directoire quand un seul suffit ? Il y a seulement intérêt à déterminer un maximum pour éviter que le directoire ne s'élargisse trop.

7. L'*alinéa 6* prévoit que le conseil peut conférer à un de ses membres du directoire, lorsque celui-ci est composé de plusieurs membres, la qualité de président. C'est une faculté et non pas une obligation, comme dans la nouvelle loi française (art. 120). D'ailleurs, le président ne sera qu'un *primus inter pares*. Il ne dispose pas d'une voix prépondérante dans le cas où les votes dans le directoire sont partagés.

8. La révocation, visée à l'*alinéa 7*, est réglementée d'une façon plus concise, mais essentiellement comparable à celle du paragraphe 84, alinéa 3 de l'Aktiengesetz. L'article 35 du projet de loi belge confère le droit de révoquer les administrateurs-gérants tant au conseil de surveillance qu'à l'assemblée générale. L'article 121 de la nouvelle loi française confère ce droit uniquement à l'assemblée générale, mais sur proposition du conseil de surveillance.

Pour ce Statut nous avons choisi la solution allemande, qui offre un compromis : c'est toujours le conseil de surveillance qui, ayant nommé les membres du directoire, peut les révoquer. Cependant, il doit y avoir des motifs graves pour la révocation. Sinon, la situation des membres du directoire serait trop incertaine. Ce motif grave pour la révocation pourrait résider dans le refus de confiance par l'assemblée générale. Si le conseil de surveillance ne donnait pas suite à un tel refus de confiance, il courrait le risque d'être révoqué lui-même par l'Assemblée générale.

Comme on l'a remarqué sous 2 du commentaire à cet article le contrat entre la société et un membre du directoire est régi par le droit national. Les effets de la révocation sont, par conséquent, également déterminés — outre par le contrat lui-même — par ce droit national. Une exception à cette règle se trouve dans l'*alinéa 7, deuxième phrase*, qui prescrit que la révocation met fin immédiatement et définitivement à la fonction de membre du directoire. L'annulation de la révocation par le juge national du siège ne pourrait donc avoir pour effet de faire revenir à sa fonction un membre du directoire. Si la révocation, par le conseil de surveillance, est décidée en violation du contrat ou de la loi nationale — ou sans qu'il y ait eu des motifs graves dans le sens de cet article — elle peut donner lieu seulement à dommages-intérêts. Cette règle semble préférable en considération des rapports internes dans la société.

Article IV - 1 - 3

1. Le directoire est investi, dans la limite de l'objet social, des pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes intéressant la société qui n'ont pas été attribués expressément à d'autres organes par le présent Statut.

2. Lorsque le directoire est composé de plus d'un membre, ses membres constituent un collège. Les membres du directoire répartissent entre eux leurs attributions; cette répartition n'a que des effets internes. Par voie de règlement, le conseil de surveillance peut, à tout moment, pourvoir au fonctionnement interne du directoire.

1. L'*alinéa 1* développe le principe que c'est dans le directoire que se trouve le centre de la S.E. Le directoire est investi « des pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes intéressant la société ». Cette formule a été préférée à celle des lois belge et française (pour agir en toutes circonstances *au nom* de la société — art. 124 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales; faire tous actes d'administration et de soutenir toutes actions *au nom* de la société — art. 54 des L.C. belges), pour ne pas faire entrer la représentation de la S.E. dans la définition de ses pouvoirs. Les articles suivants (art. IV - 1 - 4 et IV - 1 - 5) traitent de la représentation. La formule choisie inclut déjà cette représentation, mais ne se limite pas à elle; elle semble être encore plus large que les textes cités.

Les pouvoirs du directoire se trouvent bornés par des limites qui résultent de la construction de la S.E. Le directoire est lié par l'objet social et également par la distribution des pouvoirs fixée dans le Statut de la S.E. A cause de l'énumération limitative des pouvoirs de l'assemblée générale, il n'est pas possible d'attribuer à cet organe des pouvoirs dont le directoire est investi par ce Statut, comme d'ailleurs, il serait impossible d'attribuer une partie des pouvoirs de l'assemblée générale au directoire. La répartition des pouvoirs entre le directoire et le conseil de surveillance est également stricte (art. IV - 2 - 1). Il y a seulement question d'une certaine interaction dans les cas, mentionnés dans l'article IV - 1 - 5 : autorisation préalable de certains actes du directoire par le conseil de surveillance. Ces cas doivent être expressément prévus dans les statuts de la S.E. En principe c'est au directoire qu'incombent les pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes intéressant la société.

2. L'*alinéa 2* pose le principe de la collégialité du directoire. S'il est composé de plus d'un membre, il constitue un collège. Les membres du directoire peuvent se répartir les tâches entre eux; l'un d'eux peut être plus particulièrement chargé des affaires sociales, un autre des affaires commerciales ou techniques, etc. Cette répartition n'a que des effets internes. Le directoire est responsable comme tel de la marche des affaires de la S.E. (art. IV - 1 - 8). A l'égard des tiers, la société peut être engagée dans tous les domaines par chacun de ses membres si les statuts n'en disposent pas autrement, par exemple, en exigeant la signature d'au moins deux membres du directoire (art. IV - 1 - 4).

Il s'agit donc exclusivement, dans cet alinéa, d'une organisation interne du fonctionnement du directoire. Quand il y a lieu de définir ce fonctionnement interne dans un règlement, comme c'est le cas dans plusieurs sociétés anonymes d'une certaine envergure, ce règlement doit émaner du conseil de surveillance. Il est possible que le conseil estime sage, pour maintenir l'harmonie dans le directoire, d'intervenir par la voie d'un tel règlement. Pour présenter une souplesse nécessaire, la disposition de la loi française — le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts (dernier alinéa de l'art. 124) — n'a pas été retenue. Cette matière, comme la répartition des tâches entre les membres du directoire, semble plutôt apte à être réglée dans un règlement intérieur que dans les statuts, d'autant plus qu'un tel règlement ne devrait pas être opposable aux tiers. Ces motifs expliquent qu'on se soit également écarté de l'Aktiengesetz qui règle la matière dans l'article 77, alinéa 2.

Article IV - 1 - 4

1. Lorsque le directoire est composé de plus d'un membre, chacun d'eux a le pouvoir de représenter la société dans ses rapports avec des tiers, à moins que les statuts n'en disposent autrement. Ces clauses statutaires sont inopposables aux tiers.

2. Le directoire peut nommer des fondés de pouvoirs et leur attribuer des pouvoirs de représentation déterminés. Leur nomination et la définition de leurs pouvoirs doivent être approuvées par le conseil de surveillance.

3. Tout changement dans la composition du directoire, toute nomination ou révocation des fondés de pouvoirs, l'étendue des pouvoirs qui leur sont délégués et tout changement dans leurs pouvoirs doivent être notifiés par le directoire au registre européen du commerce.

4. Tant que l'enregistrement de ces notifications n'a pas été publié dans les journaux de la société, celles-ci sont inopposables aux tiers, à moins que la société ne démontre que ceux-ci en ont eu connaissance. Toutefois, les tiers peuvent toujours s'en prévaloir.

5. L'enregistrement des noms des membres du directoire et des fondés de pouvoirs rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne démontre que ceux-ci en ont eu connaissance.

1. Cet article, comme le suivant, traite de la représentation de la S.E. envers les tiers, matière qui se trouve en voie d'harmonisation dans le cadre du projet d'une première directive pour la coordination des garanties en droit des sociétés sur la base de l'article 54, 3g du Traité de Rome. Ce Statut s'est inspiré largement, dans cette matière, des travaux de la Commission.

2. L'alinéa 1 part du principe qu'en général, lorsque le directoire est composé de plus d'un membre, chacun d'eux a le pouvoir de représenter intégralement la S.E. envers les tiers. Il n'a pas semblé nécessaire d'y ajouter les mots : tant en justice qu'autrement.

Les législations belge (art. 54), luxembourgeoise (art. 53) et néerlandaise (art. 47) posent le même principe. Le Codice civile ne contient pas de disposition nette à ce sujet : en général, ce sont seulement certains des administrateurs qui ont le pouvoir de représentation.

L'Aktiengesetz (art. 78) part du principe de la représentation collective par tous les membres du directoire, mais il admet des dérogations, à prévoir dans les statuts. Par contre, la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 126) part du principe que le président du directoire représente la société, mais elle admet que les statuts habilent le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres du directoire.

En considération de la sécurité juridique des tiers qui entrent en relations avec la S.E., l'alinéa 1 dispose que les clauses statutaires limitant les pouvoirs de représentation des membres du directoire sont inopposables aux tiers. A cet égard, le Statut rejoint complètement l'alinéa 2 de l'article 11 de la proposition révisée de la première directive sur la base de l'article 54, 3g et l'exposé des motifs qui s'y rapporte. Ces clauses statutaires n'ont d'effet que dans les rapports internes de la société.

3. La pratique démontre que, dans les sociétés d'une certaine importance, il est nécessaire qu'il y ait d'autres personnes que les membres du directoire pour représenter la société. L'alinéa 2 traite de ces personnes dénommées « fondés de pouvoirs » (Prokuristen, procuratori, procuratiehouders).

La nomination des « fondés de pouvoirs » et la définition de leurs pouvoirs est une chose importante. L'approbation du conseil de surveillance est exigée. Il s'agit ici de personnes chargées de transactions importantes au nom de la société, par exemple, l'achat de matières premières pour la fabrication des produits de l'entreprise. Il ne s'agit donc pas de commis-voyageurs ou d'autres représentants sur un plan inférieur. Il ne sera pas toujours facile de dresser la ligne de démarcation entre ceux des représentants qui rentrent dans la catégorie des « fondés de pouvoirs » et les autres. Pour cette raison il a été prescrit, à l'alinéa 5, que le défaut d'approbation par le conseil de surveillance de la nomination d'un fondé de pouvoirs est inopposable aux tiers.

4. Les alinéas 3 et 4 ont trait aux changements de personnes dans le directoire ou parmi les fondés de pouvoirs, aux notifications qui doivent s'ensuivre au registre européen du commerce, à leur publicité et à leur opposabilité aux tiers.

Tant que la publication prévue n'a pas été faite, les changements sont inopposables aux tiers de bonne foi (cf. art. 81 Aktiengesetz en combinaison avec le § 15 du Handelsgesetzbuch). La même conséquence s'applique à l'étendue des pouvoirs attribués aux fondés de pouvoirs et aux changements dans leurs pouvoirs.

On pourrait se demander pourquoi les clauses statutaires limitant les pouvoirs de représentation des membres du directoire sont inopposables aux tiers, alors que les nominations, régulièrement enregistrées, des fondés de pouvoirs sont, par contre, opposables aux tiers. C'est parce qu'il existe ici une différence fondamentale. Pour les tiers, il est normal que les membres du directoire aient un pouvoir de représentation illimité sur l'existence duquel les tiers puissent compter. Mais d'un autre côté, on ne peut pas demander aux tiers une confiance identique à l'égard des fondés de pouvoirs. Il n'existe pas, en effet, quant à eux, de règle générale, comme celle de l'article IV - 1 - 4, alinéa 1, leur reconnaissant un pouvoir de représentation illimité.

Puisque les limitations des pouvoirs des membres du directoire sont inopposables aux tiers, il n'y a pas lieu de prévoir leur enregistrement. Elles sont d'ailleurs publiées et enregistrées automatiquement, puisqu'elles font partie des statuts.

En revanche l'étendue des pouvoirs des fondés de pouvoirs, ainsi que les modifications de ces pouvoirs, doivent être notifiés par le directoire au registre européen du commerce, à peine d'être inopposables aux tiers. Toutefois, le Statut donne à la société la faculté de démontrer que les tiers en ont eu connaissance. Il y a là une différence avec l'article 10, alinéa 1, de la proposition révisée de la première directive sur la base de l'article 54, 3g : le Statut dit expressément que c'est à la société de prouver la mauvaise foi des tiers, tandis que la directive dit simplement « tiers de bonne foi ». La seule autre différence est que ce n'est pas l'enregistrement lui-même, mais sa publication dans les journaux de la société qui compte. Ceci est conforme à maintes autres dispositions de ce Statut où c'est toujours la publication dans les journaux de la société qui importe.

Article IV - 1 - 5

Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance les actes du directoire qu'ils énumèrent. L'absence de cette autorisation est inopposable aux tiers.

1. Cet article traite d'un cas qui se présente assez souvent dans la pratique. Pour les décisions d'une importance primordiale, les statuts d'une société prévoient régulièrement

l'autorisation préalable du conseil de surveillance. La liste que les statuts dressent des actes qui nécessitent le consentement du conseil peut être d'une étendue considérable, allant d'une participation dans une autre société jusqu'aux investissements d'une certaine importance. Toutes sortes de variantes sont possibles selon les cas. Dans maintes procédures, des sociétés anonymes de divers pays ont invoqué l'absence d'autorisation pour se soustraire à une transaction qui, après conclusion par le directoire, se révèle défavorable pour la société. Le projet exclut ce moyen de défense. Le défaut d'autorisation ne peut donner lieu qu'à des répercussions internes quand le directoire a ignoré le conseil de surveillance. Le cas échéant, cette circonstance pourrait donner lieu à une révocation d'un ou plusieurs membres du directoire ou à une action en justice contre eux en dommages-intérêts (art. IV - 1 - 10).

2. On retrouve des articles semblables dans l'Aktiengesetz (art. 111, alinéa 4) et la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 128, alinéa 2). Le projet belge (art. 37, § II) va beaucoup plus loin en disposant que « les actes ou les décisions engageant la politique générale de la société doivent être autorisés au préalable par le conseil de surveillance ». Les statuts et le conseil de surveillance lui-même peuvent, selon le projet belge, également soumettre d'autres actes à l'autorisation préalable du conseil. Pour la S.E., dont le conseil de surveillance aura une position plus forte que celle prévue pour le conseil dans le projet belge, une telle disposition, qui manque d'ailleurs de netteté, ne semble pas indiquée.

Article IV - 1 - 6

1. La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par les membres du directoire, à moins que ces actes ne dépassent les pouvoirs attribués au directoire par ce Statut.

2. La société n'est pas engagée lorsque ces actes dépassent les limites de l'objet social à condition qu'elle prouve que le tiers savait que l'acte en cause dépassait cet objet.

1. Cet article a été emprunté à l'article 11, alinéa 1, de la proposition révisée de la première directive sur la base de l'article 54, 3g. La société n'est donc pas engagée par les actes dépassant les pouvoirs attribués au directoire par ce Statut (*alinéa 1*). Cette disposition n'est en vérité rien d'autre qu'une application du vieil adage « nul n'est censé ignorer la loi ». C'est que chacun peut connaître les limites que ce Statut oppose aux pouvoirs du directoire.

2. La société n'est pas engagée non plus par les actes dépassant les limites de l'objet social, mais seulement si elle prouve que le tiers savait que l'acte en cause dépassait cet objet (*alinéa 2*). Cette preuve sera bien difficile à faire. On pourrait penser, à ce sujet, au cas de collusion avec un membre du directoire.

Pour le reste, ce commentaire se réfère aux travaux préparatoires pour l'article 11 de la première directive sur la base de l'article 54, 3g.

Article IV - 1 - 7

1. Dans le délai de trois mois suivant la clôture de chaque exercice, le directoire présente au conseil de surveillance un projet des comptes et du rapport annuels de l'exercice écoulé.

2. Une fois par trimestre au moins, le directoire présente au conseil de surveillance un rapport sur la marche des affaires de la société et de ses sociétés dépendantes; il y ajoute le compte trimestriel d'exploitation.

3. En outre, le directoire communique sans retard toute affaire importante au président du conseil de surveillance. Tout événement dans une société dépendante, susceptible d'avoir une influence considérable sur la S.E., est considéré comme affaire importante. Ces communications au président du conseil de surveillance sont incorporées dans le rapport trimestriel suivant.

1. Cet article essaie de donner quelques règles pour l'interaction entre le directoire et le conseil de surveillance. Parce que, jusqu'à maintenant, les deux organes introduits dans le Statut ne sont pas connus de la même manière dans tous les pays contractants, il a semblé utile de rédiger quelques règles de fonctionnement de ces organes dans leurs relations réciproques. Elles sont inspirées de la pratique telle qu'elle se développe de plus en plus.

2. L'*alinéa 1* fait mention d'une obligation du directoire qui anticipe sur le contrôle annuel, traité dans le Titre VI. En fixant le délai de trois mois, on a tenu compte du délai de six mois de la clôture de l'exercice dans lequel l'assemblée générale doit délibérer sur le compte annuel. En vue du délai d'un mois pour la convocation de cette assemblée et du temps nécessaire pour discuter le rapport et ses annexes dans le conseil — ce qui peut mener à des modifications — un délai de trois mois a semblé justifié. Cela laisse au conseil de surveillance deux mois pour se réunir, étudier avec le directoire ces pièces importantes et formuler son propre avis sur l'exercice écoulé.

3. L'*alinéa 2* fait la règle d'une pratique, qui est de plus en plus employée, c'est-à-dire l'information du conseil de surveillance tous les trois mois, par écrit, sur la marche des affaires en y ajoutant un compte trimestriel d'exploitation qui est nécessairement à la disposition du directoire. Le directoire disposera même sans aucun doute de comptes mensuels. Le Statut, en posant une règle, n'a pas voulu aller trop loin et laisse le plus possible son développement à la pratique. La mise des comptes trimestriels à la disposition du conseil de surveillance facilitera la préparation de ses réunions qui sont en principe également prévues pour tous les trois mois (art. IV - 2 - 4, alinéa 2).

4. L'*alinéa 3* s'inspire de l'article 90, alinéa 1, deuxième phrase de l'Aktiengesetz. Le directoire est obligé d'informer tout de suite le président du conseil de surveillance de tout événement survenant soit dans la S.E. même, soit dans une société dépendante quand cet événement peut avoir des conséquences sur la marche des affaires dans la S.E. Il semble opportun, pour les raisons mentionnées sous 1, d'en faire une obligation légale. Pour une véritable collaboration entre les deux organes, il faut que le président du conseil soit le plus vite possible au courant de ces événements, favorables ou défavorables, et surtout des derniers. Le cas échéant, le président pourra convoquer une réunion spéciale du conseil. En tout cas, le conseil, dans son ensemble, sera mis au courant par la mention, dans le prochain rapport trimestriel, de ces événements.

5. Les quelques règles qui viennent d'être commentées partent de l'idée qu'entre le directoire et le conseil n'existe pas d'opposition, quoique hiérarchiquement le conseil soit placé au-dessus. Les deux organes fonctionnent pour le bien commun de la même société. Des règles qui visent à stimuler une collaboration étroite entre les deux organes semblent donc

en principe justifiées. Sans se mêler trop du fonctionnement interne de la société, un législateur peut à juste titre donner un minimum de règles pour cette collaboration, et d'autant plus lorsque, comme c'est le cas avec la S.E., certains membres du directoire peuvent être confrontés pour la première fois avec un conseil de surveillance. Il faut tirer le profit maximum des expériences réunies dans les personnes des membres d'un tel conseil.

Article IV - 1 - 8

1. Aucun membre du directoire ne peut faire partie du conseil de surveillance.

2. Un membre du directoire ne peut exercer aucune autre activité professionnelle, ni accepter d'être nommé au conseil de surveillance d'une autre société, que sous la condition d'y avoir été autorisé spécialement par le conseil de surveillance.

3. Il est interdit aux membres du directoire de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société ou de ses sociétés dépendantes, de se faire consentir par elles un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elles leurs engagements envers les tiers. La même interdiction s'applique au conjoint, aux ascendants et descendants des membres du directoire, ainsi qu'à toute personne interposée.

4. Toute convention à laquelle la société est partie et à laquelle l'un des membres du directoire n'est qu'indirectement intéressé, doit cependant être autorisée au préalable par le conseil de surveillance. L'absence de cette autorisation est inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que le tiers était de mauvaise foi.

1. Les fonctions de membre du directoire et de membre du conseil de surveillance sont incompatibles (*alinéa 1*). Cette disposition se retrouve dans la plupart des législations connaissant la dualité de l'administration et du conseil de surveillance. En vue de la fonction de contrôle du conseil de surveillance, il va de soi qu'on ne peut pas être en même temps contrôleur et contrôlé.

2. Être membre du directoire, c'est un « full-time-job ». Des activités d'affaires en dehors de leur fonction peuvent mettre les membres du directoire dans une situation délicate, par exemple, la conclusion de contrats de vente avec la S.E. en faveur d'une autre société qui leur appartient. Le Statut opte, dans l'*alinéa 2*, pour la solution radicale en interdisant les autres activités professionnelles, à moins que le conseil de surveillance ne donne son autorisation. En même temps, il leur est défendu d'accepter leur nomination dans le conseil de surveillance d'une autre société sans autorisation du conseil. Quand il s'agit d'une société dépendante de la S.E., cette autorisation sera normalement donnée; dans les autres cas, cela dépendra largement des circonstances. De toutes façons ce ne sera pas le membre du directoire lui-même, mais l'organe de supervision qui décide si l'acceptation est dans l'intérêt de la S.E. ou non et qui, le cas échéant, se prononce sur les modalités (ce qui arrive avec les tantièmes par exemple).

3. Dans l'*alinéa 3* se trouvent réunies quelques prohibitions qu'on retrouve également dans les législations nationales (cet alinéa est presque identique aux alinéas 1 et 3 de l'art. 148 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales, cf. aussi § 89 Aktiengesetz et art. 47 du projet de loi belge); elles vont de soi.

4. L'*alinéa 4* traite des conflits d'intérêts entre la société et un membre du directoire. Ici, il n'est cependant question que des cas dans lesquels le membre du directoire est indirectement intéressé à une convention entre la société et un tiers. Ce tiers pourrait d'ailleurs être par exemple le conjoint de ce membre. Quant aux conventions entre la société et le membre lui-même, c'est-à-dire les conventions auxquelles il est directement intéressé, il est renvoyé à l'article IV - 2 - 1, alinéa 2. Ces conventions doivent être conclues par le conseil.

Pour les conventions visées à cet alinéa, on requiert l'autorisation préalable du conseil de surveillance. Une telle disposition se retrouve, plus détaillée, aux articles 143, alinéa 2, à 147 de la loi française et, dans la même forme, à l'article 37, alinéa 2, du projet de loi belge. Les lois coordonnées belges (art. 60), la loi luxembourgeoise (art. 57) et le Codice civile (art. 2391) contiennent à ce sujet des dispositions différentes en ce qu'elles requièrent, entre autres, que l'intéressé prévienne le conseil d'administration de son intérêt opposé à celui de la société. L'absence de l'autorisation est, en principe, inopposable aux tiers. Toutefois, pour ce cas on a dérogé à la règle de protection absolue des tiers (voir art. IV - 1 - 5). En cas de conventions entre la société et un tiers auxquelles l'un des membres du directoire est indirectement intéressé, la chance est très grande que le tiers ait connu l'intérêt du membre du directoire et même qu'il ait été de connivence avec ce membre. Pour cette raison, cet alinéa permet à la société de prouver la mauvaise foi du tiers.

5. Une infraction aux dispositions des alinéas 2 à 4 peut mener à la révocation du membre du directoire en cause et à une action sociale contre lui (art. IV - 1 - 10).

Article IV - 1 - 9

1. Les membres du directoire doivent apporter, dans leur gestion, les soins d'un administrateur diligent et promouvoir les intérêts de la société et de son personnel.

2. Ils sont tenus à la discrétion à l'égard des informations ayant trait à la société ou à ses sociétés dépendantes et présentant un caractère confidentiel. Ils sont tenus à cette obligation, même après la cessation de leurs fonctions.

1. L'*alinéa 1* contient une description générale des obligations des membres du directoire. Quant à l'obligation de promouvoir l'intérêt de la société, une formule semblable se retrouve dans le § 93 de l'Aktiengesetz et l'article 2392 juncto l'article 1710 du Codice civile.

Le Statut ne se borne pas à mentionner seulement leur obligation de promouvoir les intérêts de la société comme telle, c'est-à-dire l'extension des affaires de la société et l'accroissement des profits, il y a ajouté les intérêts du personnel, ce qui souligne l'importance du soin que les membres du directoire doivent prendre de ces intérêts.

2. Une obligation comme celle de l'*alinéa 2* se retrouve dans des législations nationales (§ 93 Aktiengesetz, art. 149 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales) ou dans

les contrats conclus avec les membres du directoire. Il a semblé opportun d'insérer cette obligation dans le Statut. L'obligation à la discrétion n'est pas limitée aux informations que les membres ont reçues en leur qualité, ce qui alourdirait sans nécessité la charge de la preuve. Tout dépend du caractère confidentiel de l'information.

Il n'existe pas de raisons valables pour la cessation de l'obligation à la discrétion après que la fonction de membre du directoire a pris fin. Il est même vraisemblable que le danger de violation du secret est plus réel dans cette circonstance que pendant la durée de la fonction.

Article IV - I - 10

1. Les membres du directoire sont solidairement responsables envers la société, tant des infractions aux dispositions de ce Statut que des violations des statuts de la société et des fautes commises dans leur gestion.

2. Ils sont déchargés de leur responsabilité s'ils démontrent qu'aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces actes ou omissions au conseil de surveillance, par écrit et sans délai, après qu'ils en ont eu connaissance.

3. L'autorisation donnée par le conseil de surveillance n'exonère pas les membres du directoire de leur responsabilité.

4. Toute action en responsabilité contre les membres du directoire se prescrit par trois ans à compter de l'acte incriminé ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

5. En cas de faillite de la société, l'action en responsabilité contre les membres du directoire peut être également intentée par le curateur.

1. Cet article traite de la responsabilité des membres du directoire envers la société. A première vue, cet article pourrait paraître comparable aux dispositions sur la responsabilité de ceux qui dirigent la société dans les diverses législations. Il y a cependant une grande différence avec les lois belge (art. 62), française (art. 244), luxembourgeoise (art. 59) et, à un certain degré, le Codice civile (art. 2392 à 2394). Ces législations réglementent, d'une façon spéciale, non seulement la responsabilité envers la société, mais aussi celle envers les tiers (le Codice civile uniquement celle envers la société et celle envers les créanciers sociaux).

Il a semblé préférable, pour ce Statut, de ne pas entrer dans le domaine de la responsabilité civile envers les tiers tant que ceci n'est pas absolument nécessaire. Or, toutes les législations nationales connaissent, à ce sujet, des règles bien élaborées qui peuvent être applicables aux relations entre les membres du directoire et les tiers comme toutes les autres dispositions de droit national auxquelles ce Statut ne déroge pas.

Ce Statut se borne donc à réglementer la responsabilité interne, matière appartenant au droit des sociétés stricto sensu. La responsabilité externe, tant de la société que des membres du directoire, est régie par le droit national. Dans les Etats où existent des dispositions spéciales sur la responsabilité des dirigeants de société envers les tiers (voir les articles cités ci-dessus), ces dispositions seront applicables aux membres du directoire d'une S.E. Dans les autres Etats

ce seront les règles de droit commun sur la responsabilité civile.

2. Les membres du directoire sont responsables de trois catégories de fautes (*alinéa 1*) :

a) les manquements aux dispositions de ce Statut;

b) les violations des statuts de la société;

c) les fautes commises dans leur gestion.

Ces catégories se retrouvent, formulées à peu près de la même façon, dans l'article 244 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales. Elles se retrouvent aussi, sous forme plus ou moins différente et détaillée, dans les autres lois nationales.

3. Le directoire constitue un collège. Il en résulte qu'en principe les membres du directoire sont solidairement responsables des infractions susmentionnées. Cette règle se retrouve dans les Lois coordonnées belges (art. 62, alinéa 2), la loi luxembourgeoise (art. 59, alinéa 2), l'Aktiengesetz (§ 93, alinéa 2) et le Codice civile (art. 2392), ainsi que dans le projet de loi belge (art. 62, alinéa 2). La loi néerlandaise (art. 47c) et la loi française (art. 244) se distinguent en ce qu'elles ouvrent la possibilité d'une responsabilité individuelle des membres du directoire.

4. Il y a pourtant un moyen pour un membre pris individuellement de se disculper (*alinéa 2*). Mais la preuve à sa charge est alourdie en ce qu'il est exigé non seulement qu'il démontre qu'aucune faute ne lui est imputable, mais également qu'il a dénoncé l'acte ou l'omission incriminés, par écrit, au conseil de surveillance au moment où il en a eu connaissance.

Cette possibilité de disculpation est presque la même que celle du droit belge et luxembourgeois. Seulement, selon le Statut, la dénonciation ne se fait pas à l'assemblée générale, qui ne semble pas l'organe le plus apte à la recevoir, mais au conseil de surveillance. Ceci est plus en harmonie avec la tâche de contrôle de cet organe (cf. art. 2392, alinéa 3, du Codice civile).

5. L'autorisation donnée, le cas échéant, par le conseil de surveillance à l'acte incriminé, ne constitue pas une excuse pour le directoire (*alinéa 3*). Elle peut entraîner, par contre, une responsabilité analogue du conseil (IV - 2 - 9). La règle de cet alinéa se retrouve dans le paragraphe 93, alinéa 4, de l'Aktiengesetz et l'article 49, dernier alinéa, du projet de loi belge.

6. Comme dans la loi française (art. 247), toute action en responsabilité contre les membres du directoire se prescrit par trois ans (*alinéa 4*). D'après le paragraphe 93, alinéa 6, de l'Aktiengesetz, le délai de prescription est de 5 ans. Les autres lois nationales ne prévoient pas une prescription spéciale de l'action en responsabilité contre les administrateurs.

Article IV - I - 11

1. Le conseil de surveillance et l'assemblée générale ont la faculté de décider d'intenter l'action sociale en responsabilité contre les membres du directoire ou l'un d'eux. L'action est intentée par le conseil. Toutefois, l'assemblée peut désigner un mandataire spécial chargé d'intenter l'action.

2. L'action sociale peut aussi être intentée, au nom et pour compte de la société, par un ou plusieurs actionnaires, disposant d'un vingtième du capital ou d'un montant nominal d'actions correspondant

à 250 000 unités de compte. A cette fin, les actionnaires, s'il y en a plusieurs, désignent un mandataire spécial chargé de conduire le procès.

3. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués. Si la demande est accueillie, les frais de la procédure sont remboursés aux demandeurs par la société.

4. Si la demande prévue à l'alinéa 2 du présent article est rejetée, les demandeurs peuvent être condamnés personnellement aux dépens, tant ceux de la société que ceux des défendeurs, et même en cas d'action abusive, aux dommages-intérêts envers les défendeurs ou la société.

1. Cet article traite des modalités de l'action sociale, c'est-à-dire l'action en responsabilité visée à l'article IV - 1 - 10, intentée dans le cas où le dommage est subi par la société.

2. L'alinéa 1 répond à la question de savoir qui peut décider d'intenter l'action sociale. Il donne une réponse double : tant le conseil de surveillance que l'assemblée. En général, le conseil sera l'organe le plus apte puisqu'il est le mieux informé de la gestion sociale. Toutefois, dans la plupart des législations nationales, le conseil n'est pas désigné comme organe compétent pour décider d'intenter l'action sociale. L'assemblée générale, par contre, est généralement reconnue compétente.

En principe, l'action sociale est intentée par le conseil qui représente la société envers les membres du directoire (art. IV - 2 - 1). Toutefois, si l'assemblée a décidé d'intenter l'action sociale, elle peut désigner un mandataire spécial à cette fin. Une telle procédure sera surtout utile dans le cas où ce n'est pas seulement contre les membres du directoire, mais aussi contre ceux du conseil, que l'action sociale doit être intentée.

3. L'alinéa 2 prévoit également qu'un ou plusieurs actionnaires, disposant d'une certaine quote-part du capital, peuvent intenter cette action au nom et pour compte de la société. Cette possibilité d'intenter l'action sociale constitue une mesure de protection efficace de la minorité des actionnaires, si la majorité persiste à couvrir les fautes commises par le directoire. Elle est décrite, de façon plus détaillée, dans le projet de loi belge (art. 51 à 53). Elle existait, sous forme semblable, dans la législation française précédente (art. 17, alinéa 1 de la loi de 1867). La nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 245) accorde le droit d'intenter l'action sociale à tout actionnaire, sans tenir compte de la quote-part du capital de ses actions. Le Codice civile ne prévoit pas directement l'action sociale minoritaire, mais il permet à une minorité d'au moins un dixième du capital de demander en justice la désignation d'un « amministratore giudiziario » qui dispose de l'action sociale (art. 2409).

Pour des raisons pratiques, l'alinéa 2 prescrit enfin que, s'il y a plusieurs actionnaires qui veulent intenter l'action sociale, ceux-ci doivent désigner un mandataire spécial, chargé de conduire le procès. L'article 52 du projet de loi belge réglemente la même chose d'une façon plus détaillée. S'il n'est question que d'un seul actionnaire, il n'est évidemment pas nécessaire de désigner un mandataire.

4. Il est logique que si l'action sociale, quel que soit le demandeur (la société elle-même ou une minorité d'actionnaires), aboutit à une condamnation des membres du directoire responsables, les dommages-intérêts alloués tombent dans la caisse sociale puisqu'ils sont destinés à réparer le

préjudice causé à la société. C'est le cas en droit italien, dans le projet de loi belge et dans la loi française (art. 245, deuxième phrase). Cette dernière formule a été reprise dans l'alinéa 3.

5. La règle de l'alinéa 4 est comparable à celle de l'alinéa 2 de l'article 53 du projet de loi belge. Il est à noter qu'ici les demandeurs jouent un rôle propre dans le procès. Si leur initiative est jugée abusive, ils peuvent être condamnés personnellement aux dépens et même aux dommages-intérêts. Cette condamnation peut être prononcée tant en faveur de la société qu'en faveur des défendeurs.

Deuxième section

LE CONSEIL DE SURVEILLANCE

Article IV - 2 - 1

1. Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de l'administration de la société par le directoire. Il donne ses avis au directoire, soit sur la demande de celui-ci, soit de sa propre initiative, sur toute question importante pour la société.

2. Il ne peut intervenir directement dans l'administration de la société, ni représenter la société à l'égard des tiers. Toutefois, vis-à-vis des membres du directoire ou de l'un d'eux, il représente la société en justice ou à l'occasion d'une convention intervenant directement entre la société et un membre du directoire.

3. En cas de vacance d'une place au sein du directoire ou en cas d'empêchement d'un ou de plusieurs membres du directoire, le conseil de surveillance peut désigner, pour une période déterminée d'avance et n'excédant pas un an, un ou plusieurs de ses membres comme remplaçants. Tant qu'ils exercent cette fonction, ils ne peuvent exercer celle de membre du conseil de surveillance. Les dispositions de la première section de ce titre sont applicables aux remplaçants.

1. Le conseil de surveillance a une tâche double : il contrôle l'administration de la société par le directoire et il conseille le directoire (alinéa 1).

Dans la pratique, cette deuxième tâche est très importante. Pourtant, aucune loi nationale ne la mentionne, sauf le projet néerlandais d'une réforme partielle du droit des sociétés. Par contre, la tâche de contrôle est mentionnée dans toutes les législations des Etats contractants.

2. Il serait contraire à la répartition des pouvoirs dans la société que le conseil de surveillance, dont l'une des tâches est le contrôle de l'administration, intervienne lui-même dans l'administration de la société. Une telle intervention est interdite par l'alinéa 2, qui ajoute que le conseil n'a pas non plus de pouvoirs de représentation. La seule exception à cette règle joue en cas de conflit d'intérêts avec les membres du directoire. Dans la conclusion des contrats individuels avec les membres du directoire, c'est le conseil de surveillance qui représente la S.E. Le conseil représente également en justice la société vis-à-vis des membres du directoire, par exemple à l'occasion de l'action sociale dont il est fait mention à l'article IV - 1 - 11.

Dans tous ces cas, il y a un conflit d'intérêts direct entre un membre du directoire et la S.E. Les cas de conflit indirect ont trouvé leur règlement dans l'alinéa 4 de l'article IV - 1 - 8. Dans ces cas, une autorisation préalable du conseil de surveillance est nécessaire (voir le commentaire de cet article). La différence s'explique en tant qu'il s'agit, dans les cas de l'article IV - 2 - 1, d'une convention directe avec un membre du directoire, tandis que, dans les cas de l'article IV - 1 - 8, la convention est conclue avec un tiers.

3. Les membres du conseil de surveillance, qui sont régulièrement informés de la marche des affaires sociales, sont au premier rang de ceux qui peuvent remplacer temporairement un membre du directoire (alinéa 3). Dans ce cas, les dispositions de la première section de ce titre sont applicables aux remplaçants. Ceci veut dire, entre autres, que leur désignation comme remplaçant doit être notifiée au registre européen du commerce et qu'ils ont la même responsabilité que les membres du directoire.

En harmonie avec la disposition de l'article IV - 1 - 8, premier alinéa, l'alinéa 3 confirme l'incompatibilité des fonctions de membre du conseil et du directoire en prescrivant que, pendant la période de remplacement, il y a sursis de la fonction de membre du conseil.

Article IV - 2 - 2

1. Le conseil de surveillance est composé de trois membres au moins. Seules des personnes physiques peuvent être membres du conseil de surveillance. Leur nombre maximum est fixé par les statuts. Les alinéas 3 et 4 de l'article IV - 1 - 2 sont applicables par analogie.

2. Les membres du conseil sont nommés par l'assemblée générale pour une durée fixée par les statuts, n'excédant pas cinq ans. Le conseil de surveillance a la faculté de proposer des candidats.

3. Les statuts peuvent prévoir que l'assemblée générale sera liée par la proposition de candidats par le conseil, à condition que cette proposition contienne les noms d'au moins deux personnes pour chaque place vacante; les mêmes personnes ne peuvent pas figurer dans plusieurs propositions simultanément. Toutefois, l'assemblée générale peut passer outre aux propositions impératives, faites par le conseil, à la majorité des deux tiers des voix valablement exprimées.

4. Si le conseil n'a pas fait de proposition, l'assemblée générale est libre de nommer qui elle veut.

1. Puisque la S.E. est la forme juridique destinée aux entreprises de grande taille, un nombre minimum a été prévu pour les membres du conseil de surveillance (alinéa 1). Le minimum de trois est en harmonie avec les lois allemande (§ 95), française (art. 129) et italienne (art. 2397), ainsi qu'avec le projet de loi belge (art. 40). Les législations belge en vigueur, luxembourgeoise et néerlandaise laissent la liberté quant au nombre.

L'Aktiengesetz fixe un maximum de 9, 15 ou 21 membres, selon le capital social; la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales prescrit un maximum de 12 et le Codice civile un maximum de 5. En harmonie avec les autres législations, le Statut ne fixe pas un maximum absolu, mais

laisse le soin et la liberté aux statuts de la S.E. de déterminer le maximum.

Quoique la plupart des législations nationales permettent la nomination de personnes morales au conseil de surveillance ou, le cas échéant, au conseil d'administration (à l'exception de l'Aktiengesetz, § 100, et, probablement, du droit italien), cette faculté est exclue pour les mêmes raisons que celles exposées pour les membres du directoire (art. IV - 1 - 2, sous 2).

Le Codice civile (art. 2397) prévoit, sous certaines conditions, que le Conseil de surveillance doit être composé, pour une certaine partie, de réviseurs officiels des comptes, inscrits au tableau de ces réviseurs. Les autres pays ne connaissent pas une telle disposition. Ce Statut rejoint la majorité des législations nationales et laisse à la S.E. sa liberté complète dans le choix des personnes.

La dernière phrase de cet alinéa pose, pour les membres du conseil, les mêmes conditions relatives à la capacité et aux régimes d'interdiction et d'incompatibilité que pour les membres du directoire (art. IV - 1 - 2, alinéas 3 et 4).

2. Dans tous les Etats contractants, le conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale. L'alinéa 2 ajoute, en conformité avec la pratique dans la plupart des pays, que la nomination a lieu sur proposition du conseil de surveillance lui-même. Ce conseil est le mieux placé pour juger quel genre de personnes devrait compléter le collège, et, quant au choix d'une personne déterminée, si elle peut s'intégrer dans le « team » que le conseil forme.

3. Toutefois, si aucune proposition n'a été faite, l'assemblée est libre (alinéa 4).

La proposition est publiée avec l'ordre du jour (art. IV - 3 - 3, alinéa 2). Les actionnaires auront donc toute occasion de s'informer sur les personnes proposées et de faire, le cas échéant, des contrepropositions.

4. L'alinéa 3 a été inséré uniquement pour servir de base de discussion. L'auteur s'est rendu compte que le sujet de cet alinéa, la soi-disant « clause oligarchique », pourrait rencontrer une résistance considérable. Si les objections s'avèrent trop grandes, cet alinéa pourra être supprimé.

Il a été emprunté au droit néerlandais (art. 50c juncto 48a du Wetboek van Koophandel). Toutefois, le caractère impératif de la proposition a été affaibli considérablement : la proposition peut être ignorée par l'assemblée à la majorité des deux tiers des voix valablement exprimées (en droit néerlandais : à la majorité des deux tiers, *représentant plus de la moitié du capital*).

Evidemment, le système de propositions impératives de candidats pour le conseil de surveillance a le désavantage de diminuer l'influence des actionnaires. Toutefois, il faut se rendre compte que cette influence est, dans bien des cas, assez modeste à cause de l'absentéisme des actionnaires.

D'un autre côté, l'argument, déjà exprimé sous 2, suivant lequel c'est le conseil lui-même qui est le mieux placé pour choisir les candidats pour compléter cet organe, pèse dans la balance. Il serait peu souhaitable qu'une majorité fortuite de l'assemblée soit à même de nommer, par surprise, dans le conseil une personne peu qualifiée ou moins qualifiée pour sa fonction que la personne proposée par le conseil lui-même.

En tout cas, dans le système proposé — avec précaution — dans cet alinéa, l'assemblée n'est pas privée de tout choix. On n'exige plus qu'une majorité qualifiée des deux tiers pour renverser la proposition, bien étudiée et préparée, du conseil lui-même. En outre, l'assemblée aura toujours le choix entre au moins deux candidats.

Article IV - 2 - 3

1. Les membres du conseil de surveillance sont rééligibles.

2. Ils peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale. S'ils ont été nommés en vertu d'une proposition impérative du conseil, ils ne peuvent être révoqués qu'à la majorité des deux tiers des voix valablement exprimées.

3. Les statuts peuvent fixer une limite d'âge. Si un membre du conseil a atteint cette limite, il reste en fonction jusqu'à la fin de la prochaine assemblée générale.

4. Lorsque le nombre des membres du conseil est devenu inférieur au minimum légal, le directoire doit convoquer immédiatement l'assemblée générale en vue de compléter l'effectif du conseil.

5. Tout changement dans la composition du conseil de surveillance doit être notifié immédiatement par le directoire au registre européen du commerce.

1. Dans toutes les législations nationales, les membres du conseil sont d'un côté rééligibles et de l'autre révocables à tout moment par l'assemblée. Seul le droit italien (art. 2400 C.c.) exige un juste motif pour la révocation. La deuxième phrase de l'alinéa 2 tend à éviter que l'assemblée puisse frustrer le pouvoir du conseil de faire une proposition impérative (voir art. IV - 2 - 2, alinéa 3 et son commentaire).

2. Les lois nationales ne connaissent pas encore une disposition comme celle de l'alinéa 3. Elles n'interdisent d'ailleurs pas que les statuts de la société fixent une limite d'âge. Il a semblé opportun de rappeler cette faculté dans le Statut et d'en régler en même temps les conséquences.

3. La règle de l'alinéa 4 concernant la manière de compléter l'effectif du conseil, s'il est devenu inférieur au minimum de trois, se retrouve dans les lois belge (art. 55), française (art. 137), italienne (art. 2401) et luxembourgeoise (art. 61), et dans le projet de loi belge (art. 41). En Allemagne (§ 104) ce n'est pas à l'assemblée, mais au tribunal qu'il revient de compléter le conseil.

4. Bien que les membres du conseil n'aient pas en général le pouvoir de représentation, il peut toutefois être important pour les tiers de connaître leurs noms et les changements dans la composition du conseil. L'alinéa 5 prescrit que tout changement dans la composition du conseil doit être notifié immédiatement par le directoire au registre européen du commerce. Les noms des premiers membres du conseil, nommés lors de la constitution de la société, sont enregistrés en vertu des articles II - 1 - 2, alinéa 2 sous d) et II - 1 - 6, alinéa 4.

Article IV - 2 - 4

1. Le conseil de surveillance élit en son sein un président et un vice-président pour la durée de son mandat.

2. Le conseil se réunit normalement une fois par trimestre; il doit se réunir une fois par semestre.

3. Le président du conseil de surveillance convoque le conseil soit d'office, soit sur demande motivée d'un des membres du conseil ou du directoire. S'il n'est pas satisfait à cette demande dans un délai de quinze jours, le conseil peut être convoqué par celui qui a fait la demande.

4. Les membres du directoire participent aux réunions du conseil de surveillance, à moins que ce dernier n'en décide autrement. Ils y ont voix consultative.

1. C'est en conformité avec les lois allemande (§ 107) et française (art. 138) et le projet de loi belge (art. 44), que l'alinéa 1 dispose que le conseil élit parmi ses membres un président et un vice-président.

2. Ces lois et ce Statut prescrivent également que le président convoque les réunions du conseil (alinéa 3).

Le président est tenu de convoquer le conseil sur demande motivée d'un de ses membres ou du directoire. S'il ne donne pas suite à cette demande dans un délai de 15 jours, les demandeurs peuvent convoquer une réunion du conseil eux-mêmes. Cette règle est presque identique à celle de l'article 44, alinéa 3, du projet de loi belge.

3. L'alinéa 2 prescrit, comme le paragraphe 110 de l'Aktien-gesetz, que le conseil se réunit normalement une fois par trimestre et qu'il doit se réunir une fois par semestre. Le Codice civile (art. 2404) et le projet de loi belge (art. 44) exigent obligatoirement une fréquence d'une fois par trimestre au moins. Les lois belge en vigueur, française, luxembourgeoise et néerlandaise ne contiennent aucune prescription à cet égard. Pour les motifs de la règle contenue dans l'alinéa 2, nous pouvons nous référer à ce qui a été dit dans la section précédente sur l'interaction entre les deux organes, directoire et conseil (IV - 1 - 7).

4. L'alinéa 4 énonce le principe que les membres du directoire participent, avec voix consultative, aux réunions du conseil. Ils peuvent donner, immédiatement, tout renseignement nécessaire pour les relations entre les deux organes. Il y a pourtant des exceptions, par exemple dans des questions de caractère personnel. Dans ces cas, le conseil peut décider de se réunir en dehors de la présence des membres du directoire.

Article IV - 2 - 5

1. Le directoire fournit une documentation écrite sur toutes les questions portées à l'ordre du jour, qui est arrêté par le président du conseil. L'ordre du jour et cette documentation sont envoyés par le directoire à chacun des membres du conseil.

2. Le conseil ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents.

3. A moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents. Sauf disposition contraire des statuts, la voix du président de séance est prépondérante en cas de partage.

4. Les membres du conseil absents peuvent prendre part aux décisions, soit en donnant pouvoir de les représenter à un membre présent, soit en transmettant par son intermédiaire un vote écrit.

5. Dans les conditions prévues par les statuts, il peut y avoir décision par écrit, notamment par échange de télégrammes ou télex, sur un point déterminé et si aucun membre ne s'oppose à cette façon de procéder.

6. Un procès-verbal des décisions prises par le conseil est établi par les soins du directoire : il est vérifié et signé par le président du conseil. Pour autant que les membres du directoire ne sont pas présents à la réunion du conseil ou que celui-ci prend une décision par écrit, le président désigne un membre du conseil qui prend soin du procès-verbal.

1. Cet article s'occupe de l'ordre des réunions du conseil. Sauf l'Aktiengesetz, la plupart des législations nationales ne contiennent sur ce point qu'une réglementation très sommaire ou même, aux Pays-Bas, aucune réglementation. Le Statut donne quelques règles pour les réunions du conseil, ce qui se justifie d'autant plus que cet organe n'est pas connu de la même manière dans tous les Etats contractants.

2. L'*alinéa 1* rejoint la pratique en prescrivant que les réunions du conseil sont préparées par le directoire de la manière indiquée dans cet alinéa. Une préparation par écrit présente des grands avantages pour un déroulement efficace des réunions. Les membres du conseil arrivent à la réunion mieux informés que si l'ordre du jour seulement leur était communiqué. Une information très utile se trouve également dans le rapport trimestriel qui leur est envoyé par le directoire selon l'article IV - 1 - 7.

3. L'*alinéa 2* traite du quorum. Il est évident que le conseil, qui forme un collège, ne peut prendre des décisions que si un certain pourcentage de ses membres est présent. En s'inspirant de la règle contenue dans l'article 139 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales et dans le paragraphe 108 de l'Aktiengesetz, le Statut fixe ce pourcentage à cinquante. Les statuts ne peuvent pas déroger à cette règle.

4. En harmonie avec la règle générale des assemblées délibérantes (cf. art. 67 Lois coordonnées, art. 64 loi luxembourgeoise et art. 44 du projet de loi belge) et avec les règles explicites de la nouvelle loi française (art. 139) et du Codice civile (art. 2404), l'*alinéa 3* dispose que les décisions sont prises à la majorité des membres présents, à moins que les statuts n'exigent une majorité plus forte. Sous la même réserve d'une disposition contraire dans les statuts, la voix du président est prépondérante en cas de partage (voir art. 139 loi française).

5. Les membres du conseil de surveillance de la S.E. peuvent être domiciliés dans plusieurs pays de l'Europe et même en dehors de l'Europe. Le Statut doit donc prévoir certaines méthodes pour faciliter les réunions du conseil. Il en prévoit deux (*alinéa 4*). L'une consiste dans la remise du vote par écrit sur les sujets inscrits à l'ordre du jour par l'intermédiaire d'un autre membre du conseil. Cette méthode se retrouve également dans l'Aktiengesetz (§ 108, alinéa 3). L'autre consiste en ce que le membre du conseil donne pouvoir de le représenter à un membre présent. Cette méthode n'est pas mentionnée dans la plupart des lois nationales, mais elle semble être utilisée assez fréquemment (voir toutefois, pour le droit allemand, les §§ 108, alinéa 3, et 109, alinéa 3, Aktiengesetz). En comparaison avec la première méthode, elle présente l'avantage que le mandataire peut, à la suite d'un échange de vues, modifier le vote qu'il avait l'intention d'émettre. Dans le premier cas, le vote est définitif.

6. Une méthode assez différente se trouve dans l'*alinéa 5*. En cas d'urgence il peut être opportun de ne pas convoquer une réunion spéciale du conseil, mais de soumettre aux membres du conseil, par écrit, la proposition sur laquelle ils doivent voter. Ce système est également connu dans quelques lois nationales (cf. § 108, alinéa 4 de l'Aktiengesetz).

Il exige en tout cas quelques garanties. Le débat entre les membres est pratiquement exclu. Aussi le projet prévoit-il que le système n'est admis que dans les conditions prévues par les statuts, sur un point déterminé, et seulement si aucun membre du conseil ne s'y oppose. Il faut donc que les statuts de la S.E. prévoient expressément cette méthode et en règlent les conditions (cas d'urgence par exemple).

7. Enfin, l'*alinéa 6* prévoit, comme l'Aktiengesetz (§ 107), le Codice civile (art. 2404) et le projet de loi belge (art. 44), qu'un procès-verbal de la réunion doit être dressé. Ce procès-verbal contient en tout cas les décisions. Il est, en principe, dressé par les soins du directoire, qui dispose d'une organisation administrative. Il doit être vérifié et signé par le président du conseil.

Article IV - 2 - 6

Le conseil de surveillance a un droit illimité de regard et de contrôle sur toutes les opérations de la société; il peut prendre connaissance, sur place, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de toutes les écritures de la société.

Pour mettre le conseil à même d'exercer sa fonction de contrôle, il lui est donné un droit illimité de regard et de contrôle. Ce droit a été reconnu par toutes les législations nationales.

En droit italien, il est reconnu individuellement aux membres du conseil (art. 2403 du Codice civile); un droit semblable est prévu dans l'article 43 du projet de loi belge. Toutefois, il semble plus en harmonie avec la pratique d'attribuer ce droit au conseil en son entier, ce qui n'exclut pas, évidemment, que celui-ci puisse charger un seul de ses membres de prendre connaissance des livres de la société.

Article IV - 2 - 7

1. Les statuts ou, à défaut, l'assemblée générale peuvent allouer aux membres du conseil de surveillance une rémunération.

2. Il est interdit aux membres du conseil de surveillance de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société ou de ses sociétés dépendantes, de se faire consentir par elles un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elles leurs engagements envers les tiers. La même interdiction s'applique aux conjoints, ascendants et descendants des membres du conseil, ainsi qu'à toute personne interposée.

3. Toute convention à laquelle la société est partie et à laquelle l'un des membres du conseil de surveillance est directement ou indirectement intéressé, doit être autorisée au préalable par le

conseil. L'absence de cette autorisation est inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que le tiers était de mauvaise foi. Le membre intéressé ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée.

1. Les diverses lois nationales réglementent la rémunération des membres du conseil de surveillance de façon très différente. Elles prévoient toutes que les émoluments sont fixés soit par les statuts, soit par l'assemblée. Quant à la composition des rémunérations, les législations belge, italienne, luxembourgeoise et néerlandaise ne contiennent aucune prescription. Le projet, dans l'*alinéa 1*, rejoint cette majorité de législations en laissant une liberté complète à la S.E. pour le règlement de cette matière, sous le contrôle de la publicité à laquelle la somme totale des rémunérations est soumise (Titre VI).

Au sujet de la rémunération des membres du conseil, la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales est la plus détaillée et la plus rigoureuse. L'article 140 dispose que la rémunération doit consister en une somme fixe annuelle à titre de jetons de présence, allouée par l'assemblée générale, et que les statuts peuvent prévoir que des tantièmes seront alloués dans les conditions restrictives de l'article 352. Selon l'article 141, le conseil peut allouer des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés à des membres du conseil. Suivant l'article 142, toute autre rémunération est interdite sous peine de nullité.

Le projet de loi belge (art. 46) limite également, bien que de façon non impérative, les formes de rémunération à une somme fixe ou à des jetons de présence. Il ne prévoit pas les tantièmes; on pourrait déduire, par raisonnement a contrario, du dernier alinéa de l'article 46 qu'ils ne sont pas admis.

L'Aktiengesetz laisse une grande liberté en ne limitant que le montant des tantièmes (§ 113, alinéa 3). Cette limitation est moins rigoureuse que celle de la loi française (art. 352). L'Aktiengesetz prescrit cependant la publication du total des rémunérations des membres de l'Aufsichtsrat dans le rapport annuel (§ 160, alinéa 3 sous 8).

2. L'*alinéa 2* contient la même interdiction de transactions financières entre la société et les membres du conseil de surveillance que celle prévue à l'article IV - 1 - 8 à l'égard des membres du directoire.

3. L'*alinéa 3* a trait à l'opposition d'intérêts entre la société et l'un des membres du conseil de surveillance. Cet alinéa synthétise les dispositions des articles IV - 1 - 8, alinéa 4, et IV - 2 - 1, alinéa 2, quant aux membres du directoire. L'autorisation du conseil est donc requise tant pour les conventions intervenant entre la société et l'un des membres du conseil que pour celles entre la société et un tiers dans lesquelles l'un des membres du conseil a un intérêt indirect.

Cet alinéa a été largement inspiré par la loi française (art. 143 à 147). L'Aktiengesetz (§ 114) requiert également pour certaines conventions entre la société et l'un des membres du conseil l'autorisation de celui-ci. Les autres lois nationales ne contiennent pas de dispositions à ce sujet. Quant à l'impossibilité aux tiers de l'absence de l'autorisation, il est renvoyé au commentaire à l'article IV - 1 - 8.

Article IV - 2 - 8

1. Les membres du conseil de surveillance doivent veiller, dans l'exécution de leur fonction, aux intérêts de la société et de son personnel.

2. Ils sont tenus à la discrétion à l'égard des informations ayant trait à la société ou à ses sociétés dépendantes et présentant un caractère confidentiel. Ils sont tenus à cette obligation, même après la cessation de leurs fonctions.

Cet article correspond à l'article IV - 1 - 9 pour les membres du directoire. On se référera au commentaire de cet article.

Article IV - 2 - 9

1. Les membres du conseil de surveillance sont solidairement responsables, envers la société, des infractions aux dispositions de ce Statut ou des statuts de la société.

2. Ils sont déchargés de leur responsabilité, quant aux actes auxquels ils n'ont pas pris part, s'ils démontrent qu'aucune faute ne leur est imputable et qu'ils ont dénoncé ces actes au président du conseil, par écrit et sans délai, après qu'ils en ont eu connaissance.

3. Toute action en responsabilité contre les membres du conseil de surveillance se prescrit par trois ans à compter de l'acte incriminé ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

4. En cas de faillite de la société, l'action en responsabilité contre les membres du conseil peut être également intentée par le curateur.

Cet article correspond à l'article IV - 1 - 10 pour les membres du directoire. On se référera au commentaire de cet article.

Toutefois, il y a une différence avec l'article IV - 1 - 10. Les membres du conseil de surveillance ne sont pas responsables des fautes de gestion, car, en effet, la gestion de la société n'entre pas dans leur mission. Les autorisations prévues dans les articles IV - 1 - 5 et IV - 1 - 8, alinéa 4, ne constituent pas des actes de gestion. Il n'a pas semblé nécessaire d'exprimer ceci expressis verbis dans le Statut (comme dans la loi néerlandaise, art. 52b Wetboek van Koophandel).

Troisième section

L'ASSEMBLEE GENERALE

Article IV - 3 - 1

L'assemblée générale a, dans les limites prescrites par ce Statut, les pouvoirs de prendre des décisions sur les sujets suivants :

- a) augmentation ou réduction du capital;
- b) émission d'obligations convertibles en actions;
- c) nomination ou révocation des membres du conseil de surveillance;
- d) nomination des commissaires aux comptes;

- e) destination du profit annuel;
- f) modification des statuts;
- g) dissolution de la société;
- h) transformation de la société;
- i) fusion.

1. L'assemblée générale se trouve réglementée dans cette troisième section du Titre IV. Cette section s'occupe surtout du fonctionnement de l'assemblée générale, comme organe de la S.E. On n'a pas établi de distinction entre les assemblées générales ordinaires et extraordinaires comme les lois française et italienne le font. La nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 156) et le Codice civile (art. 2376) distinguent également des assemblées spéciales réunissant les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée, matière que le Statut prévoit dans l'article III - 2 - 2.

Quoique le Statut ne traite que de l'assemblée générale tout court, on retrouvera les distinctions entre assemblées ordinaires et extraordinaires (p. ex. pour les modifications des statuts) dans les articles qui traitent des sujets qui, dans les lois qui font cette distinction, mènent à des exigences particulières. Ces exigences particulières se rapportent au quorum ou à la majorité qualifiée ou à tous les deux. On en a déjà trouvé des exemples dans les articles III - 1 - 2, III - 1 - 5 et III - 3 - 7 et on en trouvera d'autres dans les titres suivants, notamment le Titre VIII (modification des statuts).

2. Le principe qui préside à la répartition des pouvoirs entre les organes de la S.E. a été motivé dans l'introduction au Titre IV. Malgré l'importance des pouvoirs attribués au directoire et au conseil de surveillance, il en reste un nombre respectable pour l'assemblée générale. Ces pouvoirs ont été énumérés, dans ce premier article, d'une façon limitative. Cette énumération est souhaitable, puisque l'article IV - 1 - 3 confère déjà les pouvoirs les plus étendus au directoire, de sorte que les pouvoirs du conseil de surveillance et de l'assemblée ne peuvent être fondés que sur les dispositions expresses de ce Statut.

Il a semblé pourtant opportun de donner une telle énumération, qui permet une vue d'ensemble des pouvoirs attribués à l'assemblée.

Article IV - 3 - 2

1. L'assemblée générale est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, notamment afin d'examiner les comptes annuels de la société. Le délai peut être prolongé, dans des circonstances exceptionnelles et sur demande du directoire, par décision insusceptible d'appel, rendue par le tribunal compétent dans le ressort duquel la société a son siège.

2. Le directoire ou le conseil de surveillance peuvent à tout moment prendre l'initiative d'autres réunions de l'assemblée générale. L'assemblée générale est convoquée par le directoire. Si le directoire néglige de convoquer une assemblée générale prescrite par ce Statut ou par les statuts ou demandée par le conseil de surveillance, ce dernier peut la convoquer.

3. Un ou plusieurs actionnaires, réunissant au moins cinq pour cent du capital ou une valeur nominale d'au moins 250 000 unités de compte, ont la faculté de requérir par écrit, avec mention de leurs motifs et des sujets de l'ordre du jour, la convocation d'une assemblée générale. Les statuts pourront réduire ce pourcentage et cette quote-part.

4. S'il n'est pas donné suite à la requête visée à l'alinéa 3 dans le délai d'un mois, le ou les requérants peuvent demander en justice la convocation. Le tribunal compétent, dans le ressort duquel la société a son siège, statue par décision insusceptible d'appel sur cette demande. S'il considère, après avoir entendu la société, la demande justifiée, il autorise le ou les requérants à convoquer l'assemblée générale aux frais de la société, il en arrête l'ordre du jour et il en désigne le président.

5. Le ou les actionnaires visés à l'alinéa 3 du présent article ont la faculté de requérir, avant la convocation, l'inscription à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale de certains sujets. Si le directoire n'agrée pas cette inscription dans le délai d'un mois, le ou les requérants peuvent la demander en justice. Le tribunal compétent dans le ressort duquel la société a son siège, statue par décision insusceptible d'appel sur cette demande. S'il considère, après avoir entendu la société, la demande justifiée, il ordonne au directoire d'inscrire à l'ordre du jour un ou plusieurs des sujets, formant l'objet de la demande.

1. Au moins une fois par an, l'assemblée générale est réunie pour délibérer notamment sur les comptes annuels et pour décider de la destination des profits de l'exercice écoulé, s'il y en a (*alinéa 1*). Cette matière est réglée plus en détail dans le Titre VI. Il s'agit dans cette assemblée annuelle de la justification, par le directoire et le conseil de surveillance, de leur gestion et de l'information des actionnaires et d'autres intéressés à la marche des affaires sociales. Evidemment, d'autres sujets peuvent également figurer à l'ordre du jour de cette assemblée.

A côté de cette assemblée annuelle, il peut en être tenues d'autres, appelées extraordinaires, dans la pratique, par exemple pour décider sur une proposition d'émission d'actions. Ces autres assemblées ne se prêtent pas à la fixation d'un délai dans lequel elles doivent être tenues. Cela dépend entièrement des circonstances. C'est seulement pour l'assemblée annuelle que ce Statut prescrit qu'elle doit être réunie dans les six mois de la clôture de l'exercice.

Il peut y avoir des circonstances extraordinaires exigeant une prolongation de ce délai de six mois. On ne peut abandonner au directoire, même avec approbation du conseil de surveillance, le soin de décider si un tel cas se présente. Le Statut exige une décision du juge à cet égard, comme le fait la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 157).

2. Sauf dans les cas où ce Statut ou les statuts de la S.E. prescrivent la réunion de l'assemblée, il est laissé à la prudence du directoire ou du conseil de surveillance de prendre l'initiative pour d'autres assemblées (*alinéa 2*). La convocation est faite par le directoire ou, si celui-ci néglige ses devoirs, par le conseil de surveillance.

3. Les *alinéas 3 et 4* réglementent le droit d'une minorité d'actionnaires de demander une réunion de l'assemblée générale. Ce droit se retrouve dans toutes les législations nationales. Les modalités ne sont pas tellement différentes : les législations allemande (§ 122), française (art. 158, alinéa 2 sous 2), italienne (art. 2367) et néerlandaise (art. 43c) connaissent presque les mêmes règles que celles des alinéas 3 et 4 de ce Statut. Seule la quote-part du capital diffère : un cinquième en Italie, un dixième en France et aux Pays-Bas et un vingtième en Allemagne. En vue du montant élevé du capital minimum de la S.E., ce Statut a opté pour une quote-part peu élevée de cinq pour cent ou une valeur nominale d'au moins 250 000 unités de compte. Les statuts pourront réduire encore ce pourcentage ou cette quote-part.

L'*alinéa 4* règle le cas où il n'est pas donné suite à la requête prévue dans l'*alinéa* précédent. La loi française (art. 158) prévoit qu'un mandataire est désigné en justice et que ce mandataire convoque l'assemblée. Selon le Codice civile le président du tribunal convoque lui-même l'assemblée. L'*Aktiengesetz* (§ 122, alinéa 3) et la loi néerlandaise (art. 43c et d) disposent que les actionnaires sont autorisés par le (président du) tribunal à convoquer l'assemblée. Cette dernière règle a été suivie dans le projet.

4. L'*alinéa 5* attribue à la même minorité d'actionnaires le droit de requérir l'inscription à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale de certains sujets qu'elle désire y voir inscrire. On profite donc d'une assemblée qui se réunira en tout cas. L'organisation d'une assemblée générale exige toujours, comme nous verrons plus loin dans cette section, une préparation assez lourde. Quand le sujet proposé par la minorité d'actionnaires n'est pas d'une telle urgence qu'il ne puisse attendre une prochaine réunion, ce système présente des avantages pratiques. Il est même concevable que le juge, qui est appelé à statuer sur une demande en vertu de l'*alinéa 3*, fasse la suggestion aux parties, s'il n'est pas convaincu de l'urgence de cette demande en vertu de l'*alinéa 3*, de suivre le système de l'*alinéa 5*.

Il s'agit donc dans le cas de l'*alinéa 5* d'une demande, faite dans une période où il n'y a pas encore une convocation d'une assemblée générale de la part du directoire ou du conseil de surveillance. Du moment qu'une telle convocation a eu lieu, il ne semble pas désirable d'introduire la possibilité de changer l'ordre du jour en y ajoutant encore d'autres sujets. De cette façon, on introduirait un élément de surprise; en plus, le directoire et le conseil n'auraient pas suffisamment le temps de préparer leur position à l'égard de ces sujets nouveaux. Pour introduire des sujets nouveaux, la minorité d'actionnaires a donc le choix entre la méthode des alinéas 3 et 4 ou la méthode de l'*alinéa 5*.

Au surplus, la minorité a la faculté de faire des contre-propositions sur les sujets à l'ordre du jour. Ces contre-propositions recevront la même publicité que l'ordre du jour et les propositions s'y référant, si elles sont faites dans un délai d'une semaine après la convocation de l'assemblée (IV - 3 - 3, alinéa 3). Pendant l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre la parole et faire des contre-propositions sur chaque sujet inscrit à l'ordre du jour. Par cette disposition, les intérêts des actionnaires semblent donc bien gardés.

Article IV - 3 - 3

1. L'assemblée générale est convoquée par une publication dans les journaux de la société au moins quatre semaines avant la date de l'assemblée.

2. La publication contient l'ordre du jour et les propositions sur chacun des sujets de l'ordre du jour.

3. Le ou les actionnaires, visés à l'*alinéa 3* de l'article IV - 3 - 2, ont la faculté de requérir, dans un délai d'une semaine après la publication visée à l'*alinéa* précédent, que des contrepropositions, se limitant strictement aux sujets à l'ordre du jour, soient publiées de la même manière que ce dernier et pas plus tard que dix jours avant l'assemblée, à moins qu'elles ne tendent à une décision contraire à ce Statut ou aux statuts de la société ou qu'une contreproposition identique n'ait été repoussée par une assemblée générale pendant les cinq années précédentes.

4. L'assemblée générale ne peut décider, sur des questions qui ne sont pas inscrites à l'ordre du jour régulièrement publié, qu'à l'unanimité des actionnaires représentant l'intégralité du capital. Néanmoins, elle peut révoquer un ou plusieurs membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement sans que la question figure à l'ordre du jour, à condition que la moitié du capital soit présente ou représentée ou qu'une majorité de trois quarts des voix valablement exprimées soit obtenue.

1. Etant donné la dispersion des actionnaires d'une S.E., l'*alinéa 1* demande une publication dans les journaux de la société (art. 1 - 9) et un délai d'au moins quatre semaines avant la date de l'assemblée.

2. Les actionnaires doivent être informés non seulement des sujets qui seront à l'ordre du jour, mais également des propositions sur chacun de ces sujets (*alinéa 2*). Ces propositions seront discutées d'avance dans le conseil de surveillance, qui se réunit en principe en présence du directoire. Quand il s'agit d'une nomination ou réélection d'un membre du conseil de surveillance, la proposition émane normalement du conseil de surveillance (art. IV - 2 - 2). Notre alinéa 2 exige seulement qu'une proposition soit ajoutée à chaque sujet à l'ordre du jour sans définir qui formulera ces propositions. Dans le cas exceptionnel prévu dans le dernier alinéa de l'article IV - 2 - 2, l'ordre du jour peut simplement mentionner sur ce point que le conseil n'a pas de proposition à faire et qu'il laisse la nomination au libre choix de l'assemblée.

3. De cette manière, les actionnaires sont le mieux informés que possible et pourront, le cas échéant, formuler des contre-propositions qui seront publiées et distribuées de la même manière que les propositions originales (*alinéa 3*).

Il a semblé sage de ne pas donner ce droit individuellement à chaque actionnaire, mais d'introduire le même minimum que dans l'article précédent. Ceci n'empêche pas les actionnaires qui ne réunissent pas ce minimum, d'intervenir dans les débats de l'assemblée et d'y faire toute contre-proposition qu'ils veulent. Il s'agit ici seulement de savoir s'il faut attribuer individuellement à chaque actionnaire la faculté de mettre en train, avant la réunion, toute la machinerie de publication, même pour des contre-propositions venant d'un actionnaire quelconque. Ce droit est, dans le Statut, réservé à un groupe d'actionnaires ou à un seul actionnaire réunissant 5% du capital ou possédant un paquet d'actions d'une valeur nominale d'au moins 250 000 unités de compte. Il incombe alors au directoire, quand cette contreproposition lui est parvenue dans une semaine, de la publier dans les trois journaux de la société.

Toutefois, toute contreproposition, quelle qu'elle soit, ne doit pas être publiée. Si elle peut aboutir à une décision

contraire à ce Statut ou aux statuts de la S.E. ou si une contreproposition semblable a été repoussée par une assemblée pendant les cinq années précédentes, le directoire peut refuser de la publier. Dans les autres cas, il doit les publier, mais aucune sanction spéciale n'est prévue. Si un refus injustifié cause un dommage à la société ou à un actionnaire, ils peuvent intenter l'action en responsabilité contre les membres du directoire (art. IV - 1 - 10).

4. L'interdiction de décider sur des sujets qui ne sont pas inscrits à l'ordre du jour (*alinéa 4*) est connue dans les droits de tous les Etats contractants. Dans la plupart de ces droits, on interdit même de délibérer sur les sujets ne figurant pas à l'ordre du jour (p. ex., art. 160, alinéa 3, de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales). En Allemagne (§ 124, alinéa 4) et aux Pays-Bas (art. 43g) comme dans notre alinéa 4, seules les décisions sont interdites. L'exception à l'interdiction — une décision à l'unanimité des actionnaires représentant l'intégralité du capital — se retrouve dans les lois italienne (art. 2366, alinéa 3) et néerlandaise (art. 43g).

Pour certaines S.E. l'hypothèse de la représentation intégrale du capital à l'assemblée ne semble pas exclue (filiales ou filiales communes p. ex.).

La première phrase de l'alinéa 4 dit : l'ordre du jour « régulièrement publié ». Ceci implique, en fait, que l'ordre du jour ne peut être modifié après sa publication et aussi qu'en cas d'irrégularités dans la publication de l'ordre du jour, l'assemblée ne peut prendre de décisions. Toutefois, si ces dispositions sont violées, les décisions de l'assemblée ne sont pas nécessairement nulles. Elles peuvent être annulées dans les conditions de l'article IV - 3 - 12.

5. L'alinéa 4 fait une exception pour la révocation d'un ou de plusieurs membres du conseil de surveillance. Ils peuvent être révoqués et même remplacés sans que ce sujet ne soit écrit à l'ordre du jour et sans que l'intégralité du capital ne soit représentée. On retrouve cette exception dans l'article 160, alinéa 3 de la loi française. Cependant, le projet a limité ce pouvoir de l'assemblée afin d'éviter des surprises qui peuvent résulter de l'absentéisme, bien connu, des actionnaires. Il faut qu'au moins la moitié du capital soit présente ou représentée ou que la décision imprévue soit prise avec une majorité de trois quarts. Le conseil de surveillance est un organe d'une telle importance pour la vie de la société qu'il faut au moins une certaine garantie pour ne pas l'exposer à un jeu de hasard. Au reste, une minorité d'actionnaires peut toujours procéder à la révocation d'un ou de plusieurs membres du conseil de surveillance, soit par la convocation d'une assemblée générale selon l'article IV - 3 - 2, alinéas 3 et 4, soit en demandant l'inscription de ce sujet à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale (art. IV - 3 - 2, alinéa 5).

Article IV - 3 - 4

1. Les membres du directoire et du conseil de surveillance assistent, en leur qualité, à l'assemblée générale avec voix consultative.

2. Tout actionnaire, ainsi que tout porteur de certificats d'actions ou d'obligations convertibles en actions, peut participer à l'assemblée générale.

3. Les statuts peuvent soumettre la participation à l'assemblée à la condition que les titres soient déposés auprès d'une banque au moins quinze jours avant l'assemblée générale et jusqu'à la fin de celle-ci. Dans ce cas, les banques doivent communiquer, sans délai, à la société le dépôt, la na-

ture et la valeur nominale des titres, ainsi que les noms et adresses des déposants.

4. Les statuts peuvent aussi, au lieu du dépôt visé à l'alinéa 3, exiger la notification, par écrit ou télégraphique, au moins huit jours avant l'assemblée, de la participation à celle-ci. Dans ce cas, les mêmes indications que celles visées à l'alinéa 3 doivent être communiquées à la société.

5. Lorsque les statuts contiennent une clause visée aux alinéas 3 et 4, la publication de la convocation doit s'y référer.

1. Cet article régit la présence à l'assemblée générale. Elle n'est pas réservée aux actionnaires et aux membres du directoire et du conseil de surveillance (*alinéa 1*). Sont également admis les porteurs de certificats d'actions ou d'obligations convertibles en actions (*alinéa 2*). Le représentant de la masse des obligataires est également admis (art. III - 3 - 4). Comparées avec celles de la plupart des législations nationales, voici quelques dispositions novatrices.

Pour ce qui est de la participation des membres du directoire et du conseil de surveillance à l'assemblée, elle est prévue par l'Aktiengesetz (§ 118), la loi néerlandaise (art. 44a) et le projet de loi belge (art. 72). Elle n'est pas exclue dans les autres législations. En pratique, ces membres assistent toujours aux assemblées, avec voix consultative.

Quant à la participation des porteurs de certificats d'actions et d'obligations convertibles en actions, elle n'est nulle part défendue, les statuts ou l'assemblée peuvent l'admettre. L'article 72 du projet de loi belge ouvre grande la porte : il admet les obligataires, les porteurs d'actions privilégiées sans droit de vote, les porteurs de bons de souscription, ainsi que les autres personnes qui y seraient autorisées par l'assemblée elle-même.

Ce Statut se rallie à la tendance exprimée par le projet de loi belge, en admettant à l'assemblée également ceux qui ont un intérêt économique (les porteurs de certificats d'actions) ou une vocation particulière à devenir des actionnaires dans l'avenir (les porteurs d'obligations convertibles).

2. Les deux procédures prévues dans les alinéas 3 et 4 ont pour objet d'avertir la société de la présence des actionnaires et des porteurs de certificats ou d'obligations convertibles. Elles facilitent la préparation de l'assemblée générale, par exemple la rédaction d'avance d'une feuille de présence, la location d'une salle suffisamment grande et le décompte des votes. Pour des grandes réunions tout cela pose pas mal de problèmes d'organisation. Pour les assemblées, auxquelles assiste seulement un nombre limité d'actionnaires, ces règles n'importent pas trop ceux qui doivent s'y soumettre. D'autre part, elles peuvent avoir l'avantage d'éviter des surprises comme celles mentionnées sous 5 du commentaire de l'article précédent.

3. Le dépôt des actions (*alinéa 3*) est aussi prévu par l'Aktiengesetz (§ 123), le Codice civile (art. 2370), et par la loi néerlandaise (art. 44a). Les autres législations ne le mentionnent pas. Ceci n'exclut pas que les statuts puissent l'exiger, comme c'est souvent le cas en pratique.

4. La notification de l'intention de participer à l'assemblée (*alinéa 4*) est seulement prévue par l'Aktiengesetz (§ 123).

5. Il est nécessaire de rappeler aux actionnaires leur obligation de déposer leurs actions ou de notifier leur participation à l'assemblée générale. L'*alinéa 5* prescrit qu'on le leur rappelle par voie de la publication de la convocation dans les journaux de la société.

Article IV - 3 - 5

1. Un actionnaire, ayant droit de vote, peut se faire représenter à l'assemblée générale par un mandataire. Ne peuvent être mandataires, les membres du directoire, les membres du conseil de surveillance, les préposés de la société ou de ses sociétés dépendantes.

2. Le mandat doit être établi sous forme écrite. Il doit spécifier les titres dont les droits de vote seront exercés. La procuration doit être déposée auprès de la société avant la tenue de l'assemblée.

3. Le mandat ne peut être conféré pour une durée de plus de six mois. Il est révocable à tout moment. Un sous-mandat est admis.

4. Il est interdit de voter, sous son propre nom, avec des actions appartenant à autrui, sans procuration régulièrement déposée. Cette interdiction ne s'applique pas aux fonds de placement (investment trusts) pour les actions qu'ils administrent.

1. Cet article régleme la représentation des actionnaires ayant le droit de vote. Point n'est besoin de régler la représentation des porteurs d'actions sans droit de vote ou des porteurs de certificats d'actions ou d'obligations convertibles, puisque ceux-ci n'ont pas le droit de vote. Le droit de se faire représenter, accordé à l'actionnaire dans l'alinéa 1 ne peut pas être exclu, comme en Italie (art. 2372), par une disposition contraire dans les statuts. L'actionnaire a toujours le droit de se faire représenter quand il le veut. Cette règle semble justifiée pour des motifs divers. D'abord, les actionnaires d'une S.E. peuvent être dispersés partout en Europe. Leur déplacement présenterait des difficultés pratiques. Ils doivent avoir la possibilité de choisir un représentant qui se trouve sur place. Il est également possible qu'un actionnaire veuille faire une opposition, mais ne se sente pas capable de défendre personnellement sa cause. Dans ce cas, il choisira comme représentant, par exemple, un avocat. C'est la raison pour laquelle on n'a pas voulu limiter son choix en décrétant qu'un actionnaire ne peut se faire représenter que par un autre actionnaire ou par son conjoint, disposition qui se trouve dans la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 161).

Les limitations qu'on trouve dans l'alinéa 1 sont d'un autre ordre. En principe, les actionnaires sont libres dans le choix de leur représentant. Sont toutefois exclus comme représentants, dans l'alinéa 1, deuxième phrase, les membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société ou d'une société dépendante. Un conflit d'intérêts se présente facilement à l'égard de ces personnes, par exemple quand il faut voter sur leur décharge. Des motifs analogues expliquent l'exclusion des préposés de la société ou d'une société dépendante. Ils peuvent avoir d'autres intérêts que l'actionnaire et être sous l'influence des organes supérieurs. L'exclusion des personnes mentionnées à cet alinéa se retrouve dans les législations italiennes (art. 2372, alinéa 2) et néerlandaise (art. 44a, dernier alinéa).

2. Pour le mandat du représentant, l'alinéa 2 exige la forme écrite et un dépôt de la procuration auprès de la société. C'est inévitable pour un contrôle des pouvoirs et des exigences de l'alinéa précédent. L'Aktiengesetz (§ 134, alinéa 3) et le Codice civile (art. 2372) contiennent les mêmes exigences.

3. L'alinéa 3 limite la durée du mandat à six mois, donc normalement pour une seule assemblée générale et la deu-

xième qui lui succède si le quorum n'était pas atteint à la première. Un mandat d'une durée illimitée pourrait mener à la concentration de votes auprès d'organismes, comme les banques, leur donnant une influence importante et permanente dans la S.E., sans participation réelle au capital. Si l'on veut réactiver les actionnaires, il faut limiter la durée des mandats. La limitation de la durée du mandat n'est prévue que par l'Aktiengesetz (§ 135, alinéa 2) pour la représentation par les établissements de crédit, etc. La durée maximale, dans cette loi, est fixée à 15 mois. Le Statut va donc plus loin, à ce sujet, que les législations nationales.

4. L'alinéa 4 interdit de voter, en son propre nom, avec des actions appartenant à autrui sans procuration régulièrement déposée. Cette interdiction est surtout d'importance pour les banques qui ne sont donc pas autorisées à voter avec les actions, déposées auprès d'elles par leurs clients, sans que ces derniers leur aient donné une procuration. Il n'a pas semblé justifié d'accorder aux banques, dans la société, une influence importante qui ne résulterait pas d'une participation réelle de leur part dans le capital de la société, mais du seul fait que se trouveraient dans leurs coffres des actions appartenant à leurs clients. Pour voter avec les actions d'autrui, une procuration est de rigueur.

Une exception a seulement été prévue pour les fonds de placement (investment trusts). Le Statut évite la question de savoir si ces fonds de placement doivent être regardés comme propriétaires des actions qu'ils administrent. Il est dans la nature de leur fonction d'exercer tous les droits, y inclus le droit de vote, des actions qu'ils administrent.

5. Le projet n'exige pas non plus que le mandat soit spécifié et que l'actionnaire doive exprimer sur chaque sujet à l'ordre du jour comment il veut que son représentant vote. Cela est possible, mais le mandat peut également être conçu dans des termes généraux, en laissant au mandataire toute liberté. L'Aktiengesetz connaît le système de spécification (§ 128 et 135) pour la représentation par les établissements de crédit, les associations d'actionnaires et de personnes dont le métier est de représenter les actionnaires dans des assemblées (§ 135, alinéa 9). Le projet ne reprend pas cette réglementation détaillée de l'Aktiengesetz qu'il faut également apprécier en combinaison avec la durée plus prolongée du mandat (15 mois) prévue dans cette loi. Le projet se borne à une réglementation beaucoup plus simple, en limitant la durée du mandat à six mois.

Article IV - 3 - 6

1. Sauf disposition contraire des statuts, l'assemblée générale est présidée par le président du conseil de surveillance, en son absence par le vice-président du conseil ou, à défaut de celui-ci, par le doyen d'âge du conseil. A défaut d'un membre du conseil de surveillance, l'assemblée élit son président elle-même.

2. Une feuille de présence est dressée par un notaire. Avant l'ouverture des délibérations, cette feuille est mise à la disposition des participants, dans la salle de réunion. Elle mentionne les nom et domicile de tous les porteurs de titres présents et représentés, ainsi que le nombre, la nature, la valeur nominale et, s'il existe plusieurs catégories, la catégorie de leurs titres. Si un représentant participe également en son nom propre comme actionnaire à l'assemblée, les mentions doivent être faites séparément.

3. Tout participant à l'assemblée générale peut y demander la parole sur le sujet de l'ordre du jour, soumis aux débats par le président. Tout actionnaire peut faire des contrepropositions sur chaque sujet de l'ordre du jour. Le président dirige les débats et peut prendre toute mesure d'ordre qui lui semble opportune.

4. Seuls les porteurs d'actions avec droit de vote peuvent prendre part aux votes. Le président décide l'ordre des votes s'il y a plusieurs propositions sur le même sujet. Les statuts peuvent prévoir que les votes, relatifs à la nomination ou à la révocation des membres du conseil de surveillance, donnent lieu au scrutin secret; l'assemblée générale peut toujours, à la majorité des voix, décider autrement. Les votes relatifs aux nominations peuvent se faire par acclamation si aucun des actionnaires, ayant droit de vote, ne s'y oppose.

1. Cet article prévoit quelques règles pour l'assemblée générale elle-même. Elle doit avoir un président (*alinéa 1*), qui dirige les débats et peut prendre toute mesure d'ordre qui lui semble opportune (*alinéa 3*). La pratique démontre, hélas, que cette dernière disposition ne peut être jugée superflue. Il y a des actionnaires qui veulent prolonger les débats ad infinitum. Une fixation du temps de parole par exemple peut être indispensable. Le comportement d'un actionnaire peut même mener à son renvoi de l'assemblée. Il faut éviter que les mesures d'ordre du président donnent lieu à des procédures a posteriori. Une disposition légale protège le président et la société contre de telles actions, à moins qu'il n'ait agi déraisonnablement.

2. Une feuille de présence est utile (*alinéa 2*). La forme notariée ne présente pas de difficultés du fait que la présence du notaire pour dresser le procès-verbal authentique de l'assemblée est en tout cas prévue (art. IV - 3 - 11). Une feuille de présence est également prévue par l'Aktiengesetz (§ 129), par le projet de loi belge (art. 73, mais seulement en l'absence d'une disposition statutaire), et, à peine de nullité des délibérations prises par l'assemblée, par la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales (art. 167 juncto 173). La composition de la feuille de présence est réglementée d'une façon presque identique à celle concernant le paragraphe 129 de l'Aktiengesetz.

3. L'*alinéa 3* accorde le droit de parole à tous les participants à l'assemblée, donc aussi aux porteurs d'obligations convertibles et aux porteurs de certificats d'actions (art. IV - 3 - 4, *alinéa 2*). Toutefois, seuls les actionnaires, sans ou avec droit de vote, ont le droit de faire des contrepropositions, qui, à leur tour, peuvent être inspirées par les observations des autres participants.

Article IV - 3 - 7

1. Au cours de l'assemblée générale, tout actionnaire qui en fait la demande a le droit d'être informé par le directoire des affaires de la société dans la mesure où l'information demandée est nécessaire pour se prononcer en connaissance de cause sur les sujets inscrits à l'ordre du jour. L'obligation d'informer s'étend aux relations juridiques et d'affaires existant entre la S.E. et une société dépendante ou dominante.

2. L'information doit répondre aux exigences d'un compte rendu fidèle et consciencieux.

3. Le directoire peut refuser l'information dans la mesure :

a) où, selon l'appréciation d'un commerçant raisonnable, elle serait de nature à nuire dans une mesure considérable à la S.E. ou à une société dépendante ou dominante.

b) où, en la divulguant, il commettrait une infraction pénale.

4. Lorsque l'information est refusée à l'actionnaire, celui-ci peut demander l'inscription au procès-verbal de l'assemblée générale de sa question et du motif du refus qui lui a été opposé.

5. L'actionnaire à qui l'information a été refusée pourra saisir du bien-fondé de ce refus la juridiction compétente dans le ressort de laquelle la société a son siège. Celle-ci statuera par décision insusceptible d'appel et de pourvoi en cassation. La demande devra être introduite dans le délai de deux semaines à compter de la date de clôture de l'assemblée générale.

6. Si le droit à l'information est reconnu au demandeur, le directoire doit publier dans les quatre semaines qui suivent, dans les journaux de la société, en même temps que la question, l'information correspondante.

1. Cet article (*alinéas 1 et 2*) confère aux actionnaires un droit individuel d'information. Il s'inspire de la loi allemande sur les sociétés anonymes (§§ 131 et 132). La nécessité d'une plus ample information peut apparaître dans toute assemblée générale et plus particulièrement au cours de l'assemblée annuelle appelée à examiner les comptes annuels. Malgré une publicité obligatoire très large, des questions peuvent subsister auxquelles il faudra répondre pour que les actionnaires puissent voter en connaissance de cause. Le directoire ne peut pas payer l'actionnaire de mots. La réponse à une question pertinente d'un actionnaire doit être conforme aux exigences d'un compte rendu fidèle et consciencieux. D'où l'*alinéa 2* de cet article qui est identique à l'*alinéa 2* du paragraphe 131 de l'Aktiengesetz.

2. Les motifs qui justifient le droit d'information de l'actionnaire font en même temps apparaître ses limites. Celles-ci sont d'ailleurs fixées dès l'*alinéa 1* consacrant ce droit de l'actionnaire. Le directoire ne donnera des informations que si elles sont indispensables pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause sur les points figurant à l'ordre du jour. L'obligation d'informer, faite au directoire, s'étend également, et dans les mêmes limites, aux relations juridiques et d'affaires existant entre la S.E. et une société dépendante ou dominante. Il ne s'agit pas ici des informations sur les sociétés dépendantes ou dominantes elles-mêmes. Mais seulement des informations sur les relations (juridiques ou d'affaires) entre la S.E. et ces sociétés. Pour la définition d'une société dépendante (ou dominante), on doit se référer à l'article III - 1 - 7, *alinéa 3*, et son commentaire.

3. Le droit d'information consacré par l'*alinéa 1* comporte également des restrictions mentionnées à l'*alinéa 3, litt. a et b*. Il y a ainsi trois motifs de refus :

— lorsque l'information n'est pas nécessaire pour se prononcer en connaissance de cause sur les points figurant à l'ordre du jour ;

— lorsqu'elle est susceptible de porter un préjudice important à la S.E. ou à une société dépendante ou dominante ;

— lorsque la divulgation de l'information est constitutive d'une infraction pénale.

On ne peut laisser au seul directoire le soin d'apprécier sans recours si ces conditions se trouvent remplies. Ceci pose la question des sanctions : quels moyens sont à la disposition de l'actionnaire, s'il considère qu'une information lui a été refusée à tort ? Cette matière importante a été réglée dans les alinéas suivants.

4. Les alinéas 4 à 6 donnent aux actionnaires, en cas de refus d'informer, la faculté de saisir le tribunal compétent du siège de la S.E. Cette solution ne fait pas obstacle à ce que la Cour de Justice européenne puisse statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de cet article (art. I - 6). Lorsque le juge donne suite à la demande de l'actionnaire, il y a lieu de publier la question et la réponse dans les journaux de la société. En raison de cette procédure et de la publication qui peut s'ensuivre, le directoire se retiendra d'opposer un refus à la légère en prétendant soit que l'information n'était pas nécessaire, soit qu'elle était nuisible à la société. L'expérience prouve que lorsqu'il n'est pas assorti d'une sanction, le droit à l'information s'est toujours révélé platonique. Si l'on est prêt à admettre le droit à l'information, il est indispensable de le compléter par un contrôle juridictionnel (cf. § 132 de l'Aktiengesetz).

Article IV - 3 - 8

1. Chaque action confère de plein droit, sans préjudice de la disposition de l'article III - 2 - 2, alinéa 2, un droit de vote proportionnel à la partie du capital qu'elle représente; chaque action donne droit à une voix au moins.

2. L'assemblée statue à la majorité des voix valablement exprimées, sauf dans les cas où ce Statut exige une majorité plus importante.

3. Dans les cas où ce Statut n'exige pas une majorité spéciale, il est loisible aux statuts d'en prévoir une sans qu'elle puisse dépasser quatre cinquièmes des voix valablement exprimées.

1. La règle selon laquelle chaque action donne droit à une voix au moins (alinéa 1) se retrouve dans toutes les législations nationales (p. ex. art. 174 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales).

La proportionnalité des votes, en concordance avec la participation au capital, élimine les clauses statutaires fixant le nombre maximal des voix dont peut disposer un même actionnaire sans égard à sa participation au capital. Ces clauses mènent à l'emploi d'hommes de paille, parce que l'actionnaire qui possède un paquet d'actions, veut quand même exercer une influence correspondante dans l'assemblée générale. A son tour, cette tactique peut mener à des actions en annulation des décisions prises dans l'assemblée. Il a semblé préférable d'exclure d'avance ces possibilités et de se rallier au principe démocratique suivant lequel l'influence des actionnaires correspond à leur participation dans le capital.

2. L'alinéa 2 exprime la règle qu'en général l'assemblée décide à la majorité absolue, donc avec la moitié des voix

valablement exprimées plus une. Le Statut lui-même peut exiger une majorité plus forte, comme par exemple pour les modifications des statuts.

3. Les statuts de la S.E. peuvent également exiger une majorité qualifiée (alinéa 3), mais seulement dans des cas qui ne se trouvent pas réglés dans ce Statut lui-même. Quand le Statut par exemple exige une majorité de trois quarts pour une modification des statuts, les statuts ne peuvent exiger quatre cinquièmes.

Il faut également éviter des exigences de majorités trop exagérées dans les statuts. Le maximum permis par le projet — en dehors des cas réglés dans le Statut — est de 80 %. Cela donne à 20 % des actionnaires le droit de veto. Il n'a pas semblé justifié d'aller plus loin. Le cas normal sera — espérons-le — que les statuts se rallient au système du Statut, donc des décisions à la majorité absolue des voix, à moins que le Statut, dans des cas spéciaux, n'ait prévu une majorité plus forte.

4. Les dispositions de cet article, sauf le dernier alinéa, se retrouvent presque sous la même forme dans les législations nationales. Pour la permission de créer, sous certaines conditions, des actions sans droit de vote et la prohibition de créer des actions avec vote plural, on renvoie à l'article III - 2 - 2.

Article IV - 3 - 9

1. Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier. Toutefois, dans les délibérations modificatives des statuts, il appartient au nu-propriétaire.

2. Le droit de vote est exercé par le propriétaire des titres remis en gage. A cet effet, pendant les quinze jours avant l'assemblée générale et jusqu'à la fin de celle-ci, le créancier gagiste dépose, à la demande de son débiteur, les actions qu'il détient en gage auprès d'une banque, désignée par la société à la demande du débiteur.

3. Un actionnaire ne peut exercer son droit de vote ou le faire exercer par un autre, à l'occasion d'une décision sur sa décharge, ou sur toute autre décision à laquelle il a un intérêt opposé à celui de la société.

1. Cet article contient quelques prévisions spéciales pour l'exercice du droit de vote. Qui votera en cas d'usufruit de l'action ? L'alinéa 1 donne la réponse, qui correspond avec l'article 163, alinéa 1, de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales et déroge à l'article 2352 du Codice civile.

Ce dernier article règle en même temps la question de savoir à qui revient le droit de souscription préférentiel en cas de gage et en cas d'usufruit. Dans notre projet, cette question n'a pas été réglée; elle est laissée au droit national applicable. Si l'on veut régler cette matière d'une manière uniforme, elle devrait trouver sa place dans la première section du Titre III (droit de souscription préférentiel — art. III - 1 - 3). L'article 18 du projet de loi belge propose une solution simple en disposant, pour les cas de copropriété, usufruit et gage, que la société a le droit de suspendre l'exercice des droits afférents à ces actions, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de l'action. Toutefois, ce projet ne dit pas ce qui se passe, si la société ne suspend pas l'exercice de ces droits.

2. L'*alinéa* 2 règle le cas suivant lequel des actions ont été données en gage.

3. L'*alinéa* 3 exclut le droit de vote dans les cas où il y aura un conflit d'intérêts. Une telle règle se retrouve dans le paragraphe 136, *alinéa* 1, de l'Aktiengesetz, l'article 2373 du Codice civile et l'article 44c de la loi néerlandaise.

Article IV - 3 - 10

1. Les actionnaires peuvent, à titre gratuit, convenir de laisser à l'un d'eux ou à un tiers le soin d'exercer le droit de vote. La cession du droit de vote à titre onéreux est interdite.

2. La société doit recevoir communication de la convention de vote. Celle-ci ne prendra effet à l'égard de la société qu'à partir de la notification. Les votes exercés avant cette notification sont nuls.

3. Les noms des parties à cette convention ainsi que le montant total de leurs actions doivent être publiés dans le rapport annuel suivant. Doit être publiée de la même façon la date à laquelle la convention prend fin.

1. Les conventions de vote font l'objet dans les Etats membres de réglementations assez différentes. Pour la S.E., on se trouvait invité à choisir entre l'interdiction pure et simple de la convention de vote ou son admission dans des cas particuliers à réglementer. Le projet retient cette dernière solution (*alinéa* 1).

Il est vrai que les objectifs recherchés par une convention de vote pourraient être atteints même si cette convention était interdite. Il serait en effet possible, dans une société où deux actionnaires se partagent également les actions, que chacun d'eux cède quelques titres à une personne de confiance dont le vote serait alors prépondérant en cas d'égalité de voix. Lorsqu'un groupe dispose de la majorité des actions d'une société, ces actions pourraient faire l'objet d'un apport à une holding ou à une fondation. C'est à l'intérieur de la holding ou de la fondation qu'il serait décidé ensuite de la façon dont le droit de vote aurait à être exercé dans l'assemblée générale pour l'ensemble des actions.

La convention de vote permet d'aboutir aux mêmes résultats. On peut alors se poser la question de savoir pourquoi il faudrait l'interdire. Sur d'autres questions le projet opte également pour la solution libérale. C'est ce qui est fait ici. On ajoutera que les conventions de vote servent souvent à la protection d'une minorité qui se voit affrontée à un gros actionnaire. Cette minorité ne peut utilement se servir de ses voix (par exemple comme minorité de barrage) que si elle est unanime quant à l'exercice du droit de vote.

Mais il faut exclure les abus. La convention de vote qui, on l'a vu, peut avoir des buts parfaitement honnêtes doit se faire gratuitement. La vente du droit de vote est donc exclue.

2. D'autre part, il n'y a aucune raison de tenir secrète la convention de vote vis-à-vis de la société, ce qui serait d'ailleurs bien difficile en pratique. L'*alinéa* 2 prévoit une notification à la société qui a de toute façon intérêt à connaître le contenu d'une telle convention et la façon dont sera exercé le droit de vote attaché aux actions concernées par la convention. Il y a donc lieu d'informer la société de cette convention.

3. Enfin, les autres actionnaires et les tiers ont également intérêt à être informés d'une convention de vote, des action-

naires qui y sont parties et du montant total des actions qu'ils représentent. L'*alinéa* 3 stipule que ces indications doivent figurer dans le prochain rapport annuel. Il est logique d'exiger que l'expiration de la convention de vote soit publiée de la même manière. En revanche, il serait exagéré de demander aussi la publication du contenu de la convention. Cela risquerait de porter préjudice aux intérêts des actionnaires parties à la convention.

Il est intéressant de noter que le projet italien (art. 11) autorise les conventions de vote conclues pour une durée de trois ans au maximum.

Article IV - 3 - 11

1. Il est établi par notaire un procès-verbal authentique qui fait mention des points discutés, des interventions dont il a été demandé acte et des décisions prises par l'assemblée générale.

2. La feuille de présence et les documents justificatifs de la convocation sont joints en annexe au procès-verbal, ainsi que les rapports présentés aux actionnaires sur les sujets inscrits à l'ordre du jour.

3. Aussitôt après l'assemblée générale, le directeur dépose deux copies légalisées du procès-verbal et de ses annexes auprès du registre européen du commerce. En cas de modification des statuts, c'est la procédure de l'article VIII - 4 qui doit être suivie.

1. L'*alinéa* 1 prévoit, pour chaque assemblée générale, un procès-verbal, établi par un notaire. L'intervention obligatoire d'un notaire se justifie par l'importance de la S.E. Elle présente une garantie pour les actionnaires, surtout en vue de l'observation de la régularité de l'assemblée générale et des procès qui peuvent être entamés après.

En pratique, un procès-verbal est dressé dans toutes les assemblées des sociétés d'une certaine importance. Pourtant, les lois belge, luxembourgeoise et néerlandaise ne le prescrivent pas, pas plus que la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales dont l'article 170 oblige cependant la société à communiquer, à tout actionnaire sur demande, entre autres les procès-verbaux des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices. Les lois allemande et italienne, par contre, exigent un procès-verbal. Ce paragraphe 130 de l'Aktiengesetz prescrit que toute décision de l'assemblée doit être consignée dans un procès-verbal dressé par un juge ou par un notaire. L'article 2375 du Codice civile dispose que le procès-verbal d'une assemblée extraordinaire doit être dressé par un notaire. L'article 45c de la loi néerlandaise prévoit que l'acte notarié, exigé par la loi pour une modification des statuts, peut consister dans le procès-verbal notarié de l'assemblée générale, qui décide sur la modification des statuts.

2. L'*alinéa* 2 contient une disposition d'ordre plutôt technique, tandis que l'*alinéa* 3 prévoit un dépôt auprès du registre du commerce en vue de la publicité qui prend une place si importante dans ce Statut. Si la S.E. refusait de donner une copie du procès-verbal à un actionnaire qui le demande — cas qui n'a pas été réglé dans le Statut — il peut toujours l'obtenir auprès du registre européen du commerce. Les *alinéas* 2 et 3 correspondent aux *alinéas* 3 et 5 du paragraphe 130 de l'Aktiengesetz.

L'alinéa 3 prévoit le dépôt de deux copies du procès-verbal et de ses annexes auprès du registre européen du commerce. Une de ces copies sera transmise immédiatement à l'annexe nationale de ce registre central dans l'Etat où la S.E. a son siège (art. 1 - 8). En cas de modification des statuts, il faut y ajouter, comme document séparé, le texte des modifications adoptées par l'assemblée générale (art. VIII - 4).

Article IV - 3 - 12

1. Sous réserve des procédures et dispositions spéciales prévues dans ce Statut, les décisions de l'assemblée générale peuvent être annulées pour violation des dispositions de ce Statut ou des statuts de la société dans les conditions suivantes.

2. L'action en annulation peut être intentée par tout actionnaire et par tout autre intéressé, sous condition que puisse être invoqué un intérêt raisonnable à ce que la disposition violée fût respectée.

3. L'action en annulation est portée, dans les trois mois après le dépôt du procès-verbal de l'assemblée auprès du registre européen du commerce, devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle la société a son siège. Elle est dirigée contre la société. Si la cause d'annulation a été dissimulée, on peut s'en prévaloir dans les trois mois qui suivent sa révélation.

4. Sur requête du demandeur, le juge peut, après avoir entendu la société, suspendre l'exécution de la décision attaquée. Le juge peut également, sur requête de la société, après avoir entendu le demandeur, ordonner que celui-ci fournisse caution pour le dommage éventuel causé par son action ou par la suspension de l'exécution de la décision, dans le cas où l'action serait rejetée comme dénuée de tout fondement.

5. Les jugements prononçant l'annulation ou la suspension de la décision produisent leurs effets à l'égard de tous, sous réserve des droits acquis à l'égard de la société par des tiers de bonne foi. Le directoire dépose, sans retard, deux copies légalisées du jugement ou de l'ordonnance auprès du registre européen du commerce.

6. L'annulation d'une décision ne peut plus être prononcée par le juge si cette décision a été remplacée par une autre, prise en conformité avec le Statut et les statuts de la société. Le juge peut, même d'office, accorder le délai nécessaire pour que l'assemblée puisse prendre cette nouvelle décision.

1. Les articles IV - 3 - 12 et IV - 3 - 13 traitent de l'annulabilité et de la nullité des décisions de l'assemblée générale. Ainsi qu'il résulte de ces articles, les possibilités d'annulation de ces décisions sont assez limitées. Cette limitation est justifiée pour plusieurs raisons.

2. D'abord, ce Statut contient un certain nombre de garanties contre l'irrégularité des décisions de l'assemblée : ces garanties se rapportent à la convocation de l'assemblée (art. IV - 3 - 3), au droit d'information des actionnaires (art. IV - 3 - 8) et à la présence obligatoire d'un notaire qui établit le procès-verbal et la feuille de présence (art. IV - 3 - 11 et IV - 3 - 6, alinéa 2). En outre, il faut tenir compte de la présence probable de la presse financière, qui suit de près le développement des sociétés d'une certaine importance comme la S.E. Mais c'est surtout la participation du notaire qui préserve des vices de forme.

Enfin, l'article IV - 3 - 11 prévoit le dépôt du procès-verbal, de la feuille de présence et des documents justificatifs de la convocation auprès du registre européen du commerce où ils peuvent être examinés par tout le monde. Sous l'aspect de l'annulation des décisions de l'assemblée, ce dépôt a une double signification. D'un côté, comme toute publicité en général, il présente une garantie contre les irrégularités. De l'autre, il est le point de départ du délai pour se prévaloir de la nullité ou pour intenter l'action en annulation.

3. Une autre raison de la limitation des possibilités d'annulation des décisions de l'assemblée est celle de la sécurité juridique. Cette raison pèse dans la balance, puisque l'incertitude pourrait paralyser les activités de la société. Cette limitation est non seulement dans l'intérêt de la société elle-même et de son personnel, mais aussi des actionnaires et des créanciers. Ces intérêts demandent que les cas d'annulabilité, et surtout ceux de nullité, soient limités au strict minimum et que les délais pour invoquer l'annulabilité, ou la nullité, soient les plus brefs possibles. Toutefois, il faut aussi protéger les intérêts de ceux qui sont lésés par les décisions nulles ou annulables. Il faut donc trouver un équilibre des intérêts en cause.

4. Il ne faut cependant pas s'exagérer l'importance de ces limitations. Elles ne se rapportent pas tant aux causes de nullité ou d'annulabilité qu'aux délais pour les invoquer. Ces délais sont brefs, mais dans les législations des Etats contractants on trouve parfois, à cet égard, encore plus de sévérité.

5. La nullité et l'annulabilité des décisions de l'assemblée sont réglementées de façon très diverse dans les législations des Etats contractants. Les lois belge et luxembourgeoise ne contiennent pas de dispositions spéciales à ce sujet.

On a recours aux solutions de droit civil élaborées par la jurisprudence. Il en est de même aux Pays-Bas, où le Wetboek van Koophandel se limite à un seul article (46a). Les législations allemande (§§ 241 à 257), française (art. 173 et art. 360 à 370) et italienne (art. 2377 à 2379), ainsi que le projet de loi belge (art. 78) réglementent la matière de façon plus ou moins détaillée. Dans les détails, ce Statut s'est inspiré surtout des réglementations allemande et italienne.

6. L'alinéa 1 de l'article IV - 3 - 12 commence par excepter de la possibilité d'annulation les décisions relevant d'une procédure ou d'une disposition spéciale prévue dans ce Statut. On en trouve un exemple dans l'article VI - 4 - 5 pour ce qui est de la question de la régularité des comptes annuels. Sur ce point, l'action en annulation n'est pas ouverte. Elle le reste cependant pour les autres questions relatives à la décision de l'assemblée sur les comptes annuels, comme par exemple la convocation de l'assemblée, ou la majorité requise.

Un autre exemple d'une procédure spéciale est celui de l'article VIII - 5 : après le contrôle, par la Cour de Justice, de la décision de modification des statuts, il n'y a plus place pour une action en annulation qui n'aboutirait qu'à un contrôle identique mais cette fois par le juge national. Cet article est applicable à la décision de dissolution de la S.E. (art. IX - 1 - 2) et aux décisions de fusion à laquelle une S.E. participe (art. XI - 1 - 3, XI - 2 - 2 et XI - 2 - 3).

7. Les causes d'annulation sont les violations des dispositions de ce Statut ou des statuts de la société. Ces causes se retrouvent dans presque tous les droits nationaux, soit implicitement comme en droit belge et luxembourgeois, soit expressément (§ 243, alinéa 1 Aktiengesetz, art. 2377, alinéa 2 Codice civile, art. 46a, alinéa 2 Wetboek van Koophandel et art. 2 - 1 - 8a nouvelle loi néerlandaise). Selon l'article 360 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales, la nullité des décisions de l'assemblée ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de cette loi ou de celles qui régissent les contrats. La loi contient bien des dispositions impératives. Mais la nullité prévue à l'article 360 de la loi française est une nullité de plein droit. Le cas d'annulabilité ne se présente que très rarement dans cette loi (p. ex. art. 173, alinéa 2).

8. L'alinéa 2 donne le droit d'introduire une action en annulation à tous ceux qui ont un intérêt raisonnable à ce que la disposition violée fût respectée. L'alinéa 2 mentionne séparément les actionnaires — sans distinguer s'ils ont assisté à l'assemblée générale ou non — et toutes autres personnes intéressées. Parmi elles, il faut compter le directeur et le conseil de surveillance et les membres de ces organes individuellement (cf. art. 2377 Codice civile et art. 245, alinéas 4 et 5 Aktiengesetz), le représentant d'une masse d'obligataires, les créanciers, etc.

Toutefois, le projet exige de tout actionnaire, comme de tout autre intéressé, un intérêt raisonnable au respect de la disposition violée par la décision de l'assemblée. L'intérêt doit donc se rapporter à l'observation de la disposition violée elle-même. Le jugement sur la question de savoir si le demandeur a un tel intérêt, pourrait être influencé par la circonstance que le demandeur, en tant qu'actionnaire, a voté en connaissance de cause en faveur de la décision qu'il attaque (cf. art. 78, § II du projet de loi belge).

Dans la rédaction finale du Statut, on devrait peut-être introduire une réglementation quant aux frais de la procédure à l'exemple de l'article 247 de la loi allemande. On devra trouver ici un juste milieu entre les intérêts de la société et ceux des demandeurs. Une question analogue se présente à l'alinéa 4 (voir sous 11).

9. L'alinéa 3 contient trois dispositions différentes. D'abord il limite considérablement le délai pendant lequel l'action en annulation peut être intentée. Ce délai a été fixé, d'après l'exemple de l'article 2377 Codice civile, à trois mois après le dépôt du procès-verbal de l'assemblée auprès du registre européen du commerce. Tant que le procès-verbal n'a pas été déposé, ce délai ne commence donc pas à courir. En cas de dissimulation, le délai ne court qu'après la révélation. On retrouvera la même disposition dans l'alinéa 2 de l'article suivant qui traite de la nullité.

En considération du fait que le Statut ouvre également l'action en annulation aux actionnaires qui n'étaient pas présents à l'assemblée, le délai d'un mois après la date de la décision, prévu au paragraphe 246, alinéa 1, Aktiengesetz, est pour la S.E. trop bref. D'un côté, le nouveau projet de loi néerlandais (art. 2 - 1 - 8a, alinéa 3) prévoit que l'action se prescrit par un an. Compte tenu des garanties spéciales qu'offre ce Statut, comme on l'a observé ci-dessous sous 2, il a semblé que, dans la perspective de ce Statut, un délai plus bref se justifierait.

L'alinéa 3 dispose ensuite que l'action en annulation est portée devant le tribunal dans le ressort duquel la société a son siège. Cette prescription est liée avec la troisième disposition de cet alinéa, à savoir que l'action est dirigée contre la société. Ces dispositions se retrouvent dans le paragraphe 246, alinéas 2 et 3, Aktiengesetz et l'article 2378, Codice civile.

10. L'alinéa 4 contient deux dispositions différentes. La première, celle de la *première phrase*, est d'une grande importance pratique : le juge peut, à la demande de celui qui agit en annulation, suspendre l'exécution de la décision

attaquée. La même possibilité a été prévue de façon expresse par le Codice civile (art. 2378, alinéa 4) et par le projet belge (art. 78, § III) qui limitent cependant cette possibilité aux cas où des motifs graves la justifient. Cette condition n'a pas été posée par ce Statut, d'une part pour éviter les questions d'interprétation des mots « motifs graves », d'autre part parce que les intérêts en jeu seront tellement grands que le juge ne manquera pas de les peser avec soin. Une garantie pour les intérêts de la société réside dans la disposition qu'elle doit obligatoirement être entendue avant que la suspension ne soit prononcée.

Le Statut parle du juge. Dans le Codice civile il s'agit du « presidente o il giudice istruttore », dans le projet belge le demandeur peut solliciter « en référé » la suspension provisoire. Le Statut ne se mêle pas de procédure nationale et se réfère simplement au juge. Dans le droit des autres Etats contractants la possibilité de suspendre une décision de l'assemblée n'a pas été prévue expressément dans les lois sur les sociétés. Ceci ne veut pas dire qu'elle n'y existe pas. Le même résultat peut être atteint en Allemagne par une « einstweilige Verfügung », aux Pays-Bas, par un « kort geding », etc.

11. La *deuxième phrase de l'alinéa 4* prévoit que le juge peut ordonner que le demandeur fournisse caution pour le dommage éventuel causé par son action ou par la suspension de l'exécution de la décision, si l'action est rejetée. Une action en annulation et surtout la suspension de l'exécution d'une décision peut causer un dommage énorme à la société, par exemple en ce qu'une émission d'actions est empêchée à un moment favorable. Pour éviter de telles conséquences, la caution ne doit être exigée que si le juge prévoit que la demande est susceptible d'être rejetée comme dénuée de tout fondement (abus de droit). L'exigence d'une caution rendrait autrement illusoire toute demande d'annulation. L'article 2378, alinéa 2, Codice civile, prévoit également la possibilité d'une caution, sans pour autant faire, expressis verbis, la restriction introduite à la fin de l'alinéa 4 de l'article IV - 3 - 12.

12. L'alinéa 5 traite des effets du jugement prononçant l'annulation ou la suspension en disant qu'ils produisent leurs effets à l'égard de tous (cf. art. 78, § III du projet de loi belge). Les effets ne sont donc pas limités aux actionnaires et aux membres du directoire. Après l'annulation, la décision est nulle ab ovo comme si elle était nulle de plein droit. Les droits des tiers de bonne foi sont seulement préservés, comme il l'est également prévu à l'article 2377, alinéa 3, Codice civile, à l'article 369 de la loi française et, de façon différente, à l'article 78, paragraphe IV du projet de loi belge.

13. La *deuxième phrase de l'alinéa 5* forme le pendant de l'alinéa 3 de l'article IV - 3 - 11, selon lequel le procès-verbal de l'assemblée doit être déposé auprès du registre européen du commerce. Il est évidemment dans l'intérêt de tous ceux qui sont intéressés à l'activité de la société de savoir qu'une décision déposée auprès du registre du commerce a été suspendue ou annulée (cf. art. 248 Aktiengesetz et art. 2378, alinéa 5, Codice civile).

14. L'alinéa 6 traite de la possibilité de couvrir l'annulabilité d'une décision. L'action en annulation peut, d'après cet alinéa, être éteinte par le remplacement de la décision par une autre, prise en conformité avec le Statut et les statuts de la société. On retrouve cette disposition à l'alinéa 4 de l'article 2377, Codice civile, à l'article 244, Aktiengesetz et, de façon plus détaillée, aux articles 362 à 366 de la loi française.

C'est d'après l'exemple de l'article 363 de la loi française que le Statut habilite le juge à accorder, même d'office, le délai nécessaire pour que l'assemblée puisse prendre une décision nouvelle et valable. Il est à noter que ce Statut ne permet de couvrir que l'annulabilité et non pas la nullité dont il est traité à l'article suivant.

Article IV - 3 - 13

1. Les décisions de l'assemblée générale qui, dans leur contenu, violent l'ordre public ou les bonnes mœurs sont nulles de plein droit.

2. Tout intéressé peut se prévaloir de la nullité visée à l'alinéa premier dans les trois ans qui suivent la décision. Si la cause de la nullité a été dissimulée, on peut s'en prévaloir dans les trois ans qui suivent sa révélation.

1. L'*alinéa 1* limite les cas de nullité à des décisions prises en violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs. La nullité a donc été réservée à des cas extrêmement graves. Il s'agit ici d'une nullité de plein droit. Il ne faut même pas une action en justice pour l'invoquer. On peut s'en prévaloir en justice, par action ou par moyen de défense, mais on peut l'invoquer également hors des voies judiciaires. La décision est nulle dès qu'elle a été prise.

A l'opposé de l'action en annulation, réglementée dans l'article précédent et dirigée contre des décisions prises en violation de ce Statut ou des statuts de la société, il s'agit ici de cas extrêmement rares. Il est difficile d'imaginer des cas de nullité dans la pratique d'une S.E. dont l'assemblée générale est entourée de tant de garanties et tant de publicité (voir sous 2 du commentaire de l'article précédent). Pourtant il est prudent de prévoir ces cas de nullité, qui d'ailleurs se retrouvent dans tous les droits nationaux d'une manière ou d'une autre.

La nullité doit résulter de la décision elle-même. Les motifs qui ont déterminé cette décision sont inopérants. Une décision d'augmentation de capital dans le seul but de porter préjudice à une minorité d'actionnaires ne peut être pour autant considérée comme nulle. Ceci est nécessaire pour éviter l'insécurité juridique qui découlerait de la prise en considération des motifs de la décision dans le jugement sur sa validité.

2. Si cependant un tel cas se présentait, la nullité pourrait être invoquée par tout intéressé (*alinéa 2*) en justice ou ailleurs. Néanmoins, il faut également ici poser une limite dans le temps, fixée dans ce cas à trois ans à partir de la décision de l'assemblée générale. Ce délai se prolonge en cas de dissimulation. Quant aux cas de dissimulation, on retrouve la même disposition que dans l'alinéa 3 de l'article précédent (annulation).

Une dissimulation pourrait résulter de l'omission du dépôt du procès-verbal de l'assemblée générale auprès du registre européen du commerce. Dans ce cas, le délai commence au moment de la révélation de nullité de la décision de l'assemblée générale. Un autre cas de dissimulation pourrait être que le procès-verbal déposé aurait omis intentionnellement une mention de la décision. Dans ce cas, le délai commence également à partir de la découverte. Ce cas pré-suppose une collusion entre le notaire, qui a été chargé de la rédaction du procès-verbal, et le directoire, à qui incombe le devoir de déposer le procès-verbal de l'assemblée auprès du registre européen du commerce. Il ne semble guère pensable que — dans le cas d'une S.E. entourée de tant de garanties et jouissant d'une publicité si large — ces cas de dissimulation se présentent. Cette disposition a été plutôt prévue par précaution, en tenant compte de certaines expériences sur le plan national.

TITRE V

REPRESENTATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DES ORGANES DE LA S.E.

Introduction générale

1. Faisant suite au titre précédent, dans lequel la composition et le fonctionnement des organes de la S.E. ont été examinés en général, le présent Titre concerne une institution qui n'existe jusqu'ici que dans quelques pays membres de la CEE : la représentation des travailleurs dans les organes des sociétés anonymes et à responsabilité limitée, en premier lieu dans le conseil de surveillance (Allemagne, France) et dans le directoire (Allemagne = cogestion dite « qualifiée » dans les sociétés minières). Signalons d'emblée que cette représentation a un caractère totalement différent dans les deux pays mentionnés. En Allemagne, il s'agit d'une représentation au sein des organes de la société, dans le cadre de laquelle les représentants des travailleurs ont les mêmes pouvoirs que les autres membres de ces organes. En France, par contre, il s'agit de la délégation de deux représentants du comité d'entreprise au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, mais où ils n'ont que voix consultative. Dans les quatre autres pays de la Communauté Economique Européenne, la représentation des travailleurs au sein des organes de la société est seulement une question politique très controversée. Il est possible que, dans ces pays également, on en vienne un jour à une forme quelconque de cogestion.

2. Le Statut doit s'occuper aussi du problème de la cogestion. La société anonyme européenne peut exercer ses activités dans les six Etats membres. Elle peut avoir des établissements dans des pays qui connaissent déjà aujourd'hui une représentation des travailleurs sous une forme quelconque. Mais elle peut tout aussi bien avoir des établissements dans des pays qui ne connaissent pas (encore) une telle représentation. Les problèmes qui en résultent sont à tel point compliqués que l'on a souvent déjà soutenu que la cogestion est capable de compromettre, voire de rendre impossible, la conception globale d'une société anonyme européenne. L'auteur ne pouvait donc éluder ce problème et il a considéré comme de son devoir d'exposer au moins comment il peut en principe être résolu.

3. Avant d'examiner les possibilités de solution des problèmes particuliers, résumons brièvement le but des prescriptions sur la représentation des travailleurs en Allemagne et en France. Signalons à cet égard que la notion de « cogestion » est ici utilisée uniquement au sens d'une représentation des travailleurs au sein des organes de la société. Ce n'est que sous cette forme que la cogestion a des répercussions directes sur le droit des sociétés, en modifiant la composition des organes de la société et, en particulier, la composition du conseil de surveillance et, le cas échéant, du directoire.

La représentation des travailleurs au niveau de l'entreprise est donc laissée de côté. De l'avis de l'auteur, la S.E. doit purement et simplement se soumettre à ces différents régimes nationaux qu'on rencontre, à la différence de la « cogestion » au sens indiqué ci-dessus, dans tous les pays membres de la CEE. Cela vaut donc par exemple pour l'« Ondernemingsraad » ou le « conseil d'entreprise » en Belgique et aux Pays-Bas, pour les « Betriebsräte » en Allemagne et, pour ce qui concerne la France, non seulement pour le « comité d'entreprise », mais aussi pour les « délégués du personnel ». L'auteur n'a pas jugé nécessaire, tout au moins au stade actuel des travaux, de consacrer certaines dispositions du Statut à cette représentation des travailleurs au niveau de l'entreprise. Il est probable que, lors d'une étude plus approfondie, certaines questions se poseront à cet égard, par exemple, le regroupement éventuel des

différents « Betriebsräte », « Ondernemingsraden », « conseils d'entreprise »... des divers pays dans un organe central. Le projet actuel se borne à la représentation des travailleurs au sein des organes de la société.

4. En ce sens, la France connaît la délégation par le comité d'entreprise de deux représentants des travailleurs avec voix consultative au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. L'article 3 de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945, modifiée par les lois n° 46-1065 du 16 mai 1946 et n° 66-427 du 18 juin 1966, dispose ce qui suit : « en outre, dans les sociétés anonymes, deux membres du comité d'entreprise, délégués par le comité et appartenant, l'un à la catégorie des cadres et de la maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, assisteront, avec voix consultative, à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas ». Quel que soit le nombre des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, deux représentants du comité d'entreprise assistent donc toujours avec voix consultative à toutes les séances.

C'est en Allemagne que la cogestion est la plus développée. Dans ce pays toutes les sociétés anonymes — à l'exception des sociétés familiales employant moins de 500 travailleurs — sont soumises à la cogestion simple de la loi sur l'organisation des entreprises du 11 octobre 1952 (Betriebsverfassungsgesetz). Cette loi règle avant tout la cogestion au niveau des établissements, comme c'est le cas aussi de l'ordonnance française du 22 février 1945. Deux paragraphes seulement de la loi sur l'organisation des entreprises, les paragraphes 76 et 77, concernent la représentation des travailleurs au sein des organes de la société : le conseil de surveillance doit être composé pour un tiers de représentants des travailleurs. A la différence de la réglementation française, ces représentants ont plénitude de pouvoirs au conseil de surveillance.

L'Allemagne connaît en outre, pour les sociétés minières, la cogestion dite qualifiée de la loi sur la cogestion du 21 mai 1951 (Mitbestimmungsgesetz). Cette loi est entièrement consacrée à la représentation des travailleurs au sein des organes de la société. Mis à part un président neutre, le conseil de surveillance doit avoir une structure paritaire, c'est-à-dire compter le même nombre de représentants des actionnaires et de représentants des travailleurs. En plus, un directeur du travail (Arbeitsdirektor) est élu par les travailleurs comme membre de plein droit de l'organe chargé de la représentation légale. Dans le cas des sociétés minières, cogestion signifie donc aussi bien cogestion au sein du conseil de surveillance grâce à la structure paritaire de cet organe que cogestion au sein du directoire grâce à la nomination d'un directeur du travail. La loi complémentaire sur la cogestion (amendement relatif aux sociétés holding) du 7 août 1956 (Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz) règle cette cogestion qualifiée dans le cadre des groupes de sociétés.

5. Après ce bref aperçu des régimes de cogestion en France et en Allemagne, il faut revenir à la question principale : que doit prévoir le projet de société anonyme européenne en matière de cogestion ? Deux possibilités s'offrent à cet égard :

A. L'insertion dans le Statut de la S.E. d'une réglementation autonome complète de la cogestion, ou

B. L'adoption d'un régime d'adaptation tendant à harmoniser les règles en matière de cogestion prévues dans le Statut avec les régimes nationaux existants.

6. Pour les deux possibilités, il conviendrait de définir en détail le champ d'application. C'est ainsi qu'il faudrait exclure l'application de l'une ou l'autre de ces possibilités, lorsque le personnel de la S.E. se trouve exclusivement ou presque sur le territoire d'un pays qui a un régime propre de cogestion. Autrement, les sociétés se verraient donner la possibilité aussi bien par la solution A que par la solution B, par exemple par la transformation d'une société anonyme allemande en une S.E., de se soustraire à la cogestion nationale pour se soumettre, à la place de cela, au régime de cogestion ou au régime d'adaptation prévu dans le Statut de la S.E. Cela devrait être évité dans les deux cas. La S.E. ne peut en aucune façon servir de refuge aux sociétés nationales qui cherchent à se soustraire à un régime national de cogestion mal accepté.

Pour les deux possibilités, il faudrait, aussi longtemps que quatre pays membres sur six ne connaissent aucun régime de cogestion, envisager la fixation d'une limite inférieure au-dessous de laquelle on renoncerait à l'application à la S.E. d'un régime de cogestion, que ce soit un régime autonome ou un régime d'adaptation. Par exemple, on pourrait concevoir, aussi bien pour la solution A que pour la solution B, l'exclusion de toute cogestion lorsque moins d'un quart du personnel est employé dans des établissements situés dans des pays qui connaissent la cogestion. Ce n'est qu'au cas où les 25 % du personnel exerceraient leurs activités dans un pays qui a un régime propre de cogestion que les régimes de ce Statut — autonome ou d'adaptation — deviendraient applicables.

Pour les deux possibilités, il serait donc nécessaire (limite supérieure) ou concevable (limite inférieure) de restreindre le champ d'application. Il faudrait appliquer, non pas ce Statut, mais les dispositions nationales au cas où le personnel se trouverait exclusivement ou presque exclusivement (par exemple à raison de 90 %) dans un pays qui a un régime propre de cogestion. Aussi longtemps que quatre Etats membres sur six n'ont pas de régime autonome de représentation des travailleurs au sein des organes de la société, le régime de cogestion ne serait applicable que lorsqu'au moins 1/4 du personnel se trouve dans un pays qui connaît la cogestion (éventuelle limite inférieure). Pour les deux possibilités de solution, il faudrait donc, dans une première section, définir le champ d'application du régime de cogestion proposé.

7. L'auteur s'est trouvé devant la question fondamentale que voici : quelle possibilité de solution devait-il adopter dans son projet ? C'est en premier lieu à la solution A que l'on pourrait songer. Cela signifierait que l'on propose un régime autonome complet pour la S.E., c'est-à-dire un régime qui s'appliquerait en général à toute S.E. et ce, en tenant compte de la limite supérieure tracée au point 6 (pour barrer la route à toute évasion) et, le cas échéant, de la limite inférieure prévue au point 6 aussi longtemps que la cogestion reste inconnue dans quatre Etats membres sur six.

Il serait concevable de proposer comme solution autonome pour la S.E. un régime de cogestion calqué sur l'exemple français. Ce régime va moins loin que le régime allemand et pourrait donc être envisagé comme un moyen terme. Il signifierait que des représentants des travailleurs devraient toujours (ou — au cas où une limite inférieure serait tracée — lorsqu'au moins 1/4 du personnel de la S.E. se trouve dans un pays avec cogestion) être délégués au sein du conseil de surveillance où ils assisteraient avec voix consultative à toutes les séances. Il n'y a pas lieu, dans le présent contexte, de fixer le nombre de ces délégués (deux comme en France ou 1/3 des membres du conseil de surveillance comme en Allemagne, selon la loi sur l'organisation des entreprises) ni de déterminer les modalités de leur désignation au cas où la S.E. aurait des établissements dans plusieurs pays membres de la Communauté Economique Européenne. Il s'agit uniquement d'indiquer comment pourrait se

présenter dans le Statut de la S.E. une solution autonome du problème de la représentation des travailleurs au sein des organes.

Mais à la lumière de cet exemple d'une des possibilités de solution, l'auteur est en mesure d'expliquer pour quelles raisons il n'a pas retenu la solution A. Dans l'exemple donné — et la même remarque vaudrait pour tout autre exemple d'éventuelle solution autonome — il faudrait demander à l'Allemagne de faire l'importante concession de se contenter, dans le cas de la S.E., d'une solution qui diffère totalement du régime appliqué aux sociétés anonymes du droit national. Cela signifierait que l'Allemagne renoncerait à son régime de cogestion lorsqu'il s'agit d'une S.E. Pour les pays qui ne connaissent pas de cogestion jusqu'ici, cette solution générale de compromis impliquerait également une concession importante : ils accepteraient, dans le cas de la S.E., une forme de cogestion qu'ils ont refusée jusqu'ici sur le plan national. Pour eux, cette solution constituerait en même temps un précédent qui pourrait aussi avoir des conséquences en faveur d'une forme de cogestion au niveau national.

Une telle proposition dépasse de loin le cadre des compétences de l'auteur. En tant que juriste, on lui en demande trop. Peut-être cette proposition pourrait être formulée si les milieux intéressés, et en particulier les syndicats, des différents pays membres prônaient une solution quelconque au niveau européen. Mais tel n'est pas le cas. Le problème de la représentation des travailleurs au sein des organes de la société anonyme européenne est absolument ouvert. Toute proposition d'un juriste individuel, quel qu'il soit, serait dans ces conditions un coup d'épée dans l'eau, dont les conséquences ne peuvent être prévues. De l'avis de l'auteur, une telle proposition ne pourrait être formulée qu'après une étude approfondie par un groupe d'experts représentant les différents pays. Dans ces conditions, l'auteur s'est abstenu de proposer la solution A.

8. Il reste donc la solution B, c'est-à-dire la tentative de trouver pour la S.E. un régime d'adaptation, en partant de ce qui existe à l'heure actuelle en fait de régimes de cogestion dans les pays membres de la CEE. Pour toute solution basée sur le principe de l'adaptation, la ligne directrice devrait être la suivante : veiller, autant que possible, d'une part à maintenir la cogestion là où elle existe et d'autre part à ne pas l'introduire là où elle n'existe pas encore. Même ainsi, la tâche reste, comme on le verra, suffisamment difficile. Même pour appliquer cette solution, des décisions politiques sont inévitables. Aucune solution ne peut être trouvée sans concession de la part des Etats où aucune cogestion n'existe jusqu'ici comme de la part de ceux qui la connaissent sous une forme quelconque. On ne peut qu'essayer de limiter au strict nécessaire les concessions à faire et de les équilibrer autant que possible.

La solution B implique que le Statut de la S.E. devrait être modifié si un Etat, qui ne connaît pas de régime de cogestion jusqu'ici, devait en introduire un ou si les régimes existants devaient être modifiés. C'est là une conséquence logique du point de départ choisi : pas de régime de cogestion autonome complet, valable pour la S.E., mais simplement un Statut de la S.E. conçu en fonction des régimes existants.

9. Dans la situation juridique actuelle, la solution B a pour résultat qu'aucun problème ne se pose lorsque la S.E. exerce ses activités seulement dans des pays où les travailleurs ne sont d'aucune façon représentés dans les organes de la société. Il n'y a pas de problème non plus lorsque la S.E. n'est établie que dans un seul pays où existe un régime de cogestion. Lorsque, par exemple, deux sociétés anonymes allemandes fusionnent en une seule S.E. ou lorsqu'une société anonyme allemande se transforme en une S.E., le régime de cogestion (allemand) reste pleinement applicable. Les problèmes ne surgissent que lorsque la S.E. exerce ses ac-

tivités, soit dans des pays avec des régimes de cogestion différents, soit à la fois dans un pays avec régime de cogestion et dans un pays sans régime national de cogestion.

Les problèmes ont moins d'ampleur encore, lorsqu'on suit les suggestions données ci-dessus au point 6 pour restreindre le champ d'application. Mais on arrive alors dans le domaine des décisions politiques.

Une autre restriction serait réalisable si, à l'égard de la société anonyme européenne, la France renonçait à son régime de cogestion, c'est-à-dire à la délégation de deux représentants des travailleurs avec voix simplement consultative au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Ce serait là aussi une décision politique qui serait favorable à l'intégration économique européenne, aussi longtemps qu'il y a quatre pays qui ne connaissent pas la cogestion.

Une autre restriction serait encore possible : le Statut prévoit que, lors de la création d'une S.E.-holding, les sociétés fondatrices continuent d'exister. Il serait ici concevable que, pour favoriser l'intégration économique, l'Allemagne renonce à la cogestion dans la société holding, même si celle-ci exerce des pouvoirs directionnels à l'égard de ses filiales. Dans ce cas, la loi complémentaire sur la cogestion (amendement relatif aux sociétés holding) s'appliquerait également à la société holding. Par cette renonciation à la cogestion dans la société holding, seule la société fondatrice allemande resterait soumise à la cogestion. Ce serait là également une décision politique.

La solution par adaptation permet donc — soulignons-le une nouvelle fois dans la situation juridique actuelle où quatre Etats membres ne connaissent pas la cogestion — de restreindre le cercle des problèmes. Ce cercle pourrait encore être restreint davantage si l'on pouvait arriver à des décisions politiques qui, pour favoriser la réalisation de l'intégration économique européenne, contribueraient à la création d'un droit des sociétés anonymes européennes. Même si ce dernier point ne pouvait être obtenu, la remarque faite ci-dessus au premier alinéa resterait néanmoins valable : les problèmes ne surgissent que lorsque la S.E. exerce ses activités, soit dans des pays avec des régimes de cogestion différents, soit à la fois dans un pays avec cogestion et dans un pays sans cogestion. Aussi faut-il se garder de généraliser le problème. En cas d'adoption de la solution B, le problème ne se posera que dans un domaine limité, encore qu'important.

10. Dans le cadre de la solution B, la structure du Titre V est la suivante. La *première section* circonscrit le champ d'application. Elle contient aussi quelques suggestions tendant à restreindre ce champ d'application (limites inférieure et supérieure). On peut discuter des limites du champ d'application. Il appartient aux responsables de la politique de les fixer. Le juriste ne peut indiquer que quelques possibilités de limitation permettant de simplifier la solution des problèmes.

La *deuxième section* propose — à l'intérieur du cadre tracé dans la première section — quelques solutions alternatives d'application à la S.E. des dispositions allemandes en matière de cogestion. L'adaptation de la forme française de la cogestion a pu être réalisée incidemment dans la première section. Cette forme de cogestion atténuée pose moins de difficultés. A cet égard, il est renvoyé au commentaire de l'article V - 1 - 4. La deuxième section se rapporte donc exclusivement à l'adaptation de la S.E. à la cogestion allemande. Dans la situation juridique actuelle, c'est là que se situent les problèmes majeurs. Le fait que trois variantes soient proposées montre combien cette adaptation est difficile. On pourrait concevoir aisément encore d'autres variantes. Lors d'une étude plus approfondie de ces problèmes, on découvrira certainement encore d'autres solutions, peut-être meilleures.

Résumé

L'auteur ne s'abandonne pas à l'espoir d'avoir donné dans ce Titre une solution définitive aux problèmes de la cogestion dans le cadre de la S.E. Comme il l'a signalé plus haut au point 2, son intention était plutôt de démontrer qu'il est parfaitement possible de résoudre ces problèmes en élaborant la forme juridique de la S.E. en fonction des régimes de cogestion existants (solution B) et que tous les projets d'une « société anonyme européenne » ne doivent pas échouer a priori sur le problème de la cogestion. Mais en cas d'adoption de cette possibilité de solution, quelle que soit la variante particulière que l'on suive, des concessions seront demandées aux Etats membres, aussi bien à ceux qui connaissent la cogestion qu'à ceux qui ne la connaissent pas. Il ne semble pas injustifié de poser cette condition si la création du droit des « sociétés anonymes européennes » est souhaitée par les Etats membres.

Au cas où la solution B avec ses variantes serait inacceptable, il resterait toujours la solution A : une solution de compromis autonome complète réglant la cogestion dans la S.E. L'auteur n'a pas pu suivre cette voie pour les raisons mentionnées au point 7. Elle pourrait cependant, après préparation adéquate, se révéler aux Etats membres parfaitement praticable.

Première section

CHAMP D'APPLICATION

Article V - 1 - 1

Au sens du présent statut, il y a cogestion dans les cas suivants :

1. Lorsque, selon le droit de la République Fédérale d'Allemagne, des membres du conseil de surveillance ou du directoire doivent être élus par les travailleurs;

2. Lorsque, selon le droit de la République française, des représentants avec voix consultative doivent être délégués par le comité d'entreprise au sein du conseil de surveillance.

1. Le premier article définit ce que le Statut entend par « cogestion ». L'objet du Titre V est la représentation des travailleurs au sein des organes de la S.E. Dans le projet, le terme « cogestion » — qui peut avoir plusieurs significations — doit être seulement compris dans ce sens. Cette représentation des travailleurs au sein des organes de direction de la société n'existe actuellement que dans la République Fédérale d'Allemagne et en France.

2. Ces deux pays sont cités nommément dans ce premier article. L'auteur a voulu exprimer clairement que, dans le Titre V, il cherche uniquement à trouver une solution à des problèmes présents. Il n'est pas créé de droit autonome de cogestion. Une tentative est faite simplement pour trouver une solution aux problèmes qui, selon le droit allemand, résultent de la représentation des travailleurs dans le conseil de surveillance et le directoire ou, selon le droit français, de la délégation par le comité d'entreprise de deux représentants des travailleurs (avec voix consultative) dans le conseil de surveillance. Dans les deux cas, il s'agit de la représentation des travailleurs dans les organes de la société. L'expression « cogestion au sens du présent Statut » désigne les deux.

3. Les autres formes de la représentation des intérêts des travailleurs dans l'entreprise sont donc laissées de côté. Ce

n'est que lorsqu'il s'agit de la représentation des travailleurs dans les organes de la société qu'il est question de « cogestion » au sens du présent Statut (voir l'introduction générale à ce titre, points 3 et 4).

Article V - 1 - 2

Les règles de cogestion d'un Etat contractant sont applicables à la S.E., lorsque le personnel de celle-ci est exclusivement ou pour au moins 90 % employé dans des établissements situés dans cet Etat.

1. Cet article dispose de façon tout à fait générale que le régime national de cogestion s'applique intégralement à la S.E., lorsque le personnel de celle-ci est employé exclusivement, ou presque exclusivement (à raison de 90 %), dans des établissements situés dans le pays considéré. C'est à nouveau la cogestion dans les organes de la S.E. qui est visée ici. Rien n'est donc changé à la représentation des travailleurs au niveau de l'entreprise, quel que soit le pourcentage du personnel employé dans l'entreprise par rapport aux effectifs totaux de la S.E.

2. Actuellement, la cogestion n'existe qu'en Allemagne et en France. Lorsque le personnel de la S.E., quel que soit son siège social, est employé exclusivement ou presque exclusivement dans des établissements situés dans ces pays, les représentants dans le conseil de surveillance, ainsi que, le cas échéant, un directeur du personnel (Arbeitsdirektor) dans le directoire de la S.E., sont élus par les travailleurs. Leur élection doit se faire selon les dispositions des lois nationales.

Cela signifie de toute façon que dans le cas de l'Allemagne, les statuts de la S.E. devront être adaptés, en ce qui concerne le nombre des membres du conseil de surveillance (11, 15 ou 21), à ces dispositions en vigueur, lorsqu'il s'agit de cogestion qualifiée. Le Statut laisse toute liberté à cet égard. Dans ce cas, le conseil de surveillance de la S.E. comptera donc parmi ses membres des représentants des travailleurs. Si les établissements de la société se trouvent pour la plupart en République Fédérale d'Allemagne, cette solution semble évidente. Elle pourrait être acceptable également pour les autres pays membres.

Article V - 1 - 3

Lorsqu'au moins un quart du personnel de la S.E. est employé dans des établissements situés en Allemagne et lorsque ces établissements, s'ils étaient exploités sous la forme juridique de la société par actions de droit allemand, seraient soumis aux règles de cogestion allemande, la deuxième section du présent titre est applicable, à moins que ne soient réunies les conditions d'application de l'article V - 1 - 2.

1. Cet article trace la limite inférieure au-dessous de laquelle la réglementation de la cogestion allemande n'est pas appliquée à la S.E. Si cette limite est atteinte, le régime de cogestion de ce Statut, qui prévoit une représentation adéquate non seulement des travailleurs allemands, mais aussi des travailleurs employés dans des établissements de la S.E.

situés en dehors de la République Fédérale d'Allemagne, devient applicable. Les modalités de ce régime sont précisées dans la 2^e section où trois solutions alternatives sont proposées.

2. Cette limite inférieure est déterminée par plusieurs facteurs. Premièrement, un quart du personnel de la S.E. doit être employé dans des établissements allemands. Deuxièmement, ces établissements allemands, s'ils étaient exploités sous une forme juridique du droit allemand, devraient être soumis à la cogestion. Cela n'est pas le cas par exemple pour la cogestion simple de la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz), lorsque ce quart n'atteint pas le nombre de 500 travailleurs et lorsqu'il s'agit d'une entreprise familiale au sens du paragraphe 76, alinéa 6 de la loi précitée. Ces deux conditions s'appliquent cumulativement. Abstraction faite des entreprises familiales, qui seront probablement l'exception en ce qui concerne les S.E., cette formulation signifie que la solution du Statut deviendra applicable chaque fois qu'un quart du personnel est employé dans des établissements allemands.

Si tel n'est pas le cas, il n'y aura pas de cogestion dans la S.E. Ce serait là une concession du côté allemand. Y fait contreponds la concession que feraient les autres Etats contractants en acceptant la solution du Statut dès que la limite inférieure est atteinte. Nous ne pouvons apprécier, hic et nunc, si ce régime est acceptable.

Article V - 1 - 4

Lorsqu'au moins un quart du personnel est employé dans des établissements situés en France, le comité d'entreprise est habilité en vertu de l'ordonnance n° 45 - 280 du 22 février 1945 à déléguer deux représentants avec voix consultative au sein du conseil de surveillance de la S.E. Si sont en même temps réunies les conditions de l'article V - 1 - 3, seul ce dernier est applicable.

1. Cet article constitue pour la France la disposition parallèle à celle de l'article précédent qui visait à adapter le Statut à la cogestion allemande. Ici également, une limite inférieure est tracée. Ce n'est que lorsqu'un quart du personnel de la S.E. est employé dans des établissements situés en France que le Comité d'entreprise a le droit, en vertu de l'Ordonnance n° 45 - 280 du 22 février 1945, de déléguer deux représentants au sein du Conseil de surveillance. Ils assistent aux réunions de ce Conseil avec voix consultative (cf. introduction générale à ce titre sous 4).

Il se pourrait cependant que les conditions de l'article précédent soient remplies simultanément. La cogestion allemande va plus loin que la cogestion française. Logiquement, c'est la première qui devrait avoir priorité. La solution du Statut (2^e sect.), conçue à l'exemple de la cogestion allemande, deviendrait alors applicable.

2. Il serait concevable de simplifier encore davantage le régime en limitant aux sociétés de droit national français le champ d'application de l'ordonnance française. Si un quart du personnel se trouvait en France et trois quarts dans des pays sans cogestion semblable, la France pourrait en pratique renoncer à l'application d'un régime de cogestion, afin de promouvoir les fusions internationales. Au fond, ce serait là également une décision purement politique. Elle ne peut être citée ici que sous toute réserve et à titre de solution possible.

Deuxième section

REPRESENTATION DES TRAVAILLEURS DANS LES ORGANES DE LA S.E. FONDEE SUR LA COGESTION ALLEMANDE

1. Les solutions proposées dans la présente section concernent exclusivement les conséquences que peut avoir le régime de cogestion allemand pour la S.E. C'est là que se situent les principaux problèmes. L'application du régime français de cogestion a été prévue à l'article V - 1 - 4 et fait l'objet d'explications dans le commentaire de cet article. Il a uniquement pour objet la désignation par les travailleurs de deux représentants qui participent avec voix consultative aux réunions du conseil de surveillance. Ce type de cogestion diffère totalement de celui qui existe en Allemagne où les représentants des travailleurs sont membres à part entière du conseil de surveillance ou même, dans le cas de la cogestion qualifiée, membres à part entière du directoire.

2. Pour l'application à la S.E. des dispositions allemandes en matière de cogestion, trois solutions au moins sont concevables. Elles sont explicitées aux points A, B et C de la présente section. Le peu de temps dont a disposé l'auteur ne lui a pas permis d'élaborer complètement ces solutions, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessaire au stade actuel. Il s'agit uniquement de montrer que, tout au moins du point de vue purement juridique, une solution de ces problèmes paraît possible. Une fois qu'un choix aura été opéré entre les différentes solutions, des experts pourront développer ultérieurement la solution retenue. Pour le projet, ce sont les grandes lignes qui importent pour le moment.

3. Dans la *solution A*, le point de départ est que les dispositions en matière de cogestion allemande ont des répercussions directes sur les organes de la S.E., dès que la limite inférieure fixée à l'article V - 1 - 3 est atteinte.

Dans la *solution B*, un nouvel organe, l'organe de cogestion, est prévu à côté du conseil de surveillance. Il a, en principe, les mêmes pouvoirs que le conseil de surveillance. L'aile représentante des travailleurs au sein du conseil de surveillance est ici individualisée. Cette solution offre certains avantages par rapport à la première, mais comporte aussi certains inconvénients. Ceux-ci sont précisés dans le commentaire.

Dans la *solution C*, l'auteur indique simplement comment une solution ad hoc pourrait être trouvée pour chacune des S.E. où les problèmes se posent. Cette solution ne prévoit pas l'insertion d'une réglementation dans le Statut même. Celui-ci ne règle que la procédure à suivre pour arriver à une réglementation ad hoc.

VARIANTE A

Article V - 2 - 1A

Lorsque les conditions de l'article V - 1 - 3 sont réunies, sont applicables :

a) les articles V - 2 - 2A jusqu'à V - 2 - 7A, dans les cas où la loi allemande sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz) serait applicable si la partie allemande de l'entreprise était exploitée sous la forme d'une société par actions allemande;

b) l'article V - 2 - 8A dans les cas où la loi allemande sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz) serait applicable si la partie

allemande de l'entreprise était exploitée sous la forme d'une société par actions allemande;

c) les dispositions du titre IV dans la mesure où les articles mentionnés en a) et en b) n'en disposent pas autrement.

1. Comme le régime de la cogestion diffère en Allemagne selon qu'il s'agit de la cogestion qualifiée au sens de la loi sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz) ou de la cogestion simple au sens de la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz), la première solution prévoit deux réglementations. Ces réglementations figurent dans les articles V - 2 - 2A à 7A et dans l'article V - 2 - 8A (lettres a et b).

2. En ce qui concerne la distinction entre les régimes de cogestion visés d'une part dans la loi sur la cogestion qualifiée et d'autre part dans la loi sur l'organisation des entreprises, il est renvoyé au point 4 de l'introduction générale de ce titre.

3. Les prescriptions du Titre IV s'appliquent d'ailleurs aux deux réglementations (lettre c).

4. A ce stade, le projet laisse de côté les problèmes soulevés par la loi complémentaire sur la cogestion (amendement concernant les sociétés holding) du 7-8-1956 (Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz). Bornons-nous à rappeler ce qui a été dit au point 9 de l'introduction générale de ce titre à propos de cette loi et de sa *non-application* éventuelle à la S.E.

Article V - 2 - 2A

(loi sur la cogestion) - (Mitbestimmungsgesetz)

1. Le conseil de surveillance compte onze membres. Il est composé de :

a) cinq représentants des actionnaires,

b) cinq représentants des travailleurs et

c) le président.

2. Les membres visés à la lettre a) du premier paragraphe sont élus par l'assemblée générale.

3. Les membres visés à la lettre b) du premier paragraphe sont élus par les travailleurs, conformément aux dispositions des articles suivants.

4. Le président visé à la lettre c) du premier paragraphe est élu par l'assemblée générale sur proposition des autres membres du conseil de surveillance.

5. Tous les membres du conseil de surveillance ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils ne sont pas liés par des ordres ou des directives.

1. L'*alinéa 1* reprend sous une forme simplifiée la disposition du paragraphe 4 de la loi allemande sur la cogestion. L'*alinéa 5* correspond littéralement à l'*alinéa 3* du paragraphe 4 de cette loi.

2. L'élection des représentants des travailleurs est, pour la S.E., réglementée autrement que dans la loi sur la cogestion.

On y reviendra à propos de l'article V - 2 - 3A. Pour l'élection des représentants des actionnaires dans le Conseil de surveillance, le projet ne contient pas une réglementation différente. Elle est déterminée par le Statut et les statuts de la société (cf. § 5 de la loi sur la cogestion). L'élection du président est spécifiée à l'article V - 2 - 4A. Par rapport à la réglementation du paragraphe 8 de la loi sur la cogestion, la réglementation proposée dans le projet signifie une modification et peut-être aussi une simplification.

Article V - 2 - 3A

1. Les représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance sont élus au cours d'une réunion commune par les organes électoraux prévus dans les statuts.

2. Les statuts doivent prévoir un organe électoral pour chaque pays où est employé au moins un cinquième du personnel dans des établissements de la S.E.

Lorsque, d'après le droit national, un organe de représentation des travailleurs est prévu dans le pays où sont situés les établissements de la S.E., cet organe doit être désigné dans les statuts comme organe électoral.

3. Les réunions communes des organes chargés de l'élection des représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance sont convoquées et tenues aux frais de la société. Le directoire fournit à cette occasion toute la collaboration requise. Chaque organe électoral peut envoyer une délégation de cinq personnes à la réunion commune.

4. Le vote doit être basé sur une représentation adéquate des personnes employées par la S.E. dans les différents pays. Au sein de la réunion commune, le vote se fait à la majorité des voix émises. Si un accord ne se réalise pas ou ne se réalise que partiellement, la Cour de Justice nomme, sur proposition d'un organe électoral et après consultation d'un représentant de chaque organe électoral, les membres manquants du conseil de surveillance.

5. La réunion commune peut révoquer un représentant des travailleurs au sein du conseil de surveillance à la majorité des trois quarts des membres.

1. Cet article constitue une tentative de réglementation de l'élection des représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance de la S.E. suivant des modalités adaptées à elle. La distinction faite au paragraphe 6 de la loi allemande sur la cogestion entre propositions du conseil d'entreprise et propositions des organisations centrales des syndicats représentés dans les établissements de l'entreprise n'a pas été reprise dans le projet. Au niveau européen, il est difficile de tenir compte de ces dernières propositions.

2. Au lieu de cela, le projet prévoit une réunion commune des organes électoraux (nationaux) prévus par les statuts de la S.E. Les représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance sont élus par cette assemblée commune (alinéa 1). A cette occasion, il ne serait pas exclu de tenir

compte des intérêts des syndicats, même sans que cela soit expressément stipulé dans la réglementation. Celle-ci se base sur les organes de représentation des travailleurs qui existent dans les différents établissements nationaux de la S.E. (« comité d'entreprises », « ondernemingsraad », « Betriebsrat »). Les syndicats peuvent, à travers ces organes, exercer indirectement leur influence sur l'élection. En outre, des représentants des syndicats peuvent être nommés dans les délégations nationales participant à l'assemblée commune.

3. Les statuts ne doivent pas prévoir un organe électoral pour chaque pays où la S.E. exerce ses activités. Il faut qu'il y ait une partie substantielle du personnel dans ce pays pour que cette disposition devienne applicable. La marge d'un cinquième, prévue à l'alinéa 2 n'est citée qu'à titre d'exemple. Elle correspond cependant dans une certaine mesure aux cinq représentants des travailleurs, qui doivent être nommés en toute hypothèse. Les représentants des travailleurs pourraient aussi être au nombre de 7 ou de 10 (art. V - 2 - 7A). Il n'est pas apparu nécessaire de prévoir toujours un organe électoral dans tous les pays. Lorsque 25% par exemple des effectifs se trouvent en Allemagne (point de départ de l'application de toute la réglementation), 55% en Italie et 5% seulement en moyenne dans les autres pays, il n'y aurait d'organes électoraux qu'en Allemagne et en Italie. La situation la plus générale sera que la majeure partie des travailleurs sera employée dans deux ou trois pays membres de la CEE et un faible pourcentage seulement dans les autres pays.

4. L'alinéa 3 contient des dispositions minimales concernant le fonctionnement correct de l'assemblée commune. L'alinéa 4 y fait suite. Dans l'assemblée commune, on devrait disposer de la plus grande liberté de mouvement. L'expression « représentation adéquate » vise non seulement la répartition nationale mais aussi la distinction entre employés et ouvriers. Un contrôle à cet égard n'est pas prévu. Il s'agit de simples directives concernant l'organisation de l'assemblée commune.

5. Qu'arriverait-il si aucun accord n'était réalisé à l'assemblée commune à propos de l'élection des cinq représentants des travailleurs au sein du Conseil de surveillance ? Il est concevable que deux délégations seulement interviennent lorsque, uniquement en Allemagne (point de départ de la réglementation) et dans un autre pays encore, une partie importante du personnel de la S.E. exerce ses activités. Il est donc parfaitement possible qu'il y ait égalité de voix. Chaque organe électoral a alors la possibilité de s'adresser à la Cour de Justice européenne (alinéa 4).

6. L'assemblée commune qui désigne les représentants des travailleurs a également le droit de les révoquer (alinéa 5). La règle de majorité qui vaut pour l'élection (alinéa 4) est remplacée ici par une majorité des trois quarts.

Article V - 2 - 4A

1. Si aucune proposition commune en vue de l'élection du président du conseil de surveillance n'est adoptée (art. V - 2 - 2A, alinéa 4), ou si la personne proposée n'est pas élue par l'assemblée générale, la Cour de Justice européenne le nomme à la demande de la société et après consultation d'un représentant de chacun des groupes du conseil de surveillance visés à l'article V - 2 - 2A, alinéa 1, lettres a) et b).

2. La Cour de Justice peut, pour des motifs graves, révoquer le président du conseil de surveillance à la demande d'une majorité de membres du conseil

de surveillance appartenant à un des groupes visés à l'article V - 2 - 2A, alinéa 1, lettres a) et b).

1. La position du président (onzième homme) est particulièrement importante. Plus encore que dans le cas réglé dans l'article précédent (point 5 du commentaire), il est ici concevable qu'il y ait égalité de voix. Il pourrait aussi arriver que l'assemblée générale récuse la personne proposée. Le paragraphe 8 de la loi allemande sur la cogestion prévoit une réglementation compliquée de ces deux cas : elle n'a pas été reprise dans le Statut. Au lieu de cela, le présent article (alinéa 1) permet un recours direct devant la Cour de Justice. Le recours intermédiaire à un comité d'arbitrage est ainsi supprimé.

2. L'alinéa 2 correspond, quant au fond, à l'alinéa 3 du paragraphe 11 de la loi sur la cogestion. La majorité des représentants des travailleurs ou des actionnaires a le droit de demander la révocation du président.

Article V - 2 - 5A

Le conseil de surveillance nomme un « directeur du travail » (Arbeitsdirektor) au sein du directoire. Le « directeur du travail » ne peut être nommé contre les voix de la majorité des représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance. Il en est de même de sa révocation.

Cet article correspond au paragraphe 13, alinéa 1 de la loi allemande sur la cogestion.

Article V 2 - 6A

Le conseil de surveillance n'est habilité à prendre des décisions que lorsque la moitié au moins des membres de chacun des groupes visés à l'article V - 2 - 2A, alinéa 1, lettres a) et b) est présente.

En raison de la composition paritaire du conseil de surveillance, la règle de quorum de l'article IV - 2 - 5 (présence de la moitié des membres) pourrait avoir des conséquences peu souhaitables. Une assemblée à laquelle n'assisteraient que le président et les membres d'un seul des groupes mentionnés à l'article V - 2 - 2A, alinéa 1, pourrait néanmoins statuer valablement. C'est pourquoi l'article V - 2 - 6A prescrit que 3 membres de chaque groupe doivent être présents.

Si cette solution était adoptée, plusieurs dispositions du Titre IV devraient être adaptées. Ces adaptations ne sont cependant pas élaborées ici. La disposition ci-dessus est cependant apparue à ce point essentielle qu'elle ne pouvait être passée sous silence.

Article V - 2 - 7A

Les statuts peuvent stipuler que le conseil de surveillance sera composé de 15 ou de 21 membres. Les articles précédents s'appliquent par analogie.

Cet article correspond, quant au fond, au paragraphe 9 de la loi allemande sur la cogestion. Il laisse simplement une plus grande liberté aux statuts de prévoir un nombre plus élevé de membres dans le conseil de surveillance, puisqu'il n'exige pas de majoration graduée correspondante du capital

(5 000 000 UC pour 15 membres et 12 500 000 UC pour 21 membres). Il pourrait y avoir des motifs autres que le montant du capital pour prévoir dans les statuts d'une S.E. un nombre plus élevé de membres du conseil de surveillance. En cas de fusion internationale, il serait par exemple parfaitement concevable qu'un conseil de surveillance composé de 5 représentants des travailleurs et de 5 représentants des actionnaires soit considéré comme insuffisant, bien que le capital de la S.E. n'excède pas 5 000 000 UC.

Article V - 2 - 8A

(loi sur l'organisation des entreprises)
(Betriebsverfassungsgesetz)

1. Le conseil de surveillance se compose de 6, 9, 12 ou 15 membres. Un tiers de ceux-ci doit être constitué de représentants des travailleurs.

2. Les dispositions de l'article V - 2 - 3A s'appliquent à l'élection et à la révocation des représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance.

C'est uniquement dans cet article qu'il est tenu compte des dispositions de la loi sur l'organisation des entreprises du 11 octobre 1952 (Betriebsverfassungsgesetz) et notamment de son paragraphe 76. Comme pour l'adaptation à la loi sur la cogestion, le nombre des membres du conseil de surveillance (qui, selon l'article IV - 2 - 2, doit être de trois au moins) a dû pour cela être augmenté. Les normes relatives au capital minimal correspondant (§ 95 de l'Aktengesetz) n'ont pas été reprises ici non plus. L'augmentation du nombre des membres du conseil de surveillance pourrait également ici être nécessaire pour plusieurs raisons (cf. commentaire de l'art. V - 2 - 7A).

VARIANTE B

1. Au lieu d'être résolu par une représentation directe des travailleurs au sein du conseil de surveillance de la S.E., les problèmes qui résultent, pour celle-ci, de la cogestion pourraient l'être par la création d'un nouvel organe, l'organe de cogestion. Les représentants des travailleurs deviendraient membres de cet organe, qui aurait en principe les mêmes compétences que le conseil de surveillance. Pourquoi cette variante ? Différents motifs peuvent être donnés.

2. En premier lieu, la création d'un organe permet de fixer le nombre des membres du conseil de surveillance (représentants des actionnaires) comme il conviendra, sans tenir compte de la cogestion. On n'a plus besoin alors des dispositions telles que les articles V - 2 - 2A et V - 2 - 7A qui, en cas de cogestion qualifiée, fixent le nombre des membres du conseil de surveillance à 11, 15 ou 21. De même, une disposition comme celle de l'article V - 2 - 8A qui, dans le cas de la cogestion simple, fixe le nombre des membres du conseil de surveillance à 6, 9, 12 ou 15, peut être écartée. Le nombre des membres du conseil de surveillance peut être fixé comme il plaira en observant seulement l'article IV - 2 - 2 (au moins trois membres) en fonction des besoins économiques. Si l'on désire ajouter au conseil de surveillance un expert de n'importe quel domaine, cela pourrait se faire immédiatement. Il n'est pas nécessaire de maintenir une certaine relation par rapport aux représentants des travailleurs, et pas davantage une divisibilité par trois du nombre des membres du conseil de surveillance (Betriebsverfassungsgesetz). On serait parfaitement libre de déterminer le nombre des membres du conseil de surveillance au mieux des intérêts de l'entreprise.

D'autre part, la création d'un organe de cogestion permet aussi d'organiser la représentation des travailleurs au sein de cet organe, indépendamment du nombre total des membres du conseil de surveillance. La représentation des travailleurs des divers pays dans lesquels la S.E. possède ses entreprises peut ainsi être mieux adaptée aux véritables besoins. Lorsque le nombre des membres du conseil de surveillance s'élève au total à 6, celui des représentants des travailleurs ne devrait plus être automatiquement de deux. Comme il résulte de l'article suivant, il pourrait même être porté à 10, si une représentation adéquate des travailleurs employés dans les entreprises de la S.E. dans les différents pays peut ainsi être obtenue. En ce qui concerne la représentation des travailleurs dans le cadre de la S.E., internationale par nature, la création d'un organe de cogestion séparé offre donc des avantages.

3. Aux avantages d'une séparation entre l'organe de cogestion et le conseil de surveillance, s'oppose le désavantage de la délibération séparée. Certes, des réunions communes peuvent être tenues, le projet le prévoit aussi. Cependant, ces réunions seront vraisemblablement exceptionnelles. Généralement les réunions auront lieu séparément, ce qui rend impossible un échange de vues direct. A ce désavantage s'oppose le fait qu'une telle solution pourrait être acceptable pour des Etats qui n'ont pas un régime propre de cogestion. Dans tous les cas, on évite le détournement par des réunions irrégulières séparées telles que la pratique allemande les connaît. Des réunions séparées sont au contraire ici expressément permises.

4. L'idée de créer un organe de cogestion a paru intéressante à l'auteur parce qu'elle peut se concrétiser dans cette variante B en tant que variante de la première solution (variante A). Il est plus facile de se faire une opinion après une telle concrétisation qui n'entre cependant pas dans les détails et ne s'en tient qu'aux traits essentiels.

Article V - 2 - 1B

1. Outre les organes mentionnés au titre IV, la S.E. a un organe de cogestion lorsque les conditions de l'article V - 1 - 3 sont réunies.

2. Le régime de l'organe de cogestion doit être défini dans les statuts conformément aux dispositions du présent Statut.

1. Cet article introduit l'organe de cogestion. Les cas dans lesquels cet organe doit être constitué sont compris entre la limite inférieure déterminée à l'article V - 1 - 3 et la limite supérieure fixée à l'article V - 1 - 2, au-delà de laquelle la réglementation intégrale de la cogestion allemande entre en vigueur.

2. Ainsi qu'il résulte de la section précédente, ces cas sont entièrement fixés d'après le rapport, exprimé en pourcentage, entre les travailleurs travaillant en Allemagne et l'ensemble du personnel de la S.E. Le siège de la S.E. (art. I - 4) ne joue généralement aucun rôle ici. Un transfert du siège social ne peut donc pas avoir pour objet de se soustraire à la cogestion. L'élément décisif est uniquement le lieu où se trouve le personnel.

3. La réglementation de l'organe de cogestion trouvera normalement sa place dans les statuts de la S.E. (alinéa 2) après les sections où il est question du directoire et du conseil de surveillance.

Article V - 2 - 2B

1. Les statuts déterminent le nombre des membres de l'organe de cogestion. Ce nombre sera de 20 au maximum au cas où la loi allemande sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz) serait applicable à la partie allemande de l'entreprise et de 10 au maximum au cas où seule la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz) serait applicable aux établissements situés en Allemagne, si la partie allemande de l'entreprise était exploitée sous la forme d'une société par actions allemande.

2. Le nombre maximal mentionné au paragraphe précédent est réduit de moitié lorsque, en dehors de l'Allemagne, les travailleurs refusent d'être représentés au sein de l'organe de cogestion.

1. Les statuts doivent préciser le nombre maximum des membres de l'organe de cogestion. A cet égard, il convient de distinguer selon qu'il s'agirait, si les entreprises relevaient du droit allemand, de cogestion qualifiée ou de cogestion simple. Dans le premier cas, le nombre maximum est de 20 membres, dans le second de 10 (alinéa 1).

Il ne s'agit ici que de membres représentant les travailleurs. Il n'est pas possible d'admettre un nombre maximum trop peu élevé, parce qu'il faut songer non seulement à la représentation des travailleurs allemands, mais aussi à une représentation de travailleurs en dehors de l'Allemagne.

2. Le nombre maximum est cependant diminué de moitié lorsque les travailleurs en dehors de l'Allemagne n'ont pas d'intérêt à être représentés au sein de l'organe de cogestion. On peut difficilement obliger les travailleurs en dehors de l'Allemagne à participer à l'organe de cogestion (alinéa 2).

Article V - 2 - 3B

1. L'élection et la révocation des membres de l'organe de cogestion doivent être réglées dans les statuts de la S.E.

2. La réglementation de l'élection doit être basée sur une représentation adéquate des personnes employées par la S.E. dans les différents pays, à moins que, en dehors de l'Allemagne, les travailleurs refusent d'être représentés au sein de l'organe de cogestion.

3. La procédure de l'élection et de révocation, pour autant qu'il s'agit de la représentation des personnes employées en Allemagne, doit s'inspirer le plus largement possible des dispositions législatives qui s'y appliquent à la désignation et à la révocation des représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance de la société anonyme.

4. Avant que les statuts ne soient soumis à la Cour de Justice européenne, les dispositions statutaires relatives à l'élection et à la révocation des membres de l'organe de cogestion doivent être pourvues

d'un visa apposé par une autorité désignée par la République Fédérale d'Allemagne d'où résulte qu'il a été satisfait à la disposition de l'alinéa 3 et que la représentation des travailleurs en provenance de l'Allemagne est considérée comme adéquate.

1. L'élection et la révocation des membres de l'organe de cogestion doivent être régies dans les statuts (*alinéa 1*). En ce qui concerne l'élection, il faut en principe prendre pour base une représentation appropriée du personnel de la S.E. dans les différents pays (*alinéa 2*). Il ne s'agit ici que de l'élection et de la révocation de membres de l'organe de cogestion, organe qui — ainsi qu'il résulte des articles suivants — doit être considéré comme une partie du conseil de surveillance. Il n'est donc nécessaire que de s'occuper de la comparaison des dispositions allemandes relatives à l'élection et à la révocation de représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance. Ce n'est qu'à l'article V - 2 - 8B qu'il est question du directeur du travail.

L'inverse de ce que nous avons noté à l'article précédent sous le point 2 s'applique à l'élection de représentants des travailleurs pour l'organe de cogestion : lorsqu'il existe un intérêt à participer à l'organe de cogestion, on peut difficilement exclure d'une représentation les travailleurs de la S.E. hors de l'Allemagne. Le Statut ne peut que proposer la directive générale d'une « représentation appropriée » du personnel de la S.E. dans les différents pays. L'interprétation de cette notion doit être laissée à la pratique.

2. Une autre question est celle de la procédure (*alinéa 3*). A ce sujet, il convient de faire une différence entre l'élection et la révocation de représentants des travailleurs de l'Allemagne et l'élection et la révocation d'autres représentants des travailleurs. En ce qui concerne les premiers, la réglementation statutaire doit, dans la mesure du possible, se rattacher aux réglementations légales existant en République Fédérale d'Allemagne et relatives à l'envoi de représentants des travailleurs au conseil de surveillance et à leur révocation. En ce qui concerne les autres, une plus grande marge doit être laissée à la réglementation statutaire, parce qu'il n'existe pas de réglementation légale.

3. L'*alinéa 4* prévoit un contrôle, dans la mesure où il s'agit de la représentation des travailleurs de l'Allemagne. Autrement, il serait possible de tourner les dispositions qui y sont en vigueur. Il semble peu opportun de charger de ce contrôle la Cour de Justice européenne qui peut procéder à l'examen des statuts. C'est pourquoi, une autorité qu'il appartient à l'Allemagne elle-même de désigner, est prévue pour ce contrôle. Cette autorité doit avoir exercé son contrôle avant que les statuts de la S.E. ne soient présentés à la Cour de Justice. Son contrôle concerne à la fois le caractère adéquat de la représentation des travailleurs de l'Allemagne prévue au Statut (*alinéa 2*) et la procédure d'élection et de révocation qui, dans la mesure où elle concerne la représentation des travailleurs allemands, doit, autant que possible, se rattacher aux dispositions légales allemandes (*alinéa 3*).

Article V - 2 - 4B

1. Les pouvoirs de l'organe de cogestion sont en principe les mêmes que ceux du conseil de surveillance, sauf que le conseil de surveillance est seul habilité à désigner et à démettre les membres du directoire, sans préjudice de la réglementation particulière prévue pour le directeur du travail à l'article V - 2 - 8B.

2. Lorsqu'il est fait mention du conseil de surveillance dans le présent Statut, il faut également comprendre sous ce terme l'organe de cogestion.

1. Cet article indique clairement que l'organe de cogestion a en principe les mêmes compétences que le conseil de surveillance. Dans la perspective de la cogestion allemande, cela est évident puisque les travailleurs, dans le cadre de cette réglementation, participent à ce conseil. Une exception n'a été faite que pour la nomination et la révocation des membres du directoire. D'après le droit allemand, les représentants des travailleurs n'ont ici aucune influence. Par contre, ils ont la compétence pour nommer le directeur du travail en cas de cogestion qualifiée. Pour la S.E. ce cas est réglé à l'article V - 2 - 8B.

2. Une solution alternative consisterait à insérer dans le Statut une liste des questions auxquelles la cogestion se rapporterait. Par rapport à la situation juridique existant en Allemagne, une telle liste aboutirait à restreindre les compétences de l'organe de cogestion. En tant qu'institution équivalente, les compétences de l'organe de cogestion s'étendent à tout le domaine pour lequel le conseil de surveillance est compétent. Cette solution alternative constituerait donc une concession de la part de l'Allemagne. Elle est incompatible avec l'idée fondamentale du projet qui est d'admettre la cogestion allemande dans la S.E. lorsque la limite inférieure est atteinte; d'autre part, la constitution de cette liste soulèverait un grand nombre de questions.

3. Une autre restriction, théoriquement concevable, à la partie allemande des entreprises, des compétences de l'organe de cogestion sera discutée sur le point 2 du commentaire de l'article suivant et rejetée comme pratiquement irréalisable.

Article V - 2 - 5B

1. L'organe de cogestion se réunit, en tant qu'organe distinct, sous la présidence du directoire, à moins que l'organe de cogestion et le conseil de surveillance décident de se réunir conjointement. Les réunions conjointes sont présidées par le président du conseil de surveillance. Dans les réunions conjointes de l'organe de cogestion et du conseil de surveillance, le vote est cependant séparé.

2. Les réunions de l'organe de cogestion se tiennent en même temps que les réunions du conseil de surveillance. Les ordres du jour de l'organe de cogestion doivent correspondre avec ceux du conseil de surveillance. L'organe de cogestion peut exiger à la majorité simple de ses voix que des sujets déterminés soient portés à l'ordre du jour de la prochaine réunion du conseil de surveillance et de l'organe de cogestion.

3. Comme les réunions du conseil de surveillance, les réunions de l'organe de cogestion sont préparées par écrit par le directoire.

4. Le directoire assure l'élaboration d'un compte rendu des réunions de l'organe de cogestion qui sera signé par le président et le vice-président de l'organe de cogestion. Ce dernier sera élu au sein de l'organe de cogestion.

5. Les comptes rendus des réunions de l'organe de cogestion sont adressés aux membres du conseil de surveillance et les comptes rendus des réunions du conseil de surveillance sont adressés aux membres de l'organe de cogestion pour information confidentielle.

6. Les dispositions concernant les réunions du conseil de surveillance s'appliquent par analogie aux réunions conjointes de l'organe de cogestion et du conseil de surveillance.

1. L'organe de cogestion est conçu comme un organe indépendant à côté du conseil de surveillance. En principe, cet organe doit être considéré et traité de la même manière que le conseil de surveillance. Ceci constitue une dérogation par rapport au système allemand dans lequel les représentants des travailleurs sont, avec les actionnaires, membres d'un seul conseil de surveillance. Pourquoi cette séparation?

On doit songer qu'en Allemagne, le conseil de surveillance n'a une composition paritaire qu'en cas de cogestion qualifiée; en cas de cogestion selon la loi sur l'organisation des entreprises, un tiers des membres seulement représente les travailleurs. Dans le cas de la S.E., le conseil de surveillance présenterait un tout autre aspect. Il apparaît nécessaire ici de fixer à 20 le nombre maximum des représentants des travailleurs en cas de cogestion qualifiée afin de parvenir à une représentation adéquate des travailleurs des différents pays. Cela aboutirait, en cas de composition paritaire, à un conseil de surveillance de 40 membres sous la présidence d'un quarante et unième. Même dans le cas de cogestion simple selon la loi sur l'organisation des entreprises, la composition d'un conseil de surveillance unique d'une S.E. aboutirait à des inconvénients. Que signifie encore un tiers dans un conseil de surveillance de 6 ou 9 personnes, lorsque ce tiers doit être constitué de travailleurs de différents pays? D'autre part, une représentation appropriée des travailleurs dans le conseil de surveillance (selon l'article V - 2 - 2B, au maximum 10) pourrait conduire à ce que les travailleurs aient un plus grand nombre de représentants que les actionnaires. Pour la S.E. l'idée s'est alors imposée d'effectuer une séparation. Cela permet d'aménager le conseil de surveillance pour qu'il ne soit pas trop grand, et l'organe de cogestion pour qu'il ne soit pas trop petit.

Quoi qu'il en soit, l'*alinéa 1* laisse la possibilité que l'organe de cogestion et le conseil de surveillance décident de tenir des réunions communes. Les deux organes doivent y consentir. Ils n'y sont pas obligés. Dans ce cas, le conseil de surveillance complet selon le modèle allemand se retrouverait pratiquement aussi dans la S.E.

2. Bien que l'organe de cogestion siège en principe indépendamment, ses réunions doivent être traitées comme des réunions du conseil de surveillance. Il possède les mêmes compétences. Cela signifie sans doute pratiquement une extension du droit de la cogestion au-delà de la frontière de l'Allemagne. Cette conséquence semble cependant inévitable. Comment pourrait-on limiter les décisions de l'organe de cogestion à la partie de l'entreprise qui se trouve en Allemagne?

Pratiquement, une telle séparation semble difficilement réalisable. L'entreprise de la S.E. est gérée comme une unité. Les questions d'investissement, les rationalisations, la fermeture ou la suppression d'entreprises, la limitation ou l'extension de la production, tout comme les questions sociales et beaucoup d'autres problèmes importants ne doivent relever que de la conception d'ensemble de l'entreprise. Comme des membres du conseil de surveillance, on exigera des membres de l'organe de cogestion qu'ils considèrent toutes ces questions non pas d'un point de vue strictement national,

mais dans l'optique de l'entreprise envisagée comme une unité.

A cet égard, il faut immédiatement faire rentrer l'article V - 2 - 7B dans nos considérations. Cet article, sur lequel nous aurons à revenir à propos de son commentaire, régit la manière dont les décisions doivent être prises lorsque l'organe de cogestion et le conseil de surveillance ont un avis différent. La voix du président du conseil de surveillance est prépondérante en cas de partage des voix. Le président agit ici comme le « onzième homme » en Allemagne. Si l'on considérait, politiquement, la coopération illimitée de l'organe de cogestion comme une concession consentie par le camp des actionnaires, le droit de décision prise en cas de partage des voix par le président du conseil de surveillance, sur l'élection duquel les travailleurs n'ont aucune influence, devrait — toujours du point de vue politique — être considéré comme une concession de leur part.

Si l'on voulait éviter cette conséquence de la séparation des deux institutions, il faudrait dans une élaboration ultérieure, réglementer l'élection commune du président. Il serait alors non seulement président du conseil de surveillance, mais aussi président de l'organe de cogestion. A ce stade, le projet s'en est écarté pour des raisons de simplicité et s'est rallié à la réglementation de la loi sur l'organisation des entreprises, qui est le cas principal de l'application de la cogestion en Allemagne, et selon lequel les représentants des travailleurs ne peuvent exercer aucune influence sur l'élection du président du conseil de surveillance.

3. Les développements fournis sous le point 2 expliquent la réglementation de l'*alinéa 2*. Le même ordre du jour et les mêmes documents sont soumis à l'organe de cogestion et au conseil de surveillance (*alinéa 3*). En outre, le droit a été accordé à l'organe de cogestion d'inscrire des points à l'ordre du jour des deux organes.

4. L'*alinéa 4* réglemente le procès-verbal des réunions de l'organe de cogestion. L'organe de cogestion siège, selon l'*alinéa 1*, sous la présidence du directeur, qui doit également préparer ses réunions comme celles du conseil de surveillance. Le personnage d'un président adjoint de l'organe de cogestion a été introduit pour assurer une direction objective des discussions de cet organe. Cette disposition trouve son parallèle dans la signature que le président du conseil de surveillance doit apposer sur les procès-verbaux des réunions de ce conseil.

5. Lorsqu'ils délibèrent séparément sur les mêmes points d'un ordre du jour, l'organe de cogestion et le conseil de surveillance doivent s'informer réciproquement par échange de documents (*alinéa 5*). Pour les réunions communes, il a suffi de renvoyer aux dispositions du Titre IV relatives aux réunions du conseil de surveillance (*alinéa 6*).

Article V - 2 - 6B

1. L'organe de cogestion statue par décision prise à la majorité des voix. Les membres de l'organe de cogestion absents peuvent prendre part aux décisions en émettant leur vote par écrit. A cet effet, ils donnent procuration à un membre présent. La procédure écrite n'est admise que dans les conditions prévues dans les statuts et si aucun membre ne s'y oppose.

2. Les voix de l'organe de cogestion sont, par rapport aux voix du conseil de surveillance, calculées de la manière suivante :

a) dans le cas où la loi allemande sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz) serait applicable si la partie allemande de l'entreprise était exploitée sous la forme juridique de société anonyme allemande, l'organe de cogestion, quel que soit le nombre de ses membres, compte au plus le même nombre de voix que le conseil de surveillance, à l'exclusion de la voix du président;

b) dans le cas où la loi allemande sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz) serait applicable si la partie allemande de l'entreprise était exploitée sous la forme juridique de société anonyme allemande, l'organe de cogestion, quel que soit le nombre de ses membres, compte au plus la moitié des voix du conseil de surveillance, à l'exclusion de la voix du président ;

c) les voix des membres de l'organe de cogestion sont pondérées en fonction du rapport existant entre les membres de l'organe de cogestion et les membres du conseil de surveillance, en tenant compte des dispositions des lettres a) et b) du présent article.

1. Cet article traite du vote au sein de l'organe de cogestion. L'alinéa 1 a son parallèle, concordant quant au fond, dans l'article relatif au conseil de surveillance. L'essentiel de la réglementation se trouve cependant au paragraphe suivant.

2. L'alinéa 2 a trait au maintien du rapport des voix entre les représentants des travailleurs et les représentants des actionnaires au sein du conseil de surveillance, tel qu'il est établi dans le droit allemand de la cogestion. Selon les dispositions de la loi sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz) les représentants des travailleurs disposent au maximum de la moitié des voix dans le conseil de surveillance (abstraction faite de la voix du président); selon la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz), ils disposent au maximum du tiers. Sous a) et b), on a essayé de maintenir ce rapport des voix également dans l'hypothèse prévue, dans cette alternative, de la séparation entre organe de cogestion et conseil de surveillance.

Cela signifie dans le cas a) que l'organe de cogestion dispose au maximum du même nombre de voix que le conseil de surveillance composé seulement de représentants des actionnaires, abstraction faite de la voix du président. De cette façon, la moitié de l'ensemble (organe de cogestion plus conseil de surveillance) est, comme dans la loi sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz), garantie à chaque partie.

Dans le cas b), l'organe de cogestion dispose au maximum de la moitié des voix du conseil de surveillance composé seulement de représentants des actionnaires, en ne tenant toujours pas compte de la voix du président à qui est dévolue, en cas de partage des voix, une fonction d'arbitre (cf. art. V - 2 - 7B). Par cette moitié du conseil de surveillance est ainsi assuré aux représentants des travailleurs, comme dans la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz), un tiers de l'ensemble (organe de cogestion plus conseil de surveillance).

Sous c) est prévue une réglementation qui porte les voix dans l'organe de cogestion au même chiffre que les voix dans le conseil de surveillance, restrictivement composé. L'organe de cogestion pourrait avoir un plus grand nombre de membres que le conseil de surveillance. Si, par exemple, l'organe de cogestion contient deux fois plus de membres que le conseil de surveillance, deux votes négatifs dans cet

organe auraient la valeur, vis-à-vis du conseil de surveillance, d'un seul vote négatif.

Un exemple devrait éclairer ce décompte. Supposons qu'il y ait cogestion en application de la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz). Une proposition ne serait rejetée que si, à côté d'un rejet unanime de l'organe de cogestion qui donnerait un tiers des voix de l'ensemble, un certain nombre de votes négatifs devrait encore être émis au sein du conseil de surveillance. Une situation analogue pourrait se présenter dans le cas a) et ceci plus souvent parce que l'organe de cogestion dispose alors de la moitié des votes de l'ensemble.

Article V - 2 - 7B

1. Lorsque le calcul selon l'article précédent fait apparaître qu'une majorité a voté contre la décision, la proposition est rejetée. Si l'organe de cogestion et le conseil de surveillance se réunissent séparément, le président du conseil de surveillance est toutefois habilité à convoquer une réunion conjointe afin de provoquer un accord.

2. Si ce calcul fait apparaître une parité de voix, la voix du président est prépondérante. Si l'organe de cogestion et le conseil de surveillance se sont réunis séparément, le président prend sa décision après consultation de l'organe de cogestion. Cette consultation peut avoir lieu, au gré du président, dans le cadre d'une réunion conjointe de l'organe de cogestion et du conseil de surveillance.

1. Si les décisions de l'organe de cogestion et du conseil de surveillance ne concordent pas, l'organe de cogestion ayant, par exemple, repoussé une proposition et le conseil de surveillance l'ayant acceptée, les voix des deux organes doivent être additionnées, par application des prescriptions de l'article précédent, après que les voix aient été calculées selon l'alinéa 2 c) de cet article. A cet égard, il n'est pas tenu compte de la voix du président du conseil de surveillance, comme on l'a précisé dans le cas réglementé à l'article précédent (alinéa 2 sous a et b). Un rôle d'arbitre est attribué au président du conseil de surveillance. En cas de partage des voix, la sienne est prépondérante.

2. L'alinéa 1 réglemente le cas où une majorité a voté contre la proposition. La proposition est ainsi rejetée. Lorsque les deux organes délibèrent séparément, on peut penser qu'en cas de délibération commune, on trouverait cependant une majorité en faveur de la décision. C'est pourquoi, le droit a été donné au président du conseil de surveillance de convoquer à cet effet une réunion commune.

3. L'alinéa 2 traite du cas de partage de voix. Lorsqu'il s'agit de la cogestion qualifiée selon la loi allemande sur la cogestion, il pourrait se faire que l'organe de cogestion rejette à l'unanimité la proposition que le conseil de surveillance a, en revanche, admise à l'unanimité — compte non tenu de la voix du président. Le président du conseil de surveillance agit alors comme « onzième homme »; sa voix l'emporte. Il doit cependant avoir donné à l'organe de cogestion l'occasion de faire connaître son point de vue au président. Il peut le faire au cours d'une réunion séparée de l'organe de cogestion ou d'une réunion commune de cet organe et du conseil de surveillance. La décision est laissée au président de ce conseil. Si l'on prescrivait ici comme règle une réunion commune, on donnerait à l'organe de cogestion le moyen d'obtenir toujours des réunions communes en repoussant au préalable toutes les propositions. C'est

pourquoi la préférence a été donnée dans une formule plus prudente.

Cet alinéa est rédigé en termes généraux. Il s'applique donc aussi en cas de cogestion simple selon la loi sur l'organisation des entreprises. Ici cependant, le cas de partage des voix ne se présentera pas aussi facilement, parce que l'organe de cogestion ne dispose que d'un tiers des voix du conseil de surveillance et même sans tenir compte, comme le prévoit le projet, de la voix du président.

Article V - 2 - 8B

1. Dans le cas où la loi sur la cogestion (Mittelbestimmungsgesetz) serait applicable si la partie allemande de l'entreprise était exploitée sous la forme juridique de société anonyme allemande, l'organe de cogestion serait habilité, en accord avec le conseil de surveillance, à nommer un directeur du travail au sein du directoire de la S.E.

2. Les rémunérations du directeur du travail sont fixées par le conseil de surveillance de la S.E. en conformité des rémunérations des autres membres du directoire. Il en est de même des autres clauses du contrat conclu avec lui.

3. Le directeur du travail peut être révoqué pour motif grave par l'organe de cogestion en accord avec le conseil de surveillance.

4. Si, dans les cas visés aux alinéas 1 et 3, le conseil de surveillance et l'organe de cogestion ne s'accordent pas sur la nomination ou la révocation du directeur du travail, la décision est prise par le tribunal du siège de la S.E. Cette décision n'est pas susceptible d'appel, ni de pourvoi.

1. En cas de cogestion selon la loi allemande sur la cogestion, non seulement la composition paritaire du conseil de surveillance, mais aussi la nomination d'un directeur du travail comme membre à part entière du directoire, revêtent une particulière importance. Cette nomination comme celle de tous les membres du directoire, appartient au conseil de surveillance. Elle ne peut cependant pas intervenir contre la majorité des suffrages des représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance. Il en est de même de la révocation (§ 13 de la loi allemande sur la cogestion).

A l'alinéa 1, le projet se rattache à cette solution, mais il faut retenir ici que la nomination du directeur du travail appartient en commun à l'organe de cogestion et au conseil de surveillance. Le directeur du travail doit former un « team » avec les autres membres du directoire. C'est pourquoi cet alinéa exige l'accord sur sa personne entre l'organe de cogestion et le conseil de surveillance qui, lui-même, nomme les autres membres du directoire.

D'une manière différente de la proposition contenue dans le projet, on pourrait suivre plus étroitement la loi allemande sur la cogestion et prescrire une réunion commune des deux organes qui « ne peuvent nommer le directeur du travail contre les suffrages de la majorité des membres de l'organe de cogestion ». Du fait de la séparation effectuée dans le projet entre l'organe de cogestion et le conseil de surveillance, la solution proposée dans le Statut, qui fait ressortir encore plus nettement la situation du directeur du travail comme l'homme de confiance des travailleurs, a semblé la

plus logique. Il en est de même de l'alinéa 3 qui régit la révocation. Néanmoins, un recours au tribunal devrait être possible dans le cas où le conseil de surveillance repousserait la nomination ou la révocation sans raison valable. Ceci est prévu à l'alinéa 4.

En tout cas, la solution alternative proposée ici, qui suivrait plus étroitement encore la loi allemande sur la cogestion, n'est pas différente quant au fond. Une modification serait facile à introduire. L'alinéa 1 serait alors rédigé ainsi :

« Dans le cas où la loi sur la cogestion serait applicable si la partie allemande de l'entreprise était exploitée sous une forme juridique nationale, un directeur du travail doit être nommé en tant que membre à part entière du directoire. Sa nomination a lieu au cours d'une réunion commune de l'organe de cogestion et du conseil de surveillance. Elle ne peut pas intervenir contre les suffrages de la majorité de l'organe de cogestion. Il en est de même de la révocation de la nomination. »

Les alinéas 3 et 4 pourraient alors être supprimés.

2. La position du directeur du travail dans une S.E. sera alors différente et même plus difficile que dans une société anonyme allemande comportant la cogestion qualifiée. Comme le conseil de surveillance, il doit servir l'entreprise considérée comme un ensemble, et par exemple il ne doit pas seulement protéger les intérêts de la partie allemande du personnel. Il devra disposer d'un « staff » qui l'assiste lors de la discussion des questions sociales. Celles-ci peuvent être très différentes dans les divers pays où la S.E. possède des exploitations. Sa tâche ne dépassera cependant pas en difficultés celle de ses collègues au sein du directoire, qui doivent s'occuper principalement de production, de vente, d'organisation interne ou de financement.

De même que le conseil de surveillance doit, par exemple, considérer les problèmes d'investissement découlant de la conception d'ensemble de l'entreprise, le directeur du travail doit le faire, par exemple, en ce qui concerne les problèmes de pension qui entrent principalement dans son domaine d'activité. Dans le cadre de l'entreprise unique, issue d'une fusion des sociétés de droit national différent, son activité aura des effets d'équilibre. Ceci est conforme aux objectifs du Traité CEE. Sa tâche deviendra plus simple au cours de l'évolution ultérieure du Marché Commun.

En tant que membre du directoire, le directeur du travail étend son activité aux parties de l'entreprise de la S.E. qui se trouvent à l'extérieur de l'Allemagne. Cela est inévitable puisque l'activité de l'organe de cogestion — pas plus que celle du conseil de surveillance — ne peut être restreinte à une partie de l'entreprise. Il faut faire un choix. A cet égard, il n'a pas paru possible de restreindre l'activité du directeur du travail uniquement à la représentation des intérêts du personnel allemand. Cela pourrait aboutir de nouveau à des discriminations.

3. L'alinéa 2 souligne l'égalité de la situation du directeur du travail au sein du directoire de la S.E., étant donné qu'en ce qui concerne ses émoluments, il est placé sur le même pied que ses collègues.

Article V - 2 - 9B

1. Tous les frais relatifs à l'organe de cogestion sont à la charge de la société, y compris les indemnités journalières pour participation aux réunions de l'organe de cogestion, qui seront identiques aux indemnités journalières accordées aux membres du conseil de surveillance pour les participations aux réunions de ce conseil.

2. Les membres de l'organe de cogestion reçoivent les mêmes honoraires que les membres du conseil de surveillance. L'ensemble des rémunérations de l'organe de cogestion ne peut cependant dépasser l'ensemble des rémunérations du conseil de surveillance, à l'exclusion des rémunérations du président du conseil de surveillance, dans le cas où la partie allemande de l'entreprise, si elle était exploitée sous la forme juridique de société anonyme allemande, serait soumise à la loi sur la cogestion (Mitbestimmungsgesetz) et la moitié de l'ensemble de ces rémunérations, dans le cas où elle serait soumise à la loi sur l'organisation des entreprises (Betriebsverfassungsgesetz).

1. Cet article régit l'aspect financier de l'organe de cogestion. L'alinéa 1 n'exige aucun commentaire.

2. L'alinéa 2 concerne la rétribution des membres de l'organe de cogestion. A cet égard, on a pris pour base les rétributions d'un membre ordinaire du conseil de surveillance. Du fait que le nombre des membres de l'organe de cogestion est sensiblement plus élevé que le nombre des représentants des travailleurs selon la législation allemande sur la cogestion, le Statut a prévu qu'en cas de cogestion qualifiée, l'ensemble des membres de l'organe de cogestion perçoit autant que l'ensemble des membres ordinaires du conseil de surveillance. En cas de cogestion simple, l'ensemble des membres de l'organe de cogestion perçoit au total, pour se le répartir entre eux, autant que la moitié de l'ensemble des membres ordinaires du conseil de surveillance.

Article V - 2 - 10B

1. Le directoire doit communiquer à l'organe de cogestion tous les renseignements que celui-ci estime utiles à l'accomplissement de ses activités.

2. Les membres de l'organe de cogestion sont tenus à la discrétion à l'égard de tous les faits dont ils prennent connaissance à l'occasion de l'accomplissement de leur mission.

3. L'article IV - 2 - 9 concernant la responsabilité des membres du conseil de surveillance s'applique par analogie aux membres de l'organe de cogestion.

Cet article déclare applicable à l'organe de cogestion un certain nombre de dispositions du Titre IV relatif au conseil de surveillance. Cet article devrait encore être remanié si on choisit cette deuxième variante.

VARIANTE C

La troisième variante est entièrement laissée à l'état d'esquisse. Il s'agit ici de la possibilité d'une réglementation ad hoc dans les statuts de la S.E. L'adaptation de la S.E. à la cogestion allemande peut donc pour chaque S.E. être organisée dans ses statuts, de manière particulière. Avec ce système, on peut se limiter à indiquer dans le Statut la procédure selon laquelle cette réglementation ad hoc est adoptée.

Article V - 2 - 1C

Lorsque les conditions de l'article V - 1 - 3 sont réunies, les statuts doivent prévoir, au sein du conseil de surveillance et, le cas échéant, au sein du directoire, un régime de représentation des travailleurs approuvé par les autorités mentionnées à l'article suivant.

1. Cet article fixe le point de départ que nous venons de mentionner. Les statuts contiennent la réglementation de la représentation des travailleurs dans les organes de la S.E. Cette réglementation est à envisager différemment selon que, pour la partie allemande de l'entreprise si elle était gérée sous la forme d'une société anonyme de droit national, il y aurait lieu à cogestion simple selon la loi sur l'organisation des entreprises ou à cogestion qualifiée selon la loi sur la cogestion.

2. On a donc laissé aux statuts une plus grande liberté que dans les autres solutions. Une telle réglementation exige cependant un contrôle. C'est pourquoi est en même temps prévue l'approbation d'une autorité spéciale de contrôle.

Article V - 2 - 2C

Lorsqu'un cinquième du personnel de la S.E. est employé dans des établissements situés sur leur territoire, les Etats contractants sont habilités à désigner une autorité qui devra approuver le régime mentionné à l'article précédent ou la modification de ce régime, avant que les statuts ou la modification des statuts ne soient soumis à la Cour de Justice européenne.

1. On aurait pu songer à la Cour de Justice européenne comme autorité spéciale de contrôle chargée d'approuver l'adaptation des statuts à la cogestion allemande, lorsqu'une telle adaptation est nécessaire conformément à l'article V - 1 - 3. Le projet préfère cependant une autre réglementation. Il lui semble plus pratique de prévoir à cet effet des autorités nationales spécialisées dans la matière.

2. En ce qui concerne l'Allemagne, il a déjà été question d'une telle autorité à propos de la solution précédente, variante B, article V - 2 - 3B, alinéa 4. On ne peut cependant pas abandonner l'approbation exclusivement à une autorité allemande. Les autres Etats y ont aussi intérêt lorsqu'une partie considérable du personnel travaille dans des entreprises de la S.E. se trouvant sur leur territoire. A cet égard, on s'est appuyé, pour l'élaboration de cet article, sur l'article V - 2 - 3A, alinéa 2, selon lequel pour la création d'un organe électoral dans un Etat, un cinquième au moins des membres du personnel de l'entreprise doit travailler dans cet Etat. Les autorités de contrôle désignées par les Etats doivent être d'accord sur la réglementation à admettre dans les statuts avant que ceux-ci ne soient présentés à la Cour de Justice européenne.

Article V - 2 - 3C

Les Etats contractants peuvent désigner ou créer une autorité centrale chargée de délivrer l'autorisation visée à l'article précédent.

Au lieu de différentes autorités nationales de contrôle qui devraient approuver la réglementation statutaire conformément à l'article V - 2 - 2C, on pourrait également songer à une autorité centrale de contrôle. A cet égard, l'idée d'un recours aux institutions de la CEE se présente à l'esprit.

Article V - 2 - 4C

Tout Etat contractant ou l'autorité centrale peut établir des directives concernant le régime statutaire de l'élection et de la révocation des représentants des travailleurs au sein des organes de la société.

Dans le cas de la réglementation ad hoc, il est important pour l'économie de connaître approximativement ce que l'on

exige d'elle à cet égard. Si l'on admettait cette solution, une pratique se formerait de toute façon avec le temps. Cette pratique pourrait être favorisée par l'adoption de directives. La possibilité en est prévue dans cet article. Ces directives devraient cependant laisser la liberté nécessaire afin que l'on puisse, dans chaque cas particulier, choisir la meilleure solution. Autrement, l'avantage essentiel de cette troisième solution serait perdu.

*
**

A la fin de ce titre, il nous faut encore une fois souligner qu'il ne s'est agi pour l'auteur que de présenter quelques solutions prouvant que le difficile problème posé par la conception de la S.E. en fonction des dispositions relatives à la cogestion est en principe soluble et que la construction d'une S.E. n'est pas nécessairement exposée à l'échec du fait de la cogestion.

TITRE VI

REDDITION DES COMPTES

Introduction

1. Le présent titre définit les règles essentielles de la reddition des comptes. Il convient de distinguer entre la réglementation formelle, c'est-à-dire la manière dont les comptes doivent être rendus, et leur contenu matériel. Dans la première catégorie, il faut ranger les dispositions sur la compétence des organes chargés de l'adoption des comptes sociaux et du rapport annuel, sur la vérification des documents annuels, sur les possibilités de recours contre l'adoption de ces documents lorsqu'ils ne répondent pas aux règles du présent Statut et enfin sur la décision concernant l'affectation des bénéfices et la décharge des organes de gestion. Ces règles font l'objet des sections 1, 4, 5 et 6 du présent titre. Le contenu matériel des règles d'établissement des comptes figure dans les sections 2 et 3.

2. Cette distinction a également une importance en ce sens que l'auteur ne s'estime nullement compétent en ce qui concerne la réglementation du contenu matériel des comptes à rendre. Cette réglementation devrait, selon lui, être élaborée par un groupe d'experts (commissaires aux comptes et économistes d'entreprises). C'est pourquoi il s'est borné à indiquer dans les sections 2 et 3 les schémas qui sont à son avis indispensables. Ces schémas devront être complétés par le groupe d'experts susmentionné, s'il est du moins de l'avis que ces schémas doivent être retenus. On pourrait tout aussi bien retenir un tout autre système.

3. A la base du projet se trouve cependant l'idée qu'il faut exiger de la S.E. une très large publicité. Il y a là un certain parallélisme avec la conception qui a présidé à la réglementation de la cogestion prévue dans le présent projet. En matière de publicité également, la S.E. ne doit pas constituer pour les sociétés un moyen de se soustraire à la législation nationale.

L'élaboration de schémas ou, le cas échéant, de règles matérielles de comptabilité sous une forme autre devra se faire en tenant compte de cette idée. Il faudrait par exemple éviter autant que possible la constitution de réserves occultes. Les évaluations des postes du bilan devront également correspondre autant que possible à la réalité. Dans les six pays membres de la CEE, l'évolution sur le plan national va dans ce sens. La nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes et le décret français du 28 octobre 1965 en sont un exemple. Les projets belge, italien et néerlandais vont, eux aussi, dans cette direction. A l'extérieur de la CEE, le projet de réforme anglais (Companies Bill du 3 novembre 1966) suit également cette tendance générale.

4. En ce qui concerne le projet de réglementation de la société anonyme européenne, les Etats membres pourraient peut-être dans un certain sens se soumettre plus facilement à une publicité assez large, puisque cette forme juridique a notoirement un caractère subsidiaire. Elle se juxtapose, en effet, aux lois nationales sur les sociétés anonymes. On n'est pas obligé de choisir cette forme. D'un autre côté, cela ne peut mener à une publicité rebutante, plus exigeante que les droits progressistes de la CEE. Ici aussi, il convient de garder la mesure.

5. Dans les grandes lignes, la procédure de reddition des comptes proposée dans le présent Statut est la suivante. Le directoire établit les documents annuels sous forme de projet. Ceux-ci sont soumis au Conseil de surveillance en même temps que le rapport des commissaires aux comptes et la proposition d'affectation des bénéfices établie par le

directoire. Le directoire et le conseil de surveillance délibèrent en commun au sujet des documents annuels et au sujet de la proposition d'affectation des bénéfices. Normalement ils arrivent à un accord. Les documents annuels sont ainsi adoptés d'un commun accord par le directoire et le conseil de surveillance. Deux tiers des bénéfices peuvent être affectés à la réserve. L'assemblée générale décide uniquement de l'affectation du reste des bénéfices. Tout cela sera commenté plus loin. Il sera dit également ce qui doit se produire en cas de désaccord entre le directoire et le conseil de surveillance.

Première section

DISPOSITIONS GENERALES

Article VI - 1 - 1

1. Le directoire est tenu d'établir dans les trois premiers mois de l'exercice social un projet des comptes annuels et du rapport annuel pour l'exercice écoulé.

2. Les comptes annuels et le rapport annuel doivent donner conjointement une vue claire et bien ordonnée de la situation de la société, de ses activités, de son patrimoine et de ses résultats.

1. L'alinéa 1 se relie à l'article IV - 1 - 7. Dans les trois premiers mois du nouvel exercice social, le directoire doit établir un projet de comptes sociaux et de rapport annuel. Ces projets sont soumis au conseil de surveillance, en même temps que le rapport des commissaires aux comptes (art. VI - 1 - 4).

2. L'alinéa 2 contient une disposition générale que l'on trouve également — sous une formulation d'ailleurs quelque peu différente — dans le projet de loi néerlandais sur la clôture annuelle des comptes. Cet alinéa devra être remanié lorsqu'une forme définitive aura été donnée aux sections 2 et 3 relatives au contenu des comptes sociaux et du rapport annuel. Il définit le but général des dispositions en matière de comptes sociaux et de rapport annuel et a également une importance pour les demandes formées éventuellement devant la Cour de Justice européenne.

Les comptes sociaux et le rapport annuel doivent donner conjointement la vue claire et bien ordonnée qui est demandée. Ils forment un ensemble. Les postes des comptes sont commentés dans le rapport annuel. La disposition fondamentale de cet alinéa se rapporte donc à ces deux parties. C'est la raison pour laquelle elle est formulée en termes très généraux. Par « situation de la société », il faut entendre aussi bien sa situation financière que sa situation économique, comparée à celle d'autres sociétés de la même branche économique.

Dans sa partie générale, le rapport annuel passe en revue les activités de la société, aussi bien ses activités pendant l'exercice social écoulé que ses projets pour l'avenir immédiat (art. VI - 3 - 1, alinéa 2). La situation du patrimoine et du rendement de la société doit ressortir des comptes sociaux.

Article VI - 1 - 2

1. Les comptes annuels (deuxième section) ont à respecter les principes d'une comptabilité régulièrement tenue.

Ils se composent :

a) du bilan,

b) du compte d'exploitation et

c) du compte de profits et pertes.

2. Le rapport annuel (troisième section) contient les commentaires sur les comptes ainsi que les autres indications prescrites par le présent Statut.

3. Lorsque la société constitue l'entreprise dominante d'un groupe de sociétés, des comptes annuels et un rapport annuel consolidés doivent être établis. Si la société est une société dépendante au sein d'un groupe, elle doit établir des comptes annuels et un rapport annuel consolidés mais partiels, si les conditions de l'article VII - 2 - 3, alinéa 2, sont remplies.

1. Outre l'habituel bilan et le compte de profits et pertes, l'alinéa 1 prescrit l'établissement d'un compte d'exploitation général. Le décret français du 28 octobre 1965 exige, lui aussi, l'établissement de ce compte, en plus du compte de profits et pertes. Les comptes peuvent ainsi être exposés plus en détail et une distinction peut être faite entre les résultats d'exploitation normaux et les résultats extraordinaires. Ces derniers apparaissent uniquement dans le compte de profits et pertes.

2. L'alinéa 3 exige l'établissement de comptes annuels consolidés et un rapport annuel consolidé, lorsque la S.E. est société dominante d'un groupe. Des règles plus détaillées en ce qui concerne ces documents pourraient trouver leur place dans les sections 2 et 3 ou dans une section spéciale réservée aux comptes consolidés des groupes. La même observation est valable pour les comptes consolidés, mais partiels, prévus dans cet alinéa.

Article VI - 1 - 3

1. Les comptes et le rapport annuels doivent être vérifiés par un ou plusieurs commissaires aux comptes (quatrième section).

2. Ceux-ci doivent consigner les résultats de leur contrôle dans un rapport de vérification et les résumer à la fin de ce rapport dans une déclaration formelle. Cette déclaration peut être donnée avec ou sans réserves. Si elle est donnée sans réserves, elle doit au moins indiquer que, selon l'opinion des commissaires aux comptes, la comptabilité a été régulièrement tenue, que les comptes annuels ainsi que le rapport annuel correspondent aux prescriptions de ce Statut et qu'ils donnent une vue claire et bien ordonnée de la société, de ses activités, de son patrimoine et de ses résultats. S'il s'agit d'un bilan consolidé ou d'un bilan consolidé

partiel selon l'article VI - 1 - 2, alinéa 3, le rapport de vérification et la déclaration des commissaires aux comptes doit également viser celui-ci.

1. Dans les trois premiers mois du nouvel exercice social, une collaboration étroite est nécessaire entre le directoire et les commissaires aux comptes. A la fin de cette période, les documents annuels doivent être soumis sous forme de projet au conseil de surveillance, en même temps que le rapport des commissaires aux comptes (art. IV - 1 - 7 en liaison avec l'art. VI - 1 - 4).

On peut se demander si ce délai n'est pas trop court. Pour cela, il faut partir de l'assemblée générale qui doit dans les six mois délibérer sur ces documents (art. IV - 3 - 2) et être convoquée avec un délai d'au moins quatre semaines (art. IV - 3 - 3). Il ne reste donc qu'une marge de deux mois au maximum pour les délibérations du directoire et du conseil de surveillance et pour l'adoption de ces documents par les deux organes.

Le directoire et les commissaires aux comptes devraient normalement pouvoir être prêts dans ce délai de trois mois, surtout si le travail a commencé à temps et est bien organisé. Il faut autant que possible obtenir que l'assemblée générale annuelle de la S.E. ait lieu avant les vacances d'été (c'est-à-dire avant le 30 juin, lorsque l'exercice social, comme il est d'usage, coïncide avec l'année civile). Ce n'est que dans des cas exceptionnels que la date de l'assemblée générale peut être reculée (art. IV - 3 - 2).

2. Le rapport de vérification est soumis in extenso au conseil de surveillance. Le résumé donné à la fin de ce rapport est destiné à l'assemblée générale (art. VI - 1 - 5, alinéa 1, c). Pour celle-ci ce qui importe le plus ce sont les conclusions finales des commissaires aux comptes. Cela est conforme à la pratique.

3. La déclaration des commissaires aux comptes peut être souscrite avec ou sans réserves. Un premier essai de formulation du contenu minimum de cette déclaration est donné dans l'alinéa 2. Cette formulation suit la terminologie employée dans les deux articles précédents (art. VI - 1 - 1, alinéa 2, art. VI - 1 - 2, alinéa 1). Elle est, pour l'essentiel, en concordance avec la déclaration des « chartered accountants » dont on se sert en Angleterre et dont le contenu est à peu près le suivant :

« The company has kept proper books with which the accounts agree. In our opinion these accounts comply with the Companies Act, 1948, and give a true and fair view of the state of affairs and profit of the company (and for the group) ».

La formulation de cette déclaration des commissaires aux comptes exigera également des études approfondies et une élaboration par un groupe d'experts.

Article VI - 1 - 4

1. Le directoire soumet les comptes et le rapport annuels sous forme de projets aux membres du conseil de surveillance. Le rapport de vérification doit être joint à ces documents.

2. Le directoire soumet en même temps aux membres du conseil de surveillance le projet de répartition des bénéfices qu'il entend proposer à l'assemblée générale (sixième section).

1. L'alinéa 1 a déjà été commenté à propos de l'article précédent sous le point 1.

2. L'*alinéa* 2 demande l'élaboration par le directoire d'une proposition d'affectation des bénéfices résultant du projet des comptes sociaux. Les comptes et les bénéfices annuels sont interdépendants. Le volume des amortissements a, par exemple, une influence sur le montant des bénéfices. Le directoire et le conseil de surveillance doivent délibérer ensemble de toutes ces questions. A cela s'ajoute que ces deux organes peuvent, en cas d'accord, affecter à la réserve jusqu'aux deux tiers des bénéfices (art. VI - 6 - 1).

En cas d'accord entre le directoire et le conseil de surveillance sur les comptes sociaux et sur le rapport annuel, les comptes sont définitivement adoptés (art. VI - 5 - 1). Le montant des bénéfices est de ce fait établi. En cas de désaccord entre le directoire et le conseil de surveillance sur l'affectation des bénéfices, dépendant jusqu'à concurrence des deux tiers de leur décision, c'est l'assemblée générale qui décide de l'affectation de leur totalité (art. VI - 6 - 1, *alinéa* 2).

Article VI - 1 - 5

1. Les pièces suivantes doivent être présentées à l'assemblée générale prévue à l'article IV - 3 - 2, *alinéa* 1, en un document unique :

a) les comptes annuels,

b) le rapport annuel avec les annexes mentionnées à la section 3, et

c) le résumé du rapport de vérification (art. VI - 1 - 3, *alinéa* 2).

2. A partir de la date de la convocation de cette assemblée générale, quiconque peut sans délai et sans frais obtenir auprès de la société les documents précisés dans l'*alinéa* précédent (pièces annuelles). Mention doit en être faite dans la convocation.

3. Ces documents serviront de base à la décision de l'assemblée générale sur l'affectation des bénéfices et la décharge des membres du directoire et du conseil de surveillance (sixième section).

1. L'assemblée générale reçoit les documents visés à l'*alinéa* 1 en un seul document.

2. A partir de la date de la convocation de l'assemblée générale annuelle, non seulement les actionnaires mais toute autre personne peuvent gratuitement obtenir ce document auprès de la société, s'ils ne le reçoivent pas déjà par l'entremise des banques (*alinéa* 2).

L'extension de ce droit à toute personne intéressée tient compte de la pratique : les personnes qui envisagent d'acheter des actions, les créanciers, ainsi que la presse financière, peuvent avoir intérêt à prendre connaissance de ce document, qu'il n'y a nullement lieu de tenir secret. Le réserver aux actionnaires semble une complication inutile. Après l'assemblée générale les documents annuels seront dans tous les cas déposés auprès du registre européen du commerce et auprès des annexes nationales compétentes (cf. art. VI - 1 - 6) où ils seront à la disposition de tous pour être consultés. Si l'on jugeait cependant utile de prévoir une limitation, celle-ci ne devrait pas, eu égard aux dispositions de l'article IV - 3 - 4, *alinéa* 2, concerner les détenteurs de certificats ou d'obligations convertibles.

Article VI - 1 - 6

1. A l'issue de l'assemblée générale mentionnée à l'article précédent, le directoire est tenu d'envoyer, en deux exemplaires et sans retard, les pièces annuelles ainsi que le procès-verbal de l'assemblée générale, au registre européen du commerce, en vue de leur dépôt.

2. Le directoire est tenu de publier sans retard, dans les journaux de la société, le dépôt des pièces annuelles et le paiement du dividende éventuel.

1. A l'issue de l'assemblée générale annuelle, le directoire doit faire parvenir au registre européen du commerce, en vue de leur dépôt, deux exemplaires des documents annuels et du procès-verbal (*alinéa* 1). Le registre transmet le deuxième exemplaire aux annexes nationales compétentes (art. 1-8).

2. La décision éventuelle de paiement d'un dividende doit être publiée sans délai dans les trois journaux de la société (art. 1-9) par les soins du directoire (*alinéa* 2).

Deuxième section

COMPTE ANNUELS

Article VI - 2 - 1

Le bilan, assorti des chiffres correspondants de l'année précédente, doit être dressé selon le modèle suivant :

Modèle du bilan

Article VI - 2 - 2

Sont ainsi définis les postes suivants du bilan :

Définitions

Article VI - 2 - 3

Le compte d'exploitation, assorti des chiffres correspondants de l'année précédente, doit être dressé selon le modèle suivant :

Modèle du compte d'exploitation

Article VI - 2 - 4

Sont ainsi définis les postes suivants du compte d'exploitation :

Définitions

Article VI - 2 - 5

Le compte de profits et pertes, assorti des chiffres correspondants de l'année précédente, doit être dressé selon le modèle suivant :

Modèle du compte de profits et pertes

Article VI - 2 - 6

Sont ainsi définis les postes suivants du compte de profits et pertes :

Définitions

1. Comme nous l'avons noté au point 2 de l'introduction de ce titre, l'élaboration des modèles est laissée aux soins d'un groupe d'experts. Ce système des modèles, empruntés aux prescriptions équivalentes allemandes et françaises, proposé ici devrait être — comme on l'a déjà remarqué sous le point 2 de l'introduction — revu en ce qui concerne son utilité. L'auteur s'est contenté d'indiquer quelques principes généraux (point 3 de l'introduction) sur lesquels les prescriptions substantielles devraient à son avis être fondées. On demande uniquement dans l'article VI - 2 - 1 que les chiffres correspondants de l'année précédente soient indiqués. Ce système s'est en effet révélé utile et est déjà largement appliqué dans la pratique.

2. Pour chaque modèle, qu'il s'agisse de celui du bilan, du compte d'exploitation ou du compte de profits et pertes, l'article suivant demande que les rubriques qui y sont employées soient commentées séparément. Lors de l'élaboration du modèle, on pourra examiner si ce système, ainsi que le croit l'auteur, présente une utilité pour les sociétés qui devront en faire usage ou s'il vaut mieux donner tous les commentaires en bloc, plutôt que séparément pour chaque modèle.

3. A propos de cette partie du Statut, tant en ce qui concerne la deuxième section (comptes annuels) qu'en ce qui concerne la troisième section (rapport annuel), la question se pose de savoir comment il faudra le cas échéant y apporter les *modifications* que l'expérience fera apparaître comme souhaitables. Au fond, il s'agit du problème général de la procédure de modification du présent Statut. Ce problème se posera peut-être davantage pour cette partie du Statut que pour beaucoup d'autres. Il devra être résolu dans un dernier titre de la convention internationale dans lequel seront réglées l'entrée en vigueur et la modification de celle-ci. Au stade actuel, l'auteur a renoncé à traiter dans ce projet de ces questions formelles. On pourrait cependant concevoir que, si on en arrive à la conclusion d'une convention internationale sur la société anonyme européenne, deux procédures de modifications soient envisagées lors de la rédaction des dispositions finales : d'une part, une procédure générale et, d'autre part, une procédure simplifiée pour certaines parties de la convention expressément définies. Si cette proposition était acceptable, les sections 2 et 3 du présent titre entreraient en premier lieu en ligne de compte pour la procédure de modification simplifiée.

4. Les modèles relèvent d'une conception générale. Ils doivent s'appliquer à toute société ayant adopté la forme d'une S.E. Sans doute les modèles seront-ils élaborés en premier lieu en fonction des sociétés industrielles et commerciales. L'auteur n'a cependant pas jugé nécessaire de prévoir a priori une dérogation pour certaines branches, telles que, par exemple, les banques et les compagnies d'assurances. Celles-

ci devront être soumises, elles aussi, aux modèles généraux si elles désirent adopter la forme de la S.E.

Lors de l'élaboration définitive du texte, il restera certainement encore beaucoup de problèmes difficiles à discuter. Il ne faut pas, par exemple, qu'une transformation en S.E. permette aux compagnies d'assurances et aux banques de se soustraire au contrôle spécial qui est prévu à leur égard dans la législation nationale. C'est à cela que pourvoit l'article I - 1, alinéa 3. Pour en revenir à la publicité, il se pourrait donc que des renseignements encore plus détaillés que ne le prescrit le Statut soient exigés des compagnies d'assurances à l'intention de ces autorités de contrôle.

Les banques pourraient avant tout faire valoir des objections à l'encontre de l'interdiction des réserves occultes formulée dans le Statut. L'auteur n'a pas jugé nécessaire d'envisager ici a priori une dérogation. La publicité plus large prévue dans le Statut devrait s'appliquer également aux banques. Les actionnaires des banques ont le droit, eux aussi, de connaître exactement la situation du patrimoine et du rendement de leur société. Du point de vue économique, il semble d'ailleurs qu'on puisse affirmer que la confiance dont jouissent les banques et qui revêt pour elles une extrême importance, plutôt que d'être diminuée, sera renforcée par la mise en évidence de leurs réserves parfois très considérables.

Article VI - 2 - 7

1. Les comptes annuels peuvent contenir des postes supplémentaires ne figurant pas dans les modèles ci-dessus.

2. Les comptes doivent être subdivisés lorsque cela est nécessaire pour qu'on puisse avoir une vue claire et bien ordonnée du patrimoine de la société et de ses résultats. La justification en sera donnée dans le rapport annuel.

3. Certains postes des comptes annuels peuvent être omis lorsqu'ils n'ont pas d'application à la société. Ces omissions doivent être justifiées dans le rapport annuel séparément pour chaque poste supprimé.

1. Cet article formule pour conclure quelques dispositions générales qui s'appliquent aux trois modèles précédents. Les comptes pourront comprendre des postes supplémentaires non repris dans les subdivisions précédentes (*alinéa 1*). On devra décider, lors de l'élaboration des modèles, s'il y a lieu de prévoir une telle disposition, qui, considérée en soi, ne peut nuire.

2. L'*alinéa 2* contient une disposition qui de toute façon peut être utile. Référence y est faite à la disposition générale de l'article VI - 1 - 1, alinéa 2. Si la vue claire de la situation du patrimoine et du rendement de la société, demandée dans cet article, l'exige, les postes devront être davantage détaillés. Des commentaires à ce sujet devront être fournis dans le rapport annuel.

3. Il est également possible que certains postes n'aient pas d'application à une société déterminée. Dans ce cas, ces postes peuvent être omis (*alinéa 3*). On trouve une disposition analogue dans la loi allemande sur les sociétés anonymes pour ce qui concerne le bilan (§ 151, alinéa 2) et le compte de profits et pertes (§ 157, alinéa 2). Le projet demande que l'omission de ces postes soit justifiée dans le rapport annuel.

Troisième section

RAPPORT ANNUEL

Article VI - 3 - 1

1. Le rapport annuel contient une partie générale et une partie spéciale.
2. La partie générale contiendra les plus amples renseignements sur la marche de l'entreprise pendant l'exercice écoulé ainsi que sur les perspectives et les projets, y compris les projets d'investissement, pour l'exercice en cours.
3. Dans la partie spéciale, les différents postes des comptes annuels seront commentés séparément. A cette occasion, les critères d'évaluation seront indiqués séparément pour chaque poste. Tout changement dans les critères d'évaluation doit être indiqué et motivé séparément; il est fait mention en même temps des chiffres de comparaison avec l'année précédente.

1. Cette section traite du rapport annuel. Là aussi, beaucoup de points devront être précisés lors de l'élaboration ultérieure du texte. L'auteur expose seulement dans ses grandes lignes sa conception sur le rapport annuel qui devra être présenté avec les comptes annuels pour ne former qu'un seul document (art. VI - 1 - 5). Une distinction est faite entre la partie générale et la partie spéciale de ce rapport (*alinéa 1*).

2. Dans la partie générale, les renseignements les plus complets seront donnés sur la marche des affaires au cours de l'exercice écoulé (*alinéa 2*). On y trouvera également les renseignements les plus complets sur les perspectives et les projets de la société pour l'exercice en cours. Au moment de la publication du rapport annuel, le nouvel exercice social sera, en effet, déjà fort avancé. En raison de leur importance, il est fait mention expresse des projets d'investissements adoptés par le conseil de surveillance et le directoire.

3. La partie spéciale du rapport annuel est réservée au commentaire des différents postes du bilan, du compte d'exploitation et du compte de profits et pertes (*alinéa 3*). Dans les modèles eux-mêmes, il n'y a pas de place pour cela. La partie spéciale du rapport annuel et les comptes sociaux doivent donc être considérés comme formant un tout. Ensemble ils doivent donner une vue claire de la situation du patrimoine et du rendement de la société (art. VI - 1 - 1, *alinéa 2*).

4. L'évaluation des postes du bilan revêt une importance particulière à cet égard. Il serait concevable que des critères d'évaluation déterminés soient prescrits dans le Statut. L'auteur estime que cette solution serait moins opportune. Il convient de laisser une plus grande liberté à la pratique.

Toute modification des critères d'évaluation est d'une importance particulière. Aussi est-il prescrit dans l'*alinéa 3* que toute modification des critères d'évaluation doit être indiquée et motivée séparément pour chaque poste auquel il s'applique. La portée de ces modifications ressortira clairement des chiffres de comparaison de l'année passée dont l'indication est d'autre part exigée ici.

Les prescriptions de cet *alinéa* doivent être rapprochées de celles de l'article VI - 4 - 2. On renvoie ici aux *alinéas 2, 3*

et 4 de cet article, qui donnent expressément des pouvoirs spéciaux aux commissaires aux comptes pour le contrôle des évaluations.

Article VI - 3 - 2

1. Le rapport annuel contient comme annexes les tableaux suivants :
 - a) tableau sur le capital investi et les amortissements,
 - b) tableau sur les plus-values et les moins-values,
 - c) tableau sur les impôts,
 - d) tableau sur les réserves déclarées dans le bilan et
 - e) proposition sur la répartition des bénéfices de l'exercice social écoulé, conformément à l'article VI - 6 - 1.
2. Les tableaux et la proposition seront présentés suivant les modèles indiqués dans les articles suivants. L'article VI - 2 - 7 s'applique par analogie à ces dispositions.
3. Les différents postes de ces modèles peuvent être commentés en note pour chacun d'eux.

Article VI - 3 - 3

Tableau sur le capital investi et les amortissements

Article VI - 3 - 4

Tableau sur les plus-values et les moins-values

Article VI - 3 - 5

Tableau sur les impôts

Article VI - 3 - 6

Tableau sur les réserves déclarées dans le bilan

Article VI - 3 - 7

Proposition sur la répartition des bénéfices de l'exercice social écoulé conformément à l'article VI - 6 - 1

1. Les annexes au rapport annuel exigées ici sont les mêmes que celles exigées par le décret français du 28 octobre 1965. Ce système des annexes permet de donner un exposé très détaillé des comptes sociaux, sans que ceux-ci perdent eux-

mêmes de leur clarté. Il faudra voir, lors de l'élaboration définitive, si ces annexes suffisent.

2. Dans l'article VI - 3 - 2, alinéa 1, sont exigées certaines annexes dont les tableaux seront définis dans les articles suivants (VI - 3 - 3 à VI - 3 - 7).

L'article VI - 2 - 7 s'applique par analogie à ces tableaux (art. VI - 3 - 2, alinéa 2). Les commentaires relatifs aux différents postes des tableaux doivent figurer dans des notes (art. VI - 3 - 2, alinéa 3).

Article VI - 3 - 8

Le rapport annuel doit, dans sa partie générale ou spéciale, contenir au moins les indications suivantes :

a) notice sur la composition du personnel, les salaires moyens, les traitements et les prestations sociales;

b) énumération des participations;

c) ventilation du chiffre d'affaires par principaux produits et par marchés (marché commun et autres);

d) ventilation des dettes d'échéance supérieure à un an convenue par contrat ou accordée en fait. Doivent être indiqués en particulier : durée restante, taux d'intérêt, garanties, remboursements à effectuer pendant le prochain exercice social;

e) ventilation des obligations financières de la société s'étendant à plus d'un an, dans la mesure où elles ne sont pas visées au point d), par exemple obligations résultant de contrats de bail à loyer et à ferme, contrats d'affrètement, contrats de licence, à condition qu'elles excèdent, au moment où elles sont contractées, la somme de 100 000 UC ;

f) cautions, garanties, hypothèques et autres sûretés consenties par la société ne figurant pas dans les dettes;

g) rémunération totale du directoire et du conseil de surveillance.

1. Cet article énumère quelques dispositions qui doivent de toute façon figurer dans le rapport annuel, que ce soit dans sa partie générale ou dans sa partie spéciale. Ce n'est qu'après l'élaboration des modèles, tant des comptes annuels que du rapport annuel, que cette matière pourra être réglée définitivement. Dans sa version actuelle cet article doit être seulement considéré comme donné pour mémoire.

2. Jusqu'ici l'importance du personnel pour la situation économique de la société trouve — du point de vue européen — trop peu son expression dans les rapports annuels. C'est la raison pour laquelle le point a) prescrit que le rapport annuel doit fournir des indications sur la composition du personnel, par exemple sur le nombre des travailleurs et des employés, leur structure d'âge et leur répartition géographique. Ce dernier point a notamment une importance pour l'application éventuelle des dispositions en matière de cogestion (Titre V). Les salaires et traitements

moyens, ainsi que le montant des prestations sociales, sont également significatifs pour la situation de la société.

3. Les participations doivent être mentionnées nominativement (point b). Sur le plan national, c'est là un point controversé. A cet égard, la question se pose immédiatement de savoir quand on peut parler d'une participation. Le groupe d'experts devrait trouver ici une voie moyenne pour la S.E. en considérant la situation juridique dans les différents pays. Dans la mesure où il ne s'agit pas de participations au sens strict, elles devront être reprises dans le capital de roulement.

4. Une ventilation du chiffre d'affaires est prévue sous c). Pour cette mention importante la S.E. ne devrait pas non plus être réservée. Le chiffre d'affaires doit être mentionné en Allemagne, en France et en Italie (projet de réforme). Le projet demande une ventilation par principaux produits et par marchés, marché commun et autres. Le dernier projet de réforme anglais (Companies Bill du 3 novembre 1966) exige également la mention des exportations, lorsqu'elles dépassent 20 000 livres sterling.

Dans les définitions, il faudra préciser ce qu'il faut entendre par chiffre d'affaires, par exemple dans le cas des banques et des compagnies d'assurances. Il faudra préciser également s'il faut déduire du chiffre d'affaires brut les taxes de transmission et autres et si cette réduction du chiffre d'affaires, de même que celle résultant des rabais, etc. doivent être mentionnées séparément. Selon l'auteur, la réponse à ces questions devrait être affirmative.

5. Au point d) des renseignements étendus sont demandés au sujet des dettes. C'est leur durée contractuelle qui a été choisie comme critère. Si cette durée est supérieure à un an, les dettes doivent être mentionnées. La mention de la durée restant à courir est également exigée. Pour l'appréciation du degré de solvabilité de la société, cette mention est importante. Les crédits rotatifs, qui, du point de vue économique, doivent être également considérés comme des crédits à long terme, doivent être mentionnés même s'ils ne sont accordés que pour un an. D'où la formulation : « d'échéance supérieure à un an convenue par contrat ou accordée en fait ».

6. Outre la communication des dettes, le point e) exige également la mention des obligations financières de la société qui, au moment de leur engagement, dépassent 100 000 UC et résultent de contrats, tels que des contrats de location ou de bail, ou des contrats de licence. La connaissance de ces contrats est indispensable, elle aussi, pour pouvoir apprécier la situation économique de la société.

7. Il en est de même des cautions, garanties, hypothèques et autres sûretés consenties par la société, qui ne se trouvent pas mentionnées déjà parmi les obligations (point f).

8. Le point g) mentionne la totalité des rémunérations du directoire et du conseil de surveillance. Celles-ci doivent être indiquées séparément pour le directoire et le conseil de surveillance, comme dans le paragraphe 160, alinéa 3, 8 de l'Aktiengesetz. Le projet n'exige pas ici, la communication du montant reçu par chaque membre. Cette spécification ultérieure est laissée à l'appréciation de la société. Au cas où la réglementation de la cogestion mènerait à la création d'un organe de cogestion (variante B), les honoraires des membres de l'organe de cogestion, dont le montant fait l'objet d'une disposition particulière à l'article V - 2 - 9B, devraient, eux aussi, être indiqués séparément.

Le nouveau projet de réforme anglais exige, en outre, que les personnes auxquelles la société accorde des rémunérations supérieures à 10 000 livres sterling, soient indiquées séparément et par catégorie correspondant à des tranches de 2 500 livres sterling.

Quatrième section

VERIFICATION

Article VI - 4 - 1

1. Les commissaires aux comptes (art. VI - 1 - 3) sont élus par l'assemblée générale. Pour le premier exercice social, leur élection peut intervenir dans les assemblées générales des sociétés fondatrices.

2. L'article II - 1 - 5 s'applique aux personnes des commissaires aux comptes.

1. Cette section traite en premier lieu du choix, des tâches, des pouvoirs et de la responsabilité des commissaires aux comptes (art. VI - 4 - 1 à VI - 4 - 4). Elle règle également le pouvoir qui est accordé aux actionnaires et, le cas échéant, aux représentants d'une masse de détenteurs d'obligations, de s'adresser à la Cour de Justice européenne, lorsqu'ils estiment que l'établissement des comptes sociaux ou du rapport annuel ne répond pas aux dispositions du présent Statut (art. VI - 4 - 5 et VI - 4 - 6). Cette question est donc tranchée par la Cour de Justice européenne. A côté du contrôle exercé par les commissaires aux comptes et prescrit à l'article VI - 4 - 2, un contrôle important, assorti de sanctions et exercé par la Cour de Justice, est ainsi prévu sur l'observation des dispositions en matière d'établissement des comptes sociaux et du rapport annuel.

2. Les commissaires aux comptes — un ou plusieurs (art. VI - 1 - 3) — sont élus par l'assemblée générale (*alinéa 1*). Il est probable qu'une proposition sera faite par l'administration de la société. En principe, l'assemblée générale est cependant libre dans le choix des commissaires aux comptes. Pour la première année, ce choix peut être effectué par les assemblées générales des sociétés fondatrices. La convocation d'une assemblée générale de la S.E. n'est donc pas nécessaire à cet effet.

3. L'article II - 1 - 5 s'applique aux personnes des commissaires aux comptes (*alinéa 2*).

Article VI - 4 - 2

1. Les commissaires aux comptes vérifient si les comptes et le rapport annuels contiennent toutes les indications exigées par le présent statut et si ces indications sont exactes. Leur contrôle s'étend également à la régularité de la comptabilité.

2. Ils ont à vérifier en particulier si les postes figurant au bilan répondent aux critères d'évaluation (art. VI - 3 - 1, *alinéa 3*) indiqués dans le rapport annuel.

3. S'il existe des présomptions de surévaluation ou de sous-évaluation importantes, ils doivent en faire mention dans leur rapport.

4. Il en est de même lorsqu'ils sont d'avis que les critères d'évaluation adoptés ne sont pas de nature à garantir une vue claire et bien ordonnée du patrimoine de la société ou de ses résultats.

1. La mission assignée aux commissaires aux comptes est très importante et lourde. Elle les oblige à s'assurer qu'ont été portées et sont exactes toutes les indications qui, en vertu du présent Statut, doivent être fournies dans les comptes sociaux et dans le rapport annuel (*alinéa 1*). Le contrôle doit porter non seulement sur les renseignements fournis, mais aussi sur les omissions éventuelles. Le texte parle intentionnellement de toutes les « indications exigées par le présent Statut ». Les commissaires aux comptes doivent donc contrôler si toutes les dispositions du Statut relatives aux comptes sociaux et au rapport annuel ont été observées. Il pourrait y avoir des cas douteux. Les commissaires aux comptes doivent en faire mention dans le rapport et également dans le résumé à la fin de celui-ci. Ce résumé est soumis à l'assemblée générale en même temps que les autres pièces annuelles (art. VI - 1 - 5 à rapprocher de l'art. VI - 1 - 3, *alinéa 2*). L'attention des actionnaires est ainsi attirée sur les cas douteux et sur les inexactitudes. La voie menant vers la Cour de Justice européenne est ainsi préparée.

2. Les *alinéas 2, 3 et 4* traitent du problème des évaluations. Dans le commentaire de l'article VI - 3 - 1, sous 4, l'importance de cette question a été soulignée. Le projet part de l'idée bien connue des « poches transparentes, mais fermées ». Il faut donner aux actionnaires une vue objective de la valeur de leurs actions et des résultats de la société. En contrepartie, on ne leur laisse la décision que sur l'affectation d'un tiers des bénéfices annuels déclarés, tout au moins dans le cas normal d'accord entre le directoire et le conseil de surveillance (art. VI - 6 - 1). Cette transparence évite également des « take-over-bids » auxquels les actionnaires, à défaut d'une connaissance suffisante de la situation réelle de la société, ne donnent que trop volontiers suite. Le système ici choisi peut donc être considéré comme étant favorable aux intérêts des actionnaires. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que les bénéfices distribués par les sociétés dont les actions sont largement répandues dans le public, non seulement ne dépassent généralement pas ce tiers susmentionné, mais y sont souvent très inférieurs.

3. En ce qui concerne les évaluations, les commissaires aux comptes doivent d'abord vérifier si les postes du bilan répondent aux critères d'évaluation indiqués dans le rapport annuel (*alinéa 2*). S'il y a des présomptions de surévaluation ou de sous-évaluation importantes, ils doivent en faire état dans leur rapport (*alinéa 3*).

Une grande marge d'appréciation leur est laissée en l'occurrence. Il faut qu'il s'agisse, selon leur appréciation, d'une différence substantielle.

Enfin, lorsque les commissaires aux comptes estiment que les critères d'évaluation adoptés ne permettent pas de donner une vue claire de la situation du patrimoine et du rendement de la société, ils ont pour devoir de le signaler dans leur rapport (*alinéa 4*).

Au total, ces dispositions visent d'une part à laisser une certaine liberté à la société dans le choix des critères d'évaluation. Plusieurs méthodes pourraient pour cela entrer en ligne de compte. Du point de vue de l'économie des entreprises, les théories les plus diverses existent à ce sujet. Le législateur ne peut, dans ces conditions, arrêter son choix sur une méthode déterminée. Mais, par ailleurs, le résultat doit toujours donner une vue claire de la situation du patrimoine et du rendement. Cette règle résulte déjà de la disposition générale de l'article VI - 1 - 1, *alinéa 2*, mais elle est une nouvelle fois soulignée ici dans l'*alinéa 4*. Les réserves occultes qui masqueraient cette vue ne sont pas autorisées.

Article VI - 4 - 3

1. Les commissaires aux comptes peuvent, après leur élection, exiger du directoire et des personnes

employées au service de la société, la communication de tous les renseignements qu'ils estiment nécessaires à leur travail.

2. Les commissaires aux comptes ont le droit de se faire présenter tous les livres, contrats ou autres actes de la société, dans la mesure où ils l'estiment nécessaire à leur travail. De même, ils ont accès à tous les éléments du patrimoine auxquels leur contrôle se rapporte, même si ceux-ci se trouvent chez des tiers.

3. Les pouvoirs conférés par les alinéas précédents aux commissaires aux comptes s'appliquent également aux sociétés dominantes ou dépendantes et aux sociétés appartenant au groupe.

4. Les commissaires aux comptes peuvent se faire assister dans leur travail par des collaborateurs ou des experts. Ceux-ci ont les mêmes droits que les commissaires aux comptes et agissent sous la responsabilité de ces derniers. Les commissaires aux comptes et les personnes qui les assistent sont tenus au secret professionnel.

Article VI - 4 - 4

L'article II - 1 - 8 relatif à la responsabilité des commissaires-vérificateurs de la constitution s'applique par analogie à la responsabilité des commissaires aux comptes.

1. Les pouvoirs des commissaires aux comptes sont récapitulés à l'article VI - 4 - 3. Les commissaires-vérificateurs (II - 1 - 5) et les commissaires spéciaux (VI - 7 - 2) disposent des mêmes pouvoirs. On trouve des pouvoirs analogues à ceux que les alinéas 1 et 2 attribuent aux commissaires aux comptes dans les droits nationaux des sociétés (§ 165 de la loi allemande sur les sociétés anonymes et art. 228 et suivants de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales).

2. Dans l'alinéa 3, les pouvoirs accordés aux commissaires aux comptes dans les paragraphes précédents sont étendus aux sociétés dépendantes et dominantes et à celles appartenant à un groupe de sociétés. Là aussi, les commissaires aux comptes peuvent faire valoir leurs droits d'information, d'inspection ou d'accès aux immeubles auxquels se rapporte leur contrôle (cf. Allemagne, § 165, alinéa 4 et France, art. 229, alinéa 3). Cette extension va relativement loin. Il convient cependant de faciliter autant que possible la tâche des commissaires aux comptes et on peut sans doute admettre qu'ils n'en feront pas un usage injustifié.

3. D'autre part, les commissaires aux comptes, de même que les personnes dont ils se font assister, sont tenus au secret (alinéa 4). L'article 229, alinéa 2 de la loi française prévoit également que les commissaires aux comptes peuvent se faire assister par des experts et des collaborateurs.

4. La responsabilité des commissaires aux comptes est définie à l'article VI - 4 - 4 par référence à l'article II - 1 - 8 où il est question de la responsabilité des commissaires-vérificateurs de la constitution. Leur responsabilité se prescrit par conséquent par trois ans. Elle part, dans ce cas, du jour du dépôt auprès du registre européen du commerce des documents annuels dont fait également partie le résumé du rapport de contrôle (art. VI - 1 - 6).

Article VI - 4 - 5

1. Un groupe d'actionnaires possédant ensemble 5 % du capital ou un nombre d'actions d'une valeur nominale de 250 000 UC ou le représentant d'une masse d'obligataires (art. III - 3 - 3) peuvent adresser une plainte motivée à la Cour de Justice européenne lorsqu'ils sont d'avis que l'établissement des comptes annuels ou du rapport annuel ne répond pas aux prescriptions du présent Statut.

2. La plainte doit être déposée dans les trois mois suivant le dépôt au registre européen du commerce des documents annuels auxquels la plainte se rapporte (art. VI - 1 - 6).

3. La Cour de Justice peut se faire assister d'un ou plusieurs experts-comptables. A ces experts s'appliquent, par analogie, les dispositions des articles II - 1 - 5, alinéa 2 et VI - 4 - 3.

4. Les débats oraux ont lieu à huis clos en présence des deux parties. La décision sera publiée.

1. Outre le contrôle exercé par les commissaires aux comptes, il existe un contrôle exercé par la Cour de Justice. L'alinéa 1 de cet article autorise des actionnaires détenant ensemble 5 % du capital ou un paquet d'actions d'une valeur nominale de 250 000 UC à s'adresser, en indiquant les raisons, à la Cour de Justice européenne s'ils estiment que l'établissement des comptes sociaux ou du rapport annuel ne répond pas aux règles du présent Statut. Les commissaires aux comptes exercent également ce contrôle. S'il y a infraction aux dispositions du présent Statut ou s'il se présente un cas douteux, ils en feront mention dans leur rapport et dans le résumé de celui-ci. Sans même que les commissaires aux comptes attirent leur attention, les actionnaires peuvent estimer qu'il y a infraction aux dispositions et déposer plainte de leur propre initiative.

Ce droit est accordé non seulement à la minorité d'actionnaires dont il vient d'être question, mais aussi aux représentants d'une masse de détenteurs d'obligations. La question se pose de savoir si ce droit ne devrait pas être accordé encore plus largement. Le projet de réforme néerlandais l'accorde à tout intéressé et, en plus, au ministère public auprès de la Cour de Justice d'Amsterdam compétente pour les plaintes de ce genre. La formulation générale « tout intéressé » laisse le soin à cette Cour de définir la teneur de cette notion; on pourrait y comprendre également les travailleurs, en tout cas s'ils participent aux bénéfices. Pour le projet du droit d'une société anonyme européenne, une formulation aussi vague a été jugée moins opportune.

Deux cas précis ont été retenus. On pourrait envisager tout au plus un troisième cas où ce droit serait accordé à l'avocat général auprès de la Cour de Justice européenne, dans l'intérêt d'une application uniforme des dispositions en matière de documents annuels. Il y aurait alors ici une certaine analogie avec l'article I - 6, alinéa 5.

2. Pour le reste, cet article examine le côté formel de la plainte. Elle doit être formée dans les trois mois suivant le dépôt des documents annuels auxquels elle se rapporte auprès du registre du commerce européen (alinéa 2). Pour l'examiner, la Cour de Justice peut se faire assister d'un ou plusieurs commissaires aux comptes désignés par elle (alinéa 3). La procédure se déroule à huis clos, mais en présence des plaignants et de la société. La décision est toute-

ADOPTION DES COMPTES SOCIAUX
ET DU RAPPORT ANNUEL

fois publiée (*alinéa 4*). En tant que précédent, elle aura une importance pour l'établissement des documents annuels d'autres S.E. également. L'examen à huis clos de la plainte a été jugée nécessaire dans l'intérêt de la société. Les commissaires aux comptes seront probablement, lors de la procédure devant la Cour de Justice, soit désignés comme experts par la société, soit appelés comme témoins par la Cour de Justice. Tout cela concerne le côté formel. L'article suivant s'occupe des sanctions prévues lorsque la Cour de Justice donne suite à la plainte.

Article VI - 4 - 6

1. Lorsque la Cour de Justice fait droit à la plainte, elle donne à la société des instructions précises sur la manière dont celle-ci doit rectifier ses comptes ou son rapport annuel. Ces instructions peuvent se limiter à l'avenir.

2. Au cas où les instructions concernent les comptes de l'exercice social auquel se rapportait la plainte, ceux-ci doivent être considérés comme nuls. La société est dans ce cas tenue d'établir de nouveaux comptes et de les soumettre à l'assemblée générale dans le délai indiqué dans les instructions. La Cour de Justice peut limiter les conséquences de la nullité.

3. Au cas où les instructions concernent l'avenir, la Cour de Justice peut, ultérieurement, à la demande de la société, les rétracter lorsque la situation s'est modifiée.

1. Dans ces cas, la Cour de Justice ne doit pas seulement constater s'il y a infraction aux dispositions de ce Statut en matière d'établissement des documents annuels. Elle a également pour tâche d'indiquer exactement comment ces pièces doivent être établies (*alinéa 1*). La rectification du rapport annuel, que ce soit dans sa partie générale ou, ce qui est plus probable, dans sa partie spéciale contenant les commentaires des différents postes des comptes sociaux, ne posera pas, en pratique, de grandes difficultés. La société devra publier un rapport complémentaire.

Par contre, la rectification des comptes sociaux pourra soulever des difficultés considérables. Il se pourrait que les résultats annuels de l'affectation des bénéficiaires en soient modifiés. Si des bénéficiaires et notamment des dividendes ont été distribués, une rectification portant sur l'exercice auquel la plainte se rapporte pourrait avoir des conséquences désagréables, par exemple la restitution totale ou partielle des dividendes. C'est pourquoi le premier alinéa permet à la Cour de Justice de faire porter uniquement sur l'avenir les directives qu'elle donne.

2. Si toutefois ces directives portent sur les comptes annuels auxquels la plainte se rapportait, ceux-ci deviennent nuls. La société devra, en tenant compte de ces instructions, établir de nouveaux comptes et les soumettre à l'assemblée générale dans le délai qui lui sera imparti (*alinéa 2*). Là aussi, la Cour de Justice a la possibilité d'éviter les conséquences désagréables mentionnées plus haut, puisqu'elle peut restreindre les effets de cette nullité. Elle peut, par exemple, prévoir la non-restitution du dividende déjà distribué.

3. L'*alinéa 3* tient compte d'une situation éventuellement modifiée, puisqu'il autorise la Cour de Justice à rétracter, sur demande de la société, les instructions qu'elle lui a données pour l'avenir.

Article VI - 5 - 1

1. Les comptes et le rapport annuels sont adoptés par le directoire et le conseil de surveillance dans une réunion commune, mais par votes séparés.

2. Sur la demande du président du Conseil de surveillance, les commissaires aux comptes assistent avec voix consultative aux réunions du conseil de surveillance au cours desquelles les comptes et le rapport annuels sont adoptés.

1. Le directoire et le conseil de surveillance adoptent les comptes et le rapport annuels d'un commun accord (*alinéa 1*). La préférence a été donnée à cette formule plutôt qu'à celle qui prévoit l'approbation des comptes par le conseil de surveillance (cf. § 172 de l'Aktiengesetz). Le conseil de surveillance et le directoire sont solidairement responsables de la teneur des documents annuels. Ils délibèrent ensemble à leur sujet. Ils prennent cependant leurs décisions séparément.

En cette matière, on demande généralement trop à l'assemblée générale. Comment saurait-elle juger si les amortissements et les évaluations ont été opérés exactement? Sa composition accidentelle ne lui permet guère de prendre une décision sur cette question, ni sur de nombreuses autres que soulèvent l'adoption des comptes sociaux. En outre, on peut difficilement discuter de ces questions avec des centaines d'actionnaires, si ce n'est pas des milliers, lorsqu'il s'agit de grandes sociétés dont les actions sont largement répandues dans le public. L'intervention de l'assemblée générale est néanmoins prévue lorsque le directoire et le conseil de surveillance n'arrivent pas à un accord. Dans ces cas, dans la pratique très rares — les délibérations communes du directoire et du conseil de surveillance devant aboutir normalement à une conception uniforme — le recours à une troisième instance est inévitable. Du point de vue du droit des sociétés, c'est à l'assemblée générale que l'on doit ici d'abord penser. Mais alors, elle débattrait des points concrets sur lesquels le conseil de surveillance et le directoire diffèrent d'avis et n'aura pas besoin de se perdre dans une discussion générale sur les documents annuels.

2. Si le président du conseil de surveillance en exprime le vœu, les commissaires aux comptes assistent aux réunions du conseil de surveillance au cours desquelles les documents annuels sont adoptés (*alinéa 2*). Il en sera normalement ainsi. Il peut pourtant arriver que le conseil de surveillance souhaite délibérer seul avec le directoire. De toute façon, l'absence des commissaires aux comptes ne saurait justifier une action en nullité.

Article VI - 5 - 2

1. Au cas où le conseil de surveillance et le directoire ne s'accordent pas sur l'adoption des comptes ou sur le contenu du rapport annuel, ceux-ci sont adoptés par l'assemblée générale, sauf si le désaccord entre le directoire et le Conseil de surveillance a trait exclusivement à la répartition des bénéfices annuels.

2. Sont soumis en même temps à l'Assemblée générale, pour lui permettre de prendre sa décision, les projets des comptes et du rapport annuels établis par le directoire et la prise de position du Conseil de surveillance incorporé au rapport annuel.

1. Dans cet article, les conséquences d'un désaccord entre le conseil de surveillance et le directoire sont réglées. Les comptes et le rapport annuels sont alors adoptés par l'assemblée générale (alinéa 1). La seule exception faite à cet égard concerne le cas où le désaccord entre le directoire et le conseil de surveillance porte exclusivement sur le projet d'affectation des bénéfices joint au rapport annuel, le montant de ces bénéfices étant alors arrêté. Le directoire et le conseil de surveillance ne diffèrent d'avis que sur leur utilisation. L'article VI - 6 - 1 règle les conséquences de ce désaccord.

2. Dans les autres cas de désaccord entre le directoire et le conseil de surveillance, c'est l'assemblée générale qui adopte les comptes et le rapport annuels. L'assemblée générale prend sa décision en se basant sur les projets des comptes et du rapport annuels établis par le directoire, ainsi que sur l'avis du conseil de surveillance qui doit être inséré dans le rapport annuel (alinéa 2). En l'occurrence, l'assemblée générale n'a pas à partager nécessairement le point de vue du directoire ou du conseil de surveillance. Elle est libre dans sa décision. Pour le reste, il est renvoyé au commentaire de l'article précédent (point 1, 2^e alinéa).

Sixième section

AFFECTATION DES BÉNÉFICES ET DÉCHARGE

Article VI - 6 - 1

1. Lorsque le directoire et le conseil de surveillance adoptent les comptes et le rapport annuels, ils peuvent affecter une partie du bénéfice annuel — deux tiers au maximum — aux réserves.

2. Au cas où le conseil de surveillance et le directoire ne s'accordent pas sur le montant ou sur l'affectation du bénéfice annuel, la décision est prise par l'assemblée générale.

3. En cas de semblable désaccord, le conseil de surveillance est tenu d'exposer son point de vue dans le rapport annuel.

4. L'assemblée générale décide de l'affectation du bénéfice restant (alinéa 1) sur la base des propositions communes du directoire et du conseil de surveillance et, le cas échéant, de l'affectation du bénéfice total (alinéa 2) sur la base des propositions du directoire et du rapport mentionné à l'alinéa précédent.

1. Normalement — c'est-à-dire lorsqu'ils arrêtent les comptes et le rapport annuels — le directoire et le conseil de surveillance peuvent affecter jusqu'aux deux tiers du bénéfice annuel aux réserves (alinéa 1).

Cette limite des deux tiers a déjà fait l'objet de commentaires ci-dessus à l'article VI - 4 - 2 sous le point 2. Elle est liée

au système choisi dans le projet : l'assemblée générale doit être informée exactement de la situation du patrimoine et des résultats. Il ne faudrait pas que les actionnaires aient pour autant la possibilité de réclamer des répartitions de bénéfices de nature à compromettre l'évolution, voire l'existence ultérieure de la société. C'est la raison pour laquelle on a prévu la soupape de sûreté de la limite des deux tiers, qui ne constitue cependant pas une obligation pour les organes de direction, mais leur donne simplement le droit — jusqu'à concurrence de ce plafond — de constituer les réserves qu'ils estiment opportunes. L'assemblée générale ne prend alors de décision que sur la partie restante du bénéfice annuel. Une proposition à cette fin est jointe au rapport annuel (art. VI - 3 - 2, alinéa 1, e). Un schéma relatif à cette proposition figure à l'article VI - 3 - 7.

Lorsque l'assemblée générale n'a à se prononcer que sur le bénéfice restant — ce qui semble devoir être le cas normal — elle est entièrement libre dans sa décision. Les propositions que le directoire et le conseil de surveillance lui soumettent à ce sujet ne la lient aucunement. Si la partie restante du bénéfice doit au moins atteindre un tiers du bénéfice total, elle peut aussi être plus importante. L'assemblée générale peut décider de la distribuer intégralement; mais elle peut aussi l'affecter en partie, ou même totalement, aux réserves.

2. L'alinéa 2 distingue deux cas. Dans le premier, le conseil de surveillance et le directoire ne tombent pas d'accord sur le montant du bénéfice annuel. Il se pourrait qu'ils soient par exemple en désaccord sur le montant des amortissements. Dans ce cas, c'est l'assemblée générale qui, en vertu de l'article précédent (art. VI - 5 - 2), a déjà le pouvoir d'arrêter les comptes annuels. Elle statue alors en même temps sur l'affectation du bénéfice annuel total.

Dans le second cas, le conseil de surveillance et le directoire sont d'accord sur le montant du bénéfice annuel. Ils arrêtent donc les comptes annuels conformément à l'article VI - 5 - 1. Leur désaccord ne porte alors que sur l'affectation du bénéfice annuel arrêté. Dans ce cas, l'assemblée générale se borne à statuer sur l'affectation du bénéfice annuel et plus précisément, tout comme dans le premier cas, du bénéfice annuel total.

3. Lorsque, dans les cas de désaccord mentionnés au point 2, l'assemblée générale doit décider de l'affectation de la totalité des bénéfices, il faut qu'elle soit mise au courant par le conseil de surveillance de la manière dont celui-ci conçoit la fixation du montant du bénéfice annuel et son affectation (premier cas) ou l'affectation du bénéfice annuel arrêté (second cas). Le conseil de surveillance est obligé d'exposer dans le rapport annuel son point de vue à ce sujet (alinéa 3).

4. L'alinéa 4 résume la situation juridique en ce qui concerne le pouvoir de l'assemblée générale relativement à l'affectation du bénéfice annuel. Normalement, celle-ci ne décide que de l'affectation du bénéfice restant (alinéa 1), qui est au moins égal au tiers du bénéfice annuel total.

Dans les deux cas visés par l'alinéa 2, l'assemblée générale décide de l'affectation du bénéfice annuel total. A cet égard, il y a lieu de noter que dans le premier cas — désaccord sur le montant de ce bénéfice annuel — l'assemblée générale est aussi tenue, en vertu de l'article VI - 5 - 2, d'arrêter les comptes annuels. Elle décide sur la base de deux propositions : l'une du directoire, l'autre du conseil de surveillance. Dans le second cas — désaccord sur la seule affectation du bénéfice annuel arrêté — deux propositions lui servent également de base de décision : l'une du directoire, l'autre du conseil de surveillance. Toutefois, dans le second cas, les comptes annuels eux-mêmes sont déjà arrêtés. L'assemblée générale doit décider uniquement de la répartition du bénéfice annuel total.

Article VI - 6 - 2

1. L'assemblée générale à laquelle sont soumis les documents annuels statue sur la décharge des membres du directoire et du conseil de surveillance. Il est voté séparément sur la décharge d'un membre lorsqu'un quart des actionnaires représentés l'exige.

2. La décharge est un vote de confiance de la part de l'assemblée générale. Elle s'étend à tous les faits et actes résultant des documents annuels.

3. Après avoir accordé la décharge, l'assemblée générale ne peut plus décider d'intenter une action en responsabilité contre le directoire ou contre les différents membres de celui-ci (art. IV - 1 - 10). Les autres possibilités d'intenter une action contre le directoire, le conseil de surveillance ou contre des membres de ces organes, ou contre la société, ne sont pas affectées par la décharge.

1. Cet article traite de la décharge des membres du directoire et du conseil de surveillance. Cette décharge est accordée lors de la discussion des documents annuels par l'assemblée générale. Elle l'est en principe pour tous les membres dans leur ensemble. Conformément à la loi allemande sur les sociétés anonymes (§ 120), il est cependant précisé qu'une minorité d'actionnaires peut exiger un vote séparé pour certains membres (*alinéa 1*).

2. Dans la décharge, on doit voir un vote de confiance de l'assemblée générale (*alinéa 2*). Naturellement, il ne s'étend pas au-delà des faits et actes dont l'assemblée générale a connaissance par les documents annuels.

3. Après avoir accordé la décharge dont la portée a été précisée à l'alinéa précédent, l'assemblée générale ne peut plus décider d'intenter une action en responsabilité contre le directoire (*alinéa 3*). Pour le reste, la possibilité d'intenter des recours contre le directoire, le conseil de surveillance ou certains de leurs membres demeure inchangée.

Septième section

CONTROLE SPECIAL

Introduction

1. Cette section traite d'un cas spécial tout à fait rare. Il suppose une administration de la S.E. grossièrement fautive. Malgré cette circonstance, la situation dans la société pourrait être telle qu'on ne puisse parvenir à une révocation des membres du directoire ou du conseil de surveillance. Une minorité d'actionnaires ou peut-être aussi d'autres personnes aurait alors la possibilité d'intervenir. Aux Pays-Bas, on connaît dans de telles circonstances un droit d'enquête qui est considérablement amélioré et étendu dans le projet de réforme. Le Codice civile prévoit à l'article 2409 la possibilité de désigner un « amministratore giudiziario ».

2. Une telle possibilité de contrôle ressemble au contrôle spécial du paragraphe 142 de l'Aktiengesetz. Ce contrôle est admis lorsqu'il existe des faits qui permettent de soupçonner qu'à l'occasion d'actes de gestion, des malhonnêtetés ou des violations graves de la loi ou des statuts ont été commises. Cela n'aboutit cependant qu'à un rapport sur le contrôle spécial et éventuellement à des recours. La procédure proposée ici et les sanctions sont différentes.

3. On pourrait se poser la question de savoir si la réglementation de cette matière est à sa place ici dans le Titre VI. A ce stade des travaux, cette question n'est pas importante. Il s'agit avant tout de décider si une telle réglementation doit être admise dans le Statut. Le mieux est de trancher cette question lorsque la réglementation existera dans ses traits essentiels. C'est l'objectif que l'auteur a eu en vue lorsqu'il a rédigé cette septième section.

Article VI - 7 - 1

1. Lorsque certains faits font présumer que les organes d'administration ou certains de leurs membres ont manqué gravement à leurs devoirs ou font apparaître que lesdits organes ne sont pas en mesure d'accomplir leurs tâches dans des conditions normales, et qu'il pourrait en résulter un dommage important pour la société, il est permis à un groupe d'actionnaires possédant ensemble 10 % du capital ou un nombre d'actions d'une valeur nominale de 500 000 UC ou au représentant d'une masse d'obligataires de demander, par requête motivée à la Cour de Justice européenne, de désigner un ou plusieurs commissaires spéciaux.

2. Le droit prévu à l'alinéa précédent d'exiger la désignation d'un commissaire spécial devient caduc lorsque les faits se rapportent à un exercice social pour lequel les documents annuels ont été soumis à l'assemblée générale depuis plus de trois mois.

3. La Cour délibère sur demande à huis clos en entendant les deux parties. Sa décision sera publiée.

1. L'alinéa 1 régit surtout la question de savoir à quel moment existe le droit d'exiger la nomination de commissaires spéciaux. C'est le cas, lorsqu'il existe des faits qui permettent de soupçonner une violation grave des obligations des organes de gestion ou de certains de leurs membres, ou encore (2^e cas) lorsque ces faits font apparaître que les organes de gestion ne sont pas en état de travailler régulièrement, ce qui pourrait provoquer un dommage considérable pour la société. Dans cette seconde hypothèse, on peut songer au cas où il existe une atmosphère d'hostilité à l'intérieur des organes de gestion ou encore à la possibilité que ces organes soient paralysés dans leur fonctionnement correct par des participations qui s'équilibrent. Il s'agit de cas tout à fait exceptionnels qui peuvent cependant avoir des conséquences graves pour l'existence de la société.

Dans ces cas, les actionnaires qui possèdent ensemble 10 % du capital ou un nombre d'actions dont la valeur nominale atteint 500 000 UC peuvent adresser à la Cour de Justice européenne, en indiquant les motifs, une demande visant à faire nommer un ou plusieurs commissaires spéciaux. Un droit identique doit être accordé au représentant de la masse des obligataires. La question se pose aussi ici de savoir si ce droit devrait être accordé à d'autres personnes. On pourrait songer ici à l'avocat général de la Cour de Justice européenne (comparer avec le commentaire de l'art. VI - 4 - 5 sous point 1).

2. L'alinéa 2 fixe le délai pour la présentation de cette demande. L'alinéa 3 protège les intérêts de la société puisque la discussion de cette demande doit avoir lieu à huis clos. La décision de la Cour de Justice doit toutefois être publiée.

Article VI - 7 - 2

1. Si la Cour de Justice estime la requête fondée, elle désigne, à charge de la société, un ou plusieurs commissaires spéciaux pour contrôler les matières qu'elle aura définies avec précision. L'article II - 1 - 5 s'applique aux commissaires spéciaux désignés par la Cour de Justice. Au cours des investigations, la Cour peut élargir le mandat des commissaires spéciaux sur leur demande et après consultation de la société. Cette décision de la Cour de Justice sera également publiée.

2. La Cour de Justice est en droit d'exiger que la société dépose une somme ou constitue une garantie bancaire couvrant le paiement des commissaires spéciaux. Les émoluments de ceux-ci sont fixés par la Cour de Justice à la fin de leur mission et après qu'ils auront été consultés. En cours d'investigations, la Cour de Justice peut exiger que la somme déposée ou la garantie bancaire constituée soit majorée.

3. Les commissaires spéciaux ont les mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes (art. VI - 4 - 3).

4. Le rapport des commissaires spéciaux est déposé auprès de la Cour de Justice.

1. L'*alinéa 1* régleme la désignation de commissaires spéciaux lorsque la Cour de Justice a estimé la demande justifiée. La Cour délimite exactement leur tâche. Celle-ci peut être élargie au cours du contrôle.

2. Lorsque la Cour de Justice estime la demande justifiée, et désigne des commissaires spéciaux, il est logique de mettre les frais de contrôle spécial à la charge de la société. Manifestement, en effet, il a existé des faits qui ont donné lieu à ce contrôle spécial. L'*alinéa 2* régleme cet aspect financier.

3. Dans le cadre de leur mission, les commissaires spéciaux ont les mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes (*alinéa 3*). Ils déposent leur rapport auprès de la Cour de Justice (*alinéa 4*). Du contenu de leur rapport dépendra ce qui doit se passer par la suite.

Article VI - 7 - 3

1. Après réception du rapport des commissaires spéciaux, les débats oraux sont poursuivis devant la Cour de Justice. La teneur matérielle du rapport de vérification est communiquée par la Cour de Justice aux deux parties.

2. Au cas où le rapport de vérification y donne lieu, la Cour de Justice est habilitée, après audi-

tion des deux parties, à prendre les mesures suivantes :

a) destitution ou congédiement des membres de ces organes,

b) nomination provisoire de membres de ces organes.

3. La Cour de Justice règle les conséquences des mesures qu'elle prend. Elle peut, à la demande de la société, abréger ou prolonger la durée pour laquelle une nomination provisoire a été effectuée. Elle détermine la rémunération que la société devra payer aux personnes nommées provisoirement.

4. La décision de la Cour de Justice sera publiée. Au cas où la Cour de Justice décide des mesures, celles-ci doivent également être publiées sans retard dans les journaux de la société et dans le registre européen du commerce.

1. Cet article régleme le régime ultérieur du rapport de vérification. Lorsque les commissaires spéciaux l'ont présenté à la Cour, sa discussion se poursuit à huis clos devant celle-ci. Une procédure orale est ici prévue (*alinéa 1*).

La Cour de Justice communique le contenu confidentiel du rapport de vérification au requérant et à la société. Il peut se faire que les constatations des commissaires spéciaux ne donnent lieu à aucune autre mesure et apportent un certain apaisement au requérant. Il peut se faire aussi que la situation de la société soit aussi mauvaise ou peut-être encore plus mauvaise que les requérants ne le craignaient. En ce cas, la possibilité est donnée à la Cour de Justice de prendre des mesures appropriées après avoir entendu les deux parties.

2. L'*alinéa 2* énumère les mesures possibles.

Ces mesures peuvent aussi consister en une suspension ou un renvoi de membres des organes de gestion, éventuellement combiné avec une désignation provisoire de nouveaux membres (*sous a) et b)*). A cet égard, la Cour de Justice ne peut prendre de décision que s'il s'avérait impossible d'exiger le maintien en fonctions des personnes intéressées. Ici aussi, il devrait s'agir d'un cas évident. Dans les cas douteux, la Cour de Justice devrait s'abstenir d'intervenir de cette manière.

3. L'*alinéa 3* donne à la Cour le pouvoir de régleme les conséquences de ces décisions. Elle régleme la durée d'une désignation provisoire de membres des organes de gestion. A la demande de la société, elle peut abréger ou proroger cette désignation. La rétribution des personnes désignées à titre provisoire est fixée par la Cour de Justice. A cet égard, elle peut exiger une garantie pour le paiement de cette rétribution par la société.

4. L'*alinéa 4*, enfin, régleme la publication de la décision de la Cour de Justice.

Titre VII

GROUPES DE SOCIETES

Introduction

1. La nouvelle loi allemande sur les sociétés par actions est la première à avoir tenu compte du fait qu'il importe non seulement, en élaborant le droit des sociétés anonymes, de prendre en considération isolément ce type de société, mais de soumettre également à la loi ses relations avec d'autres sociétés. Les paragraphes 291 à 338 du livre III de cette loi constituent la première tentative d'une telle législation. Les remarques suivantes peuvent être empruntées à l'exposé des motifs du projet gouvernemental (Document parlementaire IV/171, p. 94).

«Devant l'importance grandissante que revêt le regroupement des sociétés dans la vie économique de tous les Etats hautement industrialisés, un rôle naturel est revenu à la forme d'organisation de la société anonyme. Il en est résulté des tensions et des problèmes juridiques que le droit en vigueur n'a pu résoudre complètement. En effet, la loi sur les sociétés par actions ne peut que tenter de résoudre ces problèmes dans le cadre qui lui est imparti. La loi doit accepter le groupement, dont on ne peut sérieusement envisager l'interdiction, comme un phénomène actuel de notre vie économique. Il n'appartient pas non plus au droit des sociétés de déterminer si tel groupement est souhaitable pour des raisons techniques, économiques ou autres ou s'il est indésirable parce qu'il risque de restreindre la concurrence ou de donner lieu à une concentration de puissance excessive. Conformément à sa mission générale, qui est de protéger efficacement les actionnaires et les créanciers des différentes sociétés et de faire connaître la situation réelle de celles-ci par les formalités de publicité, le droit des sociétés doit se borner à appliquer le droit aux liens établis entre sociétés, à les rendre transparents et à prendre des mesures de sauvegarde en faveur des actionnaires extérieurs et des créanciers des sociétés groupées.»

En ce qui concerne la société européenne, on peut aussi se demander jusqu'à quel point il convient de tenir compte dans son statut du « fossé toujours plus profond qui se creuse entre la loi et la réalité » et de régler par des dispositions légales les problèmes que soulève la concentration.

2. L'auteur du projet s'est efforcé de se limiter aux problèmes fondamentaux. Y sont d'abord comprises les règles de publicité qui ont pour but de rendre transparents les liens entre sociétés d'un groupe et auxquelles fait également allusion le passage de l'exposé des motifs du projet allemand reproduit ci-dessus. Il s'agit en second lieu des dispositions qui tendent à protéger les actionnaires extérieurs et les créanciers. En troisième lieu les rapports entre la direction du groupe et les organes des sociétés qui en font partie appellent une clarification. La solution de ces problèmes proposée dans le Statut évite de trop entrer dans les détails. Elle facilitera toutefois la discussion sur les points qui pourraient éventuellement être réglés ou, au cas où on devrait partiellement ou entièrement renoncer à réglementer cette matière dans le Statut, elle fera clairement apparaître ce qui n'a pas été réglé. Il est nécessaire d'évoquer cette dernière possibilité, car, dans cinq Etats membres sur six, il n'existe jusqu'à présent aucune disposition législative sur les groupes de sociétés.

Première section

DEFINITIONS

Article VII - 1 - 1

Au sens du présent Statut, on est en présence d'un groupe de sociétés (Konzern) :

a) lorsque la S.E. a la situation de société dominante vis-à-vis d'une ou de plusieurs sociétés de droit national établies à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE ou vis-à-vis d'une ou plusieurs autres S.E.,

b) lorsque la S.E. a la situation de société dépendante vis-à-vis d'une autre société de droit établie à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE ou vis-à-vis d'une autre S.E. et

lorsque la société dominante groupe les sociétés qui dépendent d'elle sous une direction unique.

1. La première section s'occupe de donner quelques définitions. On s'est efforcé avant tout de définir la notion de « groupe de sociétés ». Au regard d'elle, il ne suffit pas qu'il y ait une société dominante et une société dominée (dépendante). Il est indispensable que ces sociétés forment ensemble une entité économique. De là l'expression : « la société dominante groupe les sociétés qui dépendent d'elle sous une direction unique ». A défaut de direction unique, il n'y a pas de groupe de sociétés.

2. Pour qu'il y ait groupe de sociétés, au sens du Statut, il faut, en outre, que la société dominante ou la société dépendante soit une S.E. En l'absence de cet élément essentiel, le Statut ne peut être appliqué.

Or, la question suivante se pose : le droit des groupes de sociétés des sociétés anonymes européennes doit-il se limiter au territoire de la Communauté Economique Européenne ou doit-il s'étendre également aux sociétés appartenant à ces groupes établies en dehors de la CEE ? La notion de « groupe », comme telle, ne justifie pas cette restriction. Elle implique plutôt le contraire. Le groupe n'est pas lié à des frontières et peut s'étendre au monde entier. Seulement, le problème se pose de savoir comment les conséquences découlant de l'existence d'un groupe et réglées dans les sections suivantes peuvent produire leurs effets, lorsque le groupe comprend des sociétés qui ne sont pas soumises au droit d'un des Etats membres. C'est là un problème pratique qu'il faudra considérer et, le cas échéant, résoudre différemment pour chacune des conséquences encore à discuter de l'existence du groupe selon qu'il s'agit d'un groupe ne dépassant pas le cadre de la CEE ou d'un groupe auquel appartiennent également des sociétés établies en dehors de la CEE. Il faudra y revenir dans les prochaines sections.

Une autre raison de ne pas se restreindre a priori au territoire de la CEE est la possibilité qu'il y a de tourner la réglementation. Si l'application des dispositions du présent titre s'arrêtait a priori aux frontières de la CEE, il serait

relativement simple de les tourner. Il suffirait à la société dominante de confier le contrôle à une société holding constituée seulement à cette fin en dehors de la CEE et de transférer ainsi la direction du groupe à l'étranger afin d'éviter l'application du présent Statut.

Pour toutes ces raisons, le présent article part du point de vue opposé. Les sociétés établies en dehors de la CEE ont été en principe englobées dans la réglementation, aussi bien dans le cas *a)* où la S.E. est société dominante du groupe que dans le cas *b)* où elle est société dépendante.

Article VII - 1 - 2

1. Au sens de l'article VII - 1 - 1, la S.E. est présumée dominante vis-à-vis d'une autre société (dépendante), lorsqu'elle :

a) peut disposer de la moitié au moins des droits de vote dans la société dépendante, ou

b) peut nommer la moitié des membres du conseil de surveillance ou de l'organe appelé à représenter légalement la société dépendante, ou

c) peut, par contrat, exercer une influence prépondérante sur la gestion de la société dépendante, ou

d) exerce en fait une influence prépondérante, directe ou indirecte, sur la gestion de la société dépendante.

2. Dans le cadre de l'article VII - 1 - 1, la S.E. est présumée dépendante, lorsque l'autre société (dominante) :

a) peut disposer de la moitié au moins des droits de vote dans la S.E., ou

b) peut nommer la moitié des membres du conseil de surveillance ou du directoire de la S.E., ou

c) peut, par contrat, exercer une influence prépondérante sur la gestion de la S.E., ou

d) exerce en fait une influence prépondérante, directe ou indirecte, sur la gestion de la S.E.

3. La S.E. ou la société qui la domine ou qui dépend d'elle peuvent prouver que, même dans l'un des cas visés aux alinéas précédents, il n'y a pas groupe de sociétés au sens du présent Statut.

1. Cet article se rattache à l'article précédent : il énumère les critères qui font présumer dans le cadre de l'article VII - 1 - 1 qu'une S.E. est société dominante ou dépendante au sein d'un groupe.

Par les mots « dans le cadre de l'article VII - 1 - 1 », il est précisé qu'il s'agit ici de la présomption d'une société dominante au sein d'un groupe, *alinéa 1*. Il en résulte également que par « autres sociétés », il faut entendre les sociétés de droit national, établies à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE et visées au premier article, ou une autre S.E.

2. L'*alinéa 2* est le corollaire du premier. Les deux alinéas énumèrent les critères qui font présumer une relation de

domination ou de dépendance. Contrairement à la nouvelle loi allemande sur les sociétés par actions, le Statut ne fait aucune distinction entre groupes de fait et groupes fondés sur des accords juridiques (§§ 311 et suivants). En ce qui concerne le principe, il ne semble pas qu'il y ait une différence fondamentale entre les deux. Ce qui importe, c'est l'influence prépondérante que la société dominante peut exercer sur la société dépendante et par laquelle la situation juridique des actionnaires et des organes de ces sociétés se trouve influencée. Si cette relation existe, elle devrait en principe entraîner les conséquences réglées dans les sections suivantes. La réglementation du Statut a pu être, de ce fait, conçue de façon plus simple que dans la loi allemande sur les sociétés par actions.

C'est ainsi que le rapport sur l'état de dépendance, prévu dans la loi allemande (§ 312) pour les groupes de fait et la réglementation des obligations à dommages-intérêts de la société dominante et de ses organes (§§ 317 et 318) n'ont pas été repris dans le projet. De même, la distinction entre l'accord de domination (§ 291), connu uniquement dans le droit allemand et conçu sur le modèle de « l'Organschaft » du droit fiscal allemand, d'une part, et les autres accords entre entreprises, énumérés au paragraphe 292, d'autre part, n'a pas non plus été retenue. Le projet se réfère, tout à fait en général, aux accords par lesquels la société dominante « peut exercer une influence prépondérante sur la gestion d'une autre société ». Une spécification de ces accords n'a pas été jugée nécessaire.

3. Dans tous les cas mentionnés aux lettres *a)* à *d)*, la société dominante pourrait exercer une influence prépondérante sur la société dépendante et la priver ainsi de son autonomie économique. Cela pourrait être le cas, si la société dominante dispose, par des participations ou par des conventions de vote, de la moitié au moins des voix dans la société dépendante (*a)* ou si elle peut nommer la moitié au moins de l'administration (*b)*). Une influence prépondérante pourrait être exercée également s'il existe des liens contractuels entre la société dominante et la société dépendante (*c)*. En dehors même d'un de ces trois cas, il peut exister une relation de dépendance uniquement fondée sur des éléments de fait (*d)*). La pratique connaît une multitude de possibilités que l'on ne peut grouper que sous une définition très générale.

Mais, dans tous ces cas, on ne se trouvera en présence d'un groupe que si la société dominante utilise son influence pour créer une nouvelle entité économique. Une simple participation, par exemple dans une société d'investissements, ne suffit pas. Une direction unique est de toute façon nécessaire (art. VII - 1 - 1). Sans elle, il n'y a pas de groupe.

4. La S.E., ainsi que la société qui la domine ou qui dépend d'elle, peuvent écarter la présomption et apporter la preuve que, malgré la présence d'un des cas mentionnés aux lettres *a)* à *d)*, il n'y a pas de groupe (*alinéa 3*). Il faut songer surtout aux cas mentionnés aux lettres *a)* et *b)*. Certes, dans ces deux cas, il peut être fait usage d'une influence prépondérante et où on peut avoir une direction unique, mais il n'est pas indispensable d'avoir recours à ces deux possibilités.

Dans les deux autres cas — lettres *c)* et *d)* — l'autre société se trouve par contrat ou de fait sous l'influence prépondérante de la société dominante. Généralement, il y aura alors en même temps incorporation à un groupe et direction unique. Cependant, il n'est pas tout à fait exclu que néanmoins il n'y ait pas groupe au sens du Statut. C'est pourquoi la possibilité d'apporter la preuve contraire est admise d'une manière tout à fait générale.

Article VII - 1 - 3

Lorsqu'une S.E. est société dépendante au sein d'un groupe de sociétés, les actionnaires extérieurs par rapport à la société dominante sont dénommés actionnaires libres de la S.E. dépendante.

Cet article définit ce qu'il faut entendre par actionnaires libres, lorsque la S.E. est société dépendante au sein d'un groupe. Cette définition des actionnaires externes est souhaitable, puisque leur protection est réglée dans la troisième section. Seuls les actionnaires libres d'une S.E. sont visés. Ce n'est que dans la mesure où une S.E. est société dominante ou dépendante au sein d'un groupe que le Statut est applicable. Quand ce Statut accorde, dans la troisième section de ce titre, aux actionnaires libres le droit d'échanger leurs actions ou d'en obtenir le remboursement en espèces, c'est également des actionnaires libres d'une S.E., au sens de l'article ici commenté, qu'il est question. Le Statut ne vise donc pas les « actionnaires libres » des sociétés du droit national d'un pays membre ou non de la CEE. Les droits de ces derniers sont entièrement déterminés par la législation nationale dont relève leur propre société, comme c'est déjà le cas aujourd'hui dans un groupe de sociétés international.

Article VII - 1 - 4

1. La S.E. peut demander à la Cour de Justice européenne de statuer sur la question de savoir si elle est, au sens du présent Statut, société dominante ou société dépendante au sein d'un groupe de sociétés.

2. Au cas où le directoire de la S.E. refuse de poser la question mentionnée au premier alinéa, celle-ci peut être posée également :

a) par ceux des actionnaires qui, s'il y avait une relation de dépendance, devraient être considérés comme actionnaires libres et qui possèdent ensemble soit au moins 5 % du capital social, déduction faite de la participation de la société qui devrait être considérée comme société dominante, soit un nombre d'actions de la S.E. d'une valeur nominale d'au moins 125 000 UC, ou

b) par des créanciers, au cas où la S.E., qui à leur sens doit être considérée comme société dépendante, ne remplit pas ses obligations à leur égard.

3. Pour les cas visés à l'alinéa 2, la Cour de Justice statue après avoir entendu la S.E. et, à moins que la demande ne doive être considérée comme dénuée de tout fondement, aux frais de la S.E.

1. Le fait d'appartenir à un groupe revêt une grande importance aussi bien pour la S.E. que pour les actionnaires libres de la société dépendante et pour ses créanciers. Les sections suivantes le montreront. Cette question ne peut être réglée de façon définitive dans le Statut; il restera toujours des cas douteux. Il n'est pas possible non plus d'en laisser l'appréciation à une des parties intéressées, soit les actionnaires libres, soit la S.E. C'est pourquoi il a été jugé nécessaire de faire intervenir la Cour de Justice européenne.

2. C'est tout d'abord la S.E. elle-même qui pourra soumettre cette question à la Cour de Justice européenne (alinéa 1). Dans la deuxième section de ce titre, obligation sera faite à la S.E. de se prononcer à ce sujet dans son rapport annuel et d'annoncer dans les journaux de la société si elle est devenue ou a cessé d'être une société dominante ou dépendante au sein d'un groupe. Dans le doute, la S.E., qu'elle soit société dominante ou dépendante, peut avoir tout intérêt à soumettre cette question à la Cour de Justice européenne. Une situation claire est nécessaire pour préciser la responsabilité des organes, et notamment pour savoir s'ils peuvent donner des ordres ou, le cas échéant, les exécuter (art. VII - 4 - 1), ainsi que pour déterminer la responsabilité civile (art. VII - 3 - 7).

3. Outre la S.E., d'autres personnes peuvent avoir intérêt à formuler cette demande. Il résultera de la troisième section que ce sont notamment les actionnaires libres et les créanciers. Nous nous permettons de renvoyer aux dispositions de cette troisième section. Dans l'alinéa 2, la possibilité est donnée aux autres intéressés d'adresser cette demande à la Cour de Justice européenne, au cas où le directoire a refusé de la formuler. Les intéressés doivent donc s'adresser en premier lieu à la société à qui la possibilité est ainsi donnée de prendre elle-même l'initiative.

4. Si la demande émane des autres intéressés, la S.E. doit être entendue (alinéa 3). En effet, elle est la première à pouvoir donner les renseignements nécessaires à la Cour de Justice pour pouvoir statuer. Le fait que, à cette occasion, la Cour de Justice puisse se faire assister de commissaires aux comptes ne devait probablement pas être mentionné expressément dans le Statut. La S.E. supporte normalement les frais de la procédure. C'est seulement lorsque la demande des autres intéressés est totalement dénuée de fondement — par exemple si la Cour confirme les données rapportées par la société — que la condamnation des demandeurs à payer les frais de la procédure pourrait être envisagée.

Deuxième section

PUBLICITE

Article VII - 2 - 1

1. La S.E. qui devient société dépendante ou dominante d'un groupe de sociétés est tenue de publier sans tarder un avis en ce sens dans les journaux de la société.

2. Il en est de même lorsque la S.E. cesse d'être société dominante ou dépendante d'un groupe de sociétés.

3. Tant que la publication visée à l'alinéa précédent n'a pas eu lieu, la responsabilité solidaire de la société dominante, prescrite à l'article VII - 3 - 7, s'étend à toutes les obligations souscrites par la société dépendante avant cette publication.

1. Les conséquences importantes qu'entraîne l'incorporation de la S.E. à un groupe (troisième section) nécessitent qu'il en soit fait immédiatement publication dans les journaux de la société (alinéa 1). Il en est de même lorsque la S.E. cesse d'être société dominante ou dépendante au sein d'un groupe (alinéa 2).

2. L'alinéa 3 stipule que la responsabilité solidaire de la société dominante, pour tous les engagements souscrits par

la société dépendante — une des conséquences réglées dans la troisième section et notamment dans l'article VII - 3 - 7 — subsiste aussi longtemps que la publication prescrite à l'alinéa 2 n'a pas eu lieu. La société dominante demeure responsable des engagements souscrits par la société dépendante avant cette publication. Nous renvoyons par ailleurs au commentaire de l'article VII - 3 - 7.

Article VII - 2 - 2

1. La S.E. est tenue, en précisant la situation de fait, de signaler dans son rapport annuel si elle fait partie d'un groupe de sociétés comme société dominante ou société dépendante.

2. La S.E. qui ne fait pas partie d'un groupe de sociétés ou cesse d'en faire partie est tenue également, en précisant la situation de fait, de le signaler dans son rapport annuel.

En plus des publications dans les journaux de la société, cet article prévoit également une communication dans le rapport annuel. Cette communication se distingue à deux égards des publications prévues à l'article précédent.

D'une part, les faits concrets en raison desquels la S.E. est ou cesse d'être société dominante ou dépendante au sein d'un groupe doivent être exposés. Il faut qu'une des situations mentionnées à l'article III - 1 - 2 soit réalisée ou, en cas de suppression de la relation de dépendance ou de domination, cesse d'être réalisée. Les actionnaires et les créanciers ont intérêt à être informés à ce sujet.

D'autre part, la communication peut aussi consister en une déclaration négative : la S.E. doit signaler également si elle ne fait pas partie d'un groupe. La S.E. est donc obligée dans chaque rapport annuel de se prononcer sur cette question importante. Cette communication pourrait aboutir le cas échéant à une décision de la Cour de Justice européenne comme prévu à l'article VII - 1 - 4. Les conséquences de son appartenance éventuelle à un groupe sont si importantes (voir troisième section) qu'il paraît justifié d'exiger de la S.E. qu'elle signale si elle fait partie ou non d'un groupe.

Article VII - 2 - 3

1. La S.E. qui a la situation de société dominante au sein d'un groupe de sociétés est tenue d'établir des comptes annuels et un rapport annuel consolidés, conformément aux dispositions du Titre VI.

2. La S.E. qui a la situation de société dépendante dans un groupe de sociétés dont la société dominante est une société de droit national établie à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE est tenue d'établir des comptes annuels et un rapport annuel consolidés mais partiels, conformément aux dispositions du Titre VI, lorsque d'autres sociétés établies à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE sont dominées par son intermédiaire.

1. Si la S.E. est société dominante d'un groupe, elle est tenue d'établir un bilan consolidé conformément aux dispositions qui devront être élaborées avec l'aide d'un groupe d'experts et insérées dans le Titre VI du présent projet

(alinéa 1). Elle devra y englober également les sociétés relevant du droit de pays non membres de la CEE. La S.E. en a la possibilité en tant que société dominante. Comme société dominante, la S.E. devrait, dans tous les cas, être complètement informée sur la situation de ses sociétés dépendantes étrangères. Parce qu'elle domine en fait ces sociétés, il lui sera possible de les inclure dans son bilan consolidé. Mais au moment de l'élaboration des prescriptions du Titre VI sur les bilans consolidés, il faudra se demander dans quelle mesure il n'y aurait pas lieu de ne pas faire figurer certaines entreprises du groupe, à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE, au bilan consolidé.

2. Il en est autrement dans l'alinéa 2. La S.E. y est envisagée comme société dépendante au sein d'un groupe. En tant que S.E., elle est entièrement soumise aux dispositions du Titre VI de ce Statut, concernant la reddition des comptes. L'établissement d'un bilan consolidé ne semble pouvoir être envisagé que si d'autres sociétés situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la CEE sont dominées par l'intermédiaire de la S.E. Comme dans le paragraphe 330 de la loi allemande sur les sociétés par actions, l'établissement d'un bilan consolidé partiel est, dans ce cas, prescrit. Les dispositions à ce sujet devront être également élaborées par un groupe d'experts et incorporées au Titre VI.

3. Le temps très court dans lequel l'auteur a dû rédiger son projet ne lui a pas permis d'approfondir ces questions. Les solutions ici esquissées sont proposées avec les réserves nécessaires. Elles ont besoin d'être étudiées en détail avec l'aide d'experts.

Troisième section

PROTECTION DES ACTIONNAIRES LIBRES ET DES CREANCIERS

Cette section traite d'abord de la protection des actionnaires libres (art. VII - 3 - 1 à VII - 3 - 6). La protection des créanciers est réglée dans le dernier article (art. VII-3-7).

Article VII - 3 - 1

1. Lorsque la S.E. a la situation de société dépendante au sein d'un groupe de sociétés, les actionnaires libres de la S.E. ont le droit d'échanger leurs actions contre des actions ou des parts de la société dominante, si celle-ci est une autre S.E. ou une société de droit national établie à l'intérieur de la CEE.

2. Lorsque la S.E. a la situation de société dépendante au sein d'un groupe de sociétés dont la société dominante est une société de droit national établie en dehors de la CEE, les actionnaires libres de la S.E. dépendante ont droit à une indemnisation en espèces.

1. La protection des actionnaires libres, dont la définition a été donnée à l'article VII - 1 - 3, est organisée différemment selon que la société dominante est une S.E., une société de droit national d'un pays membre de la CEE (alinéa 1) ou une société de droit national d'un pays non membre de la CEE (alinéa 2). Dans les deux premiers cas, le droit est accordé aux actionnaires libres d'échanger leurs actions, dans le dernier cas, d'en obtenir le remboursement en espèces.

2. Cette distinction, que le paragraphe 305 de la loi allemande sur les sociétés par actions fait également, s'explique par la procédure d'échange prévue dans les articles suivants. Le rapport d'échange est fixé par deux commissaires aux comptes impartiaux désignés par la Cour de Justice européenne. En cas de désaccord entre ces commissaires aux comptes, la décision appartient à la Cour de Justice.

On ne saurait imposer une telle réglementation à une société dominante relevant du droit national d'un pays non contractant. Ces sociétés ne sont pas tenues de fournir aux commissaires aux comptes tous les renseignements nécessaires à la fixation du rapport d'échange ni de leur donner communication des livres. Elles ne sont pas non plus soumises à la juridiction de la Cour de Justice européenne. Si la société dominante du groupe est une société d'un pays non membre de la Communauté Economique Européenne, seul le remboursement en espèces peut être envisagé comme protection des actionnaires libres. Les commissaires aux comptes ont accès à la S.E. dépendante et peuvent donc fixer la valeur de ses actions. Dans le cas de l'alinéa 2, les possibilités pratiques imposent donc une autre solution que dans le cas de l'alinéa 1.

Article VII - 3 - 2

1. Dans le délai d'un mois à compter du jour où la S.E. a annoncé dans son rapport annuel qu'elle fait partie d'un groupe de sociétés, comme société dépendante, ou à compter du jour où, conformément à l'article VII - 1 - 4, cette relation de dépendance a été constatée par la Cour de Justice, le directoire de la S.E. est tenu de demander à cette Cour la désignation de deux commissaires aux comptes impartiaux pour fixer, en application de l'article VII - 3 - 1, le rapport d'échange ou le montant de l'indemnité en espèces.

2. L'article VI - 7 - 2 s'applique par analogie à ces commissaires aux comptes.

3. En cas de désaccord entre les commissaires aux comptes, le rapport d'échange ou le montant de l'indemnité en espèces est fixé par la Cour de Justice européenne. Celle-ci peut, de son côté, se faire assister, aux frais de la société dépendante, de commissaires aux comptes en qualité d'experts.

1. Cet article règle la question importante de la fixation du rapport d'échange et, le cas échéant, du montant du remboursement en espèces. Deux commissaires aux comptes impartiaux en sont chargés (alinéa 1). Ils sont à cet égard mieux placés que la Cour de Justice qui, si cette tâche lui était confiée, ne pourrait d'ailleurs se passer de l'assistance technique de commissaires aux comptes. C'est pourquoi l'auteur a préféré confier cette tâche à des commissaires aux comptes désignés par la Cour de Justice. Le directoire est tenu de demander leur désignation dans un délai d'un mois à compter du jour où l'appartenance de la S.E. à un groupe a été publiée dans le rapport annuel ou constatée par la Cour de Justice.

Si les commissaires aux comptes sont parvenus à un accord, il est manifestement inutile d'admettre une action en annulation de leurs conclusions devant la Cour de Justice. Si on admettait cette action la Cour devrait alors se faire assister d'un super-commissaire pour apprécier si les deux commissaires désignés par elle sont arrivés à une fixation adéquate.

Comme on peut admettre que, pour la désignation des deux commissaires aux comptes impartiaux — impartiaux dans le sens de n'avoir aucun lien avec les sociétés soumises à leur contrôle — la Cour de Justice aura nommé les experts les plus qualifiés, une nouvelle vérification semble avoir peu de sens.

2. Il en est autrement à l'alinéa 3. Si les deux commissaires aux comptes désignés ne sont pas du même avis, la Cour de Justice doit statuer. A cet effet, elle se fera assister d'un troisième ou de plusieurs experts.

3. La référence faite dans l'alinéa 2 à l'article VI - 7 - 2 rend applicables ici aussi les dispositions de l'article II - 1 - 5 concernant les personnes des commissaires aux comptes et de l'article VI - 4 - 3 concernant leurs pouvoirs. Le problème des frais est ainsi réglé également. Les frais sont à charge de la S.E. dépendante et sont fixés par la Cour de Justice après audition des commissaires aux comptes (art. VI - 7 - 2, alinéa 2).

Article VII - 3 - 3

1. La Cour de Justice transmet en même temps à la S.E. dépendante et à la société dominante un exemplaire du rapport des commissaires aux comptes visé à l'article VII - 3 - 2, alinéa 1 ou, le cas échéant, un exemplaire de sa décision visée à l'article VII - 3 - 2, alinéa 3.

2. Dans le délai d'un mois à compter de la réception du rapport des commissaires aux comptes ou de la décision de la Cour de Justice, le directoire de la S.E. dépendante est tenu de publier le rapport d'échange ou le montant de l'indemnité en espèces dans les journaux de la société.

3. Dans le délai de trois mois à compter de cette publication, tout actionnaire libre peut exiger l'échange de ses actions ou le paiement de l'indemnité en espèces aux conditions fixées par les commissaires aux comptes ou par la Cour de Justice.

4. La société dominante et la S.E. dépendante sont solidairement responsables du paiement de l'indemnité en espèces.

1. La S.E. dépendante et la société dominante reçoivent de la Cour de Justice européenne le rapport des commissaires aux comptes in extenso, ainsi que, le cas échéant, la décision de cette Cour (alinéa 1). Il ne paraît pas nécessaire que ce rapport soit également mis à la disposition des actionnaires. Le Statut ne leur accorde aucun droit de demander l'annulation. Entière confiance est faite aux connaissances techniques des commissaires aux comptes désignés par la Cour de Justice et, en cas de désaccord entre eux, à la décision de la Cour de Justice. Une éventuelle action en annulation devant la Cour serait d'ailleurs surtout théorique. Il est à peine concevable que, en cas d'accord entre les commissaires aux comptes désignés par la Cour de Justice, celle-ci puisse fixer un autre rapport d'échange ou un autre montant de remboursement. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de prévoir un tel droit de demander l'annulation puisque les actionnaires libres ont simplement le droit et nullement l'obligation d'accepter ce mode de désintéressement. S'ils ne font pas usage de ce droit, la protection réglée dans les

articles VII - 3 - 4 et VII - 3 - 5 entre en jeu. Le Statut tient donc largement compte des intérêts des actionnaires libres.

2. La responsabilité solidaire de la société dominante en ce qui concerne le remboursement en espèces prévue à l'article 4 fait aussi partie de cette protection. Cette disposition s'applique en général, donc également aux sociétés dominantes du droit interne d'un pays non membre de la CEE. Il est en effet possible, comme le prévoyait déjà l'article VII - 3 - 1, que la tête du groupe soit établie en dehors de la CEE. Bien que ces sociétés ne relèvent pas du droit de l'un des Etats contractants, elles se sont néanmoins soumises aux règles du Statut en tant qu'actionnaires d'une S.E. dépendante. Cependant, c'est en premier lieu à l'égard de la S.E. dépendante que les actionnaires feront valoir leur droit au remboursement en espèces.

3. L'alinéa 2 prescrit la publication dans les journaux de la S.E. dépendante du rapport d'échange ou du montant du remboursement en espèces. Les actionnaires libres doivent se manifester dans un délai de trois mois à compter de cette publication pour obtenir l'échange ou le remboursement (alinéa 3). S'ils ne font pas usage de ce droit, ils restent comme auparavant actionnaires et bénéficiaires de la protection prévue dans les deux articles suivants.

Article VII - 3 - 4

1. Les actionnaires libres de la S.E. dépendante qui n'ont pas fait usage de leur droit d'échange ou d'indemnisation en espèces, conformément aux dispositions des articles précédents, ont droit à un dividende équitable.

2. Le caractère équitable du dividende fait l'objet d'un vote séparé des actionnaires libres au sein de l'assemblée générale, lorsque des actionnaires libres possédant ensemble soit au moins 5 % du capital social, déduction faite de la participation de la société dominante, soit un nombre d'actions d'une valeur nominale d'au moins 125 000 UC introduisent une demande en ce sens. Dans ce cas, le droit de vote est accordé également aux détenteurs d'actions sans droit de vote.

1. Si les actionnaires libres de la S.E. dépendante ne font pas usage de leur droit à l'échange ou au remboursement de leurs actions, prévu aux articles précédents, ils continuent à pouvoir prétendre à un dividende équitable (alinéa 1). Les problèmes qui résultent de ce principe sont assez complexes. Par son incorporation à un groupe, la S.E. dépendante a perdu son autonomie économique. Elle n'est plus administrée comme une société indépendante, mais fait partie d'un ensemble. Il pourrait exister des liens contractuels qui obligent la S.E. dépendante à céder la totalité de ses bénéfices à la société dominante. Mais tant qu'il y a des actionnaires libres, ceux-ci peuvent néanmoins prétendre à un dividende équitable, calculé comme si la société était demeurée indépendante. Des dissensions à ce sujet pourront naître facilement.

2. Le projet ne prévoit pas une garantie de dividende comme dans la pratique allemande. Une telle garantie transformerait les actionnaires en bénéficiaires de rente fixe. Elle présenterait également des désavantages pour la société. Le dividende devrait être payé en toute hypothèse, même au cas où la situation économique du groupe ne le justifierait plus. Au lieu de cette garantie de dividende, le projet

prévoit une autre réglementation : le dividende doit être équitable. Son montant reste donc variable et peut être fonction de la situation économique de la société dépendante comme de l'ensemble du groupe.

3. Toutefois, cela ne doit pas avoir pour effet de livrer totalement les actionnaires libres à la politique suivie par la société dominante. C'est ce à quoi tend l'alinéa 2 en liaison avec les dispositions de l'article suivant où sont réglées les conséquences d'un éventuel désaccord entre les actionnaires libres et l'administration de la société dominante sur le caractère équitable du dividende.

Dans un vote spécial, les actionnaires libres peuvent se prononcer sur le caractère équitable du dividende. Ce vote peut être exigé par les actionnaires libres possédant un paquet d'actions de la société dépendante représentant 5 % du capital libre ou une valeur nominale de 125 000 unités de compte.

Les actionnaires libres statuent à la majorité des voix. S'ils estiment que le dividende est inéquitable, les deux articles suivants s'appliquent.

4. Le système prévu dans le projet est le suivant : si, conformément aux dispositions du présent article, les actionnaires libres déniaient le caractère équitable du dividende, chacun d'eux est habilité à demander à la Cour de Justice européenne de trancher la question (art. VII - 3 - 5). Si la Cour de Justice partage l'avis des actionnaires libres, elle fixe elle-même le dividende à distribuer (art. VII - 3 - 5, alinéa 2). En outre, l'article suivant (art. VII - 3 - 6) accorde à nouveau aux actionnaires le droit d'échanger leurs actions ou d'en obtenir le remboursement en espèces. Ils peuvent donc à ce moment encore quitter la société dépendante. Il s'agit de nouveau d'une clause non obligatoire. Les actionnaires peuvent, malgré tout, décider de demeurer actionnaires de la S.E. dépendante. Cette procédure pourrait, dans les mêmes circonstances, se renouveler encore dans l'avenir.

Article VII - 3 - 5

1. Si le caractère équitable du dividende est contesté dans les conditions prévues à l'article précédent, tout actionnaire libre peut demander à la Cour de Justice de statuer en la matière.

2. Si la Cour de Justice constate qu'il n'a pas été distribué de dividende équitable, elle fixe elle-même le dividende à distribuer. La société dominante et la société dépendante sont solidairement responsables de la distribution de ce dividende.

1. Comme première conséquence de la non-reconnaissance du caractère équitable du dividende, cet article donne à chaque actionnaire libre le droit de s'adresser à la Cour de Justice pour lui demander de dire si le dividende fixé par la S.E. est équitable (alinéa 1).

2. Si la Cour de Justice décide que le dividende est équitable, celui-ci demeure inchangé. Il en va de même si l'absence de distribution de dividende est jugé équitable. Par contre, si la Cour de Justice partage l'avis des actionnaires libres, elle fixe elle-même le dividende à distribuer (alinéa 2). Pour s'acquitter de cette tâche, la Cour de Justice devra probablement faire appel à des commissaires aux comptes qualifiés. La distribution du dividende fixé par la Cour de Justice est garantie par la responsabilité solidaire

de la société dominante qui, ici aussi, pourrait être une société de droit interne d'un pays non membre de la CEE (deuxième phrase de cet alinéa).

Article VII - 3 - 6

1. Si la Cour de Justice constate qu'il n'a pas été distribué de dividende équitable, les actionnaires libres ont à nouveau droit, conformément à l'article VII - 3 - 1, à l'échange de leurs actions ou, le cas échéant, à une indemnité en espèces.

2. La désignation de deux commissaires aux comptes impartiaux, chargés de fixer le rapport d'échange ou le montant de l'indemnité en espèces, doit être demandée à la Cour de Justice dans un délai d'un mois à compter de la décision visée à l'alinéa précédent. Tout actionnaire libre est habilité à faire cette demande.

3. Les dispositions des articles VII - 3 - 2 et VII - 3 - 3 s'appliquent par ailleurs.

1. Si les deux articles précédents assurent la distribution d'un dividende équitable aux actionnaires libres, lorsqu'ils ont initialement préféré demeurer actionnaires, l'expérience montre qu'il est justifié de leur donner à nouveau le droit d'échanger leurs actions ou d'en obtenir le remboursement en espèces (alinéa 1).

2. Tout actionnaire libre a par conséquent le droit, dans un délai d'un mois à compter de la décision de la Cour de Justice, d'engager la procédure qui doit aboutir à la nouvelle fixation du rapport d'échange ou du montant du remboursement en espèces, qui peuvent l'un ou l'autre avoir changé (alinéa 2). Nous renvoyons pour le reste au commentaire des articles VII - 3 - 2 et VII - 3 - 3.

Article VII - 3 - 7

1. Si la S.E. est société dépendante au sein d'un groupe de sociétés, la société dont elle dépend répond solidairement de toutes ses obligations présentes ou futures.

2. La S.E. qui est société dominante d'un groupe de sociétés répond solidairement de toutes les obligations présentes ou futures souscrites par les sociétés à l'intérieur de la CEE dépendantes d'elle.

1. La meilleure protection des créanciers d'une société dépendante au sein d'un groupe est la responsabilité solidaire de la société dominante. La société dominante pourrait vider la société dépendante de sa substance. Les créanciers ne doivent pas en faire les frais.

2. Dans le Statut de la S.E., cette responsabilité est envisagée de deux côtés. D'un côté, la S.E. pourrait être société dépendante au sein d'un groupe (alinéa 1). La société dominante ne sera pas nécessairement une S.E., ni même une société anonyme. Elle pourrait être une S.à R.L. française ou une société en nom collectif allemande. Même une société non soumise au droit d'un des pays membres de la

CEE pourrait tomber sous la formule générale de l'alinéa 1.

3. Si la S.E. est société dominante au sein d'un groupe (alinéa 2), elle est solidairement responsable de tous les engagements souscrits par les sociétés qui dépendent d'elle. Cette responsabilité est limitée aux obligations des sociétés dépendantes à l'intérieur de la CEE. Il ne paraît pas possible d'exiger qu'une société dominante soit responsable indistinctement de toutes les obligations qu'une société dépendante d'elle pourraient souscrire dans un pays très lointain ou qui pourrait lui être imposées, telles que taxations d'office ou amendes, en méconnaissance de cause. La limitation du pouvoir de donner des ordres, prévue à l'article suivant, correspond à cette limitation de la responsabilité.

Quatrième section

ORDRES

Article VII - 4 - 1^{er}

1. Le directoire d'une société dépendante appartenant à un groupe de sociétés, au sens du présent Statut et ayant son siège à l'intérieur de la CEE, est tenu d'observer les ordres que lui donne la société dominante, à moins que l'observation de ces ordres ne soit constitutive d'une infraction au présent Statut ou aux statuts de la société dépendante, ou n'expose le directoire à des sanctions pénales.

2. Si le directoire reçoit l'ordre d'accomplir un acte qui ne peut être accompli qu'avec le consentement de son conseil de surveillance et si ce consentement n'est pas accordé dans un délai raisonnable, le directoire est tenu d'en aviser la société dominante.

3. Si ensuite la société dominante renouvelle son ordre, le consentement du conseil de surveillance n'est plus requis. Si la société dominante a un conseil de surveillance, l'ordre renouvelé ne peut être donné qu'avec le consentement de celui-ci.

4. Les organes appelés à représenter la société dominante répondent des ordres qu'ils donnent.

1. L'affiliation à un groupe a aussi des conséquences en ce qui concerne les pouvoirs de direction et la responsabilité, qui, au sein du groupe, sont concentrés dans la société dominante. Les organes de gestion de la société dépendante ne disposent que de pouvoirs restreints dont l'étendue dépend du degré de non-immixtion dans la direction du groupe. Les dispositions relatives aux groupes de sociétés devaient tenir compte de cette réalité. C'est là l'objet de cette quatrième section.

2. L'immixtion de la société dominante dans la gestion de la société dépendante se concrétise dans les ordres qu'elle donne à cette dernière. Le directoire de la société dépendante est tenu de s'y conformer (alinéa 1). Ce pouvoir est cependant limité aux ordres donnés au directoire d'une société dépendante à l'intérieur de la CEE. Cette limitation correspond à la réglementation de la responsabilité selon l'article précédent (VII - 3 - 7, alinéa 2).

D'autres limites sont établies pour ces ordres. Ils ne peuvent amener le directoire à commettre une infraction, ni au présent Statut, ni à d'autres dispositions légales, ni aux statuts de la société dépendante. Des ordres dont l'observation exposerait le directoire à des sanctions pénales ne doivent donc pas être respectés.

3. Les *alinéas 2 et 3* sont empruntés à l'*alinéa 3* du paragraphe 308 de la loi allemande sur les sociétés par actions.

Ils peuvent constituer une réglementation pratique de la position du conseil de surveillance au sein de la société dépendante.

4. La réglementation proposée dans cet article se répercute également sur la responsabilité des organes de la société dépendante. Cette responsabilité cesse s'il s'agit d'ordres donnés par la société dominante. La responsabilité des organes de la société dominante s'en trouve accrue dans la même mesure. C'est ce qu'exprime l'*alinéa 4*.

Titre VIII

MODIFICATION DES STATUTS

Introduction

La modification des statuts a trouvé dans les différentes législations nationales des réglementations à maints égards semblables. Le présent Statut suit ces tendances générales.

Dans tous les Etats membres, une modification des statuts nécessite une décision de l'assemblée générale (*art. VIII - 1*), qui doit généralement réunir certaines conditions spéciales de quorum et de majorité (*art. VIII - 3*) et souvent aussi pour la publication des modifications proposées (*art. VIII - 2*).

La publication des modifications des statuts s'effectue de la même manière que la publication des statuts lors de la constitution (voir *art. VIII - 6*).

Comme pour la constitution (Titre II), le présent Statut suit, pour la modification des statuts, le système allemand et italien de notification auprès d'un tribunal et de vérification par celui-ci des mentions notifiées (*art. VIII - 4 et VIII - 5*).

Ce n'est pas le seul système de contrôle possible : le droit néerlandais exige, lors de la constitution aussi bien que lors d'une modification des statuts, une déclaration du Ministre de la Justice affirmant qu'aucune objection n'existe. Toutefois, il ne s'agit là que d'un contrôle juridique et non pas d'un contrôle économique. La nouvelle loi française sur les sociétés commerciales prévoit à l'article 6 que toute personne intéressée, y compris le Ministère Public, peut demander en justice que soit ordonnée sous astreinte la régularisation de la constitution. En Belgique et au Luxembourg, on exige seulement la constatation par le notaire qui établit les procès-verbaux des décisions de modification qu'on a respecté les prescriptions légales sur les modifications des statuts.

On exige parfois, pour certaines modifications des statuts, une autorisation spéciale. C'est ainsi qu'en Italie, par exemple, la loi n° 428 du 3 mai 1955 exige une autorisation ministérielle pour toute augmentation du capital, à titre onéreux, qui dépasse 50 millions de lires (« à titre gratuit » signifie, par contre, sans nouveaux apports, par exemple par incorporation de réserves). A l'article 15 du projet de réforme italien, ce montant est porté à un milliard de lires. Cette autorisation délivrée par le Ministre des Finances se réfère en particulier aux conditions du marché des capitaux : « in relazione alle condizioni del mercato finanziario ». En Belgique, on demande, dans le cas d'une augmentation de capital avec émission publique de titres, une autorisation préalable de la Commission bancaire (*art. 28 de l'ordonnance du 9 juillet 1935*).

Article VIII - 1

1. Toute modification des statuts nécessite une décision de l'assemblée générale des actionnaires.
2. Une décision modificative des statuts doit, outre les dispositions de la troisième section du Titre IV, respecter les dispositions suivantes.

1. La disposition de l'*alinéa 1* se retrouve dans les dispositions suivantes des droits nationaux :

- article 70 des lois coordonnées belges ;
- paragraphe 179 de l'Aktiengesetz ;
- article 153 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales ;
- article 2365 du Codice civile ;
- article 67 de la loi luxembourgeoise du 10 août 1915 relative à la société commerciale ;
- article 45 du Wetboek van Koophandel et
- article 80 du projet belge.

2. On fait ici référence en outre à l'article III - 2 - 2, alinéa 5. S'il existe plusieurs catégories d'actions et que leur rapport doit être changé par une modification des statuts, au détriment de l'une de ces catégories, les prescriptions de ce titre sont applicables à l'assemblée générale exigée par la procédure ici prévue.

Article VIII - 2

1. La publication de l'ordre du jour, conformément aux dispositions de l'article IV - 3 - 3, doit contenir l'indication de l'objet des modifications statutaires envisagées.
2. A compter du jour de la convocation de l'assemblée générale, tout actionnaire peut, sans retard et gratuitement, obtenir auprès de la société le texte intégral des nouvelles dispositions statutaires proposées. Mention doit en être faite dans la convocation.
3. Le directoire est tenu de justifier dans un rapport les modifications proposées. Le deuxième alinéa du présent article s'applique à ce rapport.

1. Plusieurs droits nationaux (*art. 70, § 3 des lois coordonnées, art. 67, §§ 4 et 8 de la loi luxembourgeoise, art. 45b du Wetboek van Koophandel, art. 80, § 2 du projet belge*) soumettent la publication des modifications statutaires proposées à des conditions spéciales. Dans d'autres législations, les dispositions générales relatives à la publication des propositions soumises à l'assemblée générale s'appliquent également aux modifications des statuts. Il en est de même dans le présent Statut : les dispositions de la troisième section du Titre IV suffisent d'une manière générale pour la modification des statuts. Le présent article ne contient que deux prescriptions supplémentaires.

2. L'*alinéa 1* prescrit que l'objet de la modification des statuts doit être indiqué dans la publication de l'ordre du jour, conformément à l'article IV - 3 - 3. La S.E. n'est cependant pas obligée de publier l'intégralité du texte de la modification des statuts proposée puisque celle-ci peut se référer à toutes les dispositions des statuts. Une telle publication de l'intégralité des statuts nouveaux dans les trois journaux de la société serait trop coûteuse. C'est pourquoi est seulement prescrite la publication de l'objet de la modification des statuts proposée.

3. Les actionnaires peuvent bien entendu, conformément à l'alinéa 2, obtenir sans retard et gratuitement, auprès de la société, le texte intégral des nouvelles dispositions statutaires proposées. Cette disposition correspond à l'alinéa 2 de l'article VI - 1 - 5 (documents annuels).

4. L'alinéa 3 prescrit que le directoire doit en même temps justifier dans un rapport spécial les modifications qu'il propose d'apporter au Statut. Les actionnaires ont intérêt à connaître non seulement le texte des nouvelles dispositions proposées, mais aussi l'exposé des motifs. Il est évident que ce dernier pourrait être décisif quant au vote des actionnaires. L'alinéa 2 s'applique également ici. Les actionnaires peuvent alors recevoir gratuitement de la société, à partir de la convocation de l'assemblée générale, le texte intégral de la modification des statuts proposée et l'exposé des motifs du directoire qui s'y réfère. Mention doit en être faite dans la convocation.

Article VIII - 3

1. L'assemblée générale ne délibère valablement que si la moitié du capital au moins est représentée. Si ce quorum n'est pas atteint sur première convocation, une deuxième convocation a lieu. L'assemblée délibère alors valablement sans considération du montant du capital représenté. Cette dernière précision doit figurer dans la convocation.

2. La décision nécessite une majorité des trois quarts des voix valablement exprimées.

3. Les statuts peuvent assujettir leur modification à des règles plus sévères.

1. Cet article traite du quorum et de la majorité nécessaires pour décider une modification des statuts.

2. L'alinéa 1 exige, pour que l'assemblée générale puisse délibérer valablement, la représentation de la moitié au moins du capital. On trouve cette règle également dans les législations belge (art. 70), française (art. 153), italienne (art. 2368, § 2) et luxembourgeoise (art. 67). Ce n'est qu'en Allemagne et aux Pays-Bas qu'aucun quorum n'est requis par la loi.

Si cette condition n'est pas remplie sur première convocation, le Statut prescrit une deuxième convocation, après laquelle l'assemblée générale délibère valablement sans considération du montant du capital représenté. On trouve la même règle à l'article 70, alinéa 4 des lois coordonnées belges pour ce qui concerne les modifications des statuts qui ne portent pas sur l'objet ou la forme de la société (de même qu'à l'article 71 pour certains autres cas importants), dans la loi luxembourgeoise (art. 67) et dans le projet belge (art. 80). Dans les lois française (art. 153, deuxième alinéa) et italienne (art. 2369), le quorum requis sur deuxième convocation est respectivement d'un quart et d'un tiers du capital. La loi italienne (art. 2369, § 4) fait également une exception pour certaines décisions importantes (par exemple modification de l'objet de la société, transformation). Pour ces décisions, les voix de la moitié au moins du capital sont toujours requises. Le Statut a donné la préférence à une règle élastique pour que les modifications des statuts ne soient pas irréalisables dans la pratique.

La deuxième convocation ne peut avoir lieu en même temps que la première. Cela ressort clairement du libellé de la disposition : « si ce quorum n'est pas atteint sur première convocation ». La pratique des convocations simultanées fait largement échec au but de la disposition pres-

crivant la convocation d'une deuxième assemblée générale. Dans la deuxième convocation, doit être précisé que la deuxième assemblée générale peut délibérer sans considération du montant du capital représenté.

3. L'alinéa 2 requiert une majorité des trois quarts des voix valablement émises. Cette règle s'applique aussi bien pour la première que pour la deuxième assemblée générale. On trouve la même règle de majorité dans les lois belge (art. 70 L.C.), allemande (§ 179) et luxembourgeoise (art. 67, § 4 uniquement en cas de modification de l'objet ou de la forme) ainsi que dans le projet belge (art. 80, à l'exception de quelques cas importants pour lesquels une majorité des quatre cinquièmes est exigée).

La nouvelle loi française sur les sociétés commerciales exige toujours une majorité des deux tiers. Le Codice civile (art. 2368 et 2369) contient une règle assez divergente, selon laquelle les mêmes critères régissent le quorum et la majorité : en cas de première convocation, une modification des statuts nécessite les voix d'actionnaires représentant plus de la moitié du capital, en cas de deuxième convocation, les voix d'un tiers du capital suffisent. Une exception est faite pour certains cas importants où les voix de la moitié du capital sont toujours exigées.

4. L'alinéa 3 permet l'insertion dans les statuts de règles plus sévères en matière de modification des statuts. Cette possibilité est expressément mentionnée dans plusieurs lois nationales (§ 179 de l'Aktiengesetz, alinéa 2, art. 2368 du Codice civile, art. 44d du Wetboek van Koophandel, art. 82 du projet belge). Dans les autres droits, elle existe probablement aussi malgré l'absence de dispositions explicites.

Il a semblé souhaitable d'exclure toute équivoque possible dans le présent Statut. D'éventuelles règles plus sévères pourraient concerner non seulement le quorum et la majorité, mais aussi par exemple le délai de convocation ou le consentement des obligataires (voir par exemple art. 67, § 4 de la loi luxembourgeoise).

Notons encore que l'Aktiengesetz (§ 179, alinéa 2) permet également que les statuts prescrivent une majorité moins grande pour certaines modifications. Cela ne s'applique cependant pas à la modification de l'objet de l'entreprise.

Article VIII - 4

1. La modification des statuts doit être notifiée par les soins du directoire auprès de la Cour de Justice européenne pour inscription au registre européen du commerce.

2. La notification doit être accompagnée de deux copies certifiées conformes :

a) du procès-verbal de l'assemblée générale et des documents mentionnés à l'article IV - 3 - II relatifs à la modification des statuts;

b) du texte des modifications adoptées par l'assemblée générale.

1. L'alinéa 1 prescrit la notification de toute modification des statuts auprès de la Cour de Justice européenne en vue de son inscription dans le registre européen du commerce. A cet égard, la réglementation est la même que dans le cas de la constitution (voir art. II - 1 - 1).

Le système de notification auprès du tribunal se rencontre également en Allemagne (§ 181, alinéa 1) et en Italie (art. 2436). La notification se fait naturellement en vue

d'une vérification. Il est question de celle-ci à l'article suivant.

2. Conformément à l'*alinéa* 2, la notification doit être accompagnée de deux copies certifiées conformes :

a) du procès-verbal de l'assemblée générale, ainsi que des documents mentionnés à l'article IV - 3 - 11, c'est-à-dire :

— la liste des actionnaires présents,

— les rapports soumis à l'assemblée générale concernant la modification des statuts : rapport du directoire pour justifier les modifications proposées (art. VIII - 2) et rapport de vérification mentionné à l'article III - 1 - 3 (alinéa 4), dans le cas d'une augmentation de capital par apports en nature,

— les documents relatifs à la convocation.

b) le texte des modifications adoptées.

Cet alinéa est à envisager comme une disposition spéciale par rapport à l'article IV - 3 - 11, alinéa 3. Cette dernière disposition oblige le directoire, à l'issue de l'assemblée générale, à déposer le procès-verbal et les annexes, sans délai, auprès du registre européen du commerce. S'il s'agit d'une modification des statuts, que la Cour de Justice est toujours tenue de vérifier, ce dépôt serait prématuré. Dans ce cas, ces documents doivent être envoyés à la Cour de Justice, qui les transmet au registre européen du commerce après vérification.

Il est exigé deux copies certifiées conformes de tout document à joindre à la notification, car une copie est destinée au registre européen du commerce et l'autre à son annexe dans le pays où se trouve le siège de la S.E. (voir art. I - 8, alinéa 5).

Article VIII - 5

1. La Cour de Justice européenne vérifie la régularité des délibérations, la teneur de la décision ainsi que la libération totale du capital augmenté.

2. La Cour de Justice européenne est obligée de refuser l'inscription au registre européen du commerce lorsque :

a) la décision ou les délibérations ne sont pas conformes aux dispositions du présent Statut ou des statuts de la société;

b) les documents à joindre à la notification ne sont pas complets;

c) en cas d'augmentation de capital, le rapport de vérification n'indique pas que la libération totale du capital est garantie et, en particulier, que la valeur des apports en nature correspond au moins à la valeur nominale des actions à attribuer de ce chef.

3. La Cour de Justice peut autoriser la S.E. à compléter ou à régulariser la notification.

1. Cet article traite de la vérification des modifications notifiées. Lors de la constitution, c'est également la Cour de Justice européenne qui procède à cette vérification (voir art. II - 1 - 6). Elle porte seulement sur la régularité des délibérations, sur la teneur de la décision et sur la libération intégrale du capital augmenté (*alinéa* 1). Elle correspond

dans les grandes lignes, sauf pour la procédure d'augmentation de capital, à la vérification prévue dans la loi italienne (art. 2411, alinéa 2 et art. 2436). L'article 2444 n'exige que l'affirmation notifiée au registre du commerce (greffe du tribunal) que l'augmentation de capital a été réalisée. La vérification en droit allemand va plus loin : elle s'étend, en cas d'augmentation du capital, à l'évaluation des apports en nature (§ 184, alinéa 3). Un contrôle semblable n'a pas été jugé nécessaire pour la S.E. Le Statut exige dans ce cas (art. III - 1 - 3, alinéa 4) l'établissement d'un rapport par deux experts-comptables impartiaux désignés par la Cour de Justice européenne. Il serait excessif d'exiger de nouveau une vérification judiciaire de ce rapport. La réglementation du Statut prévoit déjà l'intervention de la Cour de Justice à un stade antérieur, pour la désignation des deux experts-comptables au moins.

2. La Cour de Justice doit refuser l'inscription au registre européen du commerce si l'une des conditions exigées dans l'*alinéa* 2, sous a) jusqu'à c) n'est pas remplie. Selon l'*alinéa* 2, a), la Cour de Justice doit également vérifier si la décision, quant au fond ou quant à la forme, respecte les prescriptions de ce Statut ou des statuts de la S.E. Une modification des statuts pourrait violer ceux-ci si les dispositions qu'ils contiennent en ce qui concerne la convocation des assemblées générales n'étaient pas respectées ou si étaient méconnues les exigences plus sévères que les statuts formulent pour une décision modificative des statuts (cf. art. VIII - 3, alinéa 3). Une telle décision doit par ailleurs toujours respecter les prescriptions de ce Statut. Pour la convocation d'une assemblée générale qui doit décider sur une modification des statuts, on doit se conformer, d'une part, aux prescriptions générales sur la convocation des assemblées générales (par exemple, art. IV - 3 - 3; voir art. VIII - 1, alinéa 2 qui renvoie à ces dispositions) et, d'autre part, aux prescriptions spéciales de ce titre en la matière (par exemple art. VIII - 2 et VIII - 3, alinéas 1 et 2). Le contenu de la décision pourrait également violer les prescriptions de n'importe quel titre du Statut. La Cour de Justice doit procéder à ce contrôle d'ensemble. Si les conditions exigées dans l'*alinéa* 2 sont remplies, la Cour de Justice transmet la notification au registre européen du commerce pour inscription (art. VIII - 6).

3. Comme il résulte déjà de l'*alinéa* 1 de l'article IV - 3 - 12 (« Sous réserve des procédures et dispositions spéciales prévues dans ce Statut... ») et comme on l'a expliqué dans le commentaire de cet article, il est exclu que la décision sur la modification des statuts puisse être annulée, une vérification spéciale par la Cour de Justice ayant été ici prévue. Cependant chaque actionnaire conserve la possibilité d'attirer par simple lettre l'attention de la Cour de Justice sur l'irrégularité de la décision ou toute autre cause de refus d'inscription.

4. La régularité des délibérations devra résulter notamment des documents annexés à la notification. Au cas où ces documents ne seraient pas complets, la Cour de Justice peut autoriser la société à les compléter ou à les régulariser (*alinéa* 3).

Article VIII - 6

1. S'il n'y a aucun motif de rejet ou d'ajournement de l'inscription, la notification et ses annexes sont transmises par la Cour de Justice européenne au registre européen du commerce pour inscription.

2. L'inscription est publiée dans les journaux de la société. Si la modification des statuts entraîne des modifications aux inscriptions visées à l'article II - 1 - 6, paragraphe 5, ces modifications doivent

être publiées en même temps et inscrites au registre européen du commerce.

3. Tant que l'inscription de la modification des statuts n'a pas été publiée dans les journaux de la société, cette modification n'est pas opposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que les tiers en avaient connaissance. Par tiers, il faut entendre toute personne à l'exclusion de la société.

1. La Cour de Justice transmet la notification au registre européen du commerce pour inscription. Cet *alinéa 1* correspond à l'article II - 1 - 6, alinéa 4.

2. L'*alinéa 2* est également conforme à l'article II - 1 - 6. L'article II - 1 - 6, alinéa 6 exige la publication dans les journaux de la société des mentions énumérées à l'alinéa 5 de cet article. Si la modification des statuts entraîne une modification de ces mentions essentielles, les mentions modifiées doivent être publiées également.

3. Enfin, l'*alinéa 3* dispose que la modification des statuts n'est pas opposable aux tiers, tant que son inscription n'a pas été publiée dans les journaux de la société, à moins que la S.E. ne prouve que le tiers en ait eu connaissance. On trouve la même disposition dans le Codice civile (art. 2436, alinéa 2) et dans le Wetboek van Koophandel (art. 45e, § 2).

Dans les grandes lignes, cette règle correspond à celle de l'article 12 des lois coordonnées belges et de l'article 11 de la loi luxembourgeoise réglant la modification des dispositions statutaires dont la publication est prescrite par la loi. Toutefois, dans ces lois, la société n'est pas admise à rapporter la preuve que le tiers ait eu connaissance de la modification.

Dans la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales, dont l'article 8, deuxième alinéa contient une disposition du même ordre en ce qui concerne la nomination et la cessation de fonctions des dirigeants sociaux, cette possibilité n'existe pas non plus. La loi française prévoit d'ailleurs simplement que les irrégularités éventuelles dans l'immatriculation ou dans la publication peuvent être éliminées par décision judiciaire (art. 6) et que les membres du directoire et du conseil de surveillance sont solidairement responsables de ces irrégularités (art. 7).

D'après l'alinéa 3 du paragraphe 181 de l'Aktiengesetz, la modification des statuts ne devient effective qu'au moment de son inscription au registre du commerce. Cela signifie que la notification peut être retirée jusqu'au moment de sa publication. Certains auteurs soutiennent que la décision peut être révoquée à la majorité simple, puisque la modification n'est pas encore devenue effective. Le présent Statut suit la plupart des droits nationaux et reconnaît à la décision modificative des statuts des effets immédiats, sans toutefois étendre ces effets aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance. Avant sa publication, la décision est donc simplement effective sur le plan interne.

Dans ce contexte, on peut se poser la question de savoir quelles personnes doivent être considérées comme tiers. D'aucuns affirmeront peut-être qu'on ne doit pas entendre par là les actionnaires et les obligataires. Une telle interprétation pourrait avoir des conséquences inacceptables pour ces personnes. Il est possible qu'elles n'aient pas eu non plus connaissance de la modification des statuts. C'est pourquoi la deuxième phrase de l'alinéa 3 dispose expressément que par tiers il faut entendre toute personne à l'exclusion de la société. La réserve de la première phrase du même alinéa s'applique aussi aux actionnaires qui ont assisté à l'assemblée générale où la modification des statuts a été décidée.

Titre IX

DISSOLUTION, LIQUIDATION, FAILLITE ET PROCEDURES SIMILAIRES

Première section

DISSOLUTION

Article IX - 1 - 1

La S.E. est dissoute :

- a) par décision de l'assemblée générale,
- b) par expiration de la durée fixée dans les statuts,
- c) par survenance de la situation visée à l'article IX - 1 - 3, alinéa 3,
- d) par ouverture de la faillite de la S.E.

1. La dissolution des sociétés anonymes est régie dans les Etats contractants par des dispositions à peu près identiques. Elle conduit à la liquidation des affaires en cours. Cette liquidation fait l'objet de la première section. Cette section concerne uniquement les causes de la dissolution, sa notification auprès du registre européen du commerce et sa publication dans les journaux de la société.

2. Les causes de dissolution énumérées dans cet article sont les mêmes que celles existant dans presque toutes les législations nationales. On peut, d'une manière générale, les subdiviser en trois catégories :

— La dissolution de plein gré. Elle intervient à la suite d'une décision de l'assemblée générale (*sous a*). Cette cause de dissolution est prévue dans tous les Etats membres, soit dans le droit civil général (Belgique, France, Luxembourg), soit dans le droit des sociétés anonymes (§ 262, alinéas 1 et 2 de l'Aktiengesetz; art. 2448, sous 5 du Codice civile; art. 55, point 2 du Wetboek van Koophandel);

— La dissolution de plein droit. Les cas énumérés *sous b* et *c*) du présent article en relèvent;

Le cas visé *sous b*), l'expiration de la durée fixée dans les statuts, se retrouve, tout comme la première cause de dissolution, dans le droit de tous les pays membres, soit dans le droit civil général, soit dans le droit des sociétés. Le cas prévu *sous c*) ne fait l'objet d'une disposition spéciale ni dans le droit allemand ni dans le droit néerlandais. Ainsi que nous le ferons remarquer à propos de l'article IX - 1 - 3, la réglementation en vigueur dans les autres Etats contractants s'écarte plus ou moins sur ce point de la disposition de cet article;

La plupart des législations connaissent encore d'autres causes de dissolution, par exemple la disparition de l'objet social (en Belgique, en France et au Luxembourg, en vertu du droit civil — art. 1865 Code civil; en Italie, en vertu du droit des sociétés — art. 2448, alinéa 1, sous 2 Codice civile). Cette cause de dissolution est inconnue en Allemagne et aux Pays-Bas. Une autre cause de dissolution en Belgique et au Luxembourg est la réunion de toutes les actions en une seule main;

— Enfin, la plupart des pays connaissent la dissolution judiciaire. Le Statut ne prévoit pas ce cas. En Belgique (art. 104 L.C.), en France (art. 240) et au Luxembourg (art. 101), le tribunal peut, à la demande de tout intéressé,

prononcer la dissolution lorsque le nombre des actionnaires est depuis six mois (en France depuis un an) inférieur à sept. En Belgique, en France et au Luxembourg, la dissolution peut être, en outre, demandée en justice pour justes motifs. Ces justes motifs pourraient consister par exemple en des dissensions profondes et permanentes entre les associés, mettant en péril la réalisation de l'objet social (art. 1871 Code civil et art. 2448, alinéa 1, sous 3 Codice civile). Ainsi qu'il résulte des dispositions relatives à la constitution, le présent Statut admet n'importe quel nombre d'actionnaires. Pour le cas de dissensions profondes entre associés, est prévu au Titre VI, section 7 un contrôle spécial dont les conséquences éventuelles sont indiquées dans l'article VI - 7 - 3.

Tous les droits nationaux prévoient également la dissolution en cas de faillite. La troisième section est consacrée à cette cause de dissolution mentionnée *sous d*).

L'énumération de cet article est complète et limitative. Ce n'est que dans le Codice civile et dans le Wetboek van Koophandel que l'énumération est également limitative.

Article IX - 1 - 2

La décision de l'assemblée générale visée à la lettre *a*) de l'article précédent doit répondre aux conditions requises pour une décision modificative des statuts.

Cet article concerne la cause de dissolution visée *sous a*) de l'article précédent : la décision de l'assemblée générale. Comme dans tous les droits nationaux, cette décision doit répondre aux conditions requises pour une décision modificative des statuts.

Article IX - 1 - 3

1. Lorsqu'il résulte des comptes annuels que le patrimoine de la société n'atteint plus le capital minimum fixé à l'article 1 - 3, l'assemblée générale, réunie conformément à l'article IV - 3 - 2, alinéa 1 décide s'il y a lieu à dissolution de la société.

2. Le rapport annuel doit expressément prendre position à ce sujet.

3. Lorsque l'assemblée générale visée à l'alinéa 1 ne décide pas la dissolution, la société continue d'exister pendant deux ans au maximum, tant que son actif n'atteint pas le montant du capital minimum requis. La constatation que le capital minimum est atteint doit être faite par deux commissaires-vérificateurs impartiaux nommés par la Cour de Justice européenne. Les dispositions des articles II - 1 - 5, alinéa 2 et VI - 4 - 3 s'appliquent à ces commissaires-vérificateurs. Si cette constatation n'intervient pas dans le délai précité, la société est

dissoute deux ans après la fin de l'assemblée générale visée au premier paragraphe.

1. Cet article prévoit les mesures qui doivent être prises lorsque l'actif de la S.E. est devenu inférieur au capital minimum requis à l'article I - 3. Une telle perte d'actif pouvant mener à la dissolution de la S.E., cette disposition a été insérée dans cet article.

2. L'*alinéa 1* rattache l'applicabilité de cet article à l'établissement des comptes sociaux. Lorsque la perte mentionnée ci-dessus résulte des comptes, l'assemblée générale qui en délibère est tenue de décider s'il y a lieu de dissoudre la société. Le directoire est donc obligé de porter la question de la « dissolution de la société » à l'ordre du jour et de faire une proposition à ce sujet conformément à l'article IV - 3 - 3, *alinéa 2*. Cette proposition ne doit pas nécessairement préconiser la dissolution.

3. L'*alinéa 2* prescrit en outre que le rapport annuel doit expressément prendre position à ce sujet. Le rapport annuel étant adopté conjointement par le directoire et le conseil de surveillance conformément à l'article VI - 5 - 1, une prise de position commune par ces deux organes est assurée.

4. Il résulte de la première cause de dissolution que ce n'est pas uniquement une assemblée générale réunie conformément à l'article IV - 3 - 2 qui est habilitée à prononcer la dissolution. L'assemblée générale peut à tout moment décider la dissolution. Cela signifie d'une part qu'une assemblée générale extraordinaire pourrait être convoquée si la perte se manifestait subitement au début de l'exercice social et d'autre part que la dissolution peut être décidée également par une assemblée générale extraordinaire réunie durant le délai de deux ans, prévu dans l'*alinéa* suivant.

5. Le point essentiel de cet article se trouve dans l'*alinéa 3*. Après l'assemblée générale visée à l'*alinéa 1*, la S.E. peut continuer d'exister pendant deux ans au plus, tant que son actif n'atteint pas le montant du capital minimum. A l'expiration de ce délai, la S.E. est automatiquement dissoute. Si au cours de ce délai le capital minimum requis est à nouveau atteint, constatation doit en être faite par deux experts-comptables impartiaux, nommés par la Cour de Justice européenne. L'article II - 1 - 5, *alinéa 2* concernant les conditions personnelles auxquelles doivent répondre les experts-comptables et l'article VI - 4 - 3 réglant leurs pouvoirs sont applicables.

Cet *alinéa* est formulé de façon telle que la constatation des experts-comptables doit effectivement avoir lieu dans le délai prescrit de deux ans. Il ne suffit donc pas que, après l'expiration de ce délai, les experts déclarent que le capital minimum avait de nouveau été atteint au cours du délai.

6. On trouve des dispositions semblables en Belgique (art. 103), en France (art. 71 et 241), en Italie (art. 2446 et 2447), au Luxembourg (art. 100) et dans le projet belge (art. 145). Toutes ces dispositions présentent pourtant sur plusieurs points des différences par rapport à cet article.

Seuls l'article 71 de la loi française et l'article 2447 du Codice civile se réfèrent, comme le fait l'article IX - 1 - 3 au capital minimum légal. Les autres dispositions nationales susmentionnées se réfèrent à la perte d'une partie du capital social (un tiers en Italie, la moitié en Belgique et au Luxembourg et trois quarts en France). La convocation de l'assemblée générale est requise dans tous ces cas.

7. Dans le cas d'une perte ayant pour effet de réduire le capital social à un montant inférieur au capital minimum légal, l'assemblée générale est obligée, en vertu de l'article 2447 du Codice civile de décider, soit une réduction

du capital immédiatement suivie d'une augmentation portant le capital à un montant équivalent au minimum légal, soit la transformation de la société. Si aucune de ces deux décisions n'est prise, la société est dissoute conformément à l'article 2448.

Aux termes de l'article 71 de la loi française, qu'il faut lire en liaison avec l'article 241, la réduction du capital à un montant inférieur au capital minimum légal doit être suivie, dans le délai d'un an, d'une augmentation ayant pour effet de porter le capital à un montant équivalent au minimum, à moins que, dans le même délai, la société n'ait été transformée en société d'une autre forme. A défaut, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société, après avoir mis les représentants de celle-ci en demeure de régulariser la situation. Si personne ne demande la dissolution, il se pourrait donc que la société continue d'exister pendant une durée indéterminée avec un capital insuffisant.

8. Le capital minimum jouant un rôle important dans le présent Statut, cette dernière conséquence serait indésirable. C'est la raison pour laquelle le présent article a opté pour la dissolution automatique prévue par le droit italien, mais assortie du délai de grâce du droit français qui, toutefois ici, n'est pas d'un an mais de deux ans.

Article IX - 1 - 4

1. Dans les cas visés à l'article IX - 1 - 1 *b)* et *c)*, le directoire est tenu de notifier sans retard aux fins d'inscription la dissolution auprès du registre européen du commerce et d'assurer la publication de la dissolution dans les journaux de la société.

2. Si la disposition de l'*alinéa* précédent n'est pas observée dans un délai de deux semaines à compter de la dissolution, tout intéressé peut demander à la Cour de Justice européenne d'ordonner l'inscription de la dissolution au registre européen du commerce et sa publication aux frais de la société.

1. Cet article règle la notification aux fins d'inscription au registre européen du commerce dans les cas où la dissolution n'a pas été décidée par l'assemblée générale. Si l'assemblée générale décide la dissolution, il convient de suivre, comme il est prévu à l'article IX - 1 - 2, la procédure pour les modifications des statuts. Dans ce cas, la décision de l'assemblée générale sera contrôlée par la Cour de Justice au point de vue de sa régularité. La Cour transmet ensuite les modifications aux fins d'inscription au registre du commerce.

Or, dans les cas visés par le présent article, la Cour de Justice n'intervient pas. C'est pourquoi cet article prescrit que le directoire est tenu de notifier la dissolution immédiatement auprès du registre européen du commerce pour inscription et d'en assurer la publication dans les journaux de la société (*alinéa 1*).

2. Si le directoire omet de prendre ces mesures dans un délai de deux semaines, tout intéressé peut demander à la Cour de Justice d'ordonner l'inscription de la dissolution au registre du commerce et d'assurer sa publication aux frais de la société (*alinéa 2*).

3. Pour la notification aux fins d'inscription et la publication en cas de faillite, la troisième section contient une disposition distincte (art. IX - 3 - 3).

Deuxième section

LIQUIDATION

Article IX - 2 - 1

1. Sauf en cas d'ouverture d'une procédure de faillite de la société, la dissolution de la société entraîne sa liquidation au sens de la présente section.

2. Sauf disposition contraire de la présente section ou incompatibilité avec le but de la liquidation, les dispositions applicables aux S.E. non dissoutes continuent de s'appliquer aux S.E. dissoutes jusqu'à la clôture de la liquidation.

3. Les dispositions relatives aux pouvoirs et aux obligations des membres du directoire s'appliquent aux liquidateurs aux fins de la liquidation. Les liquidateurs sont soumis au contrôle du conseil de surveillance.

1. Comme dans tous les Etats contractants, la dissolution doit être considérée comme le début de la liquidation. La liquidation commence automatiquement au moment même de la dissolution, *alinéa 1* (cf. § 264, alinéa 1 de l'Aktiengesetz, art. 178 des lois coordonnées belges, art. 391 de la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales, art. 141 de la loi luxembourgeoise, art. 55 c) du Wetboek van Koophandel). Cela signifie qu'il y a lieu de mettre fin aux opérations en cours, de recouvrer les créances, de convertir l'actif restant en espèces et de désintéresser les créanciers (art. IX - 2 - 4). La société ne continue d'exister que pour les besoins de cette liquidation; l'administration est confiée aux liquidateurs.

2. Le texte de l'*alinéa 2* est analogue à celui du paragraphe 264, alinéa 2 de l'Aktiengesetz allemand. Les dispositions applicables aux S.E. non dissoutes doivent, d'une manière générale, être appliquées jusqu'à la fin de la liquidation. Il n'en est autrement que dans la mesure où cela résulte de dispositions spéciales ou du but de la liquidation. La plupart des autres droits nationaux ne contiennent pas une référence aussi large aux dispositions applicables en général. Mais le résultat est foncièrement le même.

3. Il en est de même des pouvoirs et des obligations des liquidateurs. Les dispositions qui sont valables pour les membres du directoire s'appliquent également, pour les besoins de la liquidation, aux liquidateurs (*alinéa 3*). Ces pouvoirs sont toujours limités par le but de la liquidation. Parmi les obligations des liquidateurs, il faut compter aussi leur responsabilité qui est la même que celle qui incombe aux membres du directoire conformément aux articles IV - 1 - 10 et IV - 1 - 11. Cet alinéa ne fait que compléter la disposition de l'article IX - 2 - 4 (cf. § 268, alinéa 2 de l'Aktiengesetz allemand, art. 2452 du Codice civile et art. 55 d), alinéa 2 du Wetboek van Koophandel). D'autres droits contiennent des dispositions distinctes concernant les pouvoirs et les obligations des liquidateurs (Belgique art. 181 à 186; France art. 411 à 413, 416, 418).

La dernière phrase de cet alinéa stipule encore que les liquidateurs sont soumis au contrôle du conseil de surveillance. Il n'existe donc aucun contrôle en dehors de la société. Certes, l'article IX - 2 - 8 prévoit, à l'égard des comptes, une action devant la Cour de Justice européenne. Mais cette action se distingue de celle prévue pendant l'existence de la société parce qu'elle est ouverte à tout

intéressé (cf. § 268, alinéa 2 de l'Aktiengesetz, art. 404 de la loi française, art. 2451 du Codice civile et art. 55 d), dernier alinéa du Wetboek van Koophandel).

Article IX - 2 - 2

1. La liquidation est effectuée par les membres du directoire qui prennent la qualité de liquidateurs.

2. En décidant la liquidation, l'assemblée générale peut désigner d'autres personnes en qualité de liquidateurs.

3. Sur demande d'un ou de plusieurs actionnaires possédant ensemble soit 5 % du capital, soit un nombre d'actions d'une valeur nominale de 250 000 UC, la Cour de Justice, s'il y a motif grave, révoque les liquidateurs et en nomme d'autres. La Cour de Justice fixe la rémunération des liquidateurs qu'elle nomme.

1. Cet article désigne en principe les membres du directoire en qualité de liquidateurs (*alinéa 1*). D'autres liquidateurs peuvent cependant être nommés et ce, de trois manières différentes :

— par décision de l'assemblée générale, prise en même temps que la décision de dissolution (*alinéa 2*);

— par la Cour de Justice européenne sur demande d'une minorité d'actionnaires mais uniquement pour justes motifs (*alinéa 3*);

— par décision du conseil de surveillance (art. IX - 2 - 1, alinéa 2 en liaison avec l'art. IV - 1 - 2, alinéa 7).

2. On trouve des réglementations semblables dans le paragraphe 265 de l'Aktiengesetz et dans l'article 2450 du Codice civile.

Dans la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales, une distinction est faite entre la dissolution décidée conformément aux statuts ou conformément à des conventions expresses entre les parties et la dissolution prononcée judiciairement. Aux termes de l'article 402, les créanciers et des actionnaires représentant au moins un dixième du capital peuvent demander au tribunal d'ordonner cette dernière procédure de liquidation. Dans ce cas, le tribunal désigne un ou plusieurs liquidateurs (art. 408).

Selon la loi belge (art. 179 et 180), les liquidateurs sont en premier lieu nommés par l'assemblée générale. A défaut d'une telle nomination, les administrateurs sont considérés comme liquidateurs. De même dans le Wetboek van Koophandel (art. 55 d), il est prévu qu'à défaut d'une désignation par les statuts ou par l'assemblée générale, c'est le directoire qui procède à la liquidation. Au Luxembourg, la réglementation est la même qu'en Belgique (art. 142 et 143).

Article IX - 2 - 3

La nomination et la révocation des liquidateurs doivent être notifiées auprès du registre européen du commerce aux fins d'inscription et publiées dans les journaux de la société. L'article IV - 1 - 4 s'applique par analogie.

La nomination et la révocation des liquidateurs doivent, comme pour les membres du directoire (art. IV - 1 - 4),

être notifiées auprès du registre européen du commerce aux fins d'inscription et publiées dans les journaux de la société.

Cet article renvoie pour le reste à l'article IV - 1 - 4. Cela signifie entre autres que la notification doit être faite par les liquidateurs eux-mêmes (art. IV - 1 - 4, alinéa 3). La révocation d'un liquidateur doit être notifiée par lui-même, par les autres liquidateurs ou par son successeur. Le renvoi à l'article IV - 1 - 4 implique également que la nomination ou la révocation n'est pas opposable aux tiers tant que l'inscription n'en a pas été effectuée, à moins que la société ne prouve que les tiers en aient eu connaissance (art. IV - 1 - 4, alinéa 4).

Article IX - 2 - 4

Les liquidateurs mettent fin aux affaires en cours, recouvrent les créances, convertissent les biens restant en espèces et désintéressent les créanciers. Dans la mesure où la liquidation le nécessite, ils sont autorisés à engager de nouvelles affaires.

Cet article contient une description générale des tâches des liquidateurs. Il correspond au paragraphe 268, alinéa 1 de l'Aktiengesetz. Les autres droits ne contiennent pas de clauses aussi générales définissant les tâches des liquidateurs. En général, on y trouve plusieurs dispositions relatives à des tâches particulières, dont la teneur correspond cependant en règle générale à celle du présent article.

Article IX - 2 - 5

1. Les liquidateurs sont tenus de sommer les créanciers de produire leurs créances en se référant à la dissolution de la société. Cette sommation doit être publiée trois fois, à intervalles d'au moins deux semaines, dans les journaux de la société.

2. Une sommation écrite doit être adressée, conformément aux dispositions de son droit national, à tout créancier connu qui omet de produire sa créance dans un délai de trois mois à compter de la publication.

3. Les créances non produites dans un délai d'un an à compter de la dernière publication dans les journaux de la société sont prescrites. Mention expresse de cette prescription doit être faite dans la dernière publication visée à l'alinéa 1 et dans la sommation écrite visée à l'alinéa 2.

1. Une tâche très importante des liquidateurs est de désintéresser les créanciers. Pour cela, ils doivent tout d'abord sommer les créanciers de communiquer leurs prétentions. Cette sommation doit être publiée trois fois à intervalles d'au moins deux semaines dans les journaux de la société (alinéa 1). Cet alinéa est presque mot à mot emprunté au paragraphe 267 de l'Aktiengesetz. Dans les autres lois nationales, il n'y a pas de disposition analogue.

2. L'alinéa 2 contient une disposition qui est inconnue dans les droits nationaux, même allemand. Une sommation écrite doit être notifiée aux créanciers connus qui n'ont pas communiqué leurs prétentions dans un délai de trois mois à compter de la dernière publication. Il semble que

cette disposition puisse contribuer à une liquidation rapide. Elle prévient la naissance ultérieure de difficultés avec des créanciers qui communiqueraient leurs prétentions tardivement. En outre, elle permet de prévoir une disposition comme celle de l'alinéa suivant.

3. Etant donné les larges garanties qui sont prévues par les deux premiers alinéas en faveur des créanciers, on peut admettre que l'alinéa 3 prévoit une disposition plus sévère que le droit national. La liquidation doit un jour arriver à son terme. C'est pourquoi l'alinéa 3 dispose que sont éteintes les créances qui n'auront pas été notifiées dans un délai d'un an à compter de la dernière publication. L'attention des créanciers inconnus est suffisamment attirée sur le fait qu'ils sont tenus de notifier leurs prétentions; une sommation écrite est même notifiée aux créanciers connus. Dans les deux cas, ce délai de prescription doit être rappelé expressément aux termes de la deuxième phrase de cet alinéa. Le système en vigueur dans les Etats contractants suivant lequel les sommes dues aux créanciers connus doivent être consignées n'est donc pas suivi dans le présent projet.

Article IX - 2 - 6

1. Les liquidateurs sont tenus de rendre compte chaque année des opérations de liquidation.

2. Les dispositions des cinq premières sections du Titre VI concernant la reddition des comptes ainsi que les dispositions de l'article VI - 6 - 2 concernant la décharge des membres du directoire et du conseil de surveillance s'appliquent par analogie.

1. La liquidation peut nécessiter un temps relativement long, surtout s'il s'agit d'une grande société. Les opérations de la S.E. peuvent également être poursuivies assez longtemps pour les besoins de la liquidation (art. IX - 2 - 4, deuxième phrase). Dans ce cas, les liquidateurs sont tenus de rendre compte à intervalles réguliers de leur gestion (alinéa 1).

2. Pour la réglementation de cette reddition des comptes par les liquidateurs, cet article (alinéa 2) renvoie au Titre VI du Statut. Les liquidateurs rendent donc compte à l'assemblée générale. Les opérations de liquidation, dont le déroulement résulte des documents annuels, sont donc en principe contrôlées à l'intérieur même de la société. Les actionnaires sont ainsi informés à intervalles réguliers du déroulement de la liquidation. Il en est de même des autres intéressés grâce au dépôt des documents annuels auprès du registre européen du commerce conformément à l'article VI - 1 - 6.

L'Aktiengesetz contient une réglementation semblable (§ 270). Les lois belge (art. 187), française (art. 413) et luxembourgeoise (art. 150) contiennent des dispositions plus ou moins explicites concernant la reddition annuelle des comptes. Les lois italienne et néerlandaise ne parlent que de la présentation des comptes de clôture.

Article IX - 2 - 7

1. Le patrimoine de la société subsistant après exécution des obligations est partagé entre les actionnaires au prorata de leur participation au capital social.

2. Lorsqu'une obligation ne peut être exécutée pour l'instant ou fait l'objet d'une contestation, le partage du patrimoine ne peut avoir lieu que si une sûreté est constituée en faveur du créancier ou si, en cas de partage partiel, le patrimoine restant lui offre une sécurité suffisante.

1. Le principe selon lequel l'actif subsistant après exécution des engagements est partagé entre les actionnaires au prorata de leur participation au capital social (*alinéa 1*) se rencontre dans tous les droits nationaux des sociétés (cf. Belgique, art. 185; Allemagne, § 271, alinéas 1 et 2; France, art. 417; Italie, art. 2282, alinéa 1; Luxembourg, art. 148; Pays-Bas, art. 56).

2. L'*alinéa 2* énonce également un principe bien connu et évident : tant qu'il y a des obligations non exécutées ou contestées, aucun partage ne peut avoir lieu sans qu'une sûreté ne soit constituée en faveur des créanciers. Ce principe est différemment développé dans les droits nationaux. La réglementation du Statut correspond à celle de l'Aktien-gesetz (§ 272, alinéa 3); un partage partiel est seulement admis si le patrimoine restant offre au créancier une sécurité suffisante.

En Belgique (art. 184, alinéa 2), en France (art. 418), au Luxembourg (art. 147, alinéa 2) et aux Pays-Bas (art. 56 *a*) et 56 *b*), il existe des réglementations différentes qui donnent au tribunal un rôle plus ou moins grand.

Article IX - 2 - 8

1. Le patrimoine ne peut être partagé en tout ou en partie que lorsque les comptes ont été rendus à l'assemblée générale, conformément à l'article IX - 2 - 6, avec un plan de répartition établi après expiration du délai d'un an prescrit à l'article IX - 2 - 5, alinéa 3, et lorsque, depuis le dépôt des documents annuels et du plan de répartition auprès du registre européen du commerce, trois mois se sont écoulés sans qu'une plainte ait été déposée devant la Cour de Justice européenne. Il en est de même lorsqu'une telle plainte a été rejetée par la Cour de Justice.

2. Par dérogation à l'article VI - 4 - 5, tout intéressé peut déposer cette plainte pour autant qu'elle concerne le plan de répartition.

1. Avant tout partage, même partiel, de l'actif, il faut que le délai d'un an visé à l'article IX - 2 - 5 se soit écoulé (*alinéa 1*). Après expiration de ce délai, il est certain qu'aucune nouvelle prétention ne peut être élevée vis-à-vis de la société. Le plan de répartition doit alors être établi.

Ce plan de répartition est lié à une reddition des comptes. Le bilan et le plan de répartition peuvent donc au plus tôt être présentés à l'assemblée générale après un délai d'un an et de trois fois deux semaines (art. IX - 2 - 5). Pour des raisons pratiques, il pourrait, le cas échéant, être souhaitable de demander, conformément à l'article IV - 3 - 2, une prolongation du délai pendant lequel l'assemblée générale doit avoir lieu. Il est toujours possible de convoquer l'assemblée générale plus tôt. Les six mois visés à l'article IV - 3 - 2 ne constituent qu'un délai maximum.

Il n'appartient pas à l'assemblée générale d'approuver le plan de répartition ni le bilan. Ces deux documents sont

arrêtés par les liquidateurs et par le conseil de surveillance (art. VI - 5 - 1). Ils peuvent cependant être contestés devant la Cour de Justice. En ce qui concerne la contestation du bilan, il n'était pas besoin de prévoir une réglementation spéciale. Les cinq premières sections du Titre VI, et donc également l'article VI - 4 - 5, sont applicables par analogie.

2. Quant à la contestation du plan de répartition, l'*alinéa 2* prévoit cependant une extension du droit de recours visé à l'article VI - 4 - 5. L'action est ouverte à tout intéressé, donc aussi aux créanciers et à chaque actionnaire particulier.

3. Ce n'est que lorsque trois mois se sont écoulés à compter du dépôt des documents annuels et du plan de répartition auprès du registre européen du commerce sans qu'une plainte ait été déposée que le partage peut avoir lieu. Il en est de même si les plaintes ont été rejetées par la Cour de Justice (*alinéa 1, deuxième phrase*).

4. Ce système offre une garantie importante en faveur des créanciers et des actionnaires. Dans les droits nationaux, cette matière est réglée différemment. L'établissement obligatoire d'un plan de répartition, préalable à toute répartition, est prévu également en Italie (« bilancio finale », art. 2453 Codice civile) et aux Pays-Bas (« plan van uitkering », art. 56a Wetboek van Koophandel). La règle selon laquelle le partage ne peut avoir lieu qu'un an après la troisième publication se retrouve au § 272, alinéa 1 de l'Aktien-gesetz. La possibilité d'introduire une action en justice contre la répartition proposée est également prévue dans plusieurs droits nationaux. Le Statut combine ces systèmes afin de sauvegarder au maximum les intérêts des actionnaires et des créanciers, sans trop entraver la liberté de mouvement des liquidateurs qui accomplissent les opérations de liquidation sous le contrôle du conseil de surveillance solidairement responsable.

Article IX - 2 - 9

1. Les liquidateurs sont tenus de notifier sans tarder aux fins d'inscription la clôture de la liquidation auprès du registre européen du commerce et d'en assurer la publication dans les journaux de la société.

2. Si ultérieurement d'autres mesures de liquidation se révèlent nécessaires, la Cour de Justice européenne, sur demande d'un actionnaire ou d'un créancier, renouvelle le mandat des anciens liquidateurs ou en nomme d'autres.

1. Les liquidateurs sont tenus de notifier la clôture de la liquidation auprès du registre européen du commerce pour inscription et d'en assurer la publication dans les journaux de la société (*alinéa 1*). Le bilan et le plan de répartition annexé font déjà apparaître s'il s'agit d'un partage intégral ou partiel de l'actif. La publicité de ce partage est assurée par le dépôt de ces documents auprès du registre européen du commerce. Les actionnaires et les créanciers disposent alors encore de trois mois pour élever leurs objections éventuelles en déposant une plainte devant la Cour de Justice européenne. À ce stade de la procédure, il ne manque plus que la publication d'un avis de clôture des opérations annonçant que le partage de l'actif a eu lieu et que de ce fait la liquidation est achevée, aucune plainte n'ayant été élevée ou n'ayant été déclarée recevable. Cette publication est prescrite dans cet alinéa.

2. L'*alinéa 2* contient une disposition concernant le cas où, après clôture de la liquidation, d'autres mesures de liqui-

dation se révéleraient nécessaires. Vu l'article IX - 2 - 5, alinéa 3, il ne pourrait pas s'agir en l'occurrence de prétentions notifiées tardivement car ces prétentions sont éteintes. Il serait seulement concevable que d'autres actifs aient été trouvés. Cet alinéa correspond au quatrième alinéa du paragraphe 273 de l'Aktiengesetz.

Article IX - 2 - 10

1. Après la liquidation, les livres et écritures de la S.E. doivent être déposés auprès du registre européen du commerce pour y être conservés pendant 10 ans.

2. La Cour de Justice européenne peut autoriser les actionnaires et les créanciers à prendre connaissance de ces livres et écritures.

1. L'alinéa 1 contient une disposition que l'on trouve sous une forme analogue dans l'Aktiengesetz (§ 273), dans le Codice civile (art. 2457) et dans le Wetboek van Koophandel (art. 56 h). Toutefois, cette dernière loi prévoit une conservation pendant une durée de trente ans au lieu de dix ans. Il n'est pas nécessaire que le registre du commerce soit chargé de cette conservation.

2. L'alinéa 2 se retrouve uniquement dans l'Aktiengesetz sous cette forme (§ 273, alinéa 3) : le tribunal peut autoriser les actionnaires et les créanciers à prendre connaissance des livres et des écritures de la société. D'après l'article 56 h, dernier alinéa du Wetboek van Koophandel, le tribunal ne peut accorder ce droit qu'aux actionnaires qui fournissent la preuve qu'en cette qualité ils ont un intérêt légitime à prendre connaissance de ces livres. Aux termes de l'article 2457 du Codice civile, quiconque peut prendre connaissance des livres de la société contre paiement des frais.

Les livres de la société pouvant contenir des informations importantes au sujet d'opérations avec des tiers, une trop grande publicité pourrait ne pas être souhaitable. D'autre part, non seulement les actionnaires, mais aussi les créanciers de la société peuvent avoir un intérêt légitime à prendre connaissance des livres. Le soin d'apprécier si les intérêts des créanciers ou des actionnaires justifient la communication des livres est laissé à la Cour de Justice.

Troisième section

FAILLITE ET PROCEDURES SIMILAIRES

Article IX - 3 - 1

1. L'ouverture de la faillite de la S.E. est de la compétence du tribunal du siège social de la S.E.

2. Sous réserve des dispositions de la présente section, le droit national de l'Etat sur le territoire duquel la S.E. a son siège est applicable à la faillite de cette société.

Article IX - 3 - 2

1. La faillite produit ses effets dans tous les Etats contractants.

2. Les pouvoirs du syndic de faillite s'étendent au territoire de tous les Etats contractants.

3. Le règlement judiciaire produit également ses effets dans tous les Etats contractants.

Article IX - 3 - 3

1. Le syndic de faillite est tenu de notifier sans tarder auprès du registre européen du commerce la date d'ouverture de la faillite, le nom du juge de la faillite, ses propres nom et adresse, ainsi que la clôture de la faillite, aux fins d'inscription et d'en assurer la publication dans les journaux de la société. L'article IV - 1 - 4 est applicable par analogie.

2. Les publications dans les journaux d'annonces légales prescrites par le droit national ne produisent leurs effets que lorsqu'elles ont été publiées également dans les journaux de la société.

Article IX - 3 - 4

Les privilèges relatifs à certains biens ou à certaines créances de la S.E. sont déterminés par le droit de l'Etat sur le territoire duquel ces biens ou ces créances se trouvent.

Article IX - 3 - 5

Les dispositions de la présente section s'appliquent par analogie :

— aux sursis de paiement et au concordat judiciaire du droit belge;

— au « Vergleichsverfahren » du droit allemand;

— au règlement judiciaire du droit français;

— à l'accord préventif de la faillite du droit luxembourgeois;

— au « concordato preventivo », à l'« amministrazione controllata » et à la « liquidazione coatta amministrativa » du droit italien et

— à la « surséance van betaling » du droit néerlandais.

1. Même une S.E. pourrait se trouver dans une situation qui réunirait les conditions d'ouverture d'une faillite. Dans ce cas, la procédure de faillite doit être suivie contre elle, tout comme pour une société anonyme nationale. Il serait impossible de donner dans le Statut une réglementation complète de la faillite d'une S.E. La meilleure solution est de suivre les lois nationales en la matière.

2. La faillite d'une S.E. soulève cependant quelques problèmes particuliers qui nécessitent une réglementation spéciale. Ces problèmes tiennent au fait que la faillite a une incidence très profonde sur l'existence de la S.E. et sur les dispositions qui lui sont applicables.

D'une manière générale, l'ouverture de la faillite a pour conséquence la dissolution et la liquidation de la société. C'est la raison pour laquelle les dispositions relatives à la faillite de la S.E. ont été insérées dans le présent titre consacré à la dissolution et à la liquidation. Des dispositions spéciales ont été prévues pour l'inscription au registre européen du commerce et la publication dans les journaux de la société en cas de faillite d'une S.E.

Une autre raison pour laquelle la faillite d'une S.E. soulève des problèmes particuliers est le fait que la S.E. possèdera généralement des biens dans plusieurs Etats membres. Plus encore que dans les cas d'une société anonyme de droit national, il y aura ici des relations internationales. Cela rend tout particulièrement sensible la nécessité urgente d'une réglementation étendant les effets de la faillite à tous les Etats membres. En ce qui concerne la Communauté Economique Européenne, une telle réglementation est en voie de préparation sous la forme d'une convention sur la faillite entre les Etats membres. Si cette convention entrerait en vigueur avant l'adoption du présent Statut, il ne serait guère nécessaire d'y prévoir une réglementation spéciale de la faillite. Mais il est possible que cette convention soit conclue après l'adoption du présent Statut. C'est en vue de cette éventualité que la présente section définit quelques principes fondamentaux.

3. L'auteur est conscient du fait que les dispositions de cette section ne font qu'énoncer quelques principes généraux qu'il faudra sans aucun doute élaborer encore plus en détail. Cette élaboration devrait s'appuyer sur les résultats des travaux qui sont menés depuis plusieurs années déjà par le groupe d'experts gouvernementaux chargé de l'élaboration d'une convention sur la faillite entre les Etats membres.

4. Les dispositions de la présente section n'établissent donc qu'un petit nombre de principes que l'on trouve d'ores et déjà dans un certain nombre de conventions internationales. Le premier principe est que le tribunal du siège de la S.E. est compétent pour ouvrir la faillite. La procédure relève en principe du droit de ce pays (*art. IX - 3 - 1*). Le second principe est que la faillite produit ses effets dans tous les Etats contractants (*art. IX - 3 - 2*). La disposition de l'article IX - 3 - 3 devrait être conservée même au cas où une convention sur la faillite serait conclue : les règles d'inscription et de publication prévues dans le présent Statut devront s'appliquer également aux mesures relatives à la faillite.

L'article IX - 3 - 4 rappelle la nécessité d'une réglementation spéciale des privilèges en cas de faillite.

L'article IX - 3 - 5 déclare les dispositions de cette section applicables à certaines procédures de même nature que la faillite. Cela aussi devrait être étudié plus en détail. Dans l'état actuel du projet, il serait superflu de mener ces études parallèlement aux travaux effectués par le groupe d'experts susmentionnés.

Titre X

TRANSFORMATION

Article X - 1

1. La S.E. peut, par une décision de l'assemblée générale compétente pour la modification des statuts, être transformée en une société anonyme de droit national d'un des Etats membres de la CEE.

2. La transformation n'est autorisée que si trois années se sont écoulées depuis sa constitution et si le siège de la société et le centre de ses activités se trouvent dans l'Etat membre dont le droit s'applique à la société anonyme issue de cette transformation.

1. Ce titre traite de la transformation de la S.E. Dans le titre II, section 5 nous avons formulé les règles de la constitution d'une S.E. par transformation, en une S.E., d'une société anonyme constituée selon le droit d'un des Etats membres de la Communauté Economique Européenne. Le titre X traite du cas inverse. Il pourrait se faire que les espoirs mis dans la constitution de la S.E. ne se réalisent pas. Le retour au droit national — qui n'est pas forcément le droit national d'une des sociétés fondatrices — devrait alors être possible.

Le chemin du retour au droit national ne peut aboutir, comme en cas de constitution par transformation, qu'à une transformation en une société anonyme. Comme dans le cas de la constitution, seule peut être choisie, pour ce retour au droit national, la forme juridique de société anonyme relevant du droit de l'un des Etats membres de la Communauté Economique Européenne.

2. L'*alinéa 1* exige pour cette transformation une décision modificative des statuts par l'assemblée générale. Le Titre VIII (modification des statuts) s'applique ici par analogie dans la mesure où ce dixième titre ne contient pas de dispositions particulières. Le quorum prescrit à l'article VIII - 3 et trois quarts des votes valablement émis sont donc nécessaires pour la décision de l'assemblée générale. Cette assemblée doit être convoquée avec les garanties prévues au Titre IV (art. VIII - 1, *alinéa 2*).

La nouvelle rédaction des statuts est mise gratuitement à la disposition de chaque actionnaire à partir de la convocation de l'assemblée générale (art. VIII - 2). Le directoire doit justifier dans un rapport le contenu des nouveaux statuts (art. VIII - 2, *alinéa 3*). Toutes ces dispositions s'appliquent également à la décision de transformation. Le retour au droit national ne doit cependant pas donner lieu à des abus.

3. Il faudrait empêcher que la transformation ne soit utilisée pour se soustraire à des dispositions du droit national jugées gênantes — par exemple de nature fiscale ou sociale. Cela serait possible, si la transformation ne comportait aucune limitation. Une société anonyme de droit national pourrait, par exemple, se transformer d'abord en une S.E. puis transférer son siège et se transformer finalement en une société anonyme de droit national du nouveau pays où elle fixerait son siège. Ceci serait un moyen de se soustraire par exemple aux dispositions en vigueur en Allemagne sur la représentation des travailleurs dans les organes de la société. Cette représentation n'existe pas en effet lorsqu'il s'agit d'une société étrangère. Les entreprises de la société étrangère sont soumises aux autres dispositions de la loi sur l'organi-

sation des entreprises (Betriebsräte), mais non aux paragraphes 76 et 77 de cette loi (Betriebsverfassungsgesetz), aussi longtemps que la société étrangère ne fonde pas de filiale allemande. Une autre manœuvre de détournement serait concevable pour des raisons fiscales.

4. L'*alinéa 2* essaie de prévenir ces détournements. On exige que trois années se soient écoulées avant que la transformation de la S.E. en une société anonyme de droit national puisse être décidée et qu'il existe des facteurs réels de rattachement en faveur de la transformation. Parmi eux figure le fait que le siège de la société et le centre de ses activités se trouvent dans l'Etat membre dont le droit s'appliquera à la société anonyme issue de la transformation.

Sans doute tous les détournements ne sont donc pas exclus. Pratiquement toutefois, cette disposition rend le détournement tellement difficile qu'il ne peut se produire que dans des cas exceptionnels.

Article X - 2

1. La nouvelle rédaction des statuts doit s'harmoniser dans la mesure du possible avec les statuts existants. Toute dérogation doit être motivée dans le rapport du directoire relatif à la modification des statuts (art. VIII - 2, *alinéa 3*).

2. Le directoire doit, en outre, dans une introduction à son rapport, préciser les motifs pour lesquels la transformation en une société anonyme de droit national est proposée.

1. L'*alinéa 1* exige que les statuts de la société transformée s'harmonisent dans la mesure du possible avec les statuts antérieurs. La transformation ne peut donc pas être utilisée pour effectuer simultanément d'autres modifications dans les statuts. Des dérogations ne sont justifiées que dans la mesure où des dispositions légales du pays d'accueil l'exigent. Ceci doit ressortir clairement de l'exposé des motifs de chaque dérogation dans le rapport concernant la modification des statuts.

2. L'*alinéa 2* exige une introduction pour ce rapport. Les actionnaires doivent donc être clairement informés des raisons pour lesquelles une transformation en une société anonyme de droit national est conforme à l'intérêt de la société.

Article X - 3

1. La décision de transformation doit être notifiée par le directoire auprès de la Cour de Justice européenne.

2. A la notification doivent être joints :

a) deux copies certifiées conformes du procès-verbal de l'assemblée générale et des annexes mentionnées à l'article IV - 3 - 11 et X - 2 dans la me-

sure où ces articles concernent la décision de transformation;

b) le texte de la nouvelle rédaction des statuts décidée par l'assemblée générale.

3. L'article VIII - 5 s'applique à l'examen par la Cour de Justice qui doit seulement vérifier la régularité des formalités de la décision et s'assurer du respect des prescriptions de ce titre.

4. Lorsque la décision a été prise conformément aux dispositions de ce Statut et des statuts de la S.E., les deux copies du procès-verbal mentionnées au point a) du second alinéa sont adressées par la Cour de Justice au registre européen du commerce en vue de leur dépôt. Le texte de la nouvelle rédaction des statuts mentionné sous le point b) du second alinéa est renvoyé à la S.E., accompagné d'une ordonnance d'homologation de la Cour de Justice attestant que la décision a été prise régulièrement et que les prescriptions de ce titre ont été respectées.

1. La modification des statuts liée à la transformation exige également un contrôle de la Cour de Justice européenne, même si ce contrôle n'est que formel. La Cour de Justice ne contrôle le nouveau texte des statuts qu'en ce qui concerne la conformité aux prescriptions de ce titre (*alinéa 3*) notamment des articles X - 1, alinéa 2 et X - 2. La question de savoir si un contrôle plus large doit avoir lieu dépend des dispositions nationales. En outre, la Cour de Justice ne contrôle que la régularité de la décision de transformation de la S.E. On pourrait penser par exemple que l'assemblée générale n'a pas été convoquée régulièrement ou que la majorité exigée dans les statuts pour leur modification n'a pas été réunie pour la décision.

2. Par dérogation à l'article VIII - 4, alinéa 2, *l'alinéa 2, sous b)* de cet article ne demande pas que deux copies certifiées conformes du texte de la nouvelle rédaction des statuts soient jointes à la notification; dans ce cas, une copie authentifiée suffit. Cette réglementation trouve sa justification dans le fait que la nouvelle rédaction des statuts ne doit pas être transmise au registre européen du commerce et à son annexe. Il n'y a en effet aucune raison de déposer auprès du registre européen du commerce les statuts d'une future société nationale qui pourraient être encore modifiés par une instance nationale, conformément à l'article X - 4, alinéa 2.

3. En vertu de *l'alinéa 4*, le texte de la modification des statuts doit être renvoyé à la S.E. avec une ordonnance d'homologation de la Cour de Justice européenne attestant que la décision a été prise régulièrement et que les prescriptions de ce titre ont été respectées. Le directoire peut alors procéder aux autres formalités requises sur le plan national.

Une copie du procès-verbal de l'assemblée générale est transmise comme dans le cas d'une modification normale des statuts au registre européen du commerce en vue de son dépôt. Celui-ci est publié dans les bulletins de la société.

Article X - 4

1. Après avoir reçu l'ordonnance d'homologation mentionnée à l'article précédent, le directoire doit

soumettre la société dans l'Etat membre sous le droit national duquel elle se place au même contrôle et aux mêmes autorisations que celles qui sont prévues pour la constitution d'une société anonyme par la législation de cet Etat membre.

2. Lorsque ce contrôle comporte un examen préalable des statuts et si la nécessité de remanier la modification des statuts qui a été décidée en résulte, le directoire est autorisé à effectuer lui-même ce changement si celui-ci n'est pas essentiel.

1. Lorsque la Cour de Justice européenne en a terminé avec sa vérification, la procédure ultérieure se déroule exclusivement sur le plan national (*alinéa 1*). C'est conformément aux dispositions du droit national que l'Etat auquel la S.E. va se soumettre, qu'il convient d'apprécier ce qui doit se produire par la suite. Aux Pays-Bas, le contenu matériel des statuts doit être examiné par le Ministre de la Justice. Celui-ci doit faire une déclaration attestant qu'il n'existe aucune objection. Ce contrôle doit seulement empêcher que les statuts violent les dispositions du droit néerlandais. A l'occasion de ce contrôle, des modifications des statuts peuvent être exigées. En Allemagne, le Tribunal chargé du registre du commerce examine les statuts du point de vue de leur légalité. La Belgique, le Luxembourg et la France ne prévoient ici aucun contrôle. En Italie, en revanche, un contrôle judiciaire est prévu.

En outre, mentionnons :

— le contrôle de la « Commission bancaire » en Belgique, et

— en Italie, l'autorisation du Ministre des Finances pour la fondation d'une société par actions dont le capital dépasse 500 millions de lires.

2. Dans *l'alinéa 2*, on part de la possibilité que le contrôle préalable, par exemple le contrôle administratif préalable existant aux Pays-Bas, ou le contrôle judiciaire existant en Allemagne et en Italie (voir chiffre 1 du commentaire de cet article) peut aboutir à une modification de la nouvelle rédaction des statuts décidée par l'assemblée générale.

Si la modification ne présente pas un caractère essentiel, il n'est pas nécessaire de convoquer à nouveau une assemblée générale de la S.E. Le directoire peut procéder lui-même aux modifications exigées.

3. Il n'a pas paru nécessaire de dire encore une fois dans le texte que les instances nationales n'ont pas à vérifier la régularité formelle de la modification des statuts. La régularité de la décision prise par l'assemblée générale de la S.E. est examinée par la Cour de Justice européenne (art. X - 3) et résulte de son ordonnance d'homologation (art. X - 3, alinéa 4). Le système du Statut ne laisse subsister aucun doute à cet égard.

Article X - 5

1. Les dispositions en vigueur dans l'Etat du siège de la société pour la constitution d'une société anonyme et concernant la publication, l'enregistrement et le dépôt s'appliquent par analogie.

2. La transformation doit être publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes avec renvoi à la publication, à l'enregistrement ou au dépôt mentionnés à l'alinéa précédent. Simultané-

ment, les actionnaires doivent être invités à échanger leurs actions. Les actionnaires sont tenus d'effectuer cet échange.

1. Cet article garantit une large publicité. Il faut respecter les dispositions nationales relatives aux publications, aux enregistrements et aux dépôts (*alinéa 1*). Lorsqu'un droit national exige, comme c'est le cas dans la plupart des Etats, la publication in extenso des actes constitutifs, cela veut dire ici que, non seulement la nouvelle rédaction des statuts, mais encore les noms des membres du directoire et du conseil de surveillance doivent être publiés.

La publication a lieu dans les organes officiels prescrits par les lois nationales. En outre, quelques lois exigent parfois une publication dans d'autres journaux.

L'enregistrement correspond à l'enregistrement aux registres nationaux du commerce. Ceux-ci existent dans tous les pays à l'exception de l'Italie et du Luxembourg. Dans ces deux pays, un dépôt est prescrit auprès du greffe du tribunal. C'est pourquoi, outre l'enregistrement, le texte mentionne le dépôt.

2. L'*alinéa 2* exige en outre une publication dans le Journal Officiel des Communautés européennes avec renvoi à la publication, à l'enregistrement et au dépôt qui ont eu lieu sur le plan national conformément à l'*alinéa* précédent. La publication au Journal Officiel des Communautés européennes permettra donc d'être informé de la fin de la procédure de transformation.

Simultanément, les actionnaires doivent être invités à échanger leurs actions. L'invitation, publiée au Journal Officiel des Communautés européennes, paraît suffisante. Aucun délai n'a été fixé pour cet échange. En outre, les actionnaires, qui ont dû donner en assemblée générale et à la majorité qualifiée leur assentiment à la transformation, savent depuis longtemps qu'un échange doit avoir lieu. La deuxième phrase de cet *alinéa* précise que les actionnaires sont obligés d'effectuer cet échange.

Article X - 6

La transformation réalisée, la S.E. continue d'exister comme société anonyme de droit national. La transformation est réalisée à dater du jour où la S.E. aurait acquis la personnalité juridique si elle avait été fondée comme société anonyme relevant de ce droit national.

Cet article fixe la date à laquelle la transformation est accomplie et devient effective. A cet égard, on s'est rallié à l'acquisition de la personnalité morale conformément aux dispositions du droit national auquel la société se soumet. Cette date est différente dans les divers droits. Dans quelques pays, l'inscription au registre du commerce a un effet constitutif. Aux Pays-Bas, une tout autre réglementation est appliquée. Pour cette raison, la préférence doit être donnée à la formule générale contenue dans le texte.

Titre XI

FUSION

Introduction

1. Dans le Titre II, nous avons traité, comme premier mode de constitution d'une S.E., de la fusion de deux ou plusieurs sociétés anonymes constituées conformément au droit d'un des Etats membres de la CEE (sect. 2 du Titre II).

2. Des fusions sont également concevables durant l'existence d'une S.E. A cet égard, entrent non seulement en considération la fusion par constitution nouvelle, mais aussi la fusion par absorption. Cette dernière présente, en comparaison avec la fusion par constitution d'une S.E., un aspect entièrement nouveau.

Il y a lieu de distinguer les cas suivants dans lesquels nous désignerons par l'abréviation S.A. une société anonyme fondée conformément au droit d'un des Etats membres de la CEE.

Constitution nouvelle

a) Fusion d'une S.E. avec une autre S.E.,

b) Fusion d'une S.E. avec une S.A.

Dans les deux cas, nous n'envisageons que la constitution nouvelle d'une S.E. Seule celle-ci a sa place dans le Statut de la S.E. S'il s'agissait d'une fusion par constitution nouvelle d'une S.A., ce cas devrait être réglementé dans la convention élaborée sur la base de l'article 220 du Traité CEE.

Absorption

a) Fusion d'une S.E. par absorption d'une autre S.E.

b) Fusion d'une S.E. par absorption d'une S.A.

Ici aussi n'entrerait en considération pour une réglementation dans le Statut que le cas où la S.E. est la société absorbante. Le cas inverse pourrait être laissé à la convention que nous venons de mentionner.

De l'avis de l'auteur, le Statut devrait donc se limiter aux fusions, sur le plan européen, par constitution nouvelle ou absorption. Ainsi, le champ d'application de la réglementation de la fusion se trouve limité dans ce Statut.

3. Dans la *première section* de ce titre, nous traiterons des fusions par constitution nouvelle ou absorption, auxquelles seules des S.E. participent. Dans la *seconde section*, viendra la réglementation des fusions entre une S.E. et une S.A. par constitution nouvelle ou absorption. Dans le cas d'absorption, la S.E. doit, pour les raisons indiquées sous le point 2, être la société absorbante.

Première section

FUSION DES S.E.

Article XI - 1 - 1

Une S.E. peut réaliser une fusion avec une autre S.E. sans liquidation :

a) par constitution d'une nouvelle S.E. à laquelle le patrimoine des sociétés qui réalisent la fusion

est transmis à titre universel, contre remise d'actions de la nouvelle S.E. (fusion par constitution nouvelle);

b) par transmission à titre universel du patrimoine de la S.E. absorbée à la S.E. absorbante contre remise d'actions de cette société (fusion par absorption).

1. Cette première section traite exclusivement de fusions entre S.E. par constitution nouvelle ou absorption. A ces fusions peuvent participer non seulement deux, mais plus de deux S.E. La fusion entraîne, dans les deux cas, succession à titre universel. Il n'y a pas de dissolution (Titre IX). Les sociétés fusionnantes cessent d'exister (constitution nouvelle) ou bien la société qui transmet son patrimoine disparaît (absorption) sans qu'il y ait de liquidation.

2. L'article s'inspire largement du modèle du paragraphe 339 de la loi allemande sur les sociétés par actions, dont l'alinéa 2 n'a toutefois pas été repris. Ce dernier admet une fusion même dans le cas où la société qui transmet son patrimoine ou une des sociétés qui se réunissent est déjà dissoute et où la continuation de la société pourrait être décidée. Le projet prévoit une autre solution. En cas de dissolution, les liquidateurs peuvent transmettre à titre onéreux le patrimoine de la société dissoute lorsque la contrepartie leur paraît avantageuse. La possibilité de revenir sur la dissolution n'est pas prévue par le projet.

Article XI - 1 - 2

1. La fusion par constitution nouvelle exige de chaque société une décision de l'assemblée générale compétente pour la modification des statuts.

2. Les deux premières sections du Titre II (généralités et constitution par fusion) s'appliquent par analogie dans la mesure où cet article ne contient pas de dispositions dérogatoires. Dans ces sections, il faut alors lire le mot « projet de fusion » au lieu du mot « projet de constitution » et, au lieu de « commissaire-vérificateur », celui de « commissaire aux comptes ».

3. Seuls les documents mentionnés à l'article II - 1 - 1, alinéa 2, a) et b) doivent être joints à la notification auprès de la Cour de Justice européenne.

4. La disposition contenue dans l'article I - 3, relative au capital minimum exigé en cas de fondation par fusion, s'applique ici également.

1. Tant en ce qui concerne la réglementation de la fusion par constitution nouvelle que la réglementation de la fusion par absorption, nous pouvons, dans une large mesure, nous référer aux deux premières sections du Titre II (constitution), qui réglementent la constitution d'une S.E. par fusion de deux ou de plusieurs sociétés anonymes de droit

national à l'intérieur de la CEE. Le Titre XI contiendra donc, dans ses deux sections, un grand nombre de renvois au Titre II. Le Titre XI règle surtout les dérogations à la réglementation donnée dans le Titre II. Du fait du renvoi à la section 2 du Titre II, les garanties contenues dans cette section en faveur des actionnaires et des créanciers sont également reprises ici.

2. L'*alinéa 1* traite de la fusion par constitution nouvelle qui est mentionnée comme premier mode de fondation sous le point *a)* de l'article précédent. La décision par laquelle les assemblées générales des S.E. qui se réunissent, décident la fusion par constitution nouvelle, doit remplir les conditions d'une décision modificative des statuts. Ces conditions sont, pour l'essentiel, mentionnées à l'article VIII - 3.

3. L'*alinéa 2* renvoie aux deux premières sections du Titre II. En vue d'établir une distinction avec la fusion de sociétés anonymes de droit national à laquelle ces sections s'appliquent conformément à l'article I - 3, *alinéa 1, a)*, nous ne parlerons pas, dans le cas de la fusion des S.E. existantes, du projet de constitution, mais du projet de fusion.

4. Ici, un grand nombre de questions peuvent être réglementées plus simplement que dans le Titre II, étant donné qu'il s'agit exclusivement de S.E. déjà existantes. Les sociétés possédant la même forme juridique, les mêmes dispositions s'appliquent en ce qui concerne l'établissement du bilan et la tenue des assemblées générales, ce qui est également important pour le droit d'information des actionnaires. Lors de l'établissement du projet de fusion auquel se rattachent un rapport d'expertise et une motivation de l'évaluation des conditions d'échange, il est possible de recourir aux commissaires aux comptes qui exercent déjà leur activité dans la S.E.

Du fait qu'il s'agit ici de S.E. déjà existantes, il n'est pas nécessaire de joindre en annexe de la notification, les bilans, le compte de profits et pertes et les rapports de gestion pour les trois derniers exercices sociaux. L'*alinéa 3* a donc éliminé la disposition de l'article II - 1 - 1, *alinéa 2 c)* qui doit permettre à la Cour de Justice d'apprécier la situation économique des sociétés fondatrices.

5. L'*alinéa 4* déclare expressément — afin de ne laisser subsister aucun doute — qu'en cas de fusion entre S.E., comme en cas de fondation par fusion de deux ou de plusieurs sociétés anonymes de droit national, un capital minimum d'un million d'unités de compte est nécessaire.

Article XI - 1 - 3

1. La fusion par absorption exige de chaque société une décision de l'assemblée générale compétente pour la modification des statuts.

2. Les deux premières sections du Titre II s'appliquent par analogie, dans la mesure où cet article et l'article suivant ne contiennent pas de dispositions dérogatoires. Dans ces deux sections, il faut alors lire le mot « projet de fusion » au lieu de celui de « projet de constitution » et le terme « commissaire aux comptes » au lieu de celui de « commissaire-vérificateur ».

3. Le projet de fusion indique le rapport d'échange des actions et, le cas échéant, le versement supplémentaire en espèces qui doit être fait par la société absorbante; ce versement ne peut pas dépasser

le dixième du montant nominal total des actions données en échange par la société absorbante.

4. Le rapport de vérification est établi par au moins deux commissaires-vérificateurs impartiaux qui doivent être désignés, à la demande commune des sociétés qui fusionnent, par la Cour de Justice européenne. Les dispositions des articles II - 1 - 5, *alinéa 2*, et VI - 4 - 3 s'appliquent à ces commissaires-vérificateurs.

5. Seuls les documents mentionnés à l'article II - 1 - 1, *alinéa 2, a)* et *b)*, doivent être joints à la notification à la Cour de Justice européenne.

1. La réglementation de la fusion par absorption constitue une nouveauté. Au point de vue économique, un résultat analogue pourrait être atteint par une offre de cession des actions. En ce cas, la S.E., qui doit être absorbée, continue cependant d'exister juridiquement. D'autre part, il n'est nullement certain que tous les actionnaires accepteront l'offre d'échange des actions. La réglementation d'une fusion par absorption est donc certainement justifiée.

2. Les *alinéas 1 et 2* se rattachent aux deux premières sections de l'article précédent. On renvoie donc ici au commentaire de l'article précédent.

3. En principe, dans le cas de fusion par absorption, il faut accorder, aux actionnaires de la société qui transfère son patrimoine, des actions de la société absorbante. Une indemnité en espèces aboutirait au « take-over-bid » mentionné sous 1. On ne peut cependant pas éviter toujours les paiements en espèces parce que, dans le cas d'échange des actions, il peut y avoir des soultes qu'il n'est pas possible d'acquitter en actions. C'est pourquoi, à l'exemple de la loi allemande sur les sociétés par actions (§ 344, *alinéa 2*), l'*alinéa 3* autorise, dans une mesure limitée, un versement complémentaire en espèces. Il s'agit donc ici d'une dérogation au Titre II.

4. L'*alinéa 4* contient une autre dérogation. Etant donné qu'ici (comparer 1 ci-dessus) il existe une analogie économique avec une reprise d'apports en nature, on a repris la réglementation de l'évaluation des apports en nature qui se trouve à l'article III - 1 - 3, *alinéa 4*, relatif à une augmentation de capital par des apports de cette espèce. Comme à l'article III - 1 - 3, pour les apports en nature, l'article XI - 1 - 3 prévoit, en cas de fusion par absorption, une vérification par au moins deux experts impartiaux qui doivent être désignés par la Cour de Justice européenne. Par cette réglementation, on s'est donc écarté du Titre II, dans lequel, certes, une vérification des conditions d'échange des actions est également prévue, mais par les experts qui doivent être désignés par les sociétés fondatrices (comparer article II - 2 - 2, *alinéa 2 b)*). En ce qui concerne la signification du terme « impartiaux », dans ce contexte, nous renvoyons au commentaire relatif à l'article III - 1 - 3, *alinéa 4*. Les experts qui doivent être désignés par la Cour doivent remplir les conditions de l'article II - 1 - 5. Ils possèdent les compétences mentionnées à l'article VI - 4 - 3.

5. L'*alinéa 5* est conforme à l'*alinéa 3* de l'article précédent. Nous renvoyons au commentaire de cet article.

Article XI - 1 - 4

1. L'inscription est publiée avec les indications mentionnées à l'article II - 1 - 6, *alinéa 5* dans les journaux des sociétés qui fusionnent.

2. A compter du jour de la publication au Journal Officiel des Communautés, la société qui a transmis son patrimoine cesse d'exister. A compter de ce jour, la société absorbante est responsable à la place de la société qui a cédé son patrimoine.

1. Cet article traite également de la fusion par absorption. L'*alinéa 1* se relie à l'article II - 1 - 6, alinéa 5. Comme au paragraphe 345 de la loi allemande sur les sociétés par actions, seule est imposée ici, à chacune des sociétés qui se réunissent, l'obligation de publication. Dans la mesure où les journaux de la société sont les mêmes, une publication commune est possible.

2. L'*alinéa 2* est tiré de l'article II - 2 - 7. Toutefois, en cas de fusion par absorption, seule la société qui transfère son patrimoine cesse d'exister. Il résulte encore de l'article II - 2 - 4, paragraphe 4 (voir le commentaire relatif à cet article) que les actionnaires de cette société sont tenus d'échanger leurs actions.

Deuxième section

FUSION D'UNE S.E. AVEC DES SOCIÉTÉS ANONYMES CONSTITUÉES SELON LE DROIT D'UN DES ÉTATS MEMBRES DE LA CEE

Article XI - 2 - 1

Une S.E. peut, sans liquidation, réaliser une fusion avec une société anonyme fondée conformément au droit d'un des États membres de la CEE :

a) par constitution d'une nouvelle S.E. à laquelle le patrimoine des sociétés qui réalisent la fusion est transmis à titre universel contre remise d'actions de la nouvelle S.E. (fusion par constitution nouvelle);

b) par transmission du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante contre remise d'actions de cette société (fusion par absorption).

1. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans l'introduction de ce titre, le Statut ne doit réglementer, de l'avis de l'auteur, que la fusion sur le plan européen. Cela peut se produire à la suite de la constitution nouvelle d'une S.E. par une société anonyme de droit national et une S.E., ou par absorption d'une société anonyme de droit national par une S.E. Seules entrent en considération comme sociétés nationales celles qui sont fondées conformément au droit d'un État membre de la Communauté Economique Européenne. Les deux cas sont réglementés dans cet article sous les points a) et b).

2. Les cas inverses n'ont pas de place dans le Statut. Si en cas de fusion par constitution nouvelle ou par absorption, la société nouvellement constituée ou absorbante était une société anonyme de droit national, la S.E. ne pourrait que se transformer en une société anonyme de ce droit national et, dans une deuxième phase, fusionner selon les dispositions nationales relatives à la fusion.

La seconde possibilité pourrait consister en ce que ces fusions soient réglementées dans la convention qui est préparée sur la base de l'article 220 du Traité CEE. Une in-

clusion de la S.E. dans la convention conclue conformément à l'article 220 du Traité CEE ne peut susciter aucune difficulté. Les conditions pour les décisions de l'assemblée générale de la S.E., tant en ce qui concerne les modifications des statuts que la dissolution, renferment d'importantes garanties (dans la première assemblée générale, la moitié au moins du capital doit être représentée; l'adoption des décisions a toujours lieu à la majorité des 3/4). Il est difficilement concevable que la convention aille encore plus loin.

Article XI - 2 - 2

Les deux premières sections du Titre II (généralités et constitution par fusion) s'appliquent par analogie à la fusion par constitution nouvelle. Il faut alors lire, au lieu de « commissaires-vérificateurs », « commissaires aux comptes » pour la S.E.

Lorsqu'il s'agit d'une fusion par constitution nouvelle d'une S.E., dans laquelle une S.E. ou une ou plusieurs sociétés anonymes fondées conformément au droit d'un État membre apparaissent comme sociétés fondatrices, on peut de nouveau se référer au Titre II (constitution) qui réglemente la fondation d'une S.E. par de telles sociétés anonymes. Ainsi qu'il est prévu au Titre II, un projet de constitution doit être établi. Du côté de la S.E., seuls interviennent, comme commissaires-vérificateurs de la constitution, ses commissaires aux comptes. Pour le reste, on peut, pour expliquer le système utilisé ici de renvoi au Titre II, se référer au commentaire relatif à l'article XI - 1 - 2, chiffre 1.

Article XI - 2 - 3

L'article XI - 1 - 3 doit s'appliquer par analogie à la fusion par absorption d'une société anonyme fondée conformément au droit d'un des États membres de la CEE, tout au moins dans la mesure où l'article II - 2 - 3 s'applique à la décision de l'assemblée générale de la société anonyme.

Pour la fusion par absorption d'une société anonyme de droit national, nous pouvons renvoyer à la réglementation de la fusion par absorption d'une S.E. (article XI - 1 - 3). La décision de l'assemblée générale de la société anonyme de droit national n'a pas à être conforme aux dispositions qui régissent la modification des statuts, mais à celles prévues pour la dissolution. Au reste, l'article II - 2 - 3 s'applique à la société anonyme de droit national.

Article XI - 2 - 4

1. L'inscription est publiée par le directoire de la S.E. avec les indications mentionnées à l'article II - 1 - 6, alinéa 5 dans les journaux de la société.

2. La société anonyme qui transmet son patrimoine doit publier la fusion par absorption dans la forme prescrite pour la publication d'une dissolution par la loi de sa constitution.

3. Le jour de la publication au Journal Officiel des Communautés Européennes, la société anonyme qui transmet son patrimoine cesse d'exister. A

compter de ce jour, la S.E. absorbante est responsable à la place de la société anonyme qui a transmis son patrimoine.

1. Cet article traite également de la fusion par absorption. Les deux premiers alinéas règlent la publication. L'*alinéa 1*

prescrit la publication par la S.E. (cf. art. XI - 1 - 4, alinéa 1), l'*alinéa 2* celle par la société anonyme de droit national.

2. L'*alinéa 3* correspond largement à l'article II - 2 - 7. Pour le reste, nous renvoyons ici au commentaire relatif à l'article XI - 1 - 4, alinéa 2.

Titre XII

DROIT FISCAL

Aucune prescription n'a été élaborée pour ce titre. On s'est actuellement limité au commentaire qui suit.

1. Les aspects fiscaux de la création d'une société anonyme européenne revêtent un très grand intérêt. L'auteur du présent projet ne s'estime cependant pas qualifié pour élaborer en cette matière des propositions détaillées. A son avis, les nombreux problèmes qui se posent à cet égard appellent une étude approfondie menée par un groupe d'experts. Pour sa part, il se bornera à émettre quelques remarques générales.

2. Il faut rappeler en premier lieu que la création d'une S.E. ne peut avoir pour effet d'accorder un traitement privilégié à cette nouvelle forme de société par rapport aux sociétés anonymes relevant du droit national des Etats membres. Dans l'introduction générale déjà, nous avons insisté sur ce point. Par contre, on peut escompter que l'examen des problèmes fiscaux qui se posent à propos de la S.E., précisément parce qu'on ne doit pas les envisager isolément, permettra d'activer les travaux d'harmonisation menés depuis longtemps dans le cadre de la CEE en matière de droit fiscal.

3. Bien que l'auteur ne soit pas expert fiscal, il tient cependant à évoquer ici quelques problèmes soulevés par la création de la S.E. On peut les présenter en trois groupes : — en premier lieu, ceux qui se posent au moment de la constitution; — en deuxième lieu, ceux qui apparaissent lors d'un transfert du siège social à l'intérieur de la CEE; — en troisième lieu, ceux qui se posent durant l'existence de la S.E.

Il ressort déjà de cette énumération que les problèmes évoqués peuvent également se poser aux sociétés anonymes du droit national. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il s'agira de problèmes spécifiques pour la S.E. Selon l'auteur, ces problèmes ne peuvent être résolus qu'en étroite relation avec le droit fiscal national et en tenant compte du principe de la non-discrimination.

4. En cas de création d'une S.E., les différentes possibilités de constitution envisagées au titre II entrent en ligne de compte. S'il s'agit d'une société entièrement nouvelle — dans ce cas il faut penser surtout à une S.E. filiale — le problème de l'impôt sur les sociétés se posera. Il existe à cet égard le projet d'une directive qui tend à proposer aux Etats membres l'application d'un taux uniforme de 1 % (réduit, pour les fusions, à 0,5 %). On pourrait peut-être, pour des raisons de simplification, envisager à nouveau la suppression totale de cet impôt : il en a été déjà question lors des travaux préparatoires à l'élaboration de cette directive. Pour le reste, la constitution d'une nouvelle S.E. ne semble pas soulever de problèmes fiscaux particuliers.

La constitution d'une S.E. par transformation d'une société anonyme nationale posera cependant des problèmes plus graves, même si la transformation ne va pas de pair avec un transfert du siège social (sous 5 ci-dessous). Les règles en matière d'établissement de bilan prévues pour la S.E. pourraient avoir pour effet que des réserves latentes soient mises en évidence. On pourrait dans ce cas se référer aux régimes spéciaux en vigueur dans les divers pays. On pourrait aussi concevoir une harmonisation de ces régimes spéciaux et ce, non seulement par rapport à la S.E., mais de manière tout à fait générale.

Des problèmes correspondants peuvent en effet se présenter dans le domaine national. Le projet limite l'accès à la S.E.

aux sociétés anonymes. Dans l'introduction générale de ce Statut on a souligné que les sociétés jouent en Allemagne un rôle économique différent que dans les autres pays. Mais cela ne doit pas détruire l'égalité des chances puisque sont admises également les sociétés anonymes issues de la transformation d'un autre type de société. En fixant le délai de trois ans prévu dans l'article I - 2, alinéa 2, on a déjà tenu compte de cette transformation. Mais il sera alors nécessaire que dans le domaine national également les réserves latentes soient exonérées de l'imposition des réserves qui se révèlent lors de la transformation nécessaire en société anonyme de droit national, première étape de la constitution d'une S.E. Pour le cas où le transfert du siège serait suivi ultérieurement d'une transformation, on se réfère au point 5 (et 6, alinéa 3).

La constitution d'une S.E. par fusion de deux ou plusieurs sociétés anonymes du même droit national soulèvera des problèmes analogues qui se compliqueront encore davantage s'il s'agit d'une fusion par-delà les frontières. On songera en particulier aux plus-values occultes, non encore taxées, qui, par suite de la fusion internationale, pourraient éventuellement échapper à la taxation par le pays d'origine. Il s'agit là aussi de problèmes qu'il faut résoudre, non pas séparément pour la S.E., mais en principe dans le cadre plus large d'une réglementation générale des fusions internationales.

L'application d'un régime spécial aux fusions internationales réalisées sous forme de S.E. stimulerait sans aucun doute l'utilisation de cette nouvelle forme juridique. Mais le principe de la non-discrimination entre alors immédiatement en jeu. L'application d'un régime spécial de ce genre, qui devrait se référer aux règles nationales (éventuellement harmonisées) en matière de fusion, ne se justifierait aux yeux de l'auteur que si elle pouvait être considérée comme amorçant une réglementation générale des fusions internationales et si elle tenait compte des intérêts des Etats, notamment en ce qui concerne les plus-values non encore taxées.

La constitution d'une S.E.-holding posera la question des conséquences fiscales que devra avoir l'échange des actions. La solution de ce problème pourrait éventuellement être laissée au droit national applicable en l'occurrence.

5. En cas de transfert du siège social dans un autre Etat membre, les mêmes problèmes se posent que dans le cas d'une fusion internationale, et notamment celui des plus-values occultes, non encore taxées, que le pays d'origine voudra taxer au moment de ce transfert. Pour résoudre ce problème, on pourrait envisager un sursis d'imposition, ce qui soulèverait cependant la question de la constitution des garanties nécessaires pour sauvegarder le recouvrement ultérieur de ces impôts. On pourrait envisager également la fixation immédiate des impôts dus, dont le règlement interviendrait sur-le-champ (à taux réduit) ou par paiement différé moyennant garantie octroyée par le pays vers lequel le siège social est transféré. Là aussi, la réglementation devrait être conçue non seulement pour la S.E., mais en général, ce qui suppose toutefois une étroite collaboration entre les autorités fiscales nationales.

6. La taxation de la S.E. durant son existence appelle l'application immédiate du principe de la non-discrimination. Le régime fiscal appliqué à la S.E. ne doit être ni meilleur, ni pire que celui prévu pour les sociétés anonymes du droit national du pays où elle a son siège social.

A l'heure actuelle, les législations fiscales des Etats membres sont encore très divergentes. Il en est ainsi non seulement en matière d'impôts sur les sociétés, mais aussi en matière d'imposition des revenus des membres du directoire et du conseil de surveillance comme des dividendes des actionnaires. Tant qu'on n'aura pas réalisé d'harmonisation en ce domaine, les aspects fiscaux joueront un rôle particulièrement important dans le choix du siège social. Ces aspects interviennent d'ailleurs déjà aujourd'hui lors de toute constitution de nouvelle société.

Mais dans le cas de la S.E., ils joueront un rôle encore plus important, puisque le transfert de siège y est simplifié. D'un autre côté, il ne faudrait pas exagérer l'importance du transfert de siège. Si on peut transférer l'administration centrale, les sièges d'exploitation, eux, sont liés à leur lieu d'implantation.

Pour les S.E. qui ont des sièges d'exploitation dans plusieurs pays, il serait concevable de prévoir une imposition unique au siège de la société avec répartition de l'impôt perçu en fonction d'une clef de répartition convenue. Une telle solution serait concevable d'une manière générale et pas seu-

lement pour la S.E. De l'avis de l'auteur, l'application, même provisoire et à titre d'essai, de cette solution à la seule S.E. ne se justifierait que si on pouvait la considérer comme l'amorce d'une solution générale.

7. Dans tous ces domaines, qui appellent une étude approfondie par un groupe d'experts, la S.E. pourrait servir de levier à l'harmonisation des dispositions fiscales, qui est extrêmement difficile, mais qui, dans le cadre du Marché Commun, est sans aucun doute universellement souhaitée.

8. L'unique raison pour laquelle l'auteur a voulu, dans l'avant-dernier titre de son projet, attirer l'attention sur le droit fiscal, est l'extrême importance pratique des problèmes fiscaux. Ce titre pourrait cependant, à son avis, se borner à faire provisoirement référence au droit national (en prévoyant peut-être quelques dispositions complémentaires relatives à des problèmes particuliers). Une solution définitive ne peut être qu'une « grande solution ». Elle devrait, soulignons-le une nouvelle fois pour conclure, résoudre l'ensemble des problèmes fiscaux et, s'il est possible, être mise en vigueur en même temps que le Statut de la S.E.

Titre XIII

DROIT PÉNAL

Aucune prescription n'a été élaborée pour ce titre. On s'est actuellement limité au commentaire qui suit.

1. Dans chaque Etat contractant, le droit pénal national s'applique en principe dans le cadre de son champ d'application à chaque sujet de droit, quelle qu'en soit la nationalité ou le lieu où il a sa résidence. Une S.E. et ses administrateurs seront également soumis de cette façon au droit pénal national, sans tenir compte du fait que la S.E. est une S.E. de « droit européen » ou de droit national.

A cet égard, la question de l'applicabilité des dispositions pénales nationales à des actes commis à l'étranger peut se poser pour la S.E. parce que celle-ci agira davantage sur le plan international que la plupart des sociétés nationales. A cela s'ajoute la question de savoir dans quelle mesure les administrateurs de la S.E. doivent être extradés entre les Etats contractants. A cet égard, il faut songer que la S.E. pourra sans difficulté transférer son siège d'un pays dans l'autre. Ces questions et d'autres semblables pourraient être réglées dans le traité qui doit servir de base au Statut.

2. Dans tous les droits nationaux, il existe cependant des dispositions pénales particulières applicables aux infractions aux dispositions du droit des sociétés anonymes. Plusieurs droits se bornent à cet égard à quelques dispositions pénales qui sont contenues soit dans la loi sur les sociétés anonymes elles-mêmes (p. ex. §§ 399 à 407 de la loi allemande sur les sociétés par actions) ou dans un code pénal général (comme aux Pays-Bas). D'autres droits connaissent une réglementation pénale détaillée, dans leur loi sur les sociétés anonymes, comme par exemple la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales en ses articles 432 à 489.

L'auteur de ce Statut considère les sanctions pénales dans le droit des sociétés anonymes comme « ultimum remedium ». A son avis, elles sont peu à leur place dans le système équilibré d'une loi sur les sociétés anonymes et devraient dans toute la mesure du possible être évitées. En général, la responsabilité civile des membres du directoire (art. IV - 1 - 9 et IV - 1 - 10) et du conseil de surveillance (art. IV - 2 - 8

et IV - 2 - 9) ainsi que des fondateurs (art. II - 1 - 8) et des vérificateurs aux comptes (art. II - 1 - 8, alinéa 3 et VI - 4 - 4) devrait suffire.

3. En ce qui concerne ces dispositions pénales spéciales du droit national, une double question se pose : leur application à la S.E. et à ses administrateurs est-elle possible, et si oui, est-elle désirable ? Quelques-unes de ces dispositions pénales ne concernent que des sociétés anonymes nationales (p. ex. §§ 399 à 407 de la loi allemande sur les sociétés par actions). Leur application par analogie à la S.E. paraît exclue. Même si cependant quelques dispositions pénales spéciales pouvaient s'appliquer à la S.E., il est douteux que cela soit souhaitable parce que la situation pénale de la S.E. et de ses administrateurs deviendrait alors très différente dans les différents Etats contractants. La loi française contient par exemple cinquante-huit dispositions pénales concernant les sociétés anonymes alors qu'aux Pays-Bas il n'existe que très peu de dispositions de ce genre.

4. Il sera donc bien nécessaire d'insérer dans le Statut quelques dispositions pénales concernant la S.E. et ses administrateurs. Il n'est cependant pas nécessaire que ces dispositions soient des dispositions pénales complètes. Il suffirait de n'établir avec exactitude les éléments constitutifs d'infraction que dans le traité qui doit servir de base au Statut et, pour le reste, de charger les Etats contractants d'assortir ces dispositions de sanctions pénales. On pourrait du reste pour les conséquences pénales comme pour les règles relatives à la tentative, à la complicité, au concours d'infraction, etc. renvoyer au droit national. Ce sont justement ces dernières questions qui rendent impossible une réglementation pénale complète propre à ce Statut.

5. La question de savoir quelles sont les dispositions pénales qui doivent être insérées dans le Statut et quelle forme il faudrait leur donner, devrait, de l'avis de l'auteur, être étudiée, avec tous les problèmes qui s'y rattachent, par un groupe de pénalistes sur la base d'un texte du Statut. L'auteur s'est borné à n'indiquer ici que quelques-uns des problèmes de droit pénal.

BIBLIOGRAPHIE ÉLÉMENTAIRE

Belgique

P. Van Ommeslaghe

La création d'une société commerciale de type européen, *Journal des Tribunaux*, 1960, pp. 457 et s.

Le droit d'information des actionnaires dans une société de type européen, *Revue Pratique des Sociétés*, 1960, pp. 253 et s.

Allemagne

J. Bärmann

Einheitliche Gesellschaftsform für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in *Archiv für die Zivilistische Praxis NF 40* (1961), pp. 97 et s.

Bundesverband der deutschen Industrie

Einheitliche Gesellschaftsform für die E.W.G., Stellungnahme vom 2.12.1960 zum Schreiben der Kommission der E.W.G. an die « Union des Industries de la C.E.E. » vom 12.4.1960 (Doc. IV/4729/61-D).

Duden

Internationale Aktiengesellschaften, in *RabelsZ 27* (1962), pp. 82 à 111.

Eder

Europäische Handelsgesellschaft, in *GmbH - Rundschau 11* (1965), pp. 220 à 225.

Grossfeld

Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und nationales Recht, *EVGHE X*, 1251, in *JUS* 1966, pp. 347 et s.

France

Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen, Paris 16-18 juin 1960, compte rendu des travaux. Supplément n° 27 de la *Revue du Marché Commun* 3, 1960, p. 80 (C.I.S.T.E.).

J. Chevallier

Pour une société par actions de type européen, *Banque* 1960, pp. 495 à 497.

J. Foyer

La proposition française de création d'une société de type européen. *Revue du Marché Commun* 1965, pp. 268 à 273.

W. Garcin

Projet d'une société anonyme à statut européen, *Il diritto dell'economia*, 1961, pp. 182 à 198.

Pour une société anonyme à vocation européenne, *Il diritto dell'economia* 1961, pp. 1000 à 1017.

Pour une société commerciale à « statut » ou à « fonctionnement » européen. *Direction* 1965, pp. 485 à 487.

R. Houin

Le régime juridique des sociétés dans la CEE, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, pp. 24 et s.

- G. Marty Les sociétés internationales, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 27 (1962), pp. 73 à 88, et *Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen* 4 (1961), pp. 98 et s.
- C. Thibierge Le statut des sociétés étrangères, *Le statut de l'étranger et le Marché Commun*, 57^e Congrès des Notaires de France tenu à Tours en 1959, Paris — Librairies Techniques — 1959, pp. 270 et s., 352, 360 et s.
- M. Vasseur Quelques arguments pour une société de type européen, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1964, pp. 135 à 161, *De Naamloze Vennootschap* 1964, pp. 1 à 8, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 127 (1964-65), pp. 177 à 199. *The Journal of Business Law*, Oct.-Nov. 1964 et Janvier 1965; *Revue des Sociétés* 1965, pp. 18 à 37; *Journal des Tribunaux* 1965, pp. 1 à 5.
- L. Willemetz Une société de type européen, *Revue du Marché Commun*, 1960, pp. 38 et s.
- Italie*
- A. Beneduce Per una disciplina europea delle società per azioni; *Il bilancio*, *Rivista del diritto commerciale* 60 (1962), pp. 186 et s.
- G. Minervini Alcuni problemi connessi alla creazione di una società di tipo europeo, *Rassegna Economica — Atti del convegno di Padova* (pubblicati dal CISCE, 1966).
- A. Valenti Alcune osservazioni su un progetto francese per la creazione di una società commerciale di tipo europeo, *Il diritto negli scambi internazionali*, 1965, pp. 79 à 83.
- Pays-Bas*
- W.C.L. van der Grinten Contre une société de type européen, *De Naamloze Vennootschap* 1964-1965, pp. 8 et s. (à propos de l'article de M. Vasseur dans la même revue).
- P. Sanders Naar een Europese N.V. ? Leçon inaugurale à l'Ecole des Hautes Etudes Economiques, Rotterdam, 22 octobre 1959, Zwolle 1959, versions abrégées in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters* 1960, pp. 1 à 5 et in *Rivista delle Società* 1959, pp. 1163 à 1176 et in *Le Droit Européen*, janvier 1960, pp. 9 et s.
- Suisse*
- R. Patry La société anonyme de type européen. *Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry*, Genève 1964, pp. 29 et s.
- Mario Wang Die europäische Aktiengesellschaft in der E.W.G., Fribourg (Suisse) 1964, 151 p.

ÉTUDES

parues à ce jour dans la série « concurrence » (1) :

8153 — N° 1

**La réparation des conséquences dommageables
d'une violation des articles 85 et 86
du traité instituant la CEE**
1966, 74 p. (f, d, i, n) FF 7,— FB 70,-

8176 — N° 2

**Politique économique et problèmes
de la concurrence dans la CEE
et dans les pays membres de la CEE**
1966, 68 p. (f, d, i, n) FF 10,— FB 100,-

8182 — N° 3

**Le problème de la concentration
dans le Marché commun**
1966, 26 p. (f, d, i, n) FF 5,— FB 50,-

8183 * — N° 4

**Enquête sur la situation des petites
et moyennes entreprises dans les
pays de la CEE**
1966, 108 p. (f, d, i, n) FF 18,— FB 180,-

8217 — N° 5 (en préparation)

SERVICES DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(1) Les signes abrégatifs f, d, i, n et e indiquent les langues dans lesquelles les textes ont été publiés (français, allemand, italien, néerlandais et anglais).

BUREAUX DE VENTE

FRANCE

*Service de vente en France des publications
des Communautés européennes*
26, rue Desaix – Paris 15e
Compte courant postal : Paris n° 23-96

BELGIQUE

Moniteur belge – Belgisch Staatsblad
40, rue de Louvain – Leuvenseweg 40
Bruxelles 1 – Brussel 1

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
9, rue Goethe – Luxembourg

ALLEMAGNE

Verlag Bundesanzeiger
5000 Köln 1 – Postfach
Fernschreiber: Anzeiger Bonn 8 882 595

PAYS-BAS

Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf
Christoffel Plantijnstraat – Den Haag

ITALIE

Libreria dello Stato
Piazza G. Verdi 10 – Roma

Agenzie:

Roma – Via del Tritone 61/A e 61/B

Roma – Via XX Settembre

(Palazzo Ministero delle Finanze)

Milano – Galleria Vittorio Emanuele 3

Napoli – Via Chiaia 5

Firenze – Via Cavour 46/r

GRANDE-BRETAGNE ET COMMONWEALTH

H.M. Stationery Office
P.O. Box 569
London S.E. 1

ETATS-UNIS D'AMERIQUE

European Community Information Service
808 Farragut Building
900-17th Street, N.W.
Washington, D.C., 20006

AUTRES PAYS

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
2, place de Metz – Luxembourg
Compte courant postal : Luxembourg n° 191-90

SERVICES DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

8213*/1/V/1967/5

FF 30,- FB 300,- DM 24,- Lit. 3750 Fl. 22,- £2.3.0 \$6.00
