

Vingt-cinq ans après le Règlement instaurant la société européenne et neuf ans après la directive relative à certains aspects du droit des sociétés, la Commission Européenne a publié une proposition de Règlement visant à introduire une nouvelle forme sociale européenne, l'EU Inc., qui s'ajouterait à toutes celles existant dans les droits internes créant donc un 28^{ème} régime juridique pour les sociétés au sein de l'UE.

L'objectif de ce texte est double. Il s'agit, d'une part, de contribuer au renforcement de la compétitivité des sociétés au sein du marché unique. Mais il est aussi question, d'autre part, de fournir de meilleures conditions pour créer et développer une activité économique sous forme sociale. Sont particulièrement visées les start-ups et autres entreprises innovantes, sans

toutefois qu'elles ne représentent les seules cibles de ce texte. Pour parvenir à cet objectif, deux moyens sont avancés. Un cadre commun de constitution est établi pour ces « EU Inc. », ainsi que des règles de fonctionnement social présentées comme efficaces et simples.

La mise en place d'un cadre constitutif commun

Les EU Inc. peuvent être constituées par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, dont la responsabilité est limitée à leur apport. Cette constitution peut se faire *ex nihilo*, par le biais d'une transformation, fusion ou scission, soit interne, soit transfrontière.

Principe de primauté du droit de l'Union oblige, les règles applicables à l'EU Inc. seront d'abord celles fixées par le règlement. Mais, plus étonnant, la proposition prévoit que les statuts, lorsqu'ils « sont conformes au règlement » priment le droit interne. Le droit applicable à l'EU Inc. serait donc d'abord celui fixé par le texte de droit dérivé, puis par les statuts et enfin, pour les sujets qui ne seraient abordés ni par l'un ni par l'autre, par le droit national. Les statuts, conformes au règlement mais contraires au droit national, primeraient donc le droit national.

Même si la proposition de règlement instaure un 28^{ème} régime, le rattachement aux droits des États membres n'est pas totalement effacé. En effet, les EU Inc. devraient s'immatriculer dans un État membre, en suivant une procédure intégralement dématérialisée. Les statuts devraient être, de préférence, numériques, rédigés dans une langue de l'État membre d'immatriculation, ET dans une langue « habituelle dans la sphère des affaires internationales », périphrase pour désigner l'anglais. Autrement dit, une EU Inc. qui s'immatriculerait en France déposerait deux exemplaires de ses statuts : celui en français, et sa traduction anglaise. En cas de divergence de traduction, le texte prévoit deux régimes. Si les statuts utilisés sont les statuts standards proposés par la Commission, les deux traductions auraient la même valeur ; à défaut, les statuts rédigés dans la langue de l'État d'immatriculation primeraient.

A compter de l'immatriculation, donnant lieu à un contrôle préalable formel de la part d'une autorité judiciaire ou administrative ou d'un notaire, l'EU Inc. disposerait de la personnalité morale et aurait la possibilité de reprendre les actes conclus en son nom avant son immatriculation. Le texte n'étant pas disert sur les modalités de reprise, il reviendra aux statuts de les fixer. A défaut, les modalités de l'article 6 du décret du 3 juillet 1978, et notamment la reprise balai par décision de l'assemblée, s'appliqueraient pour les EU Inc. immatriculées en France.

La proposition de règlement prévoit qu'une EU Inc. pourrait être formée sans capital social minimum – contrairement à la Société Européenne – avec des apports en numéraire ou en nature, mais aussi des apports en industrie. Dans le cas de l'apport en nature, un principe d'évaluation à dire d'expert – nommé judiciairement ou par une autorité administrative – est prévu, sauf stipulation statutaire ou une décision d'actionnaires permettant de se passer de l'intervention de ce tiers. Contrairement au droit des sociétés anonymes actuel, en cas de « surévaluation significative », seul l'apporteur serait responsable civilement de la différence entre la valeur réelle et la valeur retenue.

Les droits sociaux dans cette société seraient représentés par des actions pouvant être négociées sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation. Ces actions seraient, en principe, émises sans valeur nominale (*no par-value share*) et ne représenteraient en conséquence pas une fraction du capital social. Ce mécanisme, très peu connu du droit français et interdit en droit britannique, est principalement utilisé outre-Atlantique et permet, par sa flexibilité, de lever des fonds plus facilement, le nombre d'actions émises ne respectant pas la règle de proportion au regard de l'apport effectué. Cette décorrélation entre les actions et le capital social pourrait toutefois être écartée, car la proposition de règlement prévoit que les statuts pourraient fixer une valeur nominale aux actions. Un choix devrait toutefois être fait, une même EU Inc. ne pouvant émettre des titres avec et sans valeur nominale.

Le siège social et son administration centrale devraient, évidemment, figurer au sein d'un État membre de l'Union. En revanche, rien n'indique que cet État membre soit celui d'immatriculation, une EU Inc. pouvant donc s'immatriculer en France et avoir son administration centrale ou son principal établissement au Luxembourg ou en Irlande.

Un fonctionnement social « simple » ✓

La gouvernance de l'EU Inc. comprendrait deux organes sociaux : un conseil et une assemblée générale. Si cette structure est simple car duale, son mode de fonctionnement est plus complexe.

D'une part, le conseil serait composé d'administrateurs. Les statuts en fixeraient le nombre, la proposition de règlement se contentant d'affirmer que le conseil doit être composé « d'une personne physique ou plus ». Ce conseil exercerait les pouvoirs non dévolus à l'assemblée par la lettre du règlement et des statuts ; ce qui impliquerait que le conseil serait investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il reviendrait donc aux membres de ce conseil de représenter « conjointement » la société. La proposition de règlement ne précise toutefois pas comment une telle représentation conjointe s'exercerait : faudrait-il une délibération au sein du conseil pour engager la société, et le cas échéant, quelles en seraient les règles (fixation d'un quorum, règles de majorité) ? Les statuts devraient régler ces questions et leur silence pourrait être source de sérieuses inquiétudes. Pour éviter cet écueil, les statuts pourraient confier la représentation à un ou plusieurs membres du conseil, leur publication rendant la représentation opposable *erga omnes*.

Les membres du conseil devraient agir conformément aux statuts, à l'intérêt social, dans le respect des devoirs fiduciaires bien connus des droits anglo-américains : la diligence, la compétence et la vigilance raisonnable. En conséquence, ils engageraient leur responsabilité à l'égard de la société en cas de manquement à ces devoirs, de violation des statuts ou des dispositions du règlement, à la condition que la société subisse un préjudice, résultant d'une perte ou d'un dommage. Afin de limiter cette responsabilité, le principe de la *business judgment rule* est inscrit dans la proposition, permettant aux membres du conseil d'échapper à leur responsabilité en cas d'agissement dommageable à la société commis de bonne foi, avec la vigilance d'une personne raisonnablement prudente et la croyance raisonnable que l'acte était conforme à l'intérêt social.

La question des conflits d'intérêts est évoquée par la proposition de règlement mais, contrairement à notre droit interne, ne donnerait lieu qu'à une procédure déclarative : le membre du conseil en situation de conflit d'intérêts devrait informer le conseil de sa situation. Si une décision sociale était prise en lien avec ce conflit d'intérêts, le membre du conseil ne devrait pas y participer. Le texte ne prévoit pas les conséquences attachées à la méconnaissance de ce mécanisme, ce qui est regrettable.

D'autre part, l'assemblée des actionnaires regroupe les porteurs de toutes les actions, que plusieurs catégories d'actions aient été créées ou non. Les exigences formelles du vote au sein de l'assemblée sont peu contraignantes, car les résolutions peuvent être votées lors de réunions physiques, virtuelles, hybrides et même par signature d'une résolution écrite. En revanche, et plus étonnamment, la proposition de règlement fixe un quorum à 50 % des actions bénéficiant du droit de vote détenues par des associés présents ou représentés, ce qui est particulièrement élevé. La proposition de règlement ménage la possibilité d'abaisser le quorum, à condition que les statuts le prévoient. Les règles de majorité seraient en revanche, plus classiques : la majorité simple pour les décisions ordinaires, et la majorité des deux-tiers pour la modification des statuts, à moins que lesdits statuts en disposent autrement. Un durcissement, comme un allègement de ces conditions de majorité seraient donc envisageables.

Enfin, une double protection des actionnaires est prévue par la proposition : une protection de leurs prérogatives, car aucune modification de leurs droits, préférences ou privilèges spécifiques ne pourrait intervenir sans leur accord, sans doute unanime et une protection de leurs intérêts en cas de comportement « oppressif » de la part de la société. Une fois encore, le parallèle avec le droit anglo-américain est patent, le recours pour oppression existant en droits britannique ou canadien. Seraient visés les cas dans lesquels les droits d'un minoritaire seraient volontairement et gravement atteints. Il y aurait là un lien à faire avec l'atteinte aux intérêts des minoritaires connue de l'abus de majorité. Plutôt que de prévoir une procédure d'indemnisation, la proposition de règlement suggère une procédure judiciaire par laquelle le minoritaire opprimé pourrait se retirer de la société et donc se faire racheter ses actions.

La proposition de Règlement instaurant un 28^{ème} régime en est à ses premières étapes, mais le processus, selon la volonté de la Commission, pourrait aboutir dès 2027. D'ici là, il ne fait aucun doute que des précisions seront apportées afin de rendre cette proposition parfaitement opérationnelle, et que la Chambre de commerce de l'Industrie de Paris Ile de France aura son rôle à jouer.

MATTHIEU ZOLOMIAN
Maître de conférences –
Université d'Angers

