

que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance^[1]. Les limitations aux pouvoirs des organes sociaux qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées^[2].

56. Effet des actes accomplis par les organes sociaux. La Première Directive prévoit que la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même s'ils dépassent son objet social, sauf si ces actes excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes. Toutefois, les États membres peuvent prévoir que la société n'est pas engagée si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer. La seule publication des statuts n'est pas suffisante pour constituer cette preuve^[3].

§ 3. Cas de nullité de société

57. La Première Directive prévoit que la nullité doit être prononcée par décision judiciaire et seulement pour les cas limitativement prévus dans la directive, qui sont d'interprétation stricte^[4]. Les cas visés sont: (i) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique (l'acte constitutif et les statuts de la société, ainsi que leurs modifications, doivent être passés par acte authentique dans les États membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution), (ii) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société, (iii) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social, (iv) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social, (v) l'incapacité de tous les associés fondateurs et (vi) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux.

58. Une décision judiciaire prononçant la nullité et publiée est opposable aux tiers conformément aux dispositions régissant la publicité. Lorsque le droit national prévoit un droit de tierce opposition à une telle décision, cette opposition n'est recevable que pendant six mois à compter de la publication de la décision. La nullité entraîne la dissolution de la société. La nullité ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des engagements de la société ou de ceux pris envers elle (c'est la liquidation qui produit ces effets). Les effets de la nullité entre associés sont réglés par les législations nationales des États membres.

Section 2. Réglementations visant les sociétés par actions en particulier

59. Les premières sociétés par actions sont apparues en Europe au 17e siècle, avec les compagnies des Indes destinées à exploiter les nouvelles colonies. Les similitudes dans l'organisation de ces compagnies au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en France sont incontestables. Par exemple, la consécration de la liberté d'établissement par la France en

^[1] Art. 9 de la Première Directive.

^[2] Art. 10(2) de la Première Directive.

^[3] Art. 10(1) de la Première Directive.

^[4] Art. 12 de la Première Directive.

1867 a eu lieu sous la pression de sociétés françaises qui, dans un contexte économique compétitif, s'estimaient défavorisées par rapport aux sociétés britanniques qui n'avaient plus besoin d'une autorisation gouvernementale pour s'immatriculer depuis 1844. Ces compagnies ont marqué le début du droit moderne des sociétés. Cette approximation des règles de droit des sociétés, qui a donc existé dès le début non seulement entre les pays de *civil law* de l'Europe, mais aussi entre ces pays et le Royaume-Uni, a été relancée avec la création de l'UE^[1].

60. La Deuxième Directive européenne en droit des sociétés a été adoptée en 1976 et, suite à de nombreuses modifications, elle a été remplacée par la Directive 2011/30/UE. Nous avons vu qu'à travers la Première Directive, les institutions européennes sont intervenues sur trois points spécifiques, visant les sociétés de capitaux en général, dont les sociétés par actions. Avec la Deuxième Directive, les institutions européennes ont harmonisé, uniquement pour les sociétés par actions, d'autres matières.

61. La Deuxième Directive concerne la constitution des sociétés par actions, les exigences minimales en matière de capitaux propres lors de la constitution, les distributions aux actionnaires, le rachat d'actions par la société, ainsi que les modifications du capital (augmentation ou réduction). Une proposition de cinquième directive tendant à coordonner les garanties exigées des sociétés par actions en ce qui concerne leur structure ainsi que les pouvoirs et obligations de leurs organes a initialement été présentée en 1972. De nombreuses modifications ayant été apportées au projet initial, une nouvelle proposition a été présentée en 1983. Finalement, la proposition n'a pas abouti, et ne se trouve plus à l'ordre du jour des travaux des institutions européennes. L'échec est le résultat, parmi d'autres éléments, de la dispute entre l'Allemagne et beaucoup d'autres États membres de l'UE sur la question de savoir si le système moniste ou le système dualiste de direction devait obligatoirement être le système de référence en Europe pour la direction des sociétés par actions (voir *infra* no. 350-362).

62. Nous viserons donc successivement les réglementations européennes en matière de contenu des actes constitutifs (§ 1), capital social minimal (§ 2), distributions aux actionnaires (§ 3), rachat de ses actions par la société (§ 4), augmentation de capital (§ 5) et réduction de capital (§ 6).

§ 1. Contenu des actes constitutifs

63. La Deuxième Directive prévoit une liste des indications qui doivent obligatoirement figurer dans les statuts, dans l'acte constitutif ou dans un document séparé soumis à la publicité régie par la Première Directive^[2]. Celles qui doivent figurer sans les statuts ou l'acte constitutif sont: (i) la forme et la dénomination de la société, (ii) l'objet social, (iii) indications concernant le montant du capital autorisé et souscrit, (iv) les règles qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes légaux de

^[1] Ducouloux-Favard C., „L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie”, RIDC, 1992, p. 849 et s.; Pistor K., Keinan Y., Kleinheisterkamp J., West M. D., „The Evolution of Corporate Law. A Cross-Country Comparison”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2002, no. 23, p. 791 et s.

^[2] Art. 3-4 de la Deuxième Directive.

la société, ainsi que la répartition des compétences entre ces organes (dans la mesure où elles ne résultent pas de la loi) et (v) la durée de la société^[1].

64. Peuvent être inclus dans un document séparé les indications suivantes: (i) le siège social, (ii) pour chaque catégorie d'actions, (x) la valeur nominale des actions souscrites et, au moins annuellement, le nombre de ces actions, (y) le nombre des actions souscrites sans mention de valeur nominale (lorsque la législation nationale autorise l'émission de telles actions) et (z) les conditions particulières qui limitent la cession des actions, (iii) la forme, nominative ou au porteur, des actions, ainsi que toute disposition relative à la conversion de celles-ci, (iv) le montant du capital souscrit versé au moment de la constitution, (v) la valeur nominale des actions ou, à défaut de valeur nominale, le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, ainsi que l'objet de cet apport et le nom de l'apporteur, (vi) l'identité des personnes qui ont signé les statuts ou l'acte constitutif (ou les projets), (vii) le montant total, au moins approximatif, de tous les frais de constitution et (viii) tout avantage particulier attribué à quiconque a participé à la constitution de la société^[2].

§ 2. Capital social minimal

65. La Deuxième Directive prévoit l'existence d'un capital minimal (qui ne peut pas être inférieur à 25.000 euros) pour la constitution d'une société par actions. Ce montant sera réévalué tous les cinq ans^[3]. Le capital souscrit ne peut être constitué que par des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique. Toutefois, ces éléments d'actif ne peuvent être constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou la prestation de services^[4]. En principe, les actions ne peuvent pas être émises pour un montant inférieur à leur valeur nominale ou leur pair comptable^[5]. Les actions émises en contrepartie d'apports en numéraire doivent être libérées au moment de la constitution dans une proportion non inférieure à 25% de leur valeur nominale ou leur pair comptable. Les actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à partir du moment de la constitution^[6].

66. En vue d'éviter les fraudes, la Deuxième Directive contient des dispositions détaillées concernant les apports autres qu'en numéraire^[7]. En particulier, ces apports doivent faire l'objet d'un rapport d'un expert indépendant, décrivant et évaluant les apports, soumis à une publicité conformément à la Première Directive. Ce rapport peut ne pas être nécessaire en cas de fusion ou scission, étant remplacé par le rapport sur le projet de fusion ou de scission (voir *infra* no. 99). Plusieurs autres exceptions à la nécessité de ce rapport sont prévues (par exemple, sous certaines conditions, pour les apports en valeurs mobilières de sociétés cotées ainsi que d'autres apports pour lesquels la „juste valeur” peut être facilement évaluée). La directive met aussi en place des procédures visant à protéger les intérêts des tiers dans les situations où ce rapport n'est pas établi (par exemple, des mesures de publicité).

^[1] Art. 3 de la Deuxième Directive.

^[2] Art. 4 de la Deuxième Directive.

^[3] Art. 6 de la Deuxième Directive.

^[4] Art. 7 de la Deuxième Directive.

^[5] Art. 8 de la Deuxième Directive.

^[6] Art. 9 de la Deuxième Directive.

^[7] Art. 10-12 de la Deuxième Directive.

67. De plus, la Deuxième Directive prévoit, dans certaines conditions, un rapport d'expert et un vote en assemblée générale pour les acquisitions par une société d'éléments d'actif appartenant à ses fondateurs dans les deux ans après la constitution de la société, si la contre-valeur de ces acquisitions est d'au moins un dixième du capital souscrit. Enfin, les actionnaires ne peuvent pas être exemptés de l'obligation de fournir leur apport^[1].

68. Les avis sont fortement partagés dans la doctrine et parmi les législateurs nationaux sur l'opportunité de maintenir une exigence de capital minimal pour les sociétés de capitaux en général^[2]. C'est la raison pour laquelle il existe toujours d'importantes différences entre les États membres à cet égard^[3].

69. (a) Capital social minimal dans les sociétés à responsabilité limitée. Il n'existe pas un minimum européen applicable aux sociétés à responsabilité limitée. Pour cette raison, certains États membres ont généralisé une absence de minimum pour toutes les sociétés sauf les sociétés par actions qui sont assujetties au minimum européen. Il s'agit, par exemple, de la Bulgarie, du Chypre, de la France, de l'Irlande, des Pays-Bas, du Portugal et du Royaume-Uni. D'autres États membres ont prévu au moins une forme sociétaire nationale pour laquelle aucun minimum n'est requis (par exemple, l'Allemagne, la Croatie, le Danemark ou la Grèce). Au pôle opposé, certains États membres restent très attachés à la notion de capital social comme protection des créanciers, en le maintenant à un niveau relativement élevé (par exemple l'Autriche, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, la Hongrie, l'Italie, la Slovénie, la République tchèque, le Danemark, la Suède et la Slovaquie).

70. En France, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, il n'existe pas de minimum pour les sociétés à responsabilité limitée (SARL, SAS, Ltd et BV, respectivement). En Allemagne, le minimum est de 25.000 euros pour la GmbH mais le minimum a été supprimé pour la GmbH UG. En Roumanie, il existe un minimum d'environ 50 euros pour la SRL^[4].

71. Compte tenu de ces importantes différences d'approche beaucoup s'interrogent sur l'opportunité que les États membres introduisent un test de solvabilité qui s'ajoutera à l'exigence d'un capital social minimal, la Deuxième Directive ne l'interdisant pas^[5]. Le Parlement européen a estimé que les réformes de la Deuxième Directive devraient se concentrer sur une simplification accrue plutôt que d'introduire un régime alternatif pour

^[1] Art. 13-14 de la Deuxième Directive.

^[2] Ewang F., „An Analysis and Critique of the European Union's Minimum Capitalization Requirement”, 20 septembre 2007.

^[3] Gerven (Van) D., *Capital Directive. The Rules on Incorporation and Capital of Limited Liability Companies*, Éd. Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

^[4] Art. L. 223-2 FR-CCom et art. 11(1) de la Loi no. 31/1990 sur les sociétés.

^[5] Ces questions, qui ne sont pas nouvelles, avaient été posées, en 2007, dans le cadre d'une consultation, et surtout, dans une étude, publiée en 2008. V. Commission européenne, Directorate General Internal Market and Services, „Synthesis of the reactions received to the Commission communication on a simplified business environment for companies in the areas of company law, accounting and auditing”, décembre 2007; KPMG, Rapport à la Commission européenne, „Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU accounting regime”, janvier 2008.

la formation et la préservation du capital, qui seraient mieux laissés à la discrétion des législateurs nationaux^[1].

72. (b) Capital social minimal dans les sociétés par actions. Nous avons vu que la Deuxième Directive prévoit un capital social minimal de 25.000 euros pour les sociétés par actions. Pourtant, des disparités importantes entre États membres existent également. Le capital social minimal requis est généralement fixé à un montant significativement supérieur au minimum européen dans une majorité d'États membres. Il est égal au minimum européen de 25.000 euros seulement dans une minorité d'États membres, qui sont généralement des États membres qui transposent les instruments européens sans modifications majeures au niveau national (la Bulgarie, le Chypre, la Hongrie, l'Estonie, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie). Dans un certain nombre d'États membres, le minimum est encore plus élevé s'il s'agit d'une société par actions „publique” ou cotée (par exemple, en Bulgarie, en Hongrie ou en République tchèque).

73. En France, le capital social minimal pour toutes les SA est de 37.000 euros, la France ayant supprimé en 2009 le minimum spécial applicable aux SA „faisant appel public à l'épargne” qui était de 225.000 euros^[2]. En Allemagne, le capital social minimal pour toutes les AG est de 50.000 euros. Au Royaume-Uni, il est de 50.000 livres sterling (environ 57.000 euros) pour toutes les plc. Aux Pays-Bas, le capital social minimal pour toutes les NV est de 45.000 euros. Enfin, en Roumanie, le capital social minimal pour toutes les SA est égal au minimum européen de 25.000 euros (90.000 lei)^[3]. Ces différences ne se justifient pas *a priori*. Leur harmonisation serait souhaitable dans un souci de clarté, autour du minimum européen ou de son double, en parallèle avec la suppression des minimums nationaux spéciaux applicables aux sociétés cotées qui sont parfois de nature à empêcher l'accès de sociétés en bon état au financement représenté par les marchés financiers (par exemple, le minimum de 700.000 euros applicable aux AS publiques en République tchèque).

§ 3. Distributions aux actionnaires

74. La Deuxième Directive prévoit que des distributions aux actionnaires (dividendes) ne peuvent être faites si, à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait, à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. La directive définit également le montant maximal d'une telle distribution aux actionnaires ainsi que les conditions auxquelles les États membres devraient soumettre le versement d'acomptes sur dividendes, lorsque la législation nationale les permet. Les États membres peuvent exempter les „sociétés d'investissement à capital fixe”^[4]. Enfin, toute distribution faite en violation de ces dispositions doit être restituée par les actionnaires qui l'ont reçue, si la société prouve qu'ils connaissaient l'irrégularité des distributions faites en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances^[5].

^[1] Parlement européen, Résolution sur l'avenir du droit européen des sociétés, P7_TA(2012)0259, 14 juin 2012.

^[2] Art. L. 224-2 FR-CCom.

^[3] Art. 10(1) de la Loi no. 31/1990 sur les sociétés.

^[4] Art. 17 de la Deuxième Directive.

^[5] Art. 18 de la Deuxième Directive.

§ 4. Rachat de ses actions par la société

75. La Deuxième Directive interdit à une société par actions de souscrire à ses propres actions^[1] mais la législation d'un État membre peut permettre à une société d'acquérir ses propres actions, sous certaines conditions. Cette interdiction a été étendue aux filiales et sous-filiales. Si le rachat est permis, les États membres doivent le soumettre aux conditions suivantes: (i) l'autorisation d'acquérir doit être accordée par l'assemblée générale, qui fixera les modalités des acquisitions envisagées, (ii) les acquisitions passées et courantes d'une société ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer et (iii) l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées et peuvent également rajouter d'autres conditions proposées par la directive, par exemple, l'inscription dans l'acte constitutif et ou les statuts de cette autorisation et de ses modalités.

76. La directive permet aux États membres d'exempter du vote de l'assemblée générale les acquisitions (i) nécessaires afin d'éviter à la société un dommage grave et imminent ou (ii) en vue d'une distribution des actions acquises au salariés^[2].

77. De plus, l'interdiction de rachat peut ne pas être appliquée dans certains cas, par exemple, aux acquisitions à la suite d'une réduction de capital ou une transmission de patrimoine à titre universel ou encore aux acquisitions en vertu d'une obligation légale ou décision judiciaire (fusion, transfert de siège, changement de l'objet ou de la forme sociale) ou en vue de dédommager les actionnaires minoritaires, dans quels cas les actions acquises doivent être cédées en principe dans un délai de trois ans à compter de leur acquisition et, à défaut de cession, doivent être annulées^[3]. Les actions acquises en violation de la directive doivent être cédées dans un délai d'un an à compter de leur acquisition et, à défaut de cession, doivent être annulées^[4]. Le droit de vote est suspendu pour les actions ayant fait l'objet d'un rachat permis par la directive et le rapport de gestion de la société doit contenir certaines informations sur cette catégorie d'actions, notamment les raisons des acquisitions et le nombre et la fraction du capital souscrit qu'elles représentent^[5]. La Deuxième Directive prévoit également des garanties pour les cas où une société par actions avance des fonds, accorde des prêts ou donne des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers. Ces opérations (i) doivent avoir lieu „à de justes conditions de marché” et la souscription à un „juste prix”, et (ii) sont soumises à un vote de l'assemblée générale, qui doit recevoir un rapport écrit de l'organe d'administration ou de direction de la société. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations courantes des banques et autres établissements financiers, aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions par ou pour les salariés ni aux „sociétés d'investissement à capital fixe”^[6].

78. Enfin, sont également interdites la souscription, l'acquisition ou la détention d'actions d'une société par actions par une autre société du groupe dans laquelle la première société „dispose directement ou indirectement de la majorité des droits de vote ou sur laquelle

[1] *Id.*

[2] Art. 21 de la Deuxième Directive.

[3] Art. 22 de la Deuxième Directive.

[4] Art. 23 de la Deuxième Directive.

[5] Art. 24 de la Deuxième Directive.

[6] Art. 25 de la Deuxième Directive.

elle peut exercer directement ou indirectement une influence dominante". L'introduction de ces dispositions^[1] dans la Deuxième Directive a été rendue nécessaire par l'échec des discussions sur une éventuelle neuvième directive concernant les groupes de sociétés (voir *infra* no. 208-225). En ce sens, la Deuxième Directive invite les États membres à définir les cas dans lesquels il est présumé qu'une société par actions est en mesure d'exercer une influence dominante sur une autre société et les cas dans lesquels une société par actions est considérée comme disposant indirectement des droits de vote. Dans tous les cas, les droits de vote correspondant à ses actions sont suspendus pour la durée de leur détention.

79. Lorsque la législation d'un État membre autorise les sociétés à émettre des actions rachetables, la Deuxième Directive établit des conditions minimales applicables au rachat de ces actions^[2].

§ 5. Augmentation de capital

80. La Deuxième Directive prévoit des règles en ce qui concerne l'organe compétent pour décider d'une augmentation de capital, les conditions et un droit de préférence en faveur des anciens actionnaires.

81. Compétence. C'est à l'assemblée générale que revient la charge de décider d'une augmentation de capital. Une exception est prévue dans le cas où l'acte constitutifs, les statuts ou une décision de l'assemblée générale autorisent un organe de la société de décider une augmentation, en fixant le montant maximal. Une telle autorisation peut avoir une durée maximale de cinq ans, renouvelable^[3]. Les législations nationales ne peuvent déroger à la compétence de l'assemblée générale que dans certains cas limitatifs, notamment en vue de favoriser la participation des salariés au capital de l'entreprise^[4].

82. Conditions. Comme pour la période de constitution, les actions émises en contrepartie d'apports en numéraire à la suite d'une augmentation de capital doivent être libérées dans une proportion non inférieure à 25% de leur valeur nominale ou leur pair comptable. Les primes d'émission doivent être intégralement versées. Les actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire à la suite d'une augmentation de capital doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à compter de la décision d'augmenter le capital^[5]. Les apports autres qu'en numéraire font l'objet d'un rapport d'expert indépendant, qui est essentiellement soumis aux mêmes conditions et exceptions que celle prévues lors de la constitution de la société (voir *supra* no. 66).

83. Droit de préférence. Lors de toute augmentation de capital par apports en numéraire, les actions doivent être offertes par préférence aux anciens actionnaires, proportionnellement à leur participation initiale. Des exceptions sont prévues en cas d'actions avec un droit limité de participation aux distributions et en cas d'existence de plusieurs catégories d'actions. L'offre de souscription à titre préférentiel ainsi que le délai dans lequel ce droit doit être exercé (qui ne peut être inférieur à 14 jours à compter de la

^[1] Art. 28 de la Deuxième Directive.

^[2] Art. 43 de la Deuxième Directive.

^[3] Art. 29 de la Deuxième Directive.

^[4] Art. 45 de la Deuxième Directive.

^[5] Art. 30-31 de la Deuxième Directive.

publication de l'offre) doivent faire l'objet d'une publication conformément à la Première Directive. En principe, le droit préférentiel ne peut être limité ni supprimé par l'acte constitutif ou les statuts mais peut l'être par décision de l'assemblée générale, sous certaines conditions^[1], y compris une majorité qualifiée de deux tiers^[2]. Les législations nationales ne peuvent déroger à ce droit préférentiel que dans certains cas limitatifs, notamment en vue de favoriser la participation des salariés au capital de l'entreprise^[3].

84. Sanctions. La Deuxième Directive ne prévoit aucune sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions en matière de réduction de capital (et opérations assimilées) et n'impose pas aux États membres d'introduire de telles sanctions dans la réglementation qu'ils doivent mettre en œuvre, de sorte que les sanctions ordinaires de droit privé sont applicables.

§ 6. Réduction de capital

85. La Deuxième Directive prévoit des règles en ce qui concerne l'organe compétent pour décider d'une réduction de capital, la protection des créanciers et les conditions dans lesquelles cette opération peut avoir lieu.

86. Compétence. La réduction du capital, à l'exception de celle ordonnée par décision judiciaire, est décidée par l'assemblée générale. La convocation de l'assemblée doit indiquer au moins le but de la réduction et la manière selon laquelle elle sera réalisée^[4]. Une majorité qualifiée de deux tiers est nécessaire, en principe, pour la prise de la décision^[5].

87. Protection des créanciers. En cas de réduction de capital, la protection des créanciers dont la créance est née avant la publication de la décision de réduction est assurée par la possibilité d'obtenir une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication. Les créanciers doivent pouvoir saisir l'autorité administrative ou judiciaire compétente pour obtenir des garanties adéquates. Les États membres doivent prévoir qu'une réduction de capital sera sans effet ou qu'aucun paiement ne pourra être effectué au profit des actionnaires, tant que les créanciers n'auront pas obtenu satisfaction ou qu'un tribunal n'aura pas décidé qu'il n'y a pas lieu de faire droit à leur requête. Néanmoins, ce régime de protection des créanciers peut être rendu inapplicable par les États membres lorsque l'opération de réduction de capital a pour but de compenser des pertes subies ou d'incorporer des sommes dans une réserve, à condition que par suite de cette opération, le montant de cette réserve ne dépasse pas 10% du capital souscrit réduit. Cette réserve ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires. Elle ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves^[6].

88. Conditions. Le capital souscrit ne peut pas être réduit à un montant inférieur au capital minimal pour la constitution. La Deuxième Directive prévoit aussi les conditions

^[1] Art. 33 de la Deuxième Directive.

^[2] Art. 44 de la Deuxième Directive.

^[3] Art. 45 de la Deuxième Directive.

^[4] Art. 34 de la Deuxième Directive.

^[5] Art. 44 de la Deuxième Directive.

^[6] Art. 36-37 de la Deuxième Directive.

dans lesquelles les États membres peuvent autoriser l'amortissement du capital sans réduction et la réduction du capital par retrait forcé d'actions^[1].

89. Sanctions. Comme en matière d'augmentation de capital, la Deuxième Directive ne prévoit aucune sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions en matière de réduction de capital (et opérations assimilées) et n'impose pas aux États membres d'introduire de telles sanctions dans la réglementation qu'ils doivent mettre en œuvre, de sorte que les sanctions ordinaires de droit privé sont applicables.

Section 3. Réglementations en matière de rapprochement de sociétés

90. En matière de rapprochement de sociétés, les institutions européennes sont intervenues, dans un premier temps, par l'adoption de dispositions en matière de fusions et scissions „internes”, c'est-à-dire intervenant entre sociétés d'un même État membre (§ 1) et, dans un deuxième temps, en matière de fusions transfrontalières, c'est-à-dire intervenant entre sociétés établies dans des États membres différents (§ 2). Il n'existe pas encore un cadre législatif européen pour les scissions transfrontalières ou pour les scissions partielles et les apports d'actifs, internes ou transfrontaliers (§ 3). De même, il n'existe pas encore un cadre législatif européen pour les opérations de transfert transfrontalier de siège, mais la jurisprudence de la CJUE qui a néanmoins fait avancer le droit de l'UE (§ 4). Enfin, les groupes de sociétés ne bénéficient pas d'une réglementation d'ensemble au niveau européen (§ 5).

§ 1. Fusions et scissions internes

91. La Troisième Directive en droit des sociétés, concernant les fusions de SA, a été adoptée en 1978, étant remplacée à présent par la Directive 2011/35/UE. La Sixième Directive en droit des sociétés, concernant les scissions de SA, a été adoptée en 1982. Depuis, elle a fait l'objet de certaines modifications sans être encore consolidée. Ces deux directives ont eu pour objectif de coordonner les législations des États membres concernant les fusions et les scissions de sociétés par actions, ainsi que d'introduire l'institution de la fusion dans les droits nationaux qui l'ignoraient. En revanche, la Sixième Directive ne s'applique aux scissions que lorsque les États membres permettent cette opération^[2].

92. La coordination des droits nationaux s'est effectuée autours de trois axes: (i) assurer une information adéquate et aussi objective que possible aux actionnaires des sociétés concernées par la fusion ou la scission et de garantir une protection adéquate de leur droits, (ii) assurer la protection des créanciers, obligataires ou non, et des porteurs d'autres titres des sociétés impliquées dans l'opération, afin que la réalisation de celle-ci ne leur soit pas préjudiciable et (iii) assurer aux tiers une information adéquate, en renforçant

^[1] Art. 38-42 de la Deuxième Directive.

^[2] Martin D., „Études comparatives des différentes modalités de rapprochements transfrontaliers”, *Cah. dr. entr.*, nov. 2011, no. 6, p. 45 et s.; Menjucq M., „Les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux”, *Cah. dr. entr.*, nov. 2011, no. 6, p. 34 et s.

les mesures de publicité, par une extension des dispositions de la Première Directive. La protection des droits des salariés en cas de fusion ou de scission est organisée par la Directive 2001/23/CE (voir *infra* no. 873-881).

93. Opérations visées. La Troisième Directive s'applique aux „fusions par absorption” qu'aux „fusions par constitution d'une nouvelle société”. La fusion par absorption est définie comme „l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulté en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable”^[1]. La fusion par constitution d'une nouvelle société est définie comme „l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution à leurs actionnaires d'actions de la nouvelle société et, éventuellement, d'une soulté en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable”^[2].

94. Symétriquement, la Sixième Directive s'applique aux „scissions par absorption” et aux „scissions par constitution de nouvelles sociétés”. La scission par absorption est définie comme „l'opération par laquelle, par suite de sa dissolution sans liquidation, une société transfère à plusieurs sociétés l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la société scindée d'actions des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission (...), et, éventuellement, d'une soulté en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable”^[3]. La scission par constitution de nouvelles sociétés l'opération par laquelle, par suite de dissolution sans liquidation, une société transfère à plusieurs sociétés nouvellement constituées l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la société scindée d'actions des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, d'une soulté en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable”^[4]. Ainsi définies, les opérations de scissions auxquelles la Sixième Directive est applicable ne visent que les scissions totales. La Sixième Directive ne s'applique pas aux scissions partielles ou aux apports d'actifs.

95. En revanche, afin de ne pas exclure du champ d'application de ces directives certaines opérations juridiques proches de la fusion ou de la scission, les garanties assurées aux associés et aux tiers ont été étendues à ces opérations. Ainsi, il est prévu que la plupart des dispositions contenues dans les directives sont applicables aux opérations visées avec une soulté en espèces dépassant le taux de 10%, lorsque les États membres prévoient cette possibilité^[5]. Il en est de même lorsque la législation des États membres permet les opérations visées sans que toutes les sociétés transférantes

^[1] Art. 3(1) de la Troisième Directive.

^[2] Art. 4(1) de la Troisième Directive.

^[3] Art. 2 de la Sixième Directive.

^[4] Art. 21 de la Sixième Directive.

^[5] Art. 30 de la Troisième Directive et art. 24 de la Sixième Directive.