

L'égalité en droit des sociétés

Rappel de la notion d'égalité et des notions l'approximant : à situation identique, traitement identique et à situation différente, traitement différent. Référence à une notion de justice mais différence (Aristote) entre justice distributive (en fonction des mérites, situations différents) et justice commutative (strictement arithmétique). Or le droit des sociétés est d'orientation plutôt distributive (même si les associés forment une communauté d'intérêts – et non une opposition – ils se trouvent dans des situations hétérogènes : associés majoritaires et minoritaires, associés entrepreneurs et associés investisseurs..., remise en cause de l'*affectio societatis* source d'égalité ¹, du moins dans certains types de sociétés) tandis que la logique des marchés financiers (hypothèse toutefois irréaliste d'efficience des marchés financiers) irait plutôt dans le sens d'une justice commutative.

La notion d'égalité trouvant rarement à s'appliquer de manière pure et simple, en raison de la diversité des situations, d'autres notions sont utilisées qui se rapprochent de l'égalité (demeurant un idéal « boussole » ou encore un principe directeur fonctionnel le plus souvent supplétif et parfois impératif, fondé sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions ²) sans toutefois s'y identifier complètement : équité ³, équivalence ⁴, proportionnalité ⁵, référence au raisonnable, au pertinent (voy. les illustrations dans les annexes ci-dessous).

Evolutions économique et juridique. L'actuelle phase de mondialisation économique se caractérisant par une mobilité des capitaux et des entreprises aboutit en fait à exacerber les différenciations évoquées ci-avant :

- Les actionnaires investisseurs constituent désormais un véritable contre-pouvoir actionnarial (rôle des institutionnels) face au traditionnel pouvoir managérial ;
- Le droit européen reflète cette évolution car après s'être essentiellement préoccupé (années 60-80) de la protection des créanciers et des minoritaires en s'intéressant essentiellement aux sociétés appliquant un principe de responsabilité limitée, il se concentre désormais sur les moyens de faciliter la mobilité des capitaux dans les sociétés dites « publiques » ;
- Face à cette évolution (« intrusion » d'investisseurs étrangers dépourvus d'ancrage local), les Etats ont, par des réformes de leur droit des sociétés, (re)multiplié les techniques permettant d'établir des différenciations entre associés et donc éventuellement de protéger les « entreprises » face à une logique financière court-termiste (catégories différentes de titres, à droit de votes différents ⁶ ou à puissances votales différentes, droits sociaux attribués à des titres hors capital, succès de l'art. 12 de la directive OPA permettant aux entreprises de continuer à avoir recours à des défenses anti-OPA etc.)

¹ Voy. notamment thèse de V. CUISINIER.

² De Cordt, p. 813.

³ Concept passablement flou. Ex. du caractère « équitable » du rapport d'échange en cas de fusion en droit français alors que les textes européens (troisième directive) et luxembourgeois font référence à un rapport d'échange « pertinent et raisonnable ».

⁴ Selon E. GICQUAUD (*L'équivalence en droit de l'entreprise*, Nanterre, diffusion LGDJ, Collection des thèses de l'Institut Universitaire de Varenne, 2013, not. n° 581), « En droit de l'entreprise, l'équivalence correspond à une nécessaire mise en balance des droits de chacun, et intervenant à **défaut d'égalité potentiellement réalisable**, pour **garantir** aux acteurs économiques – qu'ils soient associés ou créanciers – la **conservation** de la valeur de leurs droits ».

⁵ Notion permettant de sanctionner la disproportion, mettant par cela même en évidence que l'égalité « parfaite » serait un leurre...

⁶ Rappel de l'échec de l'UE lorsqu'elle a tenté d'imposer le principe « one share one vote »

Par conséquent une égalité transversale apparaît de moins en moins perceptible au profit d'une sorte d'égalité « par compartiments » de plus en plus complexe (égalité relative plutôt qu'absolue ⁷).

Illustrations de la notion d'égalité ou concepts approximants (annexes ci-dessous pour une liste plus exhaustive en droit européen et en droit luxembourgeois).

On remarquera tout d'abord que la notion d'égalité fonde rarement un concept d'ordre public. L'interdiction des clauses léonines peut constituer une illustration ⁸ mais la règle de l'art. 1855 du Code civil est loin de fonder une égalité « parfaite » car elle permet précisément des répartitions inégalitaires de bénéfices et de pertes, la seule chose étant interdite étant de dépouiller complètement un associé de sa vocation à participer aux bénéfices ou de mettre la totalité des pertes à sa charge. En outre la violation de l'art. 1855 ne permet plus de postuler la nullité du contrat de société mais simplement le caractère non écrit de la clause (art. 12 ter Loi du 10 août 1915, en raison de la transposition de la première directive limitant les causes de nullité dans les SA-SCA-SARL). Autre ex. : une action/une part – une voix en droit luxembourgeois mais ce principe est loin d'être universellement appliqué en droit comparé.

Parfois la notion d'égalité fonde une règle impérative. Ex. du droit préférentiel de souscription dans la SA, auquel on ne peut déroger par les statuts mais auquel l'organe augmentant le capital (assemblée générale, conseil d'administration) peut déroger ou l'actionnaire individuel peut renoncer.

Souvent la notion d'égalité fonde des régimes présentant un caractère essentiellement supplétif (voir les nombreux exemples ci-dessous) et les hypothèses de cet ordre tendent à se multiplier dans un contexte de contractualisation/dérégulation. Exemple récent : la réforme du régime des SCS-SCA et introduction de la SCSp caractérisés par une large liberté statutaire notamment en ce qui concerne les droits politiques et les droits financiers.

Irréductible opposition entre une notion (arithmétique) de l'égalité et la notion d'intérêt social ? A noter que les droits dits les plus protecteurs des intérêts financiers (court-termistes) des actionnaires retiennent pourtant une conception large de l'intérêt social (législation britannique et jurisprudence étasunienne). Mais à cette logique d'intérêt « général » s'oppose une logique d'atomisation des marchés financiers. Que devient réellement l'intérêt social dans ce contexte. Par ailleurs même si une logique type « marchés financiers » l'emporte l'irréductible asymétrie d'information qui y règne (contrairement à l'hypothèse d'efficience des marchés financiers) nécessitera toujours la mise en œuvre de mécanismes dits correcteurs.

Notion d'égalité réduite à la simple prohibition de l'abus de droit (du majoritaire ⁹) ? Les applications légales précises ne peuvent y être réduites mais la notion d'abus de droit pourrait jouer un certain rôle résiduel à cet égard.

Egalité verticale (interne) (entre les organes et les actionnaires et entre les actionnaires entre eux) = notion fonctionnelle confinant à la publicité mensongère à force de précisions jurisprudentielles et doctrinales et de dérogations légales et conventionnelles (égalité formelle ou procédurale qui est statique) alors que

⁷⁷ De Cordt, p. 302.

⁸ Controversé : une frange importante de la doctrine semble considérer la règle comme simplement impérative ou encore comme fondant un simple « ordre public de protection » et non « de direction ».

⁹ En ce sens : De Cordt, notamment p. 301.

Egalité horizontale (externe)= notion qui tend à rétablir une égalité *réelle* au profit des consommateurs de produits financiers dans une **société cotée** et qui est également destinée à susciter la confiance des investisseurs sur les marchés financiers (diffusion de l'information et cessions de contrôle). On évoque alors principalement, plutôt qu'un principe d'égalité, un principe de **traitement équitable** des actionnaires (équité est dynamique) ¹⁰.

¹⁰ De Cordt, pp. 816-817.

Annexes : l'égalité et les concepts l'approximant en droit européen et en droit luxembourgeois

I. Egalité en droit européen des sociétés

(dans les textes, la jurisprudence dont Audiolux étant traitée par G. Harles)

Recherche dans les textes européens (règlements, directives et recommandations) de la référence au concept d'égalité et de ses « dérivés » plus pragmatiques comme l'équité et la proportionnalité ^{11 12}

Première directive (constitution et fonctionnement des S(C)A et SARL)

→ Référence à l'équivalence :

Considérant n° 6 : « Les États membres devraient être libres de tenir le bulletin national désigné pour la publication de ces actes et indications sous format papier ou sous format électronique, ou d'organiser leur publicité par des mesures d'effet équivalent ».

Art. 3 : « 5. La publicité des actes et indications visés au paragraphe 3 est assurée par la publication, soit intégrale ou par extrait, soit sous forme d'une mention signalant le dépôt du document au dossier ou sa transcription au registre, dans le bulletin national désigné par l'État membre. Le bulletin national désigné à cet effet par l'État membre peut être tenu sous format électronique.

Les États membres peuvent décider de remplacer cette publication au bulletin national par une **mesure d'effet équivalent**, qui implique au minimum l'emploi d'un système dans lequel les informations publiées peuvent être consultées, par ordre chronologique, par l'intermédiaire d'une plate-forme électronique centrale ».

Seconde directive :

→ Référence à l'égalité :

Considérant n° 11 : Il est nécessaire, au regard des buts visés à l'article 50, paragraphe 2, point g), du traité, que, lors des **augmentations** et des **réductions** de capital, les législations des États membres assurent le respect et harmonisent la mise en œuvre des principes garantissant un **traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques** et la protection des titulaires de créances antérieures à la décision de réduction.

Art. 21 (1) relatif à l'acquisition d'actions propres : « 1. Sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation et de la directive 2003/6/CE, les États membres peuvent permettre à une société d'acquérir ses propres actions (...) ».

Art. 46 : « Pour l'application de la présente directive, les législations des États membres garantissent un **traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques** ».

→ Référence à la proportionnalité :

¹¹ On recherchera aussi des termes tels que « raisonnable », « pertinent », « équivalent »...

¹² Même si les textes comptables sont rappelés ci-dessous, on n'y reviendra pas par la suite.

Article 33 : « 1. Lors de toute augmentation du capital souscrit par apports en numéraire, les actions doivent être offertes par **préférence** aux actionnaires **proportionnellement** à la partie du capital représentée par leurs actions.

2. Les États membres peuvent:

a) ne pas appliquer le paragraphe 1 aux actions auxquelles est attaché un droit limité de participation aux distributions au sens de l'article 17 et/ou au partage du patrimoine social en cas de liquidation; ou

b) permettre que, lorsque le capital souscrit d'une société ayant plusieurs catégories d'actions pour lesquelles le droit de vote ou le droit de participation aux distributions au sens de l'article 17 ou au partage du patrimoine social en cas de liquidation sont différents est augmenté par l'émission de nouvelles actions dans une seule de ces catégories, l'exercice du droit préférentiel par les actionnaires des autres catégories n'intervienne qu'après l'exercice de ce droit par les actionnaires de la catégorie dans laquelle les nouvelles actions sont émises.

(...)

4. Le droit préférentiel ne peut être **limité** ni **supprimé** par les statuts ou l'acte constitutif. Il peut l'être toutefois **par décision de l'assemblée générale**. L'organe d'administration ou de direction est tenu de présenter à cette assemblée un rapport écrit indiquant les raisons de limiter ou de supprimer le droit préférentiel et justifiant le prix d'émission proposé.

L'assemblée générale statue selon les règles de quorum et de majorité fixées à l'article 44. Sa décision fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 2009/101/CE.

5. La législation d'un État membre peut prévoir que les **statuts**, l'acte constitutif **ou l'assemblée générale**, statuant selon les règles de quorum, de majorité et de publicité indiquées au paragraphe 4, peuvent donner le pouvoir de **limiter** ou de **supprimer** le droit préférentiel à l'**organe** de la société habilité à décider de l'augmentation du capital souscrit dans les limites du capital autorisé. Ce pouvoir ne peut avoir une durée supérieure à celle du pouvoir prévu à l'article 29, paragraphe 2.

(...) »

Rappeler qu'il existe également une possibilité de renonciation individuelle au DPS.

Article 35 : « Lorsqu'il existe plusieurs **catégories** d'actions, la décision de l'assemblée générale concernant la **réduction** du capital souscrit est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte ».

→ Référence à l'**équivalence** :

Considérant n° 3 : « (3) Pour assurer une **équivalence minimale dans la protection** tant des **actionnaires** que des **créanciers** de ces sociétés, il importe tout particulièrement de coordonner les dispositions nationales concernant leur constitution, ainsi que le maintien, l'augmentation et la réduction de leur capital ».

Troisième directive (actuellement DIRECTIVE 2011/35/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes) :

→ Référence à l'**équité** :

Article 28

Les États membres n'imposent pas les exigences énoncées aux articles 9, 10 et 11¹³ en cas de fusion au sens de l'article 27¹⁴ si les conditions suivantes sont remplies:

- a) les actionnaires minoritaires de la société absorbée peuvent exercer le droit de faire acquérir leurs actions par la société absorbante;
- b) dans ce cas, ils ont le droit d'obtenir une contrepartie correspondant à la valeur de leurs actions;
- c) en cas de désaccord sur cette contrepartie, celle-ci doit pouvoir être déterminée par un tribunal ou par une autorité administrative désignée à cet effet par l'État membre.

Un État membre peut ne pas appliquer le premier alinéa si sa législation autorise la société absorbante, sans qu'il y ait eu préalablement d'offre publique d'achat, à exiger de tous les porteurs des titres restants de la société ou des sociétés à absorber qu'ils lui vendent ces titres avant la fusion à un **prix équitable**.

→ Référence à l'**équivalence** :

Article 15 : « Les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des **droits spéciaux** doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins **équivalents** à ceux dont ils jouissaient dans la société absorbée, **sauf** si la modification de ces droits a été approuvée par une **assemblée** des porteurs de ces titres, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, **ou** par les **porteurs** de ces titres **individuellement**, ou encore si ces porteurs ont le droit d'obtenir le rachat de leurs titres par la société absorbante ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 6, al. 2 : « Une société qui fusionne est **dispensée de l'obligation de publicité** prévue par l'article 3 de la directive 2009/101/CE si, pendant une période continue commençant un mois au moins avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, elle met gratuitement à la disposition du public ce projet de fusion sur son **site internet**. Les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres **exigences** ou contraintes que celles qui sont nécessaires pour garantir la **sécurité** du site internet et l'**authenticité** des documents et ils ne peuvent imposer de telles exigences ou contraintes que dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs ».

Art. 11 (4) : « 4. Une société est **dispensée de l'obligation de mettre à disposition les documents** visés au paragraphe 1 à son siège social si, pendant une période continue commençant un mois au moins avant le jour fixé pour la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, elle les met à disposition sur son **site internet**. Les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres **exigences** ou contraintes que celles qui sont nécessaires pour garantir la **sécurité** du site internet et l'**authenticité** des documents et ils ne peuvent imposer de telles exigences ou contraintes que dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs.

¹³ Prévoyant les rapports de l'organe de gestion, de l'expert indépendant et l'accès des actionnaires à certaines informations.

¹⁴ Fusion dans le cadre de laquelle la société absorbante détient 90% au moins mais pas la totalité des titres conférant droit de vote de la société absorbée.

→ Référence au « **pertinent et raisonnable** » :

Art. 10 (2) : « 2. Dans le rapport mentionné au paragraphe 1, les experts doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le **rapport d'échange** est ou non **pertinent et raisonnable**. Cette déclaration doit au moins:

- a) indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé;
- b) indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue.

Le rapport indique, en outre, les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe ».

Quatrième directive (comptes annuels)

→ Référence à **l'équivalence** :

5^{ème} considérant : « considérant que les différents modes d'évaluation doivent être coordonnés dans la mesure nécessaire de façon à assurer la comparabilité et **l'équivalence** des informations contenues dans les comptes annuels; »

Art. 5 (1) : « 1. Par dérogation à l'article 4, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir des schémas particuliers pour les comptes annuels des sociétés d'investissement, ainsi que pour ceux des sociétés de participation financière, à condition que ces schémas donnent de ces sociétés une **image équivalente** à celle prévue à l'article 2, paragraphe 3. Les États membres n'accordent pas les dérogations prévues à l'article 1er bis aux sociétés d'investissement et aux sociétés de participation financière ».

Art. 10bis : « Les États membres peuvent autoriser ou obliger les sociétés, ou certaines catégories d'entre elles, à remplacer les schémas de présentation du bilan prévus aux articles 9 et 10 par une présentation fondée sur la distinction entre éléments à court terme et éléments à long terme, pour autant que **l'information** fournie soit au moins **équivalente** à celle prescrite aux articles 9 et 10 ».

Art. 22, al. 2 : « Par dérogation à l'article 2, paragraphe 1, les États membres peuvent autoriser ou obliger toutes les sociétés, ou toute catégorie d'entre elles, à présenter un état de leurs résultats, en lieu et place du compte de profits et pertes présenté conformément aux articles 23 à 26, pour autant que **l'information** fournie soit au moins **équivalente** à celle prescrite par ces articles ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 60bis : « Les États membres déterminent les règles relatives aux **sanctions** applicables aux infractions aux dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer leur application. Les sanctions prévues doivent être efficaces, **proportionnées** et dissuasives ».

→ Référence au **raisonnable** :

Art. 39 (1) : « 1. a) Les éléments de l'actif circulant doivent être évalués au prix d'acquisition ou au coût de revient, sans préjudice des lettres b) et c).

(...)

c) Les États membres peuvent autoriser des **corrections de valeur** exceptionnelles, si celles-ci sont nécessaires sur la base d'une **appréciation commerciale raisonnable**, pour éviter que, dans un proche avenir, l'évaluation de ces éléments ne doive être modifiée en raison de fluctuations de valeur. Le montant de ces corrections de valeur doit être indiqué séparément dans le compte de profits et pertes ou dans l'annexe ».

Art. 41 : « 1. Lorsque le montant à rembourser sur des dettes est supérieur au montant reçu, la différence peut être portée à l'actif. Elle doit être indiquée séparément dans le bilan ou dans l'annexe.

2. Cette différence doit être amortie par des montants annuels et au plus tard au moment du remboursement de la dette ».

Art. 42ter : « 1. La juste valeur mentionnée à l'article 42 bis ¹⁵ est déterminée par référence à:

a) une valeur de marché, dans le cas des instruments financiers pour lesquels un marché fiable est aisément identifiable. Lorsqu'une valeur de marché ne peut être aisément identifiée pour un instrument donné, mais qu'elle peut l'être pour les éléments qui le composent ou pour un instrument similaire, la valeur de marché peut être calculée à partir de celle de ses composantes ou de l'instrument similaire, ou

b) une valeur résultant de modèles et techniques d'évaluation généralement admis, dans le cas des instruments pour lesquels un marché fiable ne peut être aisément identifié. Ces modèles et techniques d'évaluation garantissent une **estimation raisonnable** de la valeur de marché.

2. Les instruments financiers qui ne peuvent être mesurés de façon fiable par l'une des méthodes visées au paragraphe 1 sont évalués conformément aux articles 34 à 42 ».

Sixième directive (scissions)

→ Référence à l'**équivalence** :

Art. 13 : « Les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des **droits spéciaux** doivent jouir, au sein des sociétés bénéficiaires contre lesquelles ces titres peuvent être invoqués conformément au projet de scission, de droits au moins **équivalents** à ceux dont ils jouissaient dans la société scindée, **sauf** si la modification de ces droits a été approuvée par une **assemblée** des porteurs de ces titres, lorsque la loi nationale prévoit un telle assemblée, ou par les **porteurs** de ces titres **individuellement**, ou encore si ces porteurs ont le droit d'obtenir le rachat de leurs titres ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 3 (3) : « 3. a) Lorsqu'un **élément du patrimoine actif** n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, cet élément ou sa contrevaleur est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires de manière **proportionnelle** à l'actif attribué à chacune de celles-ci dans le projet de scission.

b) Lorsqu'un **élément du patrimoine passif** n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, chacune des sociétés bénéficiaires en est solidairement responsable. Les États membres peuvent prévoir que cette **responsabilité solidaire** est limitée à l'**actif net** attribué à chaque bénéficiaire ».

¹⁵ Juste valeur de instruments financiers.

Art. 4, al. 2 : « Toute société participant à la scission est **dispensée** de l'obligation de **publicité** prévue par l'article 3 de la directive 68/151/CEE si, pendant une période continue commençant un mois au moins avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de scission et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, elle met gratuitement à la disposition du public ce projet de scission sur son **site internet**. Les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres **exigences** ou **contraintes** que celles qui sont nécessaires pour garantir la **sécurité** du site internet et l'**authenticité** des documents et ils ne peuvent imposer de telles exigences ou contraintes que dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs ».

Art. 5 (2) : « **Lorsque les actions des sociétés bénéficiaires sont attribuées aux actionnaires de la société scindée non proportionnellement** à leurs droits dans le capital de cette société, les États membres peuvent prévoir que les actionnaires minoritaires de celle-ci peuvent exercer le droit de faire acquérir leurs actions. Dans ce cas, ils ont le droit d'obtenir une **contrepartie correspondant à la valeur de leurs actions**. En cas de désaccord sur cette contrepartie, celle-ci doit pouvoir être déterminée par un tribunal ».

Art. 9 (4) : « Une société est **dispensée** de l'obligation de **mettre à disposition les documents** visés au paragraphe 1 à son siège social si, pendant une période continue commençant un mois au moins avant le jour fixé pour la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de scission et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, elle les met à disposition sur son **site internet**. Les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres **exigences** ou **contraintes** que celles qui sont nécessaires pour garantir la **sécurité** du site internet et l'**authenticité** des documents et ils ne peuvent imposer de telles exigences ou contraintes que dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs ».

Art. 22 (5) : « 5. Les États membres n'imposent **pas** les exigences énoncées aux articles 7 et 8 et à l'article 9, paragraphe 1, points c), d) et e) ¹⁶, lorsque les actions de chacune des nouvelles sociétés sont attribuées aux actionnaires de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société ».

Septième directive (comptes consolidés)

→ Référence à l'**équivalence** :

1^{er} considérant : « considérant que le Conseil a adopté, le 25 juillet 1978, la directive 78/660/CEE (4) tendant à coordonner les législations nationales sur les comptes annuels de certaines formes de sociétés; qu'un nombre important de sociétés font partie d'ensembles d'entreprises; que des comptes consolidés doivent être établis pour que l'information financière sur ces ensembles d'entreprises soit portée à la connaissance des associés et des tiers; que, dès lors, une coordination des législations nationales sur les comptes consolidés s'impose afin de réaliser les **objectifs de comparabilité et d'équivalence de ces informations** »;

Antépénultième considérant : « considérant que les participations dans le capital des entreprises dans lesquelles des entreprises comprises dans la consolidation exercent une influence notable doivent être incluses dans les comptes consolidés sur la base de la méthode de **mise en équivalence**; ».

¹⁶ Rapports de l'organe de gestion et de l'expert indépendant et accès des actionnaires à certaines informations.

Art. 11 : « 1. Les États membres peuvent, sans préjudice de l'article 4 paragraphe 2 et des articles 5 et 6, exempter de l'obligation prévue à l'article 1er paragraphe 1¹⁷ toute entreprise mère qui relève de leur droit national et est en même temps une entreprise filiale lorsque sa propre entreprise mère ne relève pas du droit d'un État membre, si toutes les conditions suivantes sont remplies:

- a) l'entreprise exemptée ainsi que, sans préjudice des articles 13 et 15, toutes ses entreprises filiales sont consolidées dans les comptes d'un ensemble plus grand d'entreprises;
- b) les comptes consolidés visés au point a) et, le cas échéant, le rapport consolidé de gestion sont établis en conformité avec la présente directive, ou **de façon équivalente à des comptes consolidés** ainsi qu'à des rapports consolidés de gestion établis en conformité avec la présente directive;
- (...) ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 13 (3) : « 3. En outre, une entreprise peut être laissée en dehors de la consolidation lorsque:

(...)

- b) les informations nécessaires pour établir les comptes consolidés conformément à la présente directive ne peuvent être obtenues sans **frais disproportionnés** ou sans délai injustifié; »

Art. 17 (2) : « 2. Les États membres peuvent, au cas où de circonstances particulières entraîneraient des **frais disproportionnés**, autoriser que les stocks fassent l'objet d'un regroupement dans les comptes consolidés »

Art. 20 : « 1. Les États membres peuvent autoriser ou prescrire que les valeurs comptables des actions ou parts dans le capital d'une entreprise comprise dans la consolidation ne soient compensées que par la fraction correspondante du capital, à condition:

(...)

- b) que la **proportion** visée au point a) ait été atteinte en vertu d'un arrangement prévoyant l'émission d'actions ou parts par une entreprise comprise dans la consolidation;

Art. 26 : « 1. Les comptes consolidés font apparaître le patrimoine, la situation financière et les résultats des entreprises comprises dans la consolidation comme s'il s'agissait d'une seule entreprise. Notamment

(...)

- c) les profits et les pertes qui résultent d'opérations effectuées entre des entreprises comprises dans la consolidation et qui sont inclus dans la valeur comptable de l'actif sont éliminés des comptes consolidés.

Toutefois, jusqu'à coordination ultérieure, les États membres peuvent permettre que les éliminations mentionnées ci-dessus soient faites **proportionnellement** à la fraction du capital détenue par l'entreprise mère dans chacune des entreprises filiales comprises dans la consolidation.

2. Les États membres peuvent admettre des dérogations au paragraphe 1 point c) lorsque l'opération est conclue conformément aux conditions normales du marché et que l'élimination des profits ou des pertes risque d'entraîner des **frais disproportionnés**. Les dérogations au principe sont signalées et,

¹⁷ Relatif à l'obligation d'établir des comptes consolidés.

lorsqu'elles ont une influence non négligeable sur le patrimoine, la situation financière et les résultats de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation, ce fait doit être mentionné dans l'annexe des comptes consolidés.

(...) »

Art. 32 : « 1. Les États membres peuvent autoriser ou prescrire, lorsqu'une entreprise comprise dans la consolidation dirige, conjointement avec une ou plusieurs entreprises non comprises dans la consolidation, une autre entreprise, que cette entreprise soit incluse dans les comptes consolidés **au prorata** des droits détenus dans son capital par l'entreprise comprise dans la consolidation.

2. Les articles 13 à 31 s'appliquent mutatis mutandis à la **consolidation proportionnelle** visée au paragraphe 1.

3. En cas d'application du présent article, l'article 33 ne s'applique pas lorsque l'entreprise faisant l'objet d'une consolidation proportionnelle est une entreprise associée au sens de l'article 33 ».

Art. 34 : « Outre les mentions prescrites par d'autres dispositions de la présente directive, l'annexe doit comporter au moins des indications sur:

(...)

2. a) Le nom et le siège des entreprises comprises dans la consolidation; la fraction du capital détenue dans les entreprises comprises dans la consolidation autres que l'entreprise mère, par les entreprises comprises dans la consolidation ou par une personne agissant en son nom mais pour le compte de ces entreprises; celle des conditions visées à l'article 1er et à l'article 12 paragraphe 1 et après l'application de l'article 2 sur la base de laquelle la consolidation a été effectuée. Toutefois, cette dernière mention n'est pas nécessaire lorsque la consolidation a été effectuée sur la base de l'article 1er paragraphe 1 point a) et que la fraction de capital et la **proportion** des droits de vote détenus coïncident.

(...)

4. Le nom et le siège des entreprises qui ont fait l'objet d'une **consolidation proportionnelle** en vertu de l'article 32, les éléments desquels résulte la direction conjointe, ainsi que la fraction de leur capital détenue par les entreprises comprises dans la consolidation ou par une personne agissant en son nom mais pour le compte de ces entreprises.

(...)

10. La proportion dans laquelle le calcul du résultat consolidé de l'exercice a été affecté par une évaluation des postes qui, en dérogeant aux principes des articles 31 et 34 à 42 quater de la directive 78/660/CEE ainsi que de l'article 29 paragraphe 5 de la présente directive, a été effectuée pendant l'exercice ou antérieurement en vue d'obtenir des allégements fiscaux. Lorsqu'une telle évaluation influence d'une façon non négligeable la charge fiscale future de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation des indications doivent être données.

(...) ».

Art. 39 : « 1. Lors de l'établissement des premiers comptes consolidés conformément à la présente directive pour un ensemble d'entreprises entre lesquelles existait déjà, avant l'application des dispositions visées à l'article 49 paragraphe 1, l'une des relations visées à l'article 1er paragraphe 1, les États membres peuvent autoriser ou prescrire qu'il soit tenu compte, aux fins de l'application de

l'article 19 paragraphe 1, des valeurs comptables des actions ou parts et de la fraction des capitaux propres qu'elles représentent à une date pouvant aller jusqu'à celle de la première consolidation.

2. Le paragraphe 1 s'applique mutatis mutandis à l'évaluation des actions ou parts, ou à la fraction des capitaux propres qu'elles représentent, dans le capital d'une entreprise associée à une entreprise comprise dans la consolidation, aux fins de l'application de l'article 33 paragraphe 2, ainsi qu'à la **consolidation proportionnelle** visée à l'article 32.

(...) ».

Art. 48 : « Les États membres déterminent les règles relatives aux **sanctions** applicables aux infractions aux dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer leur application. Les sanctions prévues doivent être efficaces, **proportionnées et dissuasives** ».

→ Référence à la **pertinence** :

Art. 36 (relatif au rapport consolidé de gestion) : « e) en ce qui concerne l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise et lorsque cela est **pertinent** pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits:

- les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale de transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture, et
- l'exposition de la société au risque de prix, au risque de crédit, au risque de liquidité et au risque de trésorerie;

(...) ».

Huitième directive (audit)

→ Référence à l'**équivalence** :

Considérant n° 6 : « Les **qualifications en matière d'audit** acquises par les contrôleurs légaux des comptes sur la base de la présente directive devraient être jugées **équivalentes**. Les États membres ne devraient donc plus pouvoir exiger qu'une majorité des droits de vote, au sein d'un cabinet, soit détenue par des contrôleurs légaux des comptes agréés localement, ou bien qu'une majorité des membres de l'organe d'administration ou de direction du cabinet aient été agréés localement ».

Considérant n° 24 : « L'existence de comités d'audit et de systèmes efficaces de contrôle interne contribue à minimiser les risques financiers, opérationnels ou de non-conformité, et accroît la qualité de l'information financière. Les États membres peuvent prendre en considération la recommandation de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, qui énonce les modalités de constitution et de fonctionnement des comités d'audit. Les États membres peuvent prévoir que les fonctions assignées au comité d'audit ou à un organe assurant des **tâches équivalentes** peuvent être exercées par l'organe administratif ou de surveillance dans son ensemble. S'agissant des fonctions du comité d'audit au sens de l'article 41, le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit ne devrait en aucune manière être subordonné au comité ».

Considérant n° 25 : « Les États membres peuvent également décider d'exempter de l'obligation de disposer d'un comité d'audit les entités d'intérêt public qui sont des sociétés d'investissement collectif dont les valeurs négociables sont admises à la négociation sur un marché réglementé. Cette possibilité tient compte du fait que lorsque la société d'investissement collectif a pour seule fin de regrouper les actifs, le recours à un comité d'audit n'est pas toujours opportun. Le reporting financier et les risques qui y sont liés ne sont pas comparables à ceux d'autres entités d'intérêt public. De plus, les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) et les sociétés qui les gèrent exercent leurs activités dans un environnement réglementaire strictement défini, et ils sont soumis à des mécanismes de gouvernance spécifiques tels que les contrôles exercés par leur établissement dépositaire.

S'agissant des organismes de placement collectif ne faisant pas l'objet de l'harmonisation prévue dans la directive 85/611/CEE (2), mais qui sont soumis à des **dispositions équivalentes** à celles prévues par ladite directive, les États membres devraient être autorisés, dans ce cas particulier, à prévoir un **traitement équivalent** à celui dont font l'objet les organismes de placement collectif harmonisés à l'échelle de la Communauté ».

Considérant n° 27 : « Les relations étroites entre les marchés de capitaux soulignent la nécessité de veiller également à la qualité des travaux réalisés par les contrôleurs légaux des comptes de pays tiers en liaison avec le marché de capitaux communautaire. Les contrôleurs en question devraient donc être enregistrés pour pouvoir être assujettis à l'assurance qualité ainsi qu'au dispositif d'enquêtes et de sanctions.

Des dérogations, accordées sur une base de réciprocité, devraient être possibles, sous réserve de la réussite d'un test **d'équivalence**, à élaborer en commun par la Commission et les États membres. En tout état de cause, une entité qui a émis des valeurs mobilières négociables sur un marché réglementé au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14, de la directive 2004/39/CE, devrait toujours être contrôlée par un contrôleur enregistré dans un État membre ou soumis à la supervision de l'autorité compétente du pays tiers duquel il est originaire, si ce pays tiers est reconnu par la Commission ou par un État membre comme satisfaisant à des exigences **équivalentes** à celles de la Communauté en ce qui concerne les principes de supervision, les systèmes d'assurance qualité et les systèmes d'enquête et de sanctions, et sur la base de la réciprocité. Si un État membre peut reconnaître un système d'assurance qualité d'un pays tiers comme **équivalent**, d'autres États membres ne devraient pas, pour autant, être tenus d'accepter cette reconnaissance, qui ne saurait davantage préjuger de la décision de la Commission ».

Art. 6 : « Sans préjudice de l'article 11, une personne physique ne peut être agréée pour effectuer le contrôle légal de comptes qu'après avoir atteint le niveau d'entrée à l'université ou un **niveau équivalent**, puis suivi un programme d'enseignement théorique, effectué une formation pratique et subi avec succès un examen d'aptitude professionnelle du niveau de fin d'études universitaires ou d'un niveau équivalent, organisé ou reconnu par l'État membre concerné ».

Art. 9 : « Exemptions.

1. Par dérogation aux articles 7 et 8, les États membres peuvent prévoir que les personnes qui ont réussi un examen universitaire ou **équivalent** ou sont titulaires de diplômes universitaires ou équivalents portant sur une ou plusieurs matières visées à l'article 8 puissent être dispensées du contrôle des connaissances théoriques en ce qui concerne les matières couvertes par cet examen ou ces diplômes.

2. Par dérogation à l'article 7, les États membres peuvent prévoir que les titulaires de diplômes universitaires ou **équivalents**, portant sur une ou plusieurs matières visées à l'article 8, puissent être dispensés du contrôle de la capacité d'appliquer les connaissances théoriques à la pratique sur ces matières lorsqu'elles ont fait l'objet d'une formation pratique sanctionnée par un examen ou un diplôme reconnu par l'État ».

Art. 41 ((A propos du comité d'audit) : « (...)

5. Les États membres peuvent permettre ou décider que les dispositions établies aux paragraphes 1 à 4 ne s'appliquent pas aux entités d'intérêt public qui disposent d'un organe remplissant des **fonctions équivalentes** à celle d'un comité d'audit, instauré et fonctionnant en vertu des dispositions en vigueur dans l'État membre où l'entité à contrôler est enregistrée. En pareil cas, l'entité indique quel est l'organe qui remplit ces fonctions et révèle sa composition.

6. Les États membres peuvent exempter de l'obligation d'avoir un comité d'audit:

(...)

b) les entités d'intérêt public qui sont des organismes de placement collectif tels que définis à l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 85/611/CEE. Les États membres peuvent aussi exempter les entités d'intérêt public ayant pour seul objet le placement collectif de capitaux apportés par le public et qui exercent leurs activités sur la base du principe du partage des risques, sans chercher à prendre le contrôle juridique ou de gestion d'un des émetteurs de ses actifs sous-jacents, à condition que ces organismes de placement collectif soient autorisés et fassent l'objet d'un contrôle des autorités compétentes et qu'ils disposent d'un établissement dépositaire exerçant des fonctions **équivalentes** à celles prévues par la directive 85/611/CEE;

(...) ».

Art. 44 : « Agrément des auditeurs de pays tiers.

1. Sous réserve de réciprocité, les autorités compétentes d'un État membre peuvent agréer un contrôleur de pays tiers en tant que contrôleur légal des comptes, à condition que cette personne prouve qu'elle répond à des exigences **équivalentes** à celles visées à l'article 4 et aux articles 6 à 13 ».

Art. 45 : « (...) 3. Les États membres soumettent les contrôleurs et les entités d'audit de pays tiers qu'ils ont enregistrés à leurs systèmes de supervision publique, à leurs systèmes d'assurance qualité et à leurs systèmes d'enquête et de sanctions. Un État membre peut exempter un contrôleur ou une entité d'audit de pays tiers qu'il a enregistré de l'obligation de se soumettre à son système d'assurance qualité si un autre État membre, ou un système d'assurance qualité d'un pays tiers jugé **équivalent** conformément à l'article 46, a soumis le contrôleur ou l'entité d'audit du pays tiers concerné à un examen de qualité au cours des trois années qui précédent.

(...)

5. Un État membre ne peut enregistrer une entité d'audit de pays tiers, que pour autant:

- a) qu'elle réponde à des exigences **équivalentes** à celles énoncées à l'article 3, paragraphe 3;
- b) que la majorité des membres de l'organe d'administration ou de gestion de l'entité d'audit de pays tiers réponde à des exigences **équivalentes** à celles énoncées aux articles 4 à 10;
- c) que le contrôleur de pays tiers qui procède à l'audit au nom de l'entité d'audit de pays tiers réponde à des exigences **équivalentes** à celles énoncées aux articles 4 à 10;

d) que l'audit des comptes annuels ou des comptes consolidés visé au paragraphe 1 soit effectué conformément aux normes internationales d'audit visées à l'article 26, ainsi qu'aux exigences énoncées aux articles 22, 24 et 25, ou à des normes et à des exigences **équivalentes**;

e) qu'elle publie sur son site internet un rapport annuel de transparence incluant les informations prévues à l'article 40 ou qu'elle se conforme à des exigences de publication **équivalentes**.

6. Pour assurer l'application uniforme du paragraphe 5, point d), **l'équivalence** qui y est mentionnée est évaluée par la Commission en coopération avec les États membres et elle est décidée par la Commission conformément à la procédure de réglementation visée à l'article 48, paragraphe 2. Les États membres peuvent évaluer eux-mêmes l'équivalence visée au paragraphe 5, point d), du présent article, aussi longtemps que la Commission n'a pas pris cette décision.

Dans ce contexte, la Commission peut arrêter des mesures visant à établir des critères d'équivalence généraux conformément aux exigences énoncées aux articles 22, 24, 25 et 26, lesquels sont applicables à tous les pays tiers et doivent être utilisés par les États membres pour évaluer **l'équivalence** au niveau national. Ces critères ne peuvent aller au-delà des exigences énoncées aux articles 22, 24, 25 et 26. Ces mesures, visant à modifier les éléments non essentiels de la présente directive en la complétant, sont arrêtées conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 48, paragraphe 2 bis ».

Art. 46 : « Dérogation en cas **d'équivalence** »

1. Les États membres peuvent, sur une base de réciprocité, ne pas appliquer ou modifier les exigences énoncées à l'article 45, paragraphes 1 et 3, à la seule condition que l'entité d'audit de pays tiers ou le contrôleur de pays tiers soit soumis, dans le pays tiers où il a son siège, à des systèmes de supervision publique, d'assurance qualité, d'enquête et de sanctions répondant à des exigences **équivalentes** à celles énoncées aux articles 29, 30 et 32.

2. Pour assurer l'application uniforme du paragraphe 1, l'équivalence qui y est mentionnée est évaluée par la Commission en coopération avec les États membres et elle est décidée par la Commission conformément à la procédure de réglementation visée à l'article 48, paragraphe 2. Les États membres peuvent évaluer eux-mêmes **l'équivalence** visée au paragraphe

1 du présent article ou se fonder sur les évaluations réalisées par d'autres États membres aussi longtemps que la Commission n'a pas pris cette décision. Si la Commission décide que l'exigence **d'équivalence** visée au paragraphe 1 du présent article n'est pas remplie, elle peut autoriser les auditeurs et entités d'audit concernés à poursuivre leurs activités d'audit conformément aux exigences de l'État membre concerné durant une période transitoire appropriée.

Dans ce contexte, la Commission peut arrêter des mesures visant à établir des critères **d'équivalence** généraux conformément aux exigences énoncées aux articles 29, 30 et 32, lesquels sont applicables à tous les pays tiers et doivent être utilisés par les États membres pour évaluer **l'équivalence** au niveau national. Ces critères ne peuvent aller au-delà des exigences énoncées aux articles 29, 30 et 32. Ces mesures, visant à modifier les éléments non essentiels de la directive en la complétant, sont arrêtées conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 48, paragraphe 2 bis.

3. Les États membres communiquent à la Commission:

a) leurs évaluations de **l'équivalence** visée au paragraphe 2; et

b) les éléments principaux de leurs modalités de coopération avec des systèmes de supervision publique, d'assurance qualité, d'enquête et de sanctions de pays tiers, sur la base du paragraphe 1 ».

Art. 47 : « Coopération avec les autorités compétentes de pays tiers

1. Les États membres peuvent autoriser la communication aux autorités compétentes d'un pays tiers de documents d'audit ou d'autres documents détenus par des contrôleurs légaux des comptes ou des cabinets d'audit par eux agréés, pour autant que:

(...)

c) les autorités compétentes du pays tiers ne peuvent utiliser ces documents d'audit ou autres documents qu'aux fins de l'exercice des fonctions de supervision publique, d'assurance qualité et d'enquête répondant à des exigences **équivalentes** à celles énoncées aux articles 29, 30 et 32;

(...)

3. Pour assurer l'application uniforme du paragraphe 1, point c), l'adéquation aux critères qui y est mentionnée est évaluée par la Commission en coopération avec les États membres et elle est décidée par la Commission en conformité avec la procédure de réglementation visée à l'article 48, paragraphe 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la décision de la Commission.

Cette évaluation de l'adéquation se fonde sur les exigences énoncées à l'article 36 ou sur des résultats fonctionnels essentiellement **équivalents**.

Toute mesure prise dans ce contexte visant à modifier les éléments non essentiels de la présente directive en la complétant et à faciliter la coopération entre les autorités compétentes est arrêtée en conformité avec la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 48, paragraphe 2 bis.

(...) ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Considérant n° 32 : « Étant donné que les objectifs de la présente directive — à savoir l'application d'un dispositif unique de normes comptables internationales, l'actualisation des exigences en matière de formation, la définition d'une déontologie ainsi que la mise en œuvre pratique de la coopération entre les autorités compétentes des États membres et entre ces autorités et celles des pays tiers, en vue de renforcer et d'harmoniser davantage la qualité du contrôle légal des comptes dans la Communauté et de faciliter la coopération entre les États membres et avec les pays tiers, de manière à renforcer la confiance dans ce contrôle — ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire en raison de la dimension et des effets de la présente directive, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de **proportionnalité**, tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs ».

Art. 3 : « Agrément des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit

(...)

Les États membres ne peuvent prévoir des conditions supplémentaires que relativement au point c)¹⁸. Ces conditions doivent être **proportionnées** aux objectifs poursuivis et doivent se limiter à ce qui est absolument nécessaire ».

Art. 30 : « Systèmes d'enquêtes et de sanctions

1. Les États membres veillent à ce que des systèmes efficaces d'enquête et de sanctions soient mis en place pour détecter, corriger et prévenir une exécution inadéquate du contrôle légal des comptes.
2. Sans préjudice des régimes des États membres en matière de responsabilité civile, les États membres prévoient des **sanctions** efficaces, **proportionnées et dissuasives** à l'égard des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit lorsqu'un contrôle légal des comptes n'est pas effectué conformément aux dispositions d'exécution de la présente directive.

(...) ».

→ Référence au **raisonnable** :

Art. 22 : « Indépendance et objectivité.

(...)

2. Les États membres veillent à ce qu'un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit n'effectue pas un contrôle légal des comptes, s'il existe une relation financière, d'affaires, d'emploi ou de toute autre nature, directe ou indirecte, en ce compris la fourniture de services additionnels autres que d'audit, entre le contrôleur légal des comptes, le cabinet d'audit ou le réseau et l'entité contrôlée, qui amènerait une tierce partie objective, **raisonnable** et informée à conclure que l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit est compromise. Si l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit est soumise à des risques tels que l'autorévision, l'intérêt personnel, la représentation, la familiarité, la confiance ou l'intimidation, le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit doit appliquer des mesures de sauvegarde visant à atténuer ces risques. Si l'importance des risques comparée aux mesures de sauvegarde appliquées est telle que son indépendance est compromise, le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit n'effectue pas le contrôle légal des comptes

(...) ».

→ Référence au **pertinent** :

Art. 7 : « Examen d'aptitude professionnelle

L'examen d'aptitude professionnelle visé à l'article 6 garantit le niveau de connaissances théoriques nécessaires dans **les matières pertinentes** pour effectuer le contrôle légal des comptes et la capacité d'appliquer ces connaissances à la pratique. Une partie au moins de cet examen est effectuée par écrit ».

Art. 23 : « Confidentialité et secret professionnel.

¹⁸ « c) une majorité — d'un maximum de 75 % — des membres de l'organe d'administration ou de direction de l'entité doit être composée de cabinets d'audit agréés dans tout État membre ou de personnes physiques remplissant au moins les conditions imposées à l'article 4 et aux articles 6 à 12; les États membres peuvent prévoir que ces personnes physiques doivent aussi avoir été agréées dans un autre État membre. Lorsque cet organe ne compte pas plus de deux membres, l'un d'entre eux doit au moins remplir les conditions énoncées dans le présent point; ».

(...)

3. Lorsqu'un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit est remplacé par un autre contrôleur légal des comptes ou cabinet d'audit, il permet l'accès du nouveau contrôleur légal des comptes ou du nouveau cabinet d'audit à toutes les **informations pertinentes** concernant l'entité contrôlée.

(...) ».

Onzième directive (succursales) :

→ Référence à l'**équivalence** :

Art. 9 : « 1. L'obligation de publicité visée à l'article 8 point j) porte sur les documents comptables de la société tels qu'établis, contrôlés et publiés selon le droit de l'État dont la société relève. Lorsque ces documents ne sont pas établis conformément aux directives 78/660/CEE et 83/349/CEE ou de façon **équivalente**, les États membres peuvent exiger l'établissement et la publicité des documents comptables se rapportant aux activités de la succursale.

(...) ».

Douzième directive (SARL à un seul associé)

→ Référence à l'**équivalence** :

Art. 7 : « Un État membre peut ne pas permettre la société unipersonnelle lorsque sa législation prévoit en faveur des entrepreneurs individuels la possibilité de constituer des entreprises à responsabilité limitée à un patrimoine affecté à une activité déterminée, à condition que, à l'égard de ces entreprises, soient prévues des **garanties équivalentes** à celles imposées par la présente directive ainsi que par les autres dispositions communautaires applicables aux sociétés visées à l'article 1^{er} ».

Règlement GEIE (1985)

→ Référence à l'**égalité** et à la **proportionnalité** :

Art. 21 : « 1. Les **bénéfices** provenant des activités du groupement sont considérés comme bénéfices des membres et répartis entre eux dans la **proportion** prévue au contrat de groupement ou, à **défaut**, par **parts égales**.

2. Les membres du groupement contribuent au **règlement de l'excédent des dépenses sur les recettes** dans la **proportion** prévue au contrat de groupement ou, à **défaut**, par **parts égales** ».

Règlement SE (2001)

→ Référence à l'**équivalence** :

Art. 37 (transformation d'une SA en SE) : « (...)

6. Avant l'assemblée générale visée au paragraphe 7, un ou plusieurs experts indépendants désignés ou agréés, selon les dispositions nationales adoptées en application de l'article 10 de la directive 78/855/CEE, par une autorité judiciaire ou administrative de l'État membre dont relève la société qui se transforme en SE, attestent, conformément à la directive 77/91/CE (8), mutatis mutandis, que la

société dispose d'**actifs nets au moins équivalents au capital** augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.

(...) ».

Art. 66 (transformation d'une SE en SA) : « (...)

5. Avant l'assemblée générale visée au paragraphe 6, un ou plusieurs experts indépendants désignés ou agréés, selon les dispositions nationales adoptées en application de l'article 10 de la directive 78/855/CEE, par une autorité judiciaire ou administrative de l'État membre dont relève la SE qui se transforme en société anonyme, attestent que la société dispose d'**actifs au moins équivalents au capital**

(...) »

→ Référence à la **proportionnalité** :

Considérant n° 5 : « Les États membres sont tenus de veiller à ce que les dispositions applicables aux sociétés européennes en vertu du présent règlement n'aboutissent ni à des discriminations résultant de l'application d'un **traitement différent injustifié** aux sociétés européennes par rapport aux sociétés anonymes, ni à des **restrictions disproportionnées** à la formation d'une société européenne ou au transfert de son siège statutaire ».

→ Référence au **raisonnable (et pertinent)** :

Considérant n° 24 : « Une SE doit avoir la possibilité de transférer son siège statutaire dans un autre État membre. La protection appropriée des intérêts des actionnaires minoritaires qui s'opposent au transfert des créanciers et des titulaires d'autres droits doit s'inscrire dans des **limites raisonnables**. Le transfert ne doit pas affecter les droits nés avant le transfert ».

Art. 32 (constitution d'une SE holding) : « 5. Le rapport doit indiquer les difficultés particulières d'évaluation et déclarer si le rapport d'échange d'actions ou de parts envisagé est ou non **pertinent et raisonnable**, en précisant les méthodes suivies pour sa détermination et si ces méthodes sont adéquates en l'espèce ».

Recommandation de 2002 sur l'indépendance du contrôleur légal des comptes

→ Référence à l'**équité** :

« L'objectif ultime du contrôle légal des comptes consiste à exprimer une opinion de contrôle objective. Le principal moyen qu'a le contrôleur légal de prouver que tel est bien le cas est de montrer qu'il procède avec **objectivité**. Pour cela, il doit faire preuve à la fois **d'équité**, d'honnêteté intellectuelle et d'intégrité (ce qui implique de sa part traitement équitable et sincérité) et agir en dehors de tout conflit d'intérêts pouvant compromettre son indépendance ».

→ Référence à l'**équivalence** :

« 8.4. Fixation du montant des honoraires

Un contrôleur légal doit pouvoir démontrer que les honoraires perçus pour une mission de contrôle légal couvrent de manière adéquate l'affectation à la tâche d'un nombre d'heures de travail approprié et d'un personnel qualifié ainsi que les diligences nécessaires pour se conformer aux

normes professionnelles, lignes directrices et procédures de contrôle de qualité, et que les ressources allouées sont au moins **équivalentes** à celles qui auraient été consacrées à un autre travail de nature similaire ».

→ Référence au **raisonnable** :

Considérant n° 9 : « Le Comité du contrôle légal des comptes est convenu de ce que chaque État membre devait faire en sorte, grâce à l'application de principes fondamentaux, que les contrôleurs légaux, les autorités de réglementation ainsi que les autres parties intéressées aient une compréhension identique de l'exigence d'indépendance, et, par voie de conséquence, que les faits et les circonstances menaçant cette indépendance soient interprétés de la même façon et appellent les mêmes réponses dans toute l'UE. L'existence de tels principes devrait également permettre d'instaurer des conditions de concurrence égales pour la prestation des services de contrôle légal des comptes dans le marché unique. Ces principes devraient tout à la fois être exhaustifs, rigoureux, robustes, applicables et **raisonnables**.

Ils devraient être interprétés et appliqués de manière cohérente par les organisations professionnelles, les autorités de surveillance et de réglementation ainsi que par les contrôleurs légaux des comptes, leurs clients et toutes les autres parties intéressées ».

(Cadre général)

« Dans l'exercice de son activité de contrôle légal des comptes, le contrôleur légal (2) des comptes doit être indépendant de son client, dans les faits comme dans les apparences. Un contrôleur légal ne devrait pas réaliser un contrôle donné s'il existe une quelconque relation financière, d'affaires, d'emploi ou autre entre lui-même et son client (y compris certains services extérieurs à la mission d'audit fournis au client), dont un **tiers raisonnable** et informé jugerait qu'elle compromet son indépendance ».

Etc.

Règlement SCE (2003)

→ Référence à l'**égalité** :

Considérant n° 10 : « Une société coopérative européenne (ci-après dénommée «SEC») devrait avoir pour objet principal la satisfaction des besoins de ses membres et/ou le développement de leurs activités économiques et sociales, dans le respect des principes suivants:

(...)

— **son contrôle devrait être assumé à parts égales** entre ses membres, un vote pondéré pouvant toutefois être prévu, afin de refléter la contribution de chaque membre à la SEC,

(...) »

→ Référence à l'**équité** :

Considérant n° 7 : « Les coopératives sont avant tout des groupements de personnes physiques ou morales qui obéissent à des principes de fonctionnement particuliers, différents de ceux des autres opérateurs économiques. On citera, par exemple, les principes de la structure et du contrôle démocratiques ainsi que de la **distribution équitable** des bénéfices nets de l'exercice ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 16 : « Droits pécuniaires des membres en cas de retrait ou d'exclusion

1. Sauf en cas de cession de parts et sous réserve de l'article 3, la perte de la qualité de membre ouvre droit au remboursement de sa part du capital souscrit, réduite en **proportion** de toute perte imputable sur le capital social de la SEC.

(...) »

Art. 66 : « Ristourne

Les statuts peuvent prévoir le versement d'une ristourne aux membres **proportionnellement** aux opérations faites par eux avec la SEC ou au travail effectué en faveur de cette dernière ».

Art. 67 : « Article 67

Affectation de l'excédent

1. Le solde de l'excédent après dotation à la réserve légale, éventuellement diminué des sommes ristournées, le cas échéant augmenté des reports bénéficiaires et des prélèvements sur les réserves, ou diminué des reports de pertes, constituent les résultats distribuables.

2. L'assemblée générale appelée à statuer sur les comptes de l'exercice a la faculté d'affecter l'excédent dans l'ordre et la **proportion déterminés par les statuts**, et notamment:

- à un nouveau report,
- à la dotation de tous fonds de réserves légales ou statutaires,
- à la rémunération de capitaux libérés et des capitaux assimilés, le paiement pouvant intervenir en numéraire ou par attribution de parts.

3. Les statuts peuvent également exclure toute distribution ».

Directive OPA (2004)

→ Référence à l'**équivalence** :

Considérant n° 1 : « Conformément à l'article 44, paragraphe 2, point g), du traité, il est nécessaire de coordonner, en vue de les rendre **équivalentes** dans toute la Communauté, certaines garanties que les États membres exigent, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, des sociétés relevant du droit d'un État membre et dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre ».

Art. 3 : « Principes généraux

1. Aux fins de l'application de la présente directive, les États membres veillent à ce que les principes suivants soient respectés:

a) **tous les détenteurs de titres de la société visée qui appartiennent à la même catégorie doivent bénéficier d'un traitement équivalent**; en outre, si une personne acquiert le contrôle d'une société, les autres détenteurs de titres doivent être protégés;

(...) ».

→ Référence à l'**équité** :

Considérants n°s 8 et 9 : « (8) Conformément aux principes généraux du droit communautaire, et notamment au droit à un **procès équitable**, les décisions d'une autorité de contrôle devraient pouvoir, dans des conditions appropriées, faire l'objet d'un contrôle par une juridiction indépendante.

Toutefois, il y a lieu de laisser aux États membres le soin de déterminer s'il convient de prévoir des droits dont on puisse se prévaloir dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, qu'il s'agisse d'une procédure engagée contre une autorité de contrôle ou d'une procédure entre les parties à une offre.

(9) Il convient que les États membres prennent les mesures nécessaires pour la protection des détenteurs de titres, et en particulier ceux possédant des participations minoritaires, lorsque le contrôle de leurs sociétés a été pris. Il convient que les États membres assurent cette protection en imposant à l'acquéreur qui a pris le contrôle d'une société l'obligation de lancer une offre proposant à tous les détenteurs de titres de cette société d'acquérir la totalité de leurs participations à un **prix équitable** conformément à une définition commune. Les États membres devraient pouvoir créer d'autres instruments visant à protéger les intérêts des détenteurs de titres, comme l'obligation de lancer une offre partielle lorsque l'offrant n'acquiert pas le contrôle de la société ou l'obligation d'annoncer une offre simultanément à la prise de contrôle de la société ».

Considérant n° 19 : « Les États membres devraient prendre les mesures nécessaires pour donner à tout offrant la possibilité d'acquérir un intérêt majoritaire dans d'autres sociétés et d'en exercer pleinement le contrôle. À cette fin, les restrictions au transfert de titres et aux droits de vote, les droits spéciaux de nomination et les droits de vote multiple devraient être supprimés ou suspendus pendant la période d'acceptation de l'offre et lorsque l'assemblée générale des actionnaires arrête des mesures de défense, décide de modifier les statuts de la société ou décide de révoquer ou de nommer des membres de l'organe d'administration ou de direction lors de la première assemblée générale des actionnaires suivant la clôture de l'offre. Lorsqu'un détenteur de titres subit un préjudice à la suite de la suppression de droits, une **compensation équitable** devrait être prévue, selon les modalités techniques fixées par les États membres ».

Art. 5 : « Protection des actionnaires minoritaires, offre obligatoire et **prix équitable**

1. Lorsqu'une personne physique ou morale détient, à la suite d'une acquisition faite par elle-même ou par des personnes agissant de concert avec elle, des titres d'une société au sens de l'article 1er, paragraphe 1, qui, additionnés à toutes les participations en ces titres qu'elle détient déjà et à celles des personnes agissant de concert avec elle, lui confèrent directement ou indirectement un pourcentage déterminé de droits de vote dans cette société lui donnant le contrôle de cette société, les États membres veillent à ce que cette personne soit obligée de faire une offre en vue de protéger les actionnaires minoritaires de cette société. Cette offre est adressée dans les plus brefs délais à tous les détenteurs de ces titres et porte sur la totalité de leurs participations, au **prix équitable** défini au paragraphe 4.

(...)

4. Est considéré comme le **prix équitable** le prix le plus élevé payé pour les mêmes titres par l'offrant, ou par des personnes agissant de concert avec lui, pendant une période, déterminée par les États membres, de six mois au minimum à douze mois au maximum précédent l'offre visée au paragraphe 1. Si, après publication de l'offre et avant expiration de la période d'acceptation de celle-ci, l'offrant

ou toute personne agissant de concert avec lui acquiert des titres à un prix supérieur au prix de l'offre, l'offrant porte son offre à un prix au moins égal au prix le plus élevé payé pour les titres ainsi acquis.

Sous réserve du respect des principes généraux énoncés à l'article 3, paragraphe 1, les États membres peuvent autoriser leurs autorités de contrôle à modifier le prix prévu au premier alinéa dans des circonstances et selon des critères clairement déterminés. À cette fin, ils peuvent dresser une liste de circonstances dans lesquelles le prix le plus élevé peut être modifié, vers le haut ou vers le bas, par exemple si le prix le plus élevé a été fixé par accord entre l'acheteur et un vendeur, si les prix de marché des titres en cause ont été manipulés, si les prix de marché en général ou certains prix de marché en particulier ont été affectés par des événements exceptionnels, ou pour permettre le sauvetage d'une entreprise en détresse. Ils peuvent également définir les critères à utiliser dans ces cas, par exemple la valeur moyenne de marché sur une certaine période, la valeur de liquidation de la société ou d'autres critères objectifs d'évaluation généralement utilisés en analyse financière.

Toute décision des autorités de contrôle qui modifie le **prix équitable** doit être motivée et rendue publique ».

Art. 11 (5) : « 5. Lorsque des droits sont supprimés sur la base des paragraphes 2, 3 ou 4¹⁹ et/ou de l'article 12²⁰, une indemnisation équitable est prévue pour toute perte enregistrée par les détenteurs de ces droits. Les conditions qui régissent la détermination de cette indemnisation ainsi que les modalités de son paiement sont établies par les États membres ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 17 : « **Sanctions**

Les États membres déterminent les sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues sont effectives, **proportionnées** et **dissuasives**. Les États membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard à la date prévue à l'article 21, paragraphe 1, et toute modification ultérieure de celles-ci dans les meilleurs délais ».

→ Référence au **raisonnable** :

Art. 3 (1) : « e) un offrant ne doit annoncer une offre qu'après s'être assuré qu'il peut fournir entièrement la contrepartie en espèces, si une telle contrepartie a été offerte, et après avoir pris toutes les **mesures raisonnables** pour assurer la fourniture de tout autre type de contrepartie; f) la société visée ne doit pas être gênée au-delà d'un **délai raisonnable** dans ses activités en raison d'une offre concernant ses titres. »

Directive fusions transfrontalières (2005)

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 6 : « **Publication**

¹⁹ Visant la neutralisation des restrictions.

²⁰ Visant les arrangements facultatifs (options ouvertes aux Etats et aux sociétés en matière de mesures anti-OPA).

1. Pour chacune des sociétés qui fusionnent, le projet commun de fusion transfrontalière est publié selon les modalités prévues par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale qui doit se prononcer à ce sujet.

Une société qui fusionne est **dispensée** de l'obligation de publicité prévue par l'article 3 de la directive 68/151/CEE si, pendant une période continue commençant un mois au moins avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion transfrontalière et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, elle met gratuitement à la disposition du public ledit projet de fusion sur son site **internet**. Les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres exigences ou contraintes que celles qui sont nécessaires pour garantir la sécurité du site internet et l'authenticité des documents et ils ne peuvent imposer de telles **exigences** ou **contraintes** que dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs ».

Recommandation sur le rôle des administrateurs non exécutifs dans les sociétés cotées (2005)

→ Référence à l'**équivalence** :

« 1.3.2. Les États membres devraient pouvoir choisir, totalement ou en partie, entre la création, au sein du conseil d'administration ou de surveillance, d'un des comités présentant les caractéristiques préconisées dans la présente recommandation et l'utilisation d'autres structures — extérieures au conseil d'administration ou de surveillance. Ces structures ou procédures, imposées aux sociétés par le droit national ou relevant des meilleures pratiques recommandées au niveau national au titre d'une approche «se conformer ou s'expliquer», devraient être **fonctionnellement équivalentes** et aussi efficaces ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Considérant n° 8 : « Pour garantir que la fonction de direction sera soumise à une fonction de surveillance effective et suffisamment indépendante, il conviendrait que le conseil d'administration ou de surveillance compte un nombre suffisant d'administrateurs non exécutifs ou de membres qui n'exercent aucune fonction de direction dans la société ou son groupe et qui sont indépendants, en ce qu'ils sont à l'abri de tout conflit d'intérêts important. Compte tenu des différences entre les systèmes juridiques des États membres, il ne serait toutefois pas opportun de définir précisément, au niveau communautaire, la **proportion** de membres du conseil d'administration ou de surveillance qui devrait être constituée de personnes indépendantes ».

Considérant n° 18 : « En règle générale, les codes de gouvernement d'entreprise adoptés dans les États membres s'accordent sur la nécessité de veiller à ce qu'une **proportion significative d'administrateurs non exécutifs** ou de membres du conseil de surveillance soient indépendants, c'est-à-dire à l'abri de tout conflit d'intérêts important. Le plus souvent, on entend par «indépendance» l'absence de lien étroit avec la direction, les actionnaires détenant une participation de contrôle ou la société elle-même. En l'absence de définition commune de ce que cette notion recouvre exactement, il y aurait lieu de fournir une déclaration d'ordre général décrivant l'objectif poursuivi, ainsi qu'une liste (non exhaustive) de situations reflétant les liens ou les circonstances généralement considérés comme pouvant conduire à un conflit d'intérêts important, que les États membres devraient dûment prendre en compte lorsqu'ils fixent, au niveau national, un certain nombre de critères appropriés à l'intention du conseil d'administration ou de surveillance.

Néanmoins, la détermination de ce qui constitue l'indépendance devrait relever principalement du conseil d'administration ou de surveillance lui-même.

Lors de l'application des critères d'indépendance, le conseil d'administration ou de surveillance devrait privilégier le fond plutôt que la forme ».

« 3.1. Au total, l'organe d'administration et les organes de direction et de surveillance devraient comprendre respectivement une **juste proportion d'administrateurs exécutifs et non exécutifs** et de membres du directoire et du conseil de surveillance, afin qu'une personne ou un petit groupe de personnes ne puisse pas dominer la prise de décision au sein de ces organes ».

Directive de 2007 sur l'exercice des droits d'actionnaires dans les sociétés cotées

→ Référence à l'**égalité** :

Art. 4 : « Égalité de traitement des actionnaires

La société veille à assurer **l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale** ».

→ Référence à la **proportionnalité** :

Art. 7 (4) : « 4. La preuve de la qualité d'actionnaire ne peut être soumise à d'autres exigences que celles qui sont nécessaires à l'identification des actionnaires, et ce uniquement dans la mesure où celles-ci sont **proportionnées** à la réalisation de cet objectif ».

Art. 8 (2) : « 2. L'utilisation de moyens électroniques visant à permettre aux actionnaires de participer à l'assemblée générale ne peut être soumise qu'aux exigences et aux contraintes qui sont nécessaires à l'identification des actionnaires et à la sécurité de la communication électronique, et uniquement dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs ».

Art. 12 : « Vote par correspondance

Les États membres autorisent les sociétés à offrir à leurs actionnaires la possibilité de voter par correspondance avant l'assemblée générale. Le vote par correspondance ne peut être soumis qu'à des exigences et contraintes nécessaires à l'identification des actionnaires, et uniquement dans la mesure où elles sont **proportionnées** à la réalisation de cet objectif ».

Art. 13 (3) : « 3. Lorsque le droit applicable impose des exigences de forme en ce qui concerne l'habilitation d'un actionnaire visé au paragraphe 1 à exercer des droits de vote ou relatives aux instructions de vote, ces exigences de forme ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'identification du client ou pour rendre possible la vérification du contenu des instructions de vote, selon le cas, et sont **proportionnées** à la réalisation de ces objectifs ».

Art. 14 : « Résultats des votes

1. La société établit pour chaque résolution au moins le nombre d'actions pour lesquelles des votes ont été valablement exprimés, la **proportion** du capital social représentée par ces votes, le nombre total de votes valablement exprimés, ainsi que le nombre de votes exprimés pour et contre chaque résolution et, le cas échéant, le nombre d'abstentions.

(...) ».

→ Référence au **raisonnable** :

Art. 5 (2) : « 2. Sans préjudice d'exigences supplémentaires de notification ou de publication fixées par l'État membre compétent défini à l'article 1er, paragraphe 2, la société est tenue d'émettre la convocation visée au paragraphe 1 du présent article de telle manière qu'il soit possible d'y accéder rapidement de manière non discriminatoire. L'État membre exige de la société qu'elle recoure à des médias dont on puisse **raisonnablement** attendre une diffusion efficace des informations auprès du public dans l'ensemble de la Communauté. L'État membre ne peut imposer de recourir uniquement à des médias dont les opérateurs sont établis sur son territoire ».

→ Référence au **pertinent** :

Art. 10 (3) (a) (vote par correspondance) : « les États membres peuvent prescrire que le mandataire divulgue certains faits précis qui peuvent être pertinents pour permettre aux actionnaires d'évaluer le risque éventuel que le mandataire puisse poursuivre un intérêt autre que l'intérêt de l'actionnaire; ».

Communication de la Commission en matière de rémunération des administrateurs de sociétés cotées (accompagnant recommandations antérieures) (2009)

→ Référence à la **proportionnalité** :

« Concernant la structure de la politique de rémunération, la nouvelle recommandation introduit le **principe de la proportionnalité de la rémunération** au sein de la société, à savoir un étalonnage comparant la rémunération des administrateurs à celle des autres administrateurs exécutifs du conseil d'administration et des salariés ou cadres de la société. Les indemnités de départ (les «parachutes dorés») font également l'objet de limites quantifiées et ne devraient pas être versées en cas d'échec. Par ailleurs, afin de mieux conditionner la rémunération aux performances, la nouvelle recommandation exige l'établissement d'un équilibre entre rémunération fixe et variable et subordonne l'attribution de la composante variable à des critères de performance prédéterminés et mesurables.

(...)

Eu égard à la **proportionnalité**, les autorités de surveillance devraient tenir compte de la nature et de la taille de l'établissement financier ainsi que de la complexité de ses activités pour évaluer dans quelle mesure il respecte les principes en matière de bonnes politiques de rémunération.

En l'occurrence, certains principes en matière de bonnes politiques de rémunération présentent davantage d'intérêt pour certaines catégories d'établissements financiers que pour d'autres. Par conséquent, pour éviter des coûts injustifiés et garantir le respect du principe de **proportionnalité**, il est prévu que les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre les principes généraux, puissent les adapter et les compléter selon la situation des établissements financiers concernés ».

II. L'égalité dans le cadre de la loi luxembourgeoise du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Doctrine

Selon A. **Steichen** (n° 276) l'égalité est à défaut d'un principe général de droit (allusion à l'affaire Audiolux²¹) un « principe directeur » du droit des sociétés mais dont les contours restent fuyants. Il intéresse surtout la répartition des bénéfices et des pertes mais il n'est pas d'ordre public : les associés peuvent librement y déroger sous réserve de l'interdiction de la clause léonine. Selon l'auteur étant donné que le droit luxembourgeois est plutôt dominé par une **conception contractuelle** (et non institutionnelle) du droit des sociétés l'égalité est présumée dans la mesure où les associés arrêtent librement par contrat les termes de leur coopération sociétaire en sorte que la portée du principe d'égalité s'en trouve nettement atténuée.

→ Référence à l'égalité²² :

SA

Art. 37, al. 1^{er} et 2 : « Le capital des sociétés anonymes se divise en **actions d'égale valeur**²³, avec ou sans mention de valeur.

(Mais)

Indépendamment des actions représentatives du capital social, il peut être créé des titres ou **parts bénéficiaires. Les statuts déterminent les droits** qui y sont attachés.

(...) ».

En matière d'acquisition d'actions propres :

Art. 49-2 : « 1) Sans préjudice du **principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation** et de la loi relative aux abus de marché, la société ne peut acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société qu'aux conditions suivantes:

(...) »

Art. 67 (4) : « 4) Tout actionnaire peut, nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, prendre part aux délibérations avec un **nombre de voix égal aux actions qu'il possède**, sans limitation ».

Société coopérative

²¹ Pour rappel, Cass., 23 septembre 2010, *JTL*, 2010, p. 204 : « les dispositions invoquées par Audiolux, prises isolément et dans leur ensemble, ne permettent pas d'induire l'existence, lors de la cession par GBL de sa participation dans RTL Group à Bertelsmann, d'un **principe général de droit national imposant l'égalité de traitement entre actionnaires** et permettant à Audiolux de bénéficier d'un traitement égal à celui dont a bénéficié l'actionnaire GBL lors de la cession de sa participation conférant le contrôle de RTL Group à Bertelsmann ».

²² Outre les références figurant directement dans la loi autre hypothèse de règle fondée sur le maintien de l'égalité entre associés : la **prime d'émission** (incidemment évoquée à l'art. 26-1 Loi du 10 août 1915).

²³ Non applicable à la coopsa en vertu de l'art. 137-4 (6).

Art. 117 : « A défaut de dispositions sur les points indiqués en l'article précédent, ils seront réglés comme suit:

(...)

4° tous les associés peuvent voter dans l'assemblée générale; ils ont **voix égale**; les convocations se font par lettre recommandée, signée de l'administration; les pouvoirs de l'assemblée se déterminent et ses résolutions sont prises en suivant les règles indiquées pour les sociétés anonymes;

5° **les bénéfices et les pertes se partagent chaque année, par moitié par parts égales** entre les associés, et par moitié à raison de leur mise;

(...) ».

En matière de liquidation

Art. 148, al. 1^{er} : « Après le payement ou la consignation des sommes nécessaires au payement des dettes, les liquidateurs distribueront aux sociétaires les sommes ou valeurs qui peuvent former des **répartitions égales** ; ils leur remettront les biens qui auraient dû être conservés pour être partagés ».

SARL

Art. 182 : « Le capital social doit être de 12.394,68 euros au moins. Il se divise en **parts d'égale valeur**, avec ou sans mention de valeur ».

Art. 195 : « Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un **nombre de voix égal au nombre des parts sociales** qu'il possède ».

→ Référence à l'**équivalence** :

Art. 31-2 (3) (**transformation d'une SE en SA**) : « Avant l'assemblée générale visée au paragraphe (4), un ou plusieurs réviseurs d'entreprises agréés désignés par l'organe de gestion, attestent que la société dispose d'actifs au moins **équivalents** au capital ».

Art. 31-3 (**transformation d'une SA en SE**) : « Avant l'assemblée générale visée au paragraphe (4), un ou plusieurs réviseurs d'entreprises agréés désignés par l'organe de gestion, atteste que la société dispose d'actifs nets au moins **équivalents** au capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer ».

Art. 101-9 (**transfert de siège de la SE**) : « 1) Les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société ayant transféré son siège, de droits au moins **équivalents** à ceux dont ils jouissent dans la société avant ce transfert ²⁴».

Art. 270 (1) (**en matière de fusion par absorption**) : « 1) Les porteurs de titres, autres que des actions ou parts, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins **équivalents** à ceux dont ils jouissent dans la société absorbée » ²⁵.

Art. 299 (1) (**en matière de scission**) : « (1) Les porteurs de titres, autres que des actions ou parts, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein des sociétés bénéficiaires contre

²⁴ Possibilité d'y déroger par décision d'assemblée des porteurs de titres.

²⁵ Id. note précédente.

lesquelles ces titres peuvent être invoqués conformément au projet de scission, de droits au moins **équivalents** à ceux dont ils jouissaient dans la société scindée »²⁶.

→ Référence à la **proportionnalité** :

SCS

Art. 19, al. 2 : « **A défaut** de stipulations contraires dans le contrat social, la **part de chaque associé dans les bénéfices et pertes de la société est en proportion de ses parts** d'intérêts ».

Art. 20, al. 1^{er} : « **A défaut** de stipulations contraires dans le contrat social, les **droits de vote de chaque associé sont en proportion de ses parts** d'intérêts ».

SCSp

Art. 22-5, al. 2 : « **A défaut** de stipulations contraires dans le contrat social, la **part de chaque associé dans les bénéfices et pertes de la société en commandite spéciale est en proportion de ses parts** d'intérêts ».

Art. 22-6, al. 1^{er} : « **A défaut** de stipulations contraires dans le contrat social, les **droits de vote de chaque associé sont en proportion de ses parts** d'intérêts ».

SA

Art. 32-3 (**droit préférentiel de souscription**) : « (1) Les actions à souscrire en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires **proportionnellement**, à la partie du capital que représentent leurs actions »²⁷.

Art. 45 (3), al. 2 (création d'actions sans droit de vote par conversion d'actions ordinaires) : « L'offre de conversion est faite en même temps à tous les actionnaires et à **proportion** de leur part dans le capital social ».

Art. 94-1, al. 1^{er} : « Tous les **obligataires** ont, nonobstant toute disposition contraire, mais en se conformant aux conditions de l'émission le droit de voter par eux-mêmes ou par mandataires. Le **droit de vote** attaché aux obligations est **proportionnel** à la quotité du montant de l'emprunt qu'elles représentent. Chaque obligation donne droit à une voix au moins ».

En matière de liquidation

Art. 147, al. 1^{er} : « Les liquidateurs, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés et hypothécaires, **payeront toutes les dettes** de la société, **proportionnellement** et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci ».

Art. 263 (2) (approbation des associés dans le cadre d'une opération de **fusion**) : « 2) Dans les sociétés en commandite simple et dans les sociétés coopératives, le droit de vote des associés est **proportionnel** à leur part dans l'avoir social et le quorum de présence se calcule par rapport à l'avoir social ».

Art. 289 (3) (en matière de **scission**) : « (3) a) Lorsqu'un élément du patrimoine actif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa

²⁶ Id. note précédente.

²⁷ Suppression et limitation (pas par les statuts) : art. 32-3 (5)

répartition, cet élément ou sa contre-valeur est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires de manière **proportionnelle** à l'actif attribué à chacune de celles-ci dans le projet de scission.

b) Lorsqu'un élément du patrimoine passif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, chacune des sociétés bénéficiaires en est solidairement responsable.

La responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires est toutefois limitée à l'actif net attribué à chacune d'entre elles ».

Art. 291 (2) (approbation des associés dans le cadre d'une opération de **scission**) : « (2) Dans les sociétés en commandite simple et dans les sociétés coopératives, le droit de vote des associés est **proportionnel** à leur part dans l'avoir social et le quorum de présence se calcule par rapport à l'avoir social ».

→ Référence au **raisonnable** (et pertinent)

Art. 26sexies (2) (constitution d'une **SE holding**) : « (2) Dans le rapport mentionné au paragraphe (1), les experts doivent en tout cas déclarer si le **rapport d'échange** d'actions ou de parts envisagé est ou non **pertinent et raisonnable** (...) ».

Art. 266 (2) (en matière de **fusion**) : « (2) Dans le rapport mentionné au paragraphe (1), les experts doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le **rapport d'échange** est ou non **pertinent et raisonnable** (...) »²⁸.

Art. 294 (2) (en matière de **scission**) : « (2) Dans le rapport mentionné au paragraphe (1), les experts doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le **rapport d'échange** est ou non **pertinent et raisonnable** ».

Autres lois importantes faisant référence au principe d'égalité des actionnaires en droit luxembourgeois

Sans surprise il s'agit de législations concernant les sociétés publiques :

Loi OPA²⁹

« Art. 3.

Principes généraux

Les principes suivants doivent être respectés en cas d'offre publique d'acquisition:

a) **tous les détenteurs de titres de la société visée qui appartiennent à la même catégorie doivent bénéficier d'un traitement équivalent**; en outre, si une personne acquiert le contrôle d'une société, les autres détenteurs de titres doivent être protégés;

(...) ».

« Art. 5.

²⁸ En droit français utilisation du terme « équitable », voy. Gicquiaud.

²⁹ Loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (<http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2006/05/19/n1>)

Protection des actionnaires minoritaires, offre obligatoire et **prix équitable**

(...)

(4) Est considéré comme le **prix équitable** le prix le plus élevé payé pour les mêmes titres par l'offrant, ou par des personnes agissant de concert avec lui, pendant une période de douze mois précédent l'offre visée au paragraphe (1). Si, après publication de l'offre et avant expiration de la période d'acceptation de celle-ci, l'offrant ou toute personne agissant de concert avec lui acquiert des titres à un prix supérieur au prix de l'offre, l'offrant porte son offre à un prix au moins égal au prix le plus élevé payé pour les titres ainsi acquis.

Sous réserve du respect des principes généraux énoncés à l'article 3, la Commission est autorisée à modifier le prix prévu au premier alinéa. Le prix le plus élevé ne peut être modifié, vers le haut ou vers le bas, que si le prix le plus élevé a été fixé par accord entre l'acheteur et un vendeur, ou si les prix de marché des titres en cause ont été manipulés, ou si les prix de marché en général ou certains prix de marché en particulier ont été affectés par des événements exceptionnels, ou pour permettre le sauvetage d'une entreprise en détresse. La Commission utilise dans ces cas des critères clairement définis qui peuvent être la valeur moyenne de marché sur une certaine période, la valeur de liquidation de la société ou d'autres critères objectifs d'évaluation généralement utilisés en analyse financière.

Un règlement grand-ducal peut prévoir d'autres circonstances dans lesquelles des dysfonctionnements du marché auraient une incidence sur l'établissement du prix selon l'alinéa 1 du présent paragraphe.

Toute décision de la Commission qui modifie le prix équitable doit être motivée et rendue publique.

(...) »

« Art. 12.

Neutralisation des restrictions

(...)

(5) Lorsque des droits sont supprimés sur la base des paragraphes (2), (3) ou (4) du présent article ou de l'article 9, les détenteurs de ces droits peuvent prétendre à une **indemnisation équitable**. Les conditions qui régissent la détermination de cette indemnisation ainsi que les modalités de son paiement sont approuvées par la Commission.

(...) »

Loi relative à l'exercice des droits des actionnaires dans les sociétés cotées ³⁰

« Art. 2.

Egalité de traitement des actionnaires

³⁰ Loi du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées et portant transposition de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées
(<http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2011/05/24/n2>)

La société veille à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale ».