

Forum de Trans Europe Experts (TEE)



LES ENJEUX JURIDIQUES EUROPÉENS

31 mars 2010

Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Atelier Droit des Sociétés

sous la présidence de **Anne Outin-Adam**, directrice du pôle politique législative et juridique de la CCIP, et **Bernard Saintourens**, professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Premier Forum de Trans Europe Experts
Les enjeux juridiques européens – 31 mars 2010
Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Atelier Droit des sociétés
« Les sociétés européennes, SE et SPE »

Bruno Dondéro
Professeur à l'université de Picardie-Jules Vernes

Bernard Saintourens
Professeur à l'université Montesquieu-Bordeaux IV

1^{ère} partie : la SE et la SPE : régimes respectifs de ces sociétés et questions relatives au financement.

(Bruno DONDERO)

Introduction :

- Evocation des deux formes sociales ;
- Discussion sur la pertinence du caractère multinational, imposé à la SE mais bien moins présent s'agissant du projet de SPE ;
- Evocation du faible nombre de SE et des raisons de ce succès apparemment réduit.

I – Les régimes juridiques respectifs de la SE et de la SPE.

A – La SE

1 – Un système complexe.

Lorsque l'on examine les règles applicables à la SE, on s'approche d'un système complexe. Si on prend ce système par le point de contact avec le droit français, on lit, à l'art. L. 229-1 du Code de commerce, que « *La société européenne est régie par les dispositions du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8*

octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, celles du présent chapitre et celles applicables aux sociétés anonymes non contraires à celles-ci ».

C'est donc dans trois corps de textes distincts qu'il faut chercher le droit de la SE.

L'un de ces corps de textes est d'origine européenne (le règlement de 2001), les deux autres sont nationaux (les dispositions du Code de commerce sur la SE et celles sur la SA).

Deux de ces corps de textes ont été pensés spécialement pour la SE (le règlement de 2001 et les dispositions du Code de commerce sur la SE), tandis que ce n'est pas le cas du troisième (les dispositions du Code de commerce sur la SA).

2 – La concurrence entre les droits nationaux.

La concurrence entre SE relevant des différents Etats membres va se jouer, en réalité, entre les droits applicables à la SE tels que créées par chaque Etat membre.

Ainsi, si un Etat membre décide de créer une forme particulièrement dynamique de SE, ou bien de renvoyer à une forme nationale particulièrement dynamique pour définir le régime de la SE, alors on peut penser que son droit sera compétitif.

Mais en réalité, si on lit attentivement l'article 9 du règlement de 2001, on comprend qu'il faudra à cet Etat membre, qui voudrait rendre compétitif « son » droit de la SE, modifier directement son droit de la SA ou de la public *limited-liability company*.

Le droit français n'a pas véritablement procédé à cette modernisation le choix de créer une SE spéciale, puisqu'il renvoie, pour l'essentiel des règles de fonctionnement de la SE, aux dispositions relatives à la SA.

On pourra s'interroger sur le point de savoir s'il n'aurait pas été plus pertinent de commencer par moderniser notre droit de la SA, y compris en créant une forme spécifique de SA non cotée, ce qui aurait permis de « doper » les SE à la française.

D'autres pays auraient été plus embarrassés pour le faire. Renvoyer à une SA fermée plus souple aurait été plus difficile pour le droit anglais, par exemple, dès lors que la forme sociale anglaise à laquelle il est renvoyé est celle de la *public limited-liability company*, qui est une forme de société destinée à offrir ses titres au public, avec un capital social d'au moins 50.000 livres.

Ce n'est donc pas simplement pour rendre hommage à l'initiative suggérée par la CCIP en 2003, de réformer en le simplifiant notre droit de la SA non cotée, que ce point est souligné, mais pour dire que toute simplification de notre droit de la SA est susceptible d'avoir un retentissement en droit de la SE.

D'ailleurs, créer des règles spéciales sur la SE n'est admissible, à suivre le règlement de 2001, que lorsque les dispositions des lois nationales sont adoptées par les Etats membres « en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE » (art. 9).

B – La SPE

La lecture des règles applicables à la SPE révèle un état d'esprit plus détendu et plus dynamique à la fois. Certes, on parle ici d'une forme sociale qui n'est pas encore une réalité, et qui pourrait ne pas le devenir avant quelques années.

Toutefois, les projets de textes relatifs à la SPE sont assez prometteurs.

Pour rappel, la SPE est destinée à habiller juridiquement des entreprises de taille plus modeste que la SE, et ce que l'on peut remarquer, c'est qu'avec la SPE, le droit européen pose le pied dans un secteur nouveau du droit des sociétés : dans le secteur du droit interne des sociétés !

La SPE avait été initialement construite sans que lui soit imposé un caractère transnational.

Cela signifiait que la SPE aurait pu être créée, pour reprendre un exemple cité par ses détracteurs, pour exploiter une boulangerie de la banlieue de Berlin, sans que cette société doive avoir une activité transfrontalière, ou des associés de plusieurs nationalités...

Le droit européen projetait ainsi d'implanter, dans chaque droit national, une forme juridique nouvelle, très libérale – au sens où la liberté statutaire y est très grande – et avec un capital social minimum d'un euro, en principe.

On comprend dès lors que certains Etats membres aient pu en prendre ombrage et se plaindre d'une atteinte au principe de subsidiarité, devant la perspective de voir « débarquer » cette forme sociale nouvelle sans capital, alors qu'ils avaient pu faire en sorte qu'une société à responsabilité limitée doive toujours avoir un certain montant de capital... Inversement, d'autres Etats trouveront avantage à ce que leurs sociétés revêtent cette forme connue de tous, et l'on pense notamment aux nouveaux entrants dans l'Union.

On pourra dire que chaque Etat sera libre d'encadrer comme il le souhaite la SPE, mais en réalité pas tant que cela, puisque la plupart des règles de fonctionnement de la SPE sont placées sous la compétence des statuts, et ce n'est que si les statuts ne disent rien pour ces questions que le droit national, en l'occurrence le droit applicable aux SARL, trouve à s'appliquer.

Ceci explique sans doute l'atténuation apportée par le Parlement européen, qui a conduit à ne dispenser la SPE de caractère transnational que dans la première période de son activité.

C - Comment comparer ces sociétés ?

Si l'on veut maintenant comparer de plus près ces deux formes sociales d'origine européenne que sont la SE et la SPE, on comprend que l'on aborde un exercice difficile.

Dès lors que la SE est assise sur les différents régimes nationaux de la SA ou de ses équivalents, on est en train de prendre pour base de comparaison les régimes de ces différentes SA, éventuellement modernisés pour les rendre plus attractifs aux SE.

Si l'on compare, sommairement, la SE française, la SE anglaise et la SE italienne, on observera d'ailleurs que leurs régimes sont assez proches sur les principes, mais variables dans leurs modalités.

La SPE, en revanche, bénéficierait d'un régime diversifié différemment. Ce n'est pas tant la référence aux législations nationales qui fera la différence, mais la référence aux statuts.

On peut penser qu'il y aura plus de diversité, parce que toute SPE aura des statuts différents de sa voisine, même dans un même Etat ; et l'on peut aussi penser que des courants se dessineront, des modèles de statuts, qui finiront peut-être par dépasser les frontières – le règlement sur la SPE pourrait d'ailleurs intégrer un modèle de statuts-types...

II – Comparaison des régimes juridiques respectifs de la SE et de la SPE en termes de financement.

A – Le capital social.

1 – La SE.

La SE est astreinte par l'article 4 du règlement de 2001 à la détention d'un capital d'au moins 120.000 euros.

La législation d'un Etat membre peut renforcer ces exigences pour les SE ayant leur siège dans cet Etat, si une réglementation vise les sociétés exerçant certains types d'activités.

On rapprochera ce capital minimum, relativement important, des formes de société anonyme ou de société par actions des différents Etats membres, qui sont toutes astreintes à la détention d'un capital minimum par le législateur, mais celui-ci est loin d'être identique dans les différents Etats membres :

- 37.000 euros en France ;
- 120.000 euros en Italie ;
- 50.000 livres en Angleterre.

2 – La SPE.

La SPE avait été initialement proposée avec un capital d'un euro.

Le fondement de cette absence d'exigence est intéressant, puisque le projet de règlement de 2008 se fonde sur « des études », qui montrent que les créanciers tiennent compte aujourd'hui d'autres aspects (le flux de trésorerie, par exemple), plus efficaces pour mesurer la solvabilité.

Il est également tenu compte des garanties personnelles offertes par les dirigeants de PME à leurs créanciers (par exemple aux banques) et du fait que les fournisseurs utilisent également d'autres méthodes pour garantir leurs créances, en prévoyant notamment que la propriété des marchandises soit transférée.

En somme, la proposition peut dire qu'elle « s'écarte de l'approche traditionnelle qui considère l'exigence d'un capital minimal élevé comme un moyen de protéger les créanciers uniquement après le paiement. De plus, les besoins en capitaux des sociétés varient selon leurs activités. Il est donc impossible de déterminer un montant de capital approprié pour toutes les sociétés. Les actionnaires sont les mieux placés pour déterminer les besoins en capitaux de leur entreprise ».

Il est intéressant de lire cela sous la plume d'institutions européennes alors que le droit européen est à l'origine de nombreuses règles relatives aux opérations sur capital.

Ce dispositif a été complété par le Parlement européen en 2009.

Dès lors, la SPE (qui devrait être une société à responsabilité limitée émettant des actions), ne pourrait être constituée sans capital social minimum que sous la condition d'un certificat de solvabilité.

A défaut le capital minimum exigé sera de 8.000 euros.

On rappellera que cette absence ou quasi absence de capital social est l'un des éléments qui font naître le plus de discussions actuellement. De nombreux Etats membres ont volontairement maintenu un capital minimum relativement conséquent à leurs petites sociétés de capitaux : Autriche, 35.000 euros ; Pologne, 13.000 euros ; Portugal et Slovaquie, 5.000 euros, etc.

Voir une petite société de capitaux sans capital minimum faire irruption dans leur système juridique n'est sans doute pas pour plaire à ces Etats. On pourrait craindre que les « start-up les plus douteuses », pour reprendre la formule d'un auteur, la lie du RCS en somme, soit constituée par les SPE...

B – Les actions de préférence.

1 – La SE.

Les actionnaires de la SE peuvent être titulaires d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, du moins lorsque les droits nationaux le prévoient.

En matière d'actions et d'obligations, le règlement de 2001 opère par son article 5 un renvoi exprès aux législations nationales.

On sait que le droit français reconnaissait de longue date les actions de priorité, ainsi qu'un certain nombre d'autres valeurs mobilières diversifiées, et que l'ordonnance du 24 juin 2004 a visé à unifier et simplifier ce régime, en créant notamment des actions de préférence.

Une dizaine de dispositions ont donc été introduites au sein du Code de commerce, qui reposent notamment sur un principe (on peut créer des actions donnant des droits différents des actions ordinaires) avec quelques principes illustratifs, sur les actions rachetables, sur le droit de vote des actions de préférence, ou sur l'utilisation des actions de préférence dans le cadre d'un groupe.

Le droit anglais reconnaît quant à lui l'existence de classes de *shares*, mais il préfère renvoyer aux statuts sans rentrer véritablement dans le détail du contenu des droits accordés par telle ou telle classe d'actions.

Le droit italien, quant à lui, a fait un choix proche, après une réforme de 2003, en reconnaissant la possibilité de créer des catégories d'actions dans les *società per azioni*.

Les droits nationaux, faut-il préciser, ne devraient en principe pas prévoir de régime spécifique aux SE en termes d'actions de préférence.

Il ne semble en effet pas possible que les Etats membres puissent se doter de réglementations spécifiques aux actions de préférence des SE, dès lors que le texte relatif à la hiérarchie des normes de la SE (art. 9) dispose que la SE est régie par le règlement, par ses statuts, puis par les dispositions des lois nationales adoptées par les Etats membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE (ce qui n'est pas le cas des actions de préférence) et enfin, par les textes relatifs à la SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

Cela veut donc dire que des dispositions sur les actions de préférence de la seule SE ne seraient pas en conformité avec cet article 9, sauf à trouver dans le règlement des « mesures communautaires visant spécifiquement les SE ».

Si l'on scrute le règlement de 2001, on trouve un texte qui se réfère aux différentes « catégories d'actions » de la SE. C'est l'article 60, qui les mentionne pour dire que les décisions qui portent atteinte à une catégorie d'actions supposent un vote séparé pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels il est porté atteinte.

On ne saurait, nous semble-t-il, se fonder sur ce texte pour justifier une réglementation nationale très attractive sur les actions de préférence et réservée aux SE.

Mais en réalité, même nos « petites dispositions » françaises qui transposent à la SE des textes sur la SAS (clauses d'inaliénabilité, clause d'exclusion) ne sont pas véritablement conformes à cet article 9.

2 – La SPE.

La SPE, surfant sur la dynamique du *small business act*, apparaît dotée d'un dispositif à la fois plus original et plus audacieux.

L'original concerne le capital social, l'audacieux concerne les actions de préférence.

C'est en effet avec une belle audace que la SPE pourrait introduire dans tous les droits nationaux de l'UE qui ne les auraient pas encore reconnues les actions de préférence.

Il est à noter que la SPE pourra être constituée sans qu'il soit besoin qu'elle présente un élément transfrontalier, contrairement à la SE, du moins dans la première période de son activité.

Or, cette société devrait consacrer une entière liberté en termes d'actions de préférence.

Cela n'est cependant pas dit aussi clairement qu'on le souhaiterait par le projet de règlement.

Sa présentation indique certes :

« Le règlement laisse aux actionnaires une grande liberté en ce qui concerne les actions, notamment pour décider des droits et obligations qui leur sont attachés. Une SPE peut émettre des actions ordinaires ou des actions de priorité. Des restrictions ne s'appliquent qu'en cas de besoin, pour protéger les intérêts des tiers ou des actionnaires minoritaires ».

On comprendra dès lors que certains droits nationaux se sentent menacés par la SPE, comme le droit allemand, qui craint pour sa GmbH.

Et c'est vrai que la SPE apparaît particulièrement compétitive, d'autant qu'elle ne comporte pas de plafond, et peut être utilisée par de très grandes sociétés.

C'est même l'un de ses objectifs, selon la Commission, que de renforcer la concurrence avec les modèles sociétaires nationaux, et tout simplement entre eux faut-il ajouter.

L'idée est aussi d'encourager les initiatives : on crée une SPE purement interne, mais un jour, avec un véhicule pareil, on aura bien envie d'accéder au marché européen !

C – Points complémentaires.

1 - Les titres de dette.

Là encore, il est difficile de distinguer les différents droits nationaux.

Sur les trois droits examinés, français, anglais, italien, on retiendra que :

- le droit anglais est assez simple, au sens où il semble renvoyer pour beaucoup à l'aspect contractuel de la relation entre la société et les porteurs de *debenture* ;
- le droit italien connaît un régime modernisé, assez simple, et ramassé en une douzaine de dispositions ;
- le droit français connaît quant à lui le régime qui nous est familier, et ses dizaines de dispositions à la rédaction lourde, qui nous viennent d'un décret-loi de 1935 et n'ont été que peu modernisées par la loi de 1966, au point de toujours viser la personnalité civile de la masse (art. L. 228-46)...

2 – Le financement en CCA

Toujours problème du monopole bancaire en France, qui ne comporte pas d'exception pour les dirigeants de SAS (v. art. L. 312-2 C. mon. fin. sur la définition des fonds reçus du public), et donc encore moins pour les SE, mais leur assimilation à une SA devrait régler le problème.

2^{ème} partie : la gouvernance des sociétés européennes

(B. Saintourens)

I.- La structuration des organes de gouvernance ;

A - l'organe de gestion et de direction.

Le choix de l'organe : avantage évident de la SPE.

Pour la SE, la référence reste le modèle de la société anonyme (art. 38). On retrouve donc soit un conseil d'administration, soit un directoire et un conseil de surveillance. On comprend que face à une telle limitation du choix des modes de gouvernance de la SE, le rapport Lenoir ait proposé de modifier le règlement européen afin de permettre aux SE non cotées de déterminer les conditions de leur gouvernance et le statut de leurs dirigeants. On peut d'ailleurs remarquer que le règlement européen n'a apporté aucune innovation en matière de gouvernance des sociétés alors que c'était peut être une occasion de promouvoir un mode de direction qui aurait pu servir de modèle aux législations nationales. La question de la possibilité de dissocier, selon le droit français, les fonctions de direction générale se pose aussi au regard du libellé du texte européen. Ce dernier indique (art. 43) en effet que c'est le conseil d'administration qui « gère » la société. Ce serait tout de même dommage que ce qui a été retenu pour le droit français comme étant un facteur de meilleure gouvernance ne puisse profiter à une société européenne établie en France. Sans doute faut-il donc comprendre que la possibilité offerte par ce texte pour un Etat membre de prévoir qu'un directeur général puisse être responsable de « la gestion courante » couvre bien l'hypothèse du directeur général de la société anonyme de droit français qui fait tout de même plus qu'assurer la gestion courante.

Pour la SPE, le texte en préparation laisse une grande autonomie aux associés dans le choix des modalités de direction. L'article 26 du projet de règlement

pose le principe selon lequel l'organisation interne de la SPE est déterminée par les statuts. L'organe choisi peut être un gérant ou un président, ou faire appel à un modèle collégial, de type directoire. La seule restriction identifiée par le texte est que seule une personne physique peut être dirigeante d'une SPE.

Le statut personnel des membres des organes de direction : aspects personnels peu significatifs.

Le règlement relatif à la SE renvoie au droit national la détermination du statut individuel des membres des organes de direction ou de surveillance ainsi que les incompatibilités de mandats ou les interdictions. A propos des membres directoire, le texte européen prévoit que les législations nationales peuvent fixer un nombre maximum et/ou un nombre minimum de membres. La France a utilisé cette possibilité pour admettre qu'une SE puisse avoir un directoire composé de 7 membres (au lieu de 5 pour les SA). En outre, pour les SE françaises, une personne morale ne peut être membre du directoire.

S'agissant de la SPE, le projet de règlement se contente de poser quelques règles de base (art. 30). Outre la réservation de la qualité de dirigeant aux personnes physiques, le texte reconnaît les dirigeants de fait et confirme qu'il y a lieu de leur appliquer toutes les obligations et responsabilité attachées à cette fonction. Pour le reste, c'est un renvoi vers le droit national applicable qui est opéré pour la détermination des personnes exclues de l'exercice des fonctions de dirigeant en vertu d'une décision judiciaire ou administrative.

B - Les assemblées d'actionnaires

Pour la SE, le règlement procède ici également à un renvoi vers les règles nationales et, sur ce point, le droit français retient une application générale des dispositions relatives à la société anonyme (art. L. 229-8). L'exigence d'une réunion d'assemblée une fois au moins par an est assez classique, mais il est aussi intéressant de noter que les organes de direction, d'administration ou de surveillance peuvent décider à tout moment la réunion d'une assemblée.

Les relations entre actionnaires ne sont pas envisagées par le règlement. Les législations nationales peuvent saisir cette opportunité pour élargir la liberté statutaire des sociétés européennes immatriculées sur le territoire national. Ainsi, le droit français autorise-t-il, pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, des clauses statutaires restrictives de la libre négociabilité des actions (art. L. 229-11, al. 2), qu'il s'agisse de clauses d'agrément, de préemption, de sortie conjointe mais aussi de clauses d'exclusion et de suspension des droits non pécuniaires (art. L. 229-12). On peut ainsi noter qu'à la différence du droit applicable à la société anonyme, il est possible de

soumettre à agrément les cessions d'actions réalisées au sein de la famille (conjoint, ascendant, descendant).

Pour la SPE, quelques points méritent d'être relevés. D'abord, d'un point de vue fonctionnel, le texte pose en principe que « l'adoption des résolutions ne demande pas la convocation d'une assemblée générale » (art. 27 § 3). Cette souplesse est certainement bienvenue et s'avère plus favorable (et plus simple) que le dispositif mis en œuvre en droit français. Ensuite, un droit d'information est reconnu aux actionnaires (ainsi que de poser des questions à l'organe de direction) à propos des résolutions, des comptes annuels ou de « toute autre matière se rapportant aux activités de la SPE » (art. 28). En revanche, la restriction prévue pour l'exercice du droit d'information est plus contestable en ce qu'elle pourrait bien être source de contentieux. Il est en effet prévu que l'organe de direction ne peut refuser l'accès aux informations que si, en y donnant accès, il risque de nuire gravement aux intérêts commerciaux de la SPE. En outre, les actionnaires disposent du droit de requérir une résolution ainsi que de requérir la désignation d'un expert indépendant ((sous condition de détention de 5% des droits de vote), ce qui rapproche la SPE de la SA ou de la SARL de droit français.

II. L'exercice des pouvoirs des dirigeants.

Pour la SE, dès lors que les organes sont ceux de la société anonyme, la question de la détermination des pouvoirs ne présente, du point de vue du texte européen, aucune singularité remarquable. Conseil d'administration ou directoire sont dotés des pouvoirs prévus par le Code de commerce pour chacun de ces organes. Tout au plus peut-on noter que le règlement laisse aux statuts le soin d'énumérer les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation par l'organe de surveillance ou à délibération expresse du conseil d'administration (art. 48§1). Une incertitude est à signaler concernant les actes d'avaux, cautions et garanties, qui ne sont pas visés par l'article L. 229-7 c. com. La question se pose de savoir s'il faut une mention spéciale dans les statuts pour imposer une autorisation préalable.

Pour la SPE, le principe posé est que l'organe de direction peut exercer toutes les prérogatives de la SPE dont le règlement ou les statuts n'exigent pas qu'elles soient exercées par les actionnaires (art. 26 §1). Cette précision n'empêche pas véritablement de conséquences quant à l'exercice des pouvoirs habituellement reconnu à un dirigeant, tel le gérant de la SARL. On peut noter d'ailleurs que le paragraphe 1 de l'article 33 retient la règle de sécurité selon laquelle la représentation de la SPE vis-à-vis des tiers est assurée par un ou plusieurs dirigeants et que les actes accomplis par les dirigeants lient la SPE même s'ils ne font pas partie de l'objet de la SPE. En outre, est également reprise (§2) la règle

selon laquelle aucune autre limitation des pouvoirs des dirigeants (résultant des statuts ou d'un organe de la société) n'est opposable aux tiers, même si elle a été rendue publique.

En définitive, la singularité du texte européen tient à la possibilité offerte aux statuts de prévoir que les dirigeants doivent exercer collectivement le pouvoir général de représentation. Compte tenu des lourdeurs d'une telle modalité de gouvernance, on peut penser qu'il vaudra mieux s'en tenir à la règle française relative à l'hypothèse d'un collège de gérants qui laisse à chacun les mêmes pouvoirs que s'il était seul, sous réserve d'une opposition portée à la connaissance du cocontractant (la société n'est pas engagée si la preuve de la connaissance de l'opposition est apportée).

III. La responsabilité des dirigeants.

Pour la SE, il faut relever que, selon l'article 51 du règlement, la responsabilité des membres des organes d'administration, de surveillance et de direction est régie par les dispositions nationales relatives à la responsabilité des membres des organes correspondants de la société anonyme de l'Etat membre sur le territoire duquel la SE a son siège. Il n'y a donc pas de régime communautaire harmonisé de la responsabilité, ce qui pourrait être considéré comme un enjeu majeur de la localisation, compte tenu de la disparité des droits nationaux en la matière. Pour les SE immatriculées en France, il n'y a donc aucune singularité par rapport aux sociétés anonymes.

Pour la SPE, la question de la responsabilité des dirigeants est abordée, dans le texte en attente, de manière un peu curieuse et même déroutante au regard des traditions du droit français. Après avoir affirmé qu'« un dirigeant est tenu de servir au mieux les intérêts de la SPE », ce qui est le moins que l'on puisse exiger, le §4 de l'article 31 semble limiter la responsabilité du dirigeant seulement envers l'entreprise pour tout acte ou omission commis en violation de ses obligations (au titre du règlement, des statuts ou d'une résolution des actionnaires). Le projet de règlement ne confère pas aux actionnaires ou aux créanciers le droit de poursuivre directement les membres de l'organe de direction.

Pour autant, le §5 précise « Sans préjudice des dispositions du présent règlement, la responsabilité des dirigeants est régie par le droit national applicable ». La combinaison du droit national et du droit européen n'est pas évidente. En effet, en droit français (art. L. 223-22), le gérant est responsable envers la société et envers les tiers de l'ensemble de ses fautes. S'agissant de la responsabilité à l'égard de la société, on sait que l'un des points essentiels est la recevabilité de l'action sociale « ut singuli » (exercée par un associé au nom de la société). On imagine que cette action demeurera recevable en matière de SPE

immatriculée en France. En ce qui concerne la responsabilité vis-à-vis des créanciers de la société, elle est admise dans son principe, même si son succès suppose la preuve d'une faute détachable des fonctions (jurisp. cf not. Cass. com. 20 mai 2003). Ici aussi, la question se posera de la compatibilité de ce type de responsabilité avec la règle posée par le texte européen en projet. Enfin, la même question se pose à propos de la responsabilité fiscale spécifique posée par l'article L. 267 LPF.

Lors de l'approbation du projet de règlement par le Parlement européen, le 10 mars 2009, il a été ajouté au texte que, quand bien même ils ont agi conformément à une résolution de l'assemblée, les dirigeants sont redevables d'une indemnité si des distributions de dividendes sont effectuées alors que l'actif de la SPE ne recouvre pas son passif (action prescrite par un délai de 4 ans).