

Contribution du CCBE à la prochaine proposition de la Commission européenne relative au 28^e régime en matière de Droit des sociétés

17 décembre 2025

Introduction

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 46 pays, soit plus d'un million d'avocats européens.

Le CCBE a toujours soutenu le développement d'un régime facultatif de droit des sociétés du 28^e régime en tant qu'instrument capable d'améliorer le fonctionnement du marché unique et de faciliter l'établissement transfrontalier des sociétés dans l'UE. Dans le même temps, l'orientation de la prochaine proposition vers des exigences de capital très faibles, voire nulles, crée un défi structurel inévitable : dès lors que le capital ne remplit plus sa fonction traditionnelle de protection des créanciers, le cadre juridique doit combler cette lacune par un système cohérent et substitutif de garanties. Sans de tels mécanismes, la flexibilité offerte par le nouveau régime serait contrebalancée par une exposition accrue des créanciers et un recours plus important aux garanties personnelles. Ces conséquences non seulement saperiaient la crédibilité de la nouvelle forme, mais pourraient également affaiblir le principe de responsabilité limitée, qui reste une pierre angulaire du droit européen des sociétés.

L'expérience des États membres montre que toute réduction ou suppression du capital minimum s'est toujours accompagnée d'un ensemble plus large de garanties compensatoires. Aux fins de la présente contribution, le CCBE ne propose ni de reproduire, ni de fusionner ces systèmes nationaux. Le CCBE considère plutôt que les principes communs qui en découlent offrent des orientations précieuses pour l'élaboration d'une architecture de garanties appropriée pour le 28^e régime. Afin d'aider la Commission dans ses travaux, le CCBE présente donc des exemples provenant de plusieurs juridictions, non pas comme des modèles à copier, mais comme des illustrations pratiques de mécanismes qui se sont avérés efficaces pour maintenir la confiance des créanciers et garantir un comportement responsable des sociétés lorsque les exigences en matière de capital ont été abaissées ou supprimées.

Pratiques des États Membres

L'Autriche offre un exemple clair et instructif. Avec l'introduction de la société à capital flexible (FlexCo), le législateur a réduit le capital minimum à un niveau moyen, mais a délibérément évité un modèle de capital purement symbolique. Cette mesure a été complétée par l'application exhaustive du régime autrichien de maintien du capital étant donné que les règles de l'article 82 GmbHG, lues conjointement avec l'article premier, paragraphe 2, FlexKapGG, protègent non seulement le capital souscrit, mais aussi l'ensemble des actifs de la société, garantissant ainsi que les transferts de valeur illégaux aux actionnaires puissent être annulés et que les administrateurs restent responsables de tout manquement aux obligations de solvabilité ou de liquidité. Le droit autrichien met également l'accent sur la responsabilité des administrateurs lorsque la détérioration financière n'est pas traitée de manière adéquate, et sur les mécanismes de récupération lorsque les distributions enfreignent les règles de maintien du capital. Étant donné que ces garanties vont déjà au-delà de la simple protection du capital nominal, il est généralement considéré qu'il n'est pas nécessaire d'introduire une « responsabilité destructrice d'existence » supplémentaire pour les actionnaires de FlexCo. Tous ces éléments montrent que même avec un seuil de capital réduit, l'association d'obligations solides de gouvernance et d'un régime robuste de protection des actifs continue de jouer un rôle central dans le maintien de la crédibilité et de la fiabilité de la forme sociétaire.

La Belgique propose une approche différente pour remplacer la protection du capital. Avec la réforme de sa forme de société privée (BV/SRL), le législateur a supprimé complètement la notion juridique de capital mais l'a remplacée par un ensemble de mécanismes ciblés destinés à garantir que la société dispose d'une substance financière adéquate. Le plus important d'entre eux est le plan financier obligatoire que les fondateurs doivent préparer lors de la constitution de la société, démontrant que les fonds propres et le financement initiaux de la société, qu'ils proviennent d'apports, de prêts d'actionnaires ou de financements bancaires, sont suffisants pour permettre à la société de mener à bien les activités envisagées pendant au moins les deux premières années. Ce plan n'est pas rendu public mais il peut être examiné par un syndic de faillite, et les fondateurs peuvent être tenus responsables des dettes impayées si le plan montre clairement un financement insuffisant au moment de la constitution. Au-delà de la constitution, la Belgique protège également les créanciers grâce à un critère de distribution double. Tout transfert de valeur aux actionnaires nécessite à la fois un critère d'actif net, garantissant que l'actif net de la société reste positif après la distribution, et un critère de liquidité exigeant que l'organe directeur évalue si la société sera en mesure de rembourser ses dettes pendant les douze prochains mois au minimum. Les

administrateurs sont responsables de l'autorisation des distributions qui enfreignent ces critères, et les actionnaires doivent restituer les distributions qui les enfreignent. Cette réforme de la législation belge montre que même en l'absence de capital juridique, la protection des créanciers peut être maintenue grâce à des exigences bien conçues en matière d'adéquation financière, de gouvernance responsable et de restrictions exécutoires sur les transferts de valeur, offrant ainsi un exemple pertinent de la manière dont les garanties peuvent fonctionner dans un environnement à faible capital.

La **Finlande** offre un autre exemple de la manière dont la protection des créanciers peut être maintenue sans recourir à un capital minimum. Depuis juillet 2019, les sociétés à responsabilité limitée ne sont plus tenues de disposer d'un capital social, une réforme introduite après avoir reconnu que le faible capital nominal ne protège pas les créanciers dans la pratique. Au lieu de cela, la législation finlandaise met principalement l'accent sur la responsabilité du conseil d'administration de surveiller en permanence les fonds propres et la solvabilité de la société. Lorsque les fonds propres de la société deviennent négatifs, le conseil d'administration doit immédiatement enregistrer la perte de fonds propres au registre du commerce, et le non-respect de cette obligation peut exposer les administrateurs à une responsabilité civile envers les créanciers, pour autant que les conditions générales de responsabilité soient remplies, y compris la causalité. Les distributions sont également soumises à des restrictions légales strictes : les actifs ne peuvent être distribués si la société est insolvable ou si la distribution la rendrait insolvable, et toute distribution doit être fondée sur les derniers états financiers approuvés, en tenant compte de toutes les évolutions importantes survenues depuis leur établissement. Si la société est tenue de désigner un auditeur, les états financiers doivent être vérifiés avant qu'une distribution puisse être effectuée. Les actionnaires doivent restituer les actifs reçus en violation de ces règles, et les administrateurs peuvent être tenus responsables s'ils autorisent une distribution contraire à la loi. La pratique finlandaise montre qu'une association de surveillance continue des capitaux propres, d'interdictions de distribution fondées sur l'insolvenabilité et de responsabilité exécutoire des administrateurs et des actionnaires peut remplacer efficacement les exigences traditionnelles en matière de maintien du capital.

La **France** illustre comment une forme de société très flexible peut fonctionner avec un capital quasi nul tout en conservant certains mécanismes de protection des créanciers. Depuis 2008, l'exigence de capital minimum pour la société par actions simplifiée (SAS) a été supprimée, de sorte qu'une SAS peut être constituée avec seulement un euro. Cette mesure, associée aux modalités de gouvernance très souples autorisées par la loi, a fait de la SAS la forme de société la plus utilisée en France, en particulier pour les entrepreneurs, les start-ups et les petites et moyennes entreprises. La garantie principale pour les créanciers n'est donc plus le montant nominal du capital, mais les actifs de la société et, si nécessaire, les garanties contractuelles négociées par les

créanciers eux-mêmes. Dans ce contexte, le droit français s'appuie sur une combinaison de mesures. Premièrement, il existe une obligation de constituer une réserve légale en affectant au moins 5 % des bénéfices annuels jusqu'à ce que cette réserve atteigne 10 % du capital social, un mécanisme dont l'efficacité est limitée lorsque le capital initial est très faible. Deuxièmement, les dividendes ne peuvent être distribués si cette distribution réduit les capitaux propres de la société en dessous de la somme du capital social et des réserves non distribuables. Troisièmement, les créanciers peuvent intenter une action en responsabilité délictuelle contre les fondateurs ou les actionnaires en cas de sous-capitalisation ou d'utilisation abusive de la structure de la société, lorsque cela a rendu impossible le fonctionnement normal de la société ou a causé un préjudice particulier. Le succès de telles actions dépend de la preuve d'une faute, d'un préjudice personnel et d'un lien de causalité. L'expérience française montre que lorsque le capital est réduit à un niveau symbolique, la protection des créanciers est réorganisée autour d'une combinaison de constitution de réserves, de restrictions de distributions et de responsabilité ciblée, la charge pratique de l'évaluation des risques reposant de plus en plus sur les créanciers eux-mêmes.

Le **droit allemand** prévoit également la possibilité de créer une société à responsabilité limitée sans capital social minimum sous la forme d'une « Unternehmergeellschaft haftungsbeschränkt » (UG). Cette forme juridique s'est avérée très populaire dans la pratique, sans pour autant nuire à l'attrait de la GmbH, qui ne peut être créée qu'avec un capital social minimum de 25 000 euros. À l'exception des dispositions relatives au capital social minimum, la forme juridique de l'UG est très similaire à celle de la GmbH. Après sa constitution, les associés doivent transférer un montant égal à un quart du résultat net de l'exercice, diminué des pertes reportées de l'exercice précédent, à une réserve légale. Cette réserve légale ne peut être utilisée qu'à des fins prévues par la loi et ne peut en aucun cas être versée aux associés. Cela permet aux associés de « constituer » un capital social minimum de 25 000 euros. L'obligation de transférer des fonds à la réserve cesse dès que la société dispose d'un capital social égal au capital minimum légal d'une GmbH, soit 25 000 euros. À cela s'ajoutent d'autres instruments de protection des créanciers, qui s'appliquent également à la GmbH, tels que la responsabilité pour les actes qui détruisent l'existence de la société, la subordination des prêts aux actionnaires dans les procédures d'insolvabilité ou la responsabilité des gérants pour les paiements qui conduisent à l'insolvabilité de la société.

L'**Irlande** illustre comment la protection des créanciers peut être assurée par un cadre de gouvernance et de maintien du capital solide plutôt que par des niveaux de capital élevés. Dans les sociétés privées irlandaises à responsabilité limitée par actions (Ltd.), tout rendement versé aux actionnaires est strictement contrôlé. Les distributions ne peuvent être effectuées qu'à partir des bénéfices disponibles à la distribution et doivent être étayées par les états financiers correspondants, tandis que les administrateurs

doivent s'assurer que la société restera en mesure de rembourser ses dettes à leur échéance. La législation irlandaise impose également des restrictions détaillées aux transactions bénéficiant aux administrateurs ou aux personnes liées, notamment les prêts, les garanties et l'aide financière, ainsi que les transferts importants d'actifs non monétaires. Ces restrictions ne peuvent être assouplies que par l'intermédiaire de la procédure d'approbation sommaire (SAP), qui exige une déclaration de solvabilité des administrateurs (question de responsabilité personnelle si elle est faite sans motifs raisonnables) et l'approbation par une résolution spéciale des actionnaires. Ce cadre, complété par des outils d'application solides pour les créanciers en cas d'insolvabilité ou de faute professionnelle, montre qu'une protection efficace des créanciers peut être obtenue grâce à des contrôles rigoureux de la distribution, à la surveillance des transactions d'initiés et à la responsabilité des administrateurs, même dans un système où le capital minimum est faible.

La société par actions simple **polonaise** (PSA) illustre un modèle dans lequel la protection des créanciers ne repose plus sur le capital social statutaire mais sur un ensemble structuré de garanties substantielles. La PSA fonctionne sans exigence de capital minimum, et la fonction de protection traditionnellement associée au maintien du capital est assurée par une série de mécanismes complémentaires. L'élément central est un critère de solvabilité, en vertu duquel le conseil d'administration ne peut autoriser une distribution que si la société est en mesure de faire face à ses engagements au moment de la décision et, sur la base d'une évaluation prospective couvrant l'année suivante, ne présente pas de risque d'insolvabilité. Ce critère est renforcé par un autre critère de bilan qui empêche les distributions qui réduiraient l'actif net de la société en dessous de la somme de son « capital social » fonctionnel (réflétant la valeur réelle des apports) et du capital de réserve obligatoire. En outre, la PSA doit affecter 8 % de ses bénéfices annuels au capital de réserve jusqu'à ce que cette réserve atteigne au moins 5 % du total des passifs, garantissant ainsi une réserve financière pour compenser l'absence de capital statutaire. Ces règles de fond sont soutenues par un régime de responsabilité stricte : les membres du conseil d'administration peuvent être tenus responsables envers la société et les créanciers des distributions effectuées en violation des critères statutaires et peuvent également être tenus responsables des dettes de la société s'ils ne déposent pas le bilan à temps. En revanche, les actionnaires sont uniquement tenus de restituer les distributions illégales et ne sont pas exposés à une responsabilité personnelle, conformément à l'objectif de maintenir l'attractivité de cette forme juridique. La PSA démontre ainsi qu'il est possible de mettre en place un cadre efficace de protection des créanciers sans capital statutaire, à condition qu'il repose sur des contrôles de solvabilité cohérents, des obligations de constitution de réserves et une responsabilité de gestion applicable.

La **Slovaquie** offre un autre exemple de la manière dont la protection des créanciers peut être maintenue lorsque le capital minimum est purement symbolique. La société par actions simple (*jednoduchá spoločnosť na akcie*, « j.s.a. »), instaurée en 2017 et destinée aux start-ups et aux sociétés de capital-risque, peut être constituée avec un capital social de seulement un euro, qui doit être entièrement souscrit et libéré avant l'enregistrement. Comme ce capital n'offre aucune réserve financière substantielle, la fonction de protection est assurée par une association de contrôles rigoureux lors de la constitution et de garanties substantielles pendant le cycle de vie de la société. La constitution nécessite l'intervention d'un notaire ou de signatures notariées, un examen judiciaire par le tribunal du commerce et des vérifications en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de propriété effective. La transparence est assurée par des registres accessibles au public contenant les données relatives à la société et ses états financiers. Une fois constituée, la j.s.a. doit créer un fonds de réserve non distribuable et ne peut effectuer des distributions uniquement si, après lesdites distributions, ses capitaux propres restent au moins égaux au capital social et aux réserves obligatoires. Les actionnaires doivent restituer les distributions illégales et les membres de l'organe statutaire peuvent être tenus responsables de les avoir autorisées. Compte tenu du faible niveau de capitalisation, de nombreuses sociétés j.s.a. dépendent des prêts des actionnaires, et la loi slovaque applique des règles relatives aux « sociétés en crise » qui limitent le remboursement de ces fonds lorsque la société est proche de l'insolvabilité, les remboursements effectués en violation de ces règles étant soumis à restitution. Les administrateurs sont soumis à une obligation de diligence et peuvent engager leur responsabilité civile ou, dans les cas graves, leur responsabilité pénale pour avoir approuvé des distributions illégales et poursuivi leurs activités malgré des indicateurs d'insolvabilité statutaires ou omis de déposer le bilan à temps. Le modèle slovaque démontre donc que, lorsque le capital est symbolique, la protection des créanciers doit reposer sur un contrôle *ex ante*, des restrictions de distribution fondées sur le bilan, des limites au financement par les actionnaires en situation de détresse et des obligations strictes pour les administrateurs, soutenues par des mécanismes de transparence.

L'**Espagne** est un dernier exemple de la manière dont les États membres ont relevé les défis posés par le capital symbolique grâce à un ensemble structuré de garanties compensatoires. À la suite d'une réforme de la loi sur les sociétés de capitaux en 2022, une société à responsabilité limitée peut désormais être constituée avec un capital d'un euro au lieu du seuil précédent de 3 000 euros. Pour compenser cette capitalisation minimale, la loi exige que 20 % des bénéfices annuels de la société soient affectés à une réserve légale jusqu'à ce que le montant associé du capital et de la réserve atteigne 3 000 euros. Cette mesure garantit la constitution progressive d'une réserve financière capable d'absorber les pertes initiales. En outre, si la société fait l'objet d'une liquidation volontaire ou involontaire et que son actif net s'avère insuffisant pour couvrir ses obligations en cours, les actionnaires deviennent solidairement responsables du déficit

entre 3 000 euros et le capital souscrit. Le modèle espagnol confirme donc que, lorsque le capital est purement symbolique, le cadre juridique doit s'appuyer sur une association de constitution obligatoire de réserves et de responsabilité résiduelle définie des actionnaires afin de maintenir la protection des créanciers pendant les premières années d'existence de la société.

Commentaires Généraux

Au-delà de ces garanties financières, nous tenons à souligner la nécessité d'informations transparentes et fiables dans les situations transfrontalières. En particulier, lorsqu'une société établie sous le régime du 28^e régime ouvre une succursale dans un autre État membre, il est essentiel que les registres contiennent des informations exactes et à jour sur les activités de la succursale, les personnes autorisées à la représenter et une adresse pour la signification des actes de procédure. Ces informations peuvent être conservées dans le registre de l'État d'origine ou dans celui de l'État d'accueil, à condition que l'État membre concerné ait pleinement mis en œuvre le système d'interconnexion des registres (BRIS), garantissant ainsi un accès transfrontalier efficace. La transparence est indispensable pour les acteurs du marché, qui doivent pouvoir évaluer le risque de contrepartie en toute confiance.

Une autre question qui ressort de l'analyse comparative concerne les accords entre investisseurs. Si la Commission européenne envisage de proposer des clauses types, elle devrait tenir compte des divergences qui existent actuellement dans les pratiques judiciaires nationales. Dans certains États membres, les tribunaux appliquent des doctrines qui restreignent la liberté contractuelle, en particulier lorsque les actionnaires minoritaires peuvent être désavantagés. En l'absence d'orientations claires ou de métarègles accompagnant les clauses standard, une interprétation judiciaire incohérente pourrait en compromettre la valeur. Il serait donc nécessaire de veiller à ce que les tribunaux donnent effet aux attributions contractuelles de droits et d'obligations afin de préserver la sécurité juridique.

Il ressort de ces expériences nationales une compréhension commune selon laquelle la fonction protectrice traditionnellement assurée par le capital ne peut être supprimée sans une architecture juridique correspondante qui remplisse le même objectif. En tant que praticiens du droit dans différents États membres, les membres du CCBE observent qu'aucune juridiction ayant réduit ou supprimé les exigences en matière de capital ne s'est appuyée sur une seule mesure de sauvegarde. Dans tous les cas, les législateurs ont adopté un ensemble de mesures visant à préserver la confiance des créanciers et à garantir la discipline financière au sein de la société. Bien que les mécanismes spécifiques varient, chaque système repose sur une association de contrôles reposant

sur la solvabilité, la constitution de réserves obligatoires, des restrictions sur les transferts de valeur, la récupération des distributions illégales, la responsabilité des administrateurs, des exigences de transparence accrues et des obligations d'alerte précoce en cas d'insolvabilité.

Conclusion

Pour que le 28^e régime fonctionne efficacement, il doit s'appuyer sur un système cohérent de mesures de sauvegarde comparables à celles mises en place dans les États membres. Un cadre reposant sur la solvabilité et la préservation de l'actif net, soutenu par la constitution de réserves lorsque le capital est minimal, des obligations exécutoires pour les administrateurs, des règles claires en matière de distributions et de transactions avec les parties liées, des mécanismes de récupération prévisibles et des exigences de transparence rigoureuses permettrait à la nouvelle forme de société de rester flexible sans affaiblir la confiance des créanciers ni créer d'insécurité juridique dans le marché unique.

En tant que praticiens du droit engagés quotidiennement dans la création, la gouvernance et la restructuration de société à travers l'Union européenne, le CCBE et ses membres sont particulièrement bien placés pour aider la Commission européenne à élaborer et à mettre en œuvre ce nouveau cadre. Les avocats jouent un rôle central dans la garantie de la transparence, de la sécurité juridique et de la conformité tout au long du cycle de vie des sociétés, agissant en tant qu'intermédiaires de confiance qui contribuent à assurer l'application correcte et cohérente du 28^e régime dans la pratique. Fort de cette expérience pratique, le CCBE est prêt à contribuer à l'élaboration et au bon fonctionnement du nouveau régime afin qu'il fonctionne de manière fiable dans toute l'Union et reste fermement ancré dans les principes fondamentaux du droit européen des sociétés.