



HAL
open science

Etude comparée entre les sociétés fermées à risque limité de droits français et hongkongais : contribution à la réflexion sur la simplification du droit français des sociétés

Nathalie Tortellier

► **To cite this version:**

Nathalie Tortellier. Etude comparée entre les sociétés fermées à risque limité de droits français et hongkongais : contribution à la réflexion sur la simplification du droit français des sociétés. Droit. Université de Rennes, 2016. Français. NNT : 2016REN1G002 . tel-04512334

HAL Id: tel-04512334

<https://theses.hal.science/tel-04512334>

Submitted on 20 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

École doctorale des Sciences de l'Homme, des Organisations et de la Société

présentée par

Nathalie Tortellier

Préparée à l'unité de recherche (UMR CNRS n°6262 IODE)
Institut de l'Ouest Droit et Europe
Centre de Recherches Européennes de Rennes

**ÉTUDE COMPARÉE ENTRE LES
SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE
LIMITÉ DE DROITS FRANÇAIS
ET HONGKONGAIS**

**Contribution à la réflexion sur la
simplification du droit français des
sociétés**

Thèse soutenue à Rennes

le 19 mars 2016

devant le jury composé de :

Bernard SAINTOURENS

Professeur, Faculté de droit et de science politique,
Université de Bordeaux / *examineur*

Laure NURIT

Professeure, Faculté de droit et des sciences
politiques, Université de Nantes / *rapporteur*

Anselmo REYES

Professeur, Faculty of law, The University of Hong
Kong / *rapporteur*

Catherine BARREAU

Professeure, Faculté de droit et de science
politique, Université de Rennes 1 / *directrice*

**ETUDE COMPARÉE ENTRE LES SOCIÉTÉS FERMÉES
À RISQUE LIMITÉ DE DROITS FRANÇAIS ET
HONGKONGAIS**

CONTRIBUTION À LA RÉFLEXION SUR LA SIMPLIFICATION DU
DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS

Mes remerciements les plus sincères vont d'abord à Madame la professeure Catherine Barreau qui, au-delà de son encadrement, de son suivi et de sa disponibilité, a toujours fait preuve d'un soutien constant.

Je remercie Monsieur le professeur Joël Lebullenger de m'avoir donné l'opportunité d'accomplir cette enrichissante recherche.

Je tiens également à remercier les Professeurs Bernard Saintourens, Laure Nurit et Anselmo Reyes d'avoir accepté de constituer mon jury de soutenance.

Merci à Brice pour son soutien et sa relecture attentive.

Merci à François pour ses conseils avisés.

"for the best interests of the Company"
Companies Ordinance (Cap.622)

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie : L'efficacité économique, source d'une convergence balbutiante entre les droits français et hongkongais des sociétés

Titre 1 : La simplification pragmatique de la création des sociétés fermées à risque limité

Chapitre 1 : La simplification de la forme des sociétés fermées à risque limité

Chapitre 2 : La simplification de la constitution des sociétés fermées à risque limité

Titre 2 : La modernisation de la qualité d'associé des sociétés fermées à risque limité

Chapitre 1 : L'attribution et la sauvegarde de la qualité d'associé et de *member* façonnées par les notions de liberté et d'égalité

Chapitre 2 : La qualité d'associé ou de *member* protégée par l'ordre public ou assujettie à l'intérêt social

Seconde Partie : La gouvernance du droit hongkongais des sociétés, une source d'inspiration pragmatique pour le droit français des sociétés

Titre 1 : L'importation de règles hongkongaises en matière de gestion interne pour la promotion de l'efficacité économique

Chapitre 1 : La simplification de l'organe de gestion des sociétés fermées à risque limité pour une sécurité juridique renforcée

Chapitre 2 : La conquête d'une autonomie renforcée pour libérer la gestion des sociétés fermées à risque limité

Titre 2 : Des remèdes hongkongais en matière de contrôle des associés pour l'autonomisation des sociétés fermées à risque limité

Chapitre 1 : Le remodelage du rôle des acteurs externes aux sociétés fermées à risque limité pour une meilleure gouvernance

Chapitre 2 : L'existence des sociétés fermées à risque limité apaisée par l'autonomie de la volonté des associés affermie

Conclusion générale

Bibliographie

Glossaire des termes de droit hongkongais

Annexes

Index alphabétique

Table analytique

INTRODUCTION

1. "Sans être créateur de richesses, le droit peut, par ses rigidités, entraver les aspirations légitimes des affaires"¹. Le monde des affaires contemporain, dans lequel les opérations de commerce international sont omniprésentes, tend à organiser ses entreprises dans le cadre de la Common Law moins rigide que le cadre offert par la Civil Law (l'inspiration fortement anglo-saxonne de la société européenne en est un premier indice). Cette image attractive du droit des sociétés de la Common Law doit soulever la réflexion sur l'attractivité du droit français des sociétés. De surcroît, celui-ci renvoie l'image d'un droit des sociétés que les pouvoirs publics tentent de simplifier, de moderniser et de libéraliser pour rencontrer les attentes légitimes des acteurs économiques depuis au moins deux décennies sans succès. Nous allons confronter ce postulat de "law shopping" ou de "dumping" juridique² en faveur des territoires de Common Law à une comparaison des règles applicables aux sociétés des ordres juridiques français et hongkongais. Étant donné que la poursuite de l'objectif d'améliorer la compétitivité économique française passe aussi par la modernisation du droit des sociétés³, il est pertinent de proposer une contribution à la réflexion sur la simplification⁴, voire la libéralisation⁵ maîtrisée, du droit français des sociétés commerciales⁶. L'étude comparative des normes de droit des sociétés hongkongais et des normes françaises va nous permettre de dégager des propositions de simplification et de modernisation apportées par le droit hongkongais à des questions juridiques soulevées en droit français des sociétés dans un souci de cohérence, de prévisibilité et de sécurité juridique.
2. La méthode comparative en droit peut être appliquée à deux niveaux. Prise dans son acception classique, la méthode du droit comparé a pour objet d'étudier les institutions de différents États. Nous choisissons ici d'appliquer la méthode de comparaison étudiant les réglementations édictées par les institutions de différents États voire les règles coexistant à

¹ HAMEL Joseph, LAGARDE Gaston, Traité de droit commercial, Dalloz, 1954, citation extraite de la préface et reproduite dans TERRE François, OUTIN-ADAM Anne, Codifier est un art difficile (à propos d'un... "code de commerce"), Recueil Dalloz 1994, Chronique, page 99.

² Ce phénomène de "Law Shopping" est particulièrement visible entre les États membres de l'Union européenne étant donné que ces États sont géographiquement proches, qu'ils présentent des systèmes juridiques différents et que le droit communautaire encouragerait ce phénomène. Pour une étude comparative des États membres et des récentes évolutions de ce phénomène, voir BRATTON William W., McCAHERY Joseph A. and VERMEULEN Erik P. M., How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper n°91/2008, January 2008, disponible <http://ssrn.com/abstract=1086667>.

³ Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique, Relevé de décisions, 17 juillet 2013, Introduction, pages 1, 8 et 9, source : www.gouvernement.fr.

⁴ Qu'est-ce que la simplification du droit français des sociétés : "C'est [la simplification] une piste beaucoup plus fréquentée que la précédente. Trois modalités se dégagent : la suppression d'exigences inutiles, les assouplissements, la création d'une forme simplifiée de société par actions", LE CANNU Paul, L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, Revues des sociétés, 1996, page 485, §9.

⁵ "Pour terminer sur ce point, on peut observer que la doctrine est, dans l'ensemble, attachée à une évolution libérale de la loi de 1966.", LE CANNU Paul, L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, Revues des sociétés, 1996, page 485, §26.

⁶ Ce souci de la mise en comparaison avec le droit de Common Law anglo-saxon se retrouve dans la loi allemande du 23 octobre 2008 entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008 sur la modernisation du droit de la *GmbH* et pour la lutte contre les abus (loi dite "MoMiG") dont les objectifs étaient de "déréglementer, rationaliser et moderniser le droit positif allemand, rendre la *GmbH* allemande plus attractive par rapport à la *Limited* anglaise et transférer certaines règles du droit des sociétés protégeant les créanciers vers le droit des procédures collectives afin de pouvoir les appliquer à des *Limited* ayant leur siège réel en Allemagne [contexte postérieur à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la liberté d'établissement dite "Inspire Art", Cour de Justice de l'Union Européenne, 30 septembre 2003, n°C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Limited, Recueil de jurisprudence 2003, page I-10155].", HIRTE Heribert, SCHALL Alexander, La société d'entrepreneur en droit allemand, Revue des sociétés 2013, page 198.

l'intérieur d'un même système juridique national⁷. Les finalités de cette approche comparative sont doubles : l'élaboration d'un droit commun (comme, par exemple, l'élaboration d'un droit européen des sociétés) ou l'évolution à fin d'adaptation à la société contemporaine d'un système de règles à la lumière d'un système étranger⁸. C'est cette deuxième finalité que nous retenons dans notre étude. Nous nous attacherons à tenter de "comprendre, connaître et comparer"⁹ les droits français et hongkongais applicables aux sociétés fermées à risque limité afin d'identifier les forces et faiblesses de chacune de ces entités pour que l'une et l'autre puissent se nourrir de leurs expériences dans le respect de leurs traditions juridiques respectives. Privilégiant le point de vue du droit français dont l'adaptation actuellement poursuivie réside dans la simplification et la modernisation du droit, nous relèverons les questions juridiques actuelles de l'évolution du droit des sociétés pour les confronter au droit hongkongais des sociétés¹⁰. Nous comparons pour montrer qu'il y a des éléments de guidage dans le droit hongkongais pour une procédure législative ou jurisprudentielle de simplification et d'adaptation du droit français au monde contemporain des affaires.

3. Hongkong, depuis la rétrocession du territoire à la République populaire de Chine¹¹, est une "région administrative spéciale" et pourrait être considéré une forme inachevée ou inaccomplie de cité-État¹², dont le système politique répond aux critères d'un pays industrialisé occidental. Hongkong présente un système juridique innovant hérité de l'omniprésence de la culture juridique occidentale. Tout d'abord, la région administrative spéciale conserve la Common Law mise en place par l'administration britannique. Ensuite, les règles de droit adoptées par le pouvoir législatif hongkongais depuis 1997 demeurent fortement inspirées par la culture et la tradition juridique anglo-saxonnes. Enfin, ce système est à la fois intégré et indépendant du système juridique civiliste chinois¹³ car les règles du droit chinois des sociétés ne sont pas applicables à Hongkong. Il en résulte que seule la règle de droit hongkongaise fera l'objet des développements de notre étude. Au sein de la taxonomie des systèmes juridiques, il est alors important de noter qu'Hongkong est un système de Common Law alors que la France est un système de droit continental. Au sein de ces ordres juridiques français et hongkongais, nous allons observer la société, dotée de la personnalité morale, créée pour organiser et héberger une entreprise. En d'autres termes, notre démarche est de comprendre, connaître et comparer la solution contemporaine apportée par ces deux ordres juridiques au même impératif de la structuration de l'activité économique afin d'en assurer et d'en promouvoir l'efficacité.

⁷ PLESSIX Benoît, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Thèse, Panthéon-Assas, 2003, page 14.

⁸ "Another possibility is to conduct similar studies on other countries' legal systems so as to compare the level of attainment of rule of law among Asian legal systems. Such comparative study may provide more information for the Hong Kong legal system to reflect on ways to maintain and improve the conditions affecting rule of law within it by drawing inspiration from the experience of other legal systems." TAI Benny Y. T., Developing an Index of the Rule of Law: Sharing the Experience of Hong Kong, in Asian Journal of Comparative Law, Volume 2, Issue 1, 2007, Article 4.

⁹ CONSTANTINESCO L. J., Traité de droit comparé, tome 2, La méthode comparative, 1974, page 135.

¹⁰ En ce sens, voir l'approche comparative proposée par PICARD Etienne, L'état du droit comparé en France, Revue Internationale de Droit Comparé, 1999, volume 51, numéro 4, pages 885 à 915.

¹¹ Du 29 août 1842 au 1^{er} juillet 1997, le territoire de Hongkong a été sous administration britannique.

¹² "In some respects, Hong Kong enjoys an autonomous power that is normally exercised only by an independent state. [...] At the same time, Hong Kong is a special administrative region and not an independent state." et "Is Hong Kong an international person? So personality varies, it is a matter of degree, and Hong Kong may generally be said to possess a high degree of international legal personality falling short of Statehood.", CHAN Johannes S.C., LIM C. L., Law of the Hong Kong Constitution, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, § 1.053 à la page 21 et § 3.014 à la page 81.

¹³ Voir notre annexe 15, "Présentation de l'histoire constitutionnelle de Hongkong".

4. Au regard de la définition légale française de la société, celle-ci se distingue de l'entreprise car l'entreprise est un des éléments constitutifs d'ordre matériel de la société et car l'entreprise ne nécessite pas d'acte juridique constitutif pour exister¹⁴ et n'est pas un sujet de droit contrairement à la société. L'entreprise pourrait être entendue comme une entité ou une activité¹⁵ économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie¹⁶. L'entreprise est l'entité commerciale et sociale hébergée et la société est l'entité légale à la manière d'un hôte. Cette dernière est la structure d'organisation à l'intérieur de laquelle l'entreprise, l'objet de la société¹⁷, se développe. La France et Hongkong propose la même technique d'organisation de l'entreprise, la société dotée de la personnalité morale. Parmi les formes sociales françaises et hongkongaises contemporaines, le champ de notre étude comparative est arrêté sur la société fermée à risque limitée hébergeant une entreprise commerciale à but lucratif. Du point de vue de Hongkong, l'objet de notre étude se réduit à la *private company limited by shares* ou *Company*. Le point de départ de notre réflexion pour identifier l'objet de notre étude résulte de l'observation de la pratique du droit hongkongais des sociétés au sein de cabinets d'avocats d'affaires. Les entreprises françaises implantées à Hongkong dans le but de développer leurs activités commerciales sur ce territoire et plus largement en Asie sont hébergées au sein d'une *private company limited by shares*. Ce choix aurait pu être justifié par la facilité de ne constituer qu'une seule forme de société pour la totalité des clients, par la facilité de constituer cette forme de société plutôt qu'une autre forme, par la simplicité de gérer la vie sociale de cette forme de société plutôt que celle d'une autre forme, ou par le profil et les besoins similaires d'entrepreneurs français ayant pour objectif commun de développer leurs activités commerciales à Hongkong. Cependant, en élargissant l'échantillonnage des formes de sociétés immatriculées pour des entrepreneurs français à toutes les sociétés hongkongaises, les statistiques publiées par le *Companies Registry*¹⁸ sont formelles : au 31 octobre 2015, 98,96% des sociétés immatriculées à Hongkong sont des *private companies limited by shares*¹⁹. Malgré l'offre de plusieurs formes de sociétés, la *Company* est quasiment la seule forme de société immatriculée à Hongkong.
5. Une *Company* est dotée de la personne morale²⁰ (par opposition à la personne physique ou *natural person*) et dotée de certains droits et obligations reconnus légalement, celle-ci est

¹⁴ "Elle [l'entreprise] ressemble à un être vivant [...]", DURAND Paul dans l'introduction à un rapport sur la "Notion juridique d'entreprise" présenté aux journées de l'Association Henri Capitant de 1947, citation reprise par PAILLUSSEAU Jean, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, Recueil Dalloz, 1999, page 157 ; "L'un des éléments les plus essentiels de l'entreprise, c'est qu'elle est un centre d'intérêts.", PAILLUSSEAU Jean, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, Recueil Dalloz, 1999, page 157.

¹⁵ LAMARCHE Thierry, *La notion d'entreprise*, RTD Com., 2006, page 709.

¹⁶ GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, sous la direction de Serge Guinchard et Gabriel Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001.

¹⁷ "L'institution de l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) et de l'EARL (entreprise agricole...) montre également que l'entreprise, qu'elle soit industrielle, commerciale, agricole ou libérale, constitue bien "l'objet" principal du droit des sociétés.", PAILLUSSEAU Jean, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, Recueil Dalloz, 1999, page 157.

¹⁸ Le Hong Kong Companies Registry est l'équivalent d'un greffe du Tribunal de commerce français qui aurait une compétence sur le territoire national ; il sera nommé Companies Registry dans le corps de la thèse.

¹⁹ Au 31 octobre 2015, 1.280.822 sociétés sont immatriculées auprès du Companies Registry : 589 sont des *public companies*, 12,618 sont des *guarantee companies* et 1,267,584 sont des *private companies*. Source: http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_01_b.htm

²⁰ "Legal person refers to a person's legal capacity; any entity which is recognised having certain legal rights and subject to legal duties is a legal person", KWAN Paul, *Hong Kong Corporate Law*, LexisNexis Hong Kong, 2010, page 6.

nommée *juristic person, body corporate* ou *corporation*²¹. Une entité dotée de la personne morale est distincte de la personnalité de ses membres une fois les formalités de sa création accomplies dans le respect d'une des *ordinances*. En conséquence, une société est dotée de la personnalité morale au jour de l'émission du certificat d'immatriculation par le *Companies Registry* en vertu de la *Companies Ordinance*²² ; la personne morale ainsi créée est dotée de la même capacité et des mêmes droits, pouvoirs et privilèges qu'une personne physique²³. La reconnaissance de la personnalité morale ainsi que ses effets²⁴ sont nés de la jurisprudence anglaise²⁵. Ces effets sont au nombre de six : la société est immatriculée pour une durée illimitée²⁶ du fait de l'existence d'une personne morale distincte de ses associés ; la société peut acquérir et détenir des biens en son nom²⁷ ; la société a le pouvoir d'ester en justice et d'être poursuivie en justice²⁸ ; la société peut contracter, acheter et vendre²⁹ ; la société dispose d'un sceau (*a common seal*)³⁰ ; la société peut émettre et être partie à des actes juridiques liant ses associés³¹. La jurisprudence hongkongaise reconnaît l'existence de la personnalité morale³² et respecte la distinction effectuée entre la société dotée de la

²¹ "Legal personality can be attributed to bodies or associations of persons which take the form of a body corporate to carry out their functions or activities", KWAN Paul, *Hong Kong Corporate Law*, LexisNexis Hong Kong, 2010, page 6.

²² Section 73 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* - L'ensemble de la législation hongkongaise est disponible gratuitement sur le portail suivant : <http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/index.html>

²³ Section 115 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. En sus, la *Bill of Rights* s'applique aux personnes morales, CHAN Johannes M M, *The Application of the Bill of Rights to a body corporate*, (1992) 22 HKLJ 269.

²⁴ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch*; Coke C. J. discusses the powers of a corporation and summarises the five incidents necessary for the establishment of a corporation as lawful authority, persons to be incorporated, a name of incorporation, a place of incorporation and words of incorporation, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.028.

²⁵ La décision dite "Salomon" est ici emblématique : *Salomon versus A Salomon & Co. Ltd. [1897] AC 22, HL*. Cette jurisprudence a notamment été rappelée dans la décision hongkongaise *Good Profit Development Ltd v Leung Hoi [1993] 2 HKLR 176 at 179-180, [1992] 2 HKC 539 at 543 per WOO J.*

²⁶ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.029.

²⁷ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch* ; *Good profit Development Ltd v Leung Hoi ([1993] 2 HKLR 176 at 179-180, [1992] 2 HKC 539 at 543 per WOO J.* on the fact that the company does not hold property as an agent or trustee for its members or directors, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.030 ; *George Newman & Co [1895] 1 Ch 674 at 685, CA (Eng)*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.080.

²⁸ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.031.

²⁹ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.032.

³⁰ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.033 ; par rapport au droit des sociétés français, ce sceau est une curiosité et il est toujours utilisé par les sociétés hongkongaises pour certains documents émis par celles-ci et il a vocation de preuve. Cependant, la *Companies Ordinance (Cap.622)* a aboli l'obligation d'utiliser ce sceau pour émettre des documents au nom et pour le compte de la Company, la signature de deux *directors* ou d'un *director* et du *company secretary* est une alternative à l'utilisation du sceau. Certains de ces pouvoirs inhérents à la société dotée de la personnalité morale dégagés par la jurisprudence peuvent être limités voire abolis dans certaines conditions par la *Companies Ordinance*.

³¹ *Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong, 95.034* ; section 23(1) of the *Companies Ordinance*.

³² La jurisprudence hongkongaise confirme cette existence de la personnalité morale (*Good profit Development Ltd v Leung Hoi ([1993] 2 HKLR 176 at 179-180, [1992] 2 HKC 539 at 543 per WOO J.)*), les *directors'* fiduciary duties (traduction : les obligations des gérants envers la société) (*Ronald Li-Kai Chu v Deacon Te-ken Chiu [1986] HKLR 1011 at 1028 CA per FRUAD J. A. applying the English precedent Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942 [1967] 2 AC 134, [1942] 1 All ER 378, HL* ; *Carrian Investments Ltd v Wong Chong-po [1986] HKLR 945 at 1947-948 par SEARS J.*), *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.001.

personnalité morale et les associés de celle-ci (qu'ils soient personne physique ou personne morale)³³. En outre, les tribunaux hongkongais ont également assis le principe selon lequel la société immatriculée dotée de la personnalité morale n'est pas légalement l'agent de ses associés³⁴ (la notion d'agent retenue en droit hongkongais est équivalente à celle de mandataire ; en effet, la relation d'agent existe entre une personne, l'agent, qui a le pouvoir de modifier les relations légales entre le mandant et les tiers³⁵), même si la société n'est composée que d'un seul associé.

6. Les alternatives à la gestion d'une entreprise dans le cadre d'une société dotée de la personnalité morale en droit hongkongais existent. La distinction opérée par le droit hongkongais réside alors entre l'*incorporated entity* dotée de la personnalité morale et l'*unincorporated association*³⁶ non dotée de celle-ci. Principalement, les *unincorporated associations* sont les suivantes.

- Le *partnership*³⁷ créé en vertu de la *Partnership Ordinance (Cap 38)* et enregistré auprès du *Business Registration Office* des autorités fiscales en vertu de la *Business Registration Ordinance*³⁸. Le *partnership* est défini comme "*the relationship which exists between persons carrying on business in common with a view to profit*"³⁹ (traduction : la relation qui existe entre plusieurs personnes pour mener une activité en commun dans le but de dégager des bénéfices). La responsabilité des partenaires est illimitée et conjointe au regard des dettes, engagements et obligations du *partnership*⁴⁰. Le *partnership* revêt un caractère fortement *intuitu personae* et il s'agit de la forme obligatoire d'association pour les avocats par exemple, du fait de la nature fortement personnelle des services rendus par ces professionnels et donc de la nécessité de voir leur responsabilité illimitée. Au vu des caractéristiques du *partnership* et considérant l'absence de personnalité morale de celui-ci, la société en nom collectif⁴¹ serait l'équivalent français de ce véhicule juridique.
- Il est intéressant de noter ici que la jurisprudence reconnaît l'existence d'un *partnership* de fait au regard des faits de l'espèce et malgré l'absence de signature d'un accord de *partnership* ou malgré la signature d'un accord stipulant l'absence d'existence d'un

³³ *Gas Lighting Improvement Co v Inland Revenue Commissioners* [1923] AC 723 per Lord Sumner at 741.

³⁴ *Salomon versus Salomon & Co., Limited* [1897] AC 22.

³⁵ *International Harvester Co of Australia Pty Ltd v Carrigan's Hazeldene Pastoral Co* (1958) 100 CLR 644.

³⁶ An unincorporated association is an entity or group of persons associated for some legal purposes but the entity or group itself is not regarded as having legal personality status, its powers and duties rest with its individual members who bear personal responsibility for their association's actions, KWAN Paul, *Hong Kong Corporate Law*, LexisNexis Hong Kong, 2010, page 7.

³⁷ A partnership is defined as "the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit", Section 3(1) de la *Partnership Ordinance (Cap 38)* ; les éléments constitutifs d'un *partnership* sont l'activité exploitée par l'entreprise sur un mode systématique, la distribution de profits tirés de cette activité et l'intention des parties de constituer un *partnership*, KWAN Paul, *Hong Kong Corporate Law*, LexisNexis Hong Kong, 2010, page 9 ; cette intention à identifier est un élément constitutive dégagé par la jurisprudence dans la mesure où l'identification du *partnership* doit être recherché au-delà du nom donné à leur association par les partenaires et que l'association peut faire l'objet d'une requalification, BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, items 17.004 - 17.005, page 468, *Chan Sau Kut v Gray & Iron Construction Engineering Co* [1986] HKLR 84, *Keith Spicer Ltd v Mansell* [1970] 1 WLR 333, *Khan v Miah* [2001] 1 All ER 20.

³⁸ Section 5(1) de la *Business Registration Ordinance (Cap.310)*.

³⁹ Section 3(1) de la *Partnership Ordinance (Cap.38)* ; la section 3(2) exclut les associés d'une société immatriculée de la définition du *partnership*.

⁴⁰ Sections 11 et 14 de la *Partnership Ordinance (Cap.38)*.

⁴¹ SAINT DAHL Henry, BOUDREAU Tamera, *Dictionnaire juridique Dahl - Dahl's Law Dictionary, Français-Anglais, French-English*, Dalloz & William S. Hein & Co. Inc., Third Edition, May 2008, définition de "partnership".

*partnership*⁴² alors que la jurisprudence hongkongaise ne semble pas reconnaître l'existence de la société de fait. Cependant, la jurisprudence semble pouvoir reconnaître l'existence d'un *partnership* entre entrepreneurs qui, dans l'attente de l'immatriculation d'une *Company* dotée de la personnalité morale, travaillent de manière extensive au lancement de leur entreprise commerciale dans le cadre de leur association⁴³. L'entreprise en formation pourrait être protégée par les règles du *partnership* dans l'attente de l'immatriculation d'une *Company*. Il n'y a pas *a priori* de théorie de la société en formation.

- Le *limited partnership* est créé en vertu de la *Limited Partnerships Ordinance (Cap 37)* et enregistré auprès du *Companies Registry*⁴⁴. Le *limited partnership* doit être composé au moins d'un *general partner* et d'un *limited partner*⁴⁵. Les *general partners* sont personnellement responsables des dettes du *limited partnership* sans limite. Les *limited partners* ne peuvent participer à la gestion du *limited partnership*, ils ne sont responsables des dettes du *limited partnership* vis-à-vis des créiteurs qu'à hauteur du capital contribué⁴⁶, ils ne peuvent effectuer que des apports en numéraire ou en nature et non en industrie. Au vu des caractéristiques du *limited partnership* et en dehors de l'absence de personne morale, la société en commandite simple⁴⁷ serait l'équivalent français de ce véhicule juridique ; le *general partner* serait l'associé commandité et le *limited partner* l'associé commanditaire. Considérant l'absence de personnalité morale du *limited partnership*, celui-ci pourrait être l'équivalent français de la nouvelle société de libre partenariat⁴⁸, qui a été *a priori* directement inspirée du *limited partnership* anglais⁴⁹.
- Le *sole proprietorship* ou *sole trader*⁵⁰ est l'enregistrement d'un entrepreneur individuel effectué auprès du *Business Registration Office* des autorités fiscales dans le mois qui suit le commencement d'une activité commerciale. La traduction de cette *unincorporated entity* pourrait être l'entreprise individuelle ou le commerçant du fait de l'absence de personnalité juridique distincte de l'entrepreneur et de la responsabilité de celui-ci engagée sans limite (tout en précisant qu'aucune notion équivalente à celle de commerçant n'existe à Hongkong dans le sens où, en France, les associés d'une société en nom collectif doivent avoir la qualité de commerçant). Dans le cas où l'entrepreneur individuel ne peut plus répondre de ses dettes, il peut être déclaré insolvable par les

⁴² Chan Sau Kut versus Gray & Iron Construction Engineering Company [1986] HKLR 84.

⁴³ Espèce où la jurisprudence ne reconnaît pas l'existence d'un *partnership* dans l'attente de l'immatriculation d'une *Company*, jurisprudence qui tend à poser un principe : Keith Spicer Limited versus Mansell [1970] 1 WLR 333. Espèce où la jurisprudence reconnaît l'existence d'un *partnership* : Khan versus Miah [2001] 1 All ER 20.

⁴⁴ Section 7 de la *Limited Partnership Ordinance (Cap.37)*.

⁴⁵ Section 3 de la *Limited Partnership Ordinance (Cap.37)*.

⁴⁶ Sections 3(2), 5(1) et 2 de la *Limited Partnership Ordinance (Cap.37)*.

⁴⁷ SAINT DAHL Henry, BOUDREAU Tamera, *Dictionnaire juridique Dahl - Dahl's Law Dictionary, Français-Anglais, French-English*, Dalloz & William S. Hein & Co. Inc., Third Edition, May 2008, définition de "limited partnership".

⁴⁸ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 145.

⁴⁹ ROUSSILLE Myriam, Création d'un nouveau véhicule d'investissement, *Droit des sociétés*, Novembre 2015, n°10, commentaire 176.

⁵⁰ "A person who trades alone, without the use of a company structure or partners, and who bears alone full responsibility for the activities of the business. A sole trader can trade under his or her own name or can register a business name. A sole trader unable to meet debts as they fall due is deemed to be insolvent. In such circumstances, the sole trader may alleviate the position by negotiating with creditors and entering a scheme or arrangement. Beyond such an arrangement, the sole trader may be declared bankrupt by the court under bankruptcy law either on his own petition or on the creditors' petition", CHAN Patrick (Mr. Justice), *Hong Kong Legal Dictionary*, Butterworths Hong Kong, 2004.

tribunaux en vertu de la *Bankruptcy Ordinance (Cap 6)* sur sa propre demande ou sur demande des créanciers⁵¹.

- La *contractual joint venture*⁵² est enregistrée auprès du *Business Registration Office* des autorités fiscales en vertu de la *Business Registration Ordinance*⁵³. La *contractual joint venture* conduit une activité commerciale particulière sur une durée déterminée ou pour un projet déterminé limité dans le temps contrairement aux autres *unincorporated association* qui impliquent une activité continue et permanente⁵⁴ ; elle se distingue également du *sole trader* du fait de l'association de plusieurs personnes.
 - Une *society* créée et enregistrée auprès du *Business Registration Office* des autorités fiscales en vertu de la *Societies Ordinance*⁵⁵.
7. Plusieurs éléments sont pris en considération lors du choix du véhicule destiné à accueillir l'entreprise, entre *incorporated entity* et *unincorporated association* : la pérennité sans limite de durée de l'*incorporated entity* pouvant être transmise du fait de la création d'une personne morale distincte de ses associés⁵⁶ et l'organisation et la limitation de la prise de risque par les associés dont la personnalité ne peut être confondue avec celle de l'entité créée. Cependant, les formalités administratives annuelles et le coût du respect des obligations nées de la *Companies Ordinance* quant à la gestion de la vie sociale et au maintien de la personne morale jouent en faveur de l'*unincorporated association*. L'avantage d'une *private company limited by shares* sur un *limited partnership* est que les associés qui sont également administrateurs bénéficient d'une responsabilité limitée alors que les *general partners* du *limited partnership* impliqués dans la gestion du *limited partnership* ont une responsabilité illimitée quant aux dettes et engagements contractés par celui-ci⁵⁷.
8. La simplicité des éléments nécessaires à la constitution d'une *private company limited by shares* attire cependant les petites entreprises qui la préfèrent alors aux formes d'*unincorporated association* : en pratique, une seule personne physique et un objet social licite⁵⁸. La séparation nette des pouvoirs et la distinction des niveaux d'autorité entre associés et dirigeants au sein de la *private company limited by shares* attire également de grandes

⁵¹ CHAN Patrick (Mr. Justice), Hong Kong Legal Dictionary, Butterworths Hong Kong, 2004.

⁵² RIBEIRO P. J., *Chitty on Contracts, Hong Kong Specific Contracts*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Third Edition, 2013, §10-001, page 779 : "there is as yet no settled common law meaning of the term" ; Court of First Instance in HKSAR v Gammon [2003] 3 HKC 276 paragraph 14, Halsbury's Laws of Hong Kong, Joint Venture, November 2013 : "as a matter of commercial usage, the term joint venture generally refers to an association of two or more parties who pool their expertise or resources together for a particular business undertaking" ; RIBEIRO P. J., *Chitty on Contracts, Hong Kong Specific Contracts*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Third Edition, 2013, item 11-001, page 780 : "while there is no generally accepted definition, a joint venture might be described as "any arrangement whereby two or more parties cooperate in order to run a business or to achieve a commercial objective" ; BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, 17.018 et suivants, page 471 et suivantes : "where two or more companies wish to share the risks of a particular project or pool their complementary resources (mainly in the construction sector); the parties do not commit to the kind of fiduciary relationship required of a partnership and their agreement is invariably for the purpose of one or a finite number of projects".

⁵³ Section 5(1) de la *Business Registration Ordinance (Cap.310)*.

⁵⁴ CHAN Patrick (Mr. Justice), Hong Kong Legal Dictionary, Butterworths Hong Kong, 2004.

⁵⁵ Section 2(B) de la *Societies Ordinance (Cap.151)*.

⁵⁶ Pour une société hongkongaise, le principe de la durée indéfinie est posé par la section 73 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵⁷ Section 5(2) de la *Limited Partnership Ordinance (Cap.37)*.

⁵⁸ BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 1.025, page 10.

entreprises et des entreprises de *joint-venture*. Les éléments distinctifs entre l'*incorporated entity* et l'*unincorporated association* poussent les entrepreneurs hongkongais vers la constitution d'une société dotée de la personne morale pour organiser et gérer leur entreprise dans le but de la faire croître, pour obtenir plus facilement des financements de nature variée, pour intégrer leur famille à l'entreprise, pour protéger leur famille en protégeant leur patrimoine et éviter le risque de banqueroute personnelle⁵⁹. En outre, la promotion du recours à une société dotée de la personnalité morale observée dans les deux systèmes juridiques étudiés tend à démontrer que la notion de société constitue une réponse universelle au même besoin d'organiser les relations commerciales entre personnes physiques afin de faciliter le marché et laisserait penser que la société telle que définie dans ces deux systèmes serait la technique d'organisation de l'entreprise la plus adaptée à promouvoir l'efficacité économique.

9. À Hongkong, il existe trois formes de société qui peuvent être immatriculées auprès du Companies Registry⁶⁰ : une *unlimited company*, une *company limited by guarantee without a share capital*⁶¹ et une *company limited by shares*. Le caractère *private* ou *public* d'une société hongkongaise n'entraîne pas de différence de forme de société mais seulement une différence de régime juridique applicable. En effet, le changement du caractère *public* ou *private* d'une société n'a pas de conséquence sur l'existence de la société ou de sa personnalité morale⁶², contrairement au changement du caractère limité ou non de la responsabilité des associés⁶³.

- L'*unlimited company* est une société à risque illimité dont les associés sont tenus de contribuer aux dettes de la société sans limite en cas de liquidation⁶⁴. Cette société peut être *private* ou *public* et elle dispose obligatoirement d'un capital social⁶⁵ (sur le modèle d'une *company limited by shares*). Pour la majorité des auteurs⁶⁶, ces deux caractéristiques, *private* ou *public*, n'entraînent pas de distinction de deux formes d'*unlimited companies* différentes ; il ne s'agirait que d'un caractère de l'organisation de l'*unlimited company*. Ce type de société est particulièrement rare. En effet, on observe que seules treize *private unlimited companies* sont immatriculées au Companies Registry au 31 décembre 2012 et qu'aucune société de ce type n'a été immatriculée au cours de l'année civile 2012⁶⁷. Cette rareté tient notamment au fait que l'*unlimited company* n'offre pas de meilleure protection qu'un *partnership* et que les obligations légales afférentes au maintien de l'*unlimited company* sont plus lourdes et donc plus coûteuses que celles afférentes au *partnership*. Elle est toutefois préférable à un *partnership* du fait de la création d'une personne morale distincte de ses associés. L'entrepreneur français qui choisirait une société à risque illimitée, par exemple une société en nom collectif, pour bénéficier de l'avantage de l'absence de publicité des comptes sociaux auprès du greffe du tribunal de commerce n'aurait pas besoin de

⁵⁹ SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, commentaires de la décision Salomon versus A. Salomon & Co., Limited [1897] AC 22 at 46, HL, aux pages 33 à 35.

⁶⁰ Sections 7 à 10 et section 66 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶¹ Avant la réforme de la Companies Ordinance (Cap.32) entrée en vigueur le 13 février 2004 dite "Companies (Amendment) Ordinance 2003" et intégrée dans la section 4(4) de la Companies Ordinance (Cap.32), il était possible d'immatriculer ou de transformer une société existante en une *company limited by guarantee with a share capital*, qui pouvait être une *public company* ou une *private company*. Les sociétés de ce type enregistrées avant l'entrée en vigueur de cette réforme n'ont pas reçu de moratoire de changer de forme et peuvent continuer d'exister sous l'empire de la nouvelle *Companies Ordinance*. À ce titre, cette forme de société n'est pas traitée dans notre étude.

⁶² Sections 94 et 95 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶³ Sections 130 à 133 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁴ Section 10 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁵ Section 66 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁶ KWAN Paul, *Hong Kong Corporate Law*, LexisNexis Hong Kong, 2010, pages 22 et 23.

⁶⁷ Source: Hong Kong Companies Registry, www.cr.gov.hk

prendre un tel risque financier à Hongkong dans la mesure où les comptes sociaux de la *private company limited by shares* ne doivent pas être déposés auprès du *Companies Registry* dans le but de faire l'objet d'une publicité.

- La *company limited by guarantee without a share capital* est une société à risque limité dont les statuts fixent un montant à hauteur duquel les associés seront tenus de contribuer dans l'éventualité où la société serait liquidée sur demande de ses associés ou sur demande de ses créanciers⁶⁸. Avant l'entrée en vigueur de l'Ordinance, cette forme de société était soumise au régime juridique des *public companies limited by shares*⁶⁹ dans la mesure où ce type de société n'a pas de capital social ni de parts sociales et ne peut donc être *private*. Il en résulte un coût de maintien important au vu des obligations légales imposées aux *public companies* par la *Companies Ordinance*, notamment quant aux obligations comptables et aux contrôles financiers. Désormais, la *company limited by guarantee without a share capital* n'est ni *public* ni *private* mais elle semble constituer une forme de société à part⁷⁰. D'une manière générale à Hongkong, les entreprises à but non lucratif (ou *non-profit-making organisations*) choisissent souvent cette forme de société. En effet, aucun investissement de départ n'est nécessaire pour démarrer l'activité envisagée et, du fait que les partenaires n'ont aucune intention de distribuer les profits réalisés par l'entreprise, ils n'ont pas besoin d'une société avec un capital social. Il est toutefois important de noter que ces activités à but non lucratif sont également hébergées par des *companies limited by shares* suivant les besoins de l'activité poursuivie. Chaque partenaire dispose d'une voix aux assemblées générales ; aucun partenaire ne peut ainsi prendre la direction ou le contrôle de la société. De même, le caractère *intuitu personae* de ce type de société est très fortement marqué dans la mesure où la cession de droit des partenaires est interdite.
- La *company limited by shares* est une société à risque limité dont la responsabilité des associés est limitée par les statuts au montant impayé, s'il y en a, des parts sociales détenues respectivement par chacun d'eux⁷¹. En d'autres termes, un associé d'une *company limited by shares* n'est responsable qu'à hauteur de la part non libérée de la valeur des parts sociales souscrites ou détenues par lui. En cas de liquidation d'une

⁶⁸ Section 9 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Avant l'entrée en vigueur de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* le 13 février 2004, il était possible d'immatriculer une autre forme sociale de *company limited by guarantee*, une *company limited by guarantee with a share capital*. L'état des lieux du paysage juridique hongkongais effectué au début des années 2000 et les propositions de réforme de la *Companies Ordinance* qui en ont découlées ont conduit à supprimer cette forme sociale de la *company limited by guarantee with a share capital*. Cette suppression d'une forme sociale pourrait être une expérience enrichissante pour le législateur français : la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, loi dite "Macron", a ouvert les sociétés commerciales aux professions juridiques réglementées. La doctrine compare les régimes des formes sociales récemment ouvertes à ces professions et des formes sociales anciennes et la question "que reste-t-il aux formes sociales anciennes ?" pourrait conduire à la réponse suivante : les formes sociales antérieures créées spécifiquement pour ces professions juridiques réglementées pourraient être supprimées au bénéfice des formes sociales commerciales utilisées par ailleurs. Les sociétés commerciales deviennent des sociétés polymorphes, adaptables à de nombreux secteurs d'activités. Le paysage juridique français pourrait se simplifier par un recours étendu aux formes sociales commerciales. En ce sens, voir ROUSSILLE Myriam, Repenser le droit des sociétés, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, repère 10, et BRIGNON Bastien, Quelques grains de poivre dans les SEL d'avocats, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, étude 19.

⁶⁹ "Guarantee company cannot meet the Section 29 requirements [i.e. the requirements to be a private company] and so the provisions of Section 14A requiring the incorporation form to state whether a proposed company is to be a private company and that this statement applies whether the company is to be incorporated by shares or guarantee is an error", BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, page 14, note 63.

⁷⁰ Section 12 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁷¹ Section 8 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

company limited by shares, un associé qui a libéré la totalité de la valeur⁷² des parts sociales souscrites par lui lors de l'immatriculation de la société ne peut voir sa responsabilité engagée à ce titre⁷³. Ce type de société peut être *public* ou *private*⁷⁴. La *private company limited by shares* est la société fermée à risque limité de droit hongkongais et elle est la forme de société la plus utilisée. Elle est généralement destinée aux petites et moyennes entreprises dont les associés et les membres de l'organe de gestion sont les mêmes personnes du fait de la combinaison de trois éléments : le nombre d'associés est limité à cinquante, la cession des parts sociales est limitée et l'offre au public de ses parts sociales est prohibée⁷⁵. Cependant, de grandes entreprises dont les associés souhaitent garder le contrôle de l'actionnariat et ne pas permettre l'appel au public optent également pour cette forme sociale. Si une grande entreprise envisage de négocier les parts sociales de sa société sur un marché réglementé, elle doit opter pour une *public company limited by shares* et remplir les conditions exigées pour être une *listed public company limited by shares*. La distinction effectuée entre une *public company* et une *private company* pourrait être comparée à la distinction française entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Il en résulte que la structure et la gestion de la *public company limited by shares* sont fortement encadrées par la législation hongkongaise qui met en place plusieurs niveaux de contrôle à la fois sur les aspects légaux structurels et mécaniques et sur les aspects financiers.

10. Au 31 décembre 2015⁷⁶, 1,288,666 sociétés sont immatriculées au *Companies Registry* et 1,275,311 sont des *private companies limited by shares*. La *public company limited by shares* représente 0,03% du nombre total des sociétés immatriculées au 31 octobre 2015. On peut noter qu'à cette date 12.722 *company limited by guarantee* sont immatriculées et que ce chiffre représente 0,98% du nombre total des sociétés immatriculées. Au cours de l'année civile 2015, 34 *public companies limited by shares* ont été immatriculées, 138,229 *private companies limited by shares* et 946 *company limited by guarantee without a share capital*.
11. Cette classification des sociétés hongkongaises est bien différente de la classification française qui distingue société commerciale et société civile, société de capitaux et sociétés de personnes, société à risque limitée et société à risque illimitée. La juxtaposition des deux classifications pose les problèmes traditionnels d'une étude comparative. Certains critères retenus en droit français n'existent pas en droit hongkongais, comme la distinction entre une société civile et une société commerciale, qui plus est par la forme ou par l'objet. Inversement, les critères de différenciation des sociétés hongkongaises sont distincts des critères français. Les critères hongkongais tiennent à la responsabilité des associés et au caractère négociable des droits sociaux. L'organisation de la gestion interne n'est pas un critère de différenciation entre les sociétés hongkongaises, dont le tronc commun des règles applicables en la matière est étendu. En détaillant les caractéristiques des formes de sociétés et en tentant de s'affranchir des classifications traditionnelles des deux systèmes, nous allons proposer une comparaison visant à identifier l'équivalent français de la *private company limited by shares*. Plusieurs positions peuvent être tenues.

⁷² *Ooregum Gold Mining Co of India Limited v Roper* [1892] AC 125 per Lord Watson, KWAN Paul, Hong Kong Corporate Law, LexisNexis Hong Kong, 2010, page 18.

⁷³ Section 170(1)(d) of the *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

⁷⁴ Sections 11, 12 et 66 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁷⁵ Section 11 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁷⁶ Source au 10 janvier 2016 : Companies Registry; http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_01.htm et http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_02.htm.

La première proposition de classification consiste à distinguer deux formes de société au regard de la nature de la responsabilité des associés : (i) la *limited company* et (ii) l'*unlimited company*.

La deuxième proposition de classification consiste à distinguer trois formes de société au regard de la nature et du régime de la responsabilité des associés : (i) la *company limited by shares*, (ii) la *company limited by guarantee without a share capital* et (iii) l'*unlimited company*.

La troisième proposition de classification consiste à distinguer autant de formes de société qu'il existe de caractères déterminants définis par l'Ordonnance et qui doivent être notifiés spécifiquement au *Companies Registry* lors de l'immatriculation de la société. Nous pouvons alors distinguer cinq types de société : (i) la *private company limited by shares*, (ii) la *public company limited by shares*, (iii) la *private unlimited company*, (iv) la *public unlimited company* et (v) la *company limited by guarantee without a share capital*.

12. Si nous retenons la première proposition de classification, que nous étudions la *limited company* et écartons l'*unlimited company*, le travail d'identification de la société française à même d'être comparée à cette société est simple. Toutes les sociétés à risque limité, c'est-à-dire la société anonyme, la société en commandite par actions, la société par actions simplifiée et la société à responsabilité limitée pourraient entrer dans le champ de la comparaison. Les sociétés à risque illimité françaises seraient écartées.

13. Si nous retenons la deuxième proposition de classification et que nous étudions la *company limited by shares*, la délimitation du champ de l'étude en droit français peut être double.

Une délimitation "négative" : au vue de la liste des quatre sociétés françaises à risque limité et en procédant par élimination, nous remarquons que les quatre sociétés françaises à risque limité devraient être étudiées dans la mesure où aucune ne peut être écartée au titre qu'elle ressemble ou s'apparente à la *company limited by guarantee without a share capital*.

Une délimitation "positive" : en adoptant une délimitation basée sur le postulat qu'une *limited company by shares* présente un caractère flexible qui lui permet de revêtir le caractère d'une *private company* ou d'une *public company*, trois sociétés françaises à risque limité devraient faire l'objet de l'étude. La société anonyme est équivalente à la *public company limited by shares* et les sociétés par actions simplifiée et à responsabilité limitée répondent de manière différente à l'esprit et à la lettre de la *private company limited by shares*. La société en commandite par actions, au vu de son architecture à trois acteurs (commanditaires, commandité et gérant) n'entrerait pas dans le champ de la comparaison envisagée ici.

14. Si nous retenons la troisième proposition de classification et que nous étudions la *private company limited by shares*, le choix des sociétés françaises à même d'être comparées à cette société seraient la société par actions simplifiée (ci-après la SAS) et la société à responsabilité limitée (ci-après la SARL). Le choix pour cette troisième proposition de classification des formes de sociétés hongkongaises et la comparaison avec la SARL et la SAS nous semble être le plus légitime à plusieurs titres.

La SARL est la forme de société qui ressemble à première vue le plus à la *private company limited by shares*. Au-delà de la responsabilité de ses associés limitée au montant de leurs apports, l'essence de la SARL est celle d'une société de personnes et il ressort des critères tenant à une *private company* qu'une *private company limited by shares* est une société de personnes. Pourtant, la SARL est une société fortement encadrée par la législation où la liberté contractuelle des associés pour déterminer la structure et le fonctionnement de leur SARL est faible, ce qui éloignerait la SARL de la *private company limited by shares*.

La SAS est une société par actions aux côtés de la société anonyme (ci-après la SA) et de la société en commandite par actions (ci-après la SCA). Contrairement aux SA et SCA, la SAS ne peut faire appel au public⁷⁷ et ne peut émettre des actions négociables sur un marché réglementé ce qui fait de la SAS une société fermée où l'*intuitu personae* peut être un élément déterminant de sa structure ce qui rapprocherait cette société d'une société de personnes et de la SARL. L'option offerte aux organes de gestion de la SAS d'ouvrir la cession d'actions à des investisseurs⁷⁸ joue cependant en défaveur de la comparaison de la SAS à la *private company limited by shares*. Mais, dans l'esprit de la loi, l'option d'ouvrir la cession d'actions à des investisseurs nous semble répondre à un souci de faciliter le financement de l'entreprise revêtue de la forme SAS plutôt que d'ouvrir son capital social à une offre au public. Contrairement à ceux de la SA et de la SARL, les associés de la SAS bénéficient d'une grande liberté contractuelle pour déterminer la structure et la gestion de leur société. Cet élément fort de la SAS est également un caractère de la *private company limited by shares*. La SAS entre, au côté de la SARL, dans notre étude comparative avec la société fermée à risque limité hongkongaise, c'est-à-dire la *Company* qui paraît se situer à la convergence des SARL et des SAS.

15. Ainsi, nous excluons du champ de notre étude dont les sociétés fermées à risque limité françaises et hongkongaises sont l'objet, les véhicules juridiques non dotés de la personnalité morale, les sociétés à risque illimité et les sociétés ouvertes ou avec offre au public. Nous n'envisagerons pas les groupes de sociétés car l'intégration de ces groupes formés à Hongkong quasiment exclusivement de *Companies* entrant dans le champ de notre étude n'ajouterait pas d'éléments pertinents à notre démonstration. Nous n'envisagerons pas non plus les sociétés immatriculées en dehors du territoire de Hongkong ayant une implantation commerciale à Hongkong et enregistrées auprès du *Companies Registry* de Hongkong sous l'appellation *non-Hong Kong companies*⁷⁹ car la structure interne de ces sociétés ne relève pas du droit hongkongais. Nous n'envisagerons pas les sociétés hongkongaises ayant obtenu une licence de société à but non lucratif au titre de la promotion des arts, des sciences, des religions ou des activités caritatives et ayant décidé de ne pas distribuer à leurs associés les profits réalisés qui sont destinés à financer uniquement l'activité définie⁸⁰. Du fait de la spécificité et de la rareté des sociétés dites statutaires (il s'agit de sociétés dotées de la personnalité morale dénommées *statutory corporation* qui sont créées par une *ordinance* spécifique dans le but de poursuivre une activité comparable à une activité de service public), dont la création résulte d'une autre *ordinance* que la *Companies Ordinance*⁸¹, nous

⁷⁷ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, BOUGNOUX Anne, Sociétés par actions simplifiée - Création - Constitution directe d'une société nouvelle. Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur, Fascicule 155-10, § 52 et 53.

⁷⁸ Article L. 227-2 du Code de commerce et alinéas 2 et 3 du I et du II de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier.

⁷⁹ Part 16 "Non-Hong Kong Companies" de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁰ Licence dénommée *Section 103-licence* en vertu de l'application des sections 103 à 106 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸¹ Les *statutory corporations* ne font pas formellement partie du Gouvernement mais elles sont nées de la volonté gouvernementale et leurs pouvoirs sont limités par l'*ordinance* qui les crée. Par exemple, une *statutory corporation* doit être créée dans le domaine des activités de contrôle des assurances et des activités bancaires et elle est alors sujette à la *Hong Kong Export Credit Insurance Corporation Ordinance* (Cap 1115). De même pour une activité de syndicats sujette à la *Trade Union Ordinance* (Cap 332) ou dans un domaine dans lequel le Gouvernement joue un rôle primordial comme dans les transports publics où la *Mass Transit Railway Corporation* a été constituée en vertu de la *Mass Transit Railway Ordinance* (Cap 556). Historiquement, les *statutory corporations* sont un héritage de l'application d'une théorie juridique des sociétés de la première moitié du 19^{ème} siècle au terme de laquelle la société doit son existence à l'exercice d'un pouvoir régalien : "*The importance of the concession theory is that it establishes a theoretical framework sympathetic to state intervention; the company is a creature of the state, existing to promote the public welfare, and as such the state*

n'intégrerons pas ces entités dans le champ de notre étude. En outre, l'objet de notre étude comparative étant les sociétés fermées à risque limité françaises et hongkongaises et notre méthode étant mise en œuvre dans le but de contribuer à la réflexion sur la simplification du droit français des sociétés, nous n'intégrerons à notre démonstration des éléments de droit social ou de droit fiscal que dans la mesure de leur pertinence. Nous ne prétendons pas pouvoir présenter des éléments de réflexion sur une simplification du droit fiscal ou du droit social, même si la simplification de ces deux branches du droit est également à l'ordre du jour en France. La réflexion entourant leur simplification représente un autre chantier de modernisation et d'adaptation de notre droit au monde des affaires contemporain et à l'objectif d'intelligibilité des règles de droit que devrait poursuivre l'État⁸².

16. Au regard du droit des sociétés, le tissu économique de Hongkong est particulier et bien différent du tissu français : Hongkong a besoin d'un droit des sociétés simple et cohérent, efficace et rapide, sécuritaire et prévisible sur le long terme. La compétitivité de Hongkong sur la scène internationale tient notamment à cette compétitivité du droit des sociétés garantissant une importante sécurité et stabilité juridiques⁸³ et plus largement à la liberté de son économie⁸⁴. Hongkong ne dispose pas d'un secteur agricole. Hongkong ne dispose plus d'un secteur industriel. L'économie de Hongkong n'est qu'un secteur tertiaire néanmoins hyper actif dont la réalité n'est pas niée⁸⁵. La cité de Hongkong doit être compétitive et attractive, notamment en étant le point d'entrée privilégiée en République populaire de Chine qui propose, au contraire, un système de droit des sociétés complexe et non-équitable, lent et besogneux, imprévisible sur le court terme comme sur le long terme et qui n'est pas basé sur le principe de l'État de droit. La cité de Hongkong doit être compétitive et attractive pour être privilégiée, par rapport à Singapour par exemple, lorsqu'une entreprise choisit d'établir le quartier général de ses opérations asiatiques sur son territoire plutôt que sur le territoire d'un autre ordre juridique. La situation géographique de Hongkong ne suffit pas ; la cité hongkongaise propose un système juridique abouti appuyé sur le principe de l'État de droit qui offre les contrôles et les garde-fous nécessaires.

has the right to interfere in its internal affairs and need not confine itself to external, general-law regulation" Professor Parkinson cité dans le Rapport du Committee, page 22, §4.5.

⁸² De multiples sources d'information révèlent cette demande de simplification. En matière fiscale, l'ordonnance n°2015-681 du 18 juin 2015 portant simplification des obligations déclaratives des entreprises en matière fiscale est une illustration. L'article du Monde intitulé "Robert Badinter veut simplifier le droit du travail" du 21 juin 2015 est un exemple d'alerte lancée aux pouvoirs publics. Les quatre pages du portail du Gouvernement français répondant à une recherche google.fr sur le choc de simplification illustrent également ce mouvement : <http://www.gouvernement.fr/action/le-choc-de-simplification> - <http://www.gouvernement.fr/la-simplification> <http://simplification.modernisation.gouv.fr/> - <http://www.faire-simple.gouv.fr/entreprises>.

⁸³ "According to World Bank's Doing Business 2016 report, Hong Kong has sustained its top position as the first in "protecting minority investors" among 189 economies", CHUNG Ada L. L. (Ms), Registrar of Companies, Number of companies registered approaches 1.3 million, Press Release dated 10 January 2016, <http://www.cr.gov.hk>

⁸⁴ Le territoire de Hongkong est classé "économie la plus libre du monde" depuis la création de l'index de l'Heritage Foundation en 1995. Source : <http://www.heritage.org/index/> ; <http://www.heritage.org/index/country/hongkong>. A titre de comparaison, la France est classée au 73^{ème} rang mondial, <http://www.heritage.org/index/country/france>.

LAU Stuart, *Hong Kong is the world's freest economy yet again*, South China Morning Post, 14 January 2014.

⁸⁵ Les juridictions françaises confirment la réalité du secteur tertiaire du territoire de Hongkong, l'existence d'un marché régional et l'intérêt économique d'une implantation sur ce territoire au-delà de l'image d'un "Etat étranger ou un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens mentionné à l'article 238 A" : Cour administrative d'appel de Versailles, 3^{ème} Chambre, 2 mai 2006, n°04-526, Société Tyco Electronics France ; Conseil d'Etat, 30 décembre 2015, n°372733, Ministre délégué chargé du budget contre Société BNP Paribas.

17. Ainsi, Hongkong pourrait être qualifié d'étalon international sur le plan de la compétitivité et de l'attractivité de son droit des sociétés⁸⁶. Ce droit est majoritairement issu de la Common Law britannique et est influencé par les développements de la Common Law et du droit écrit des sociétés. Cependant, du fait de son tissu économique, Hongkong doit faire évoluer son droit des sociétés au regard de ce principe directeur de la compétitivité et de l'attractivité régionale voire internationale de son secteur tertiaire⁸⁷. Ce droit évolue de manière pragmatique en évitant les complications inutiles⁸⁸ ; il évolue donc différemment des droits des sociétés britannique, américain et australien. Nous pouvons déduire de cette analyse du droit hongkongais des sociétés que celui-ci est justement un ensemble simple et efficace de normes cohérentes qui doit être présenté pour être comparé au droit français dans le but de contribuer à la réflexion de sa nécessaire simplification et modernisation. En comparaison du droit hongkongais des sociétés, le droit français ne subit pas une pression de son environnement international d'un tel degré. Néanmoins, dans un contexte de faible croissance économique, celui-ci envisage d'évoluer vers un droit plus simple lui permettant de répondre mieux et plus rapidement aux réalités économiques évolutives du monde des affaires contemporain et de renforcer l'attractivité et la compétitivité de son territoire au niveau régional et de son influence sur la scène internationale. En effet, le coût et le temps nécessaires à une modification législative répétée de manière permanente du droit des sociétés visant à répondre aux réalités économiques contemporaines pourraient être réduits grâce à une simplicité d'utilisation et à une grande adaptabilité des formes sociales françaises tirées de la *Company*. Cette simplicité résulte de la simplicité de la législation, de la jurisprudence, de la pratique de l'administration et d'une combinaison de ces facteurs.
18. En effet, des facteurs externes, tels que la culture chinoise de l'efficacité et le fort esprit d'entreprendre des Hongkongais, sont également à prendre en considération. Cette différence culturelle est flagrante entre la France et Hongkong : la connaissance du droit des sociétés est probablement mieux maîtrisée à Hongkong car il y a une grande culture de l'entrepreneuriat et de l'entrepreneuriat familial qui encourage une diffusion de l'information. En France, l'entrepreneuriat est moins culturel et se traduit par un tissu de PME moins dense que d'autres économies. En sus des obstacles légaux, fiscaux et administratifs inhérents au développement d'une entreprise, la peur de l'échec est un élément social décourageant l'entrepreneur français alors que l'impact social de cet échec potentiel est valorisé au titre d'une expérience enrichissante pour l'entrepreneur et pour l'employeur potentiel.
19. En sus de ce décalage socio-économique, le décalage entre les règles françaises et hongkongaises résulte de la méthode appliquée par le législateur hongkongais. Celui-ci applique une conception contractuelle moderne détachée d'impératifs d'ordre public (cette notion n'est pas présente en droit hongkongais) mais rénovée à la lumière de la conception institutionnelle moderne.
- Historiquement, la théorie juridique des sociétés de la première moitié du 19^{ème} siècle posait le principe de la dépendance totale de la création d'une société à l'exercice de ce pouvoir par l'État. La citation suivante résume nettement le cœur de cette première théorie juridique anglo-saxonne dite *concession theory* : "The importance of the concession theory

⁸⁶ "Regarding the new Companies Ordinance, Hong Kong's position as an international financial and commercial centre has been further reinforced", CHUNG Ada L. L. (Ms), Registrar of Companies, Number of companies registered approaches 1.3 million, Press Release dated 10 January 2016, <http://www.cr.gov.hk>

⁸⁷ "According to World Bank's Doing Business 2016 report, Hong Kong's ranking in "starting a business" has gone up four places to fourth internationally with the removal of the mandatory requirement of having a commons seal", CHUNG Ada L. L. (Ms), Registrar of Companies, Number of companies registered approaches 1.3 million, Press Release dated 10 January 2016, <http://www.cr.gov.hk>

⁸⁸ "The Committee recommends that company law should aim to eliminate unnecessary complication.", Rapport du Committee, page 35, §4.62.

is that it establishes a theoretical framework sympathetic to state intervention; the company is a creature of the state, existing to promote the public welfare, and as such the state has the right to interfere in its internal affairs and need not confine itself to external, general-law regulation"⁸⁹.

Cette première théorie juridique de la forme sociale a été suivie d'une théorie élaborée en réaction au pouvoir suprême de l'État. La conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, est illustrée par la citation suivante : "the individuals' freedom of contract implies a right to do business as a corporation without state intervention"⁹⁰. En conséquence, la volonté des associés est mise en avant et peut s'épanouir dans un droit peu dirigiste, faiblement interventionniste.

Plusieurs courants doctrinaux se sont succédés discutant cette théorie juridique de la société et penchant pour une conception institutionnelle du droit héritée de la première théorie juridique dite *concession theory* ou pour une conception contractuelle du droit héritée de la seconde théorie juridique dite *enabling law*. La théorie juridique applicable au droit des sociétés retenue par le Committee est une combinaison du courant doctrinal de la théorie contractuelle qui a émergé dans les années 1970 et été exposée dans les années 1980 et du mouvement de recul né à la fin des années 1980 suite à l'identification d'abus de l'application du courant doctrinal des années 1970-1980. Ainsi, l'application de la conception contractuelle ne va pas sans limite ni sans garde-fous. La nouvelle théorie contractuelle peut être résumée par la citation suivante : "This theory states that the corporation is "simply one form of legal fiction which serves as a nexus for [notional] contracting relationships", e.g. among investors, managers, employees, suppliers and customers. The ideal company law is a set of default rules that save transaction costs but yet allow parties to write their own ticket"⁹¹. Le mouvement de recul de la fin des années 1980 a conduit à la question de l'équilibre entre la volonté des associés et la protection des tiers et des associés minoritaires. En effet, pour le Committee, le droit hongkongais des sociétés doit proposer un mélange d'une majorité de règles applicables par défaut et d'une minorité de règles impératives élaborées dans le but de protéger les créanciers et les associés minoritaires. L'application d'une conception contractuelle des règles de droit est couplée à la méthode d'un examen critique appliqué pour chaque modification législative, méthode dite de *l'enabling test* qui n'entraîne pas pour autant une déréglementation comme peuvent le craindre les détracteurs des systèmes anglo-saxon et américain. Le Committee consacre le fait que la suppression de règles impératives ne peut résulter du fait de leur caractère impératif ou du fait de la seule simplification du droit. Un régime équilibré⁹² entre la nouvelle conception contractuelle et la conception institutionnelle rénovée à la fin des années 1980 est retenue par le Committee. L'évaluation de dispositions actuelles doit prendre la forme suivante en application de la méthode de *l'enabling test* : une disposition permissive doit être retenue à moins qu'une preuve d'abus soit apportée et dans ce cas, des ajustements doivent être adoptés ; une disposition impérative doit être examinée au regard du coût qu'elle représente et des avantages protecteurs et si l'examen montre un déséquilibre, une mesure visant à réduire le caractère impératif de cette disposition doit être proposée. Ainsi, il nous semble que la méthode retenue par le législateur hongkongais est une méthode répondant à la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, car le droit des sociétés doit fournir une méthode d'immatriculation et de gestion d'une société

⁸⁹ Citation du Professor Parkinson extraite du Rapport du Committee, page 22, §4.5.

⁹⁰ Rapport du Committee, page 22, §4.7.

⁹¹ Rapport du Committee, page 23, §4.14.

⁹² "The Committee recommends that Hong Kong company law should strive for a balanced mix of default and mandatory rules.", Rapport du Committee, page 28, §4.32.

efficace et avantageuse⁹³ et car le droit des sociétés doit être auto-exécutoire⁹⁴ et non pas marqué par l'interventionnisme étatique.

20. La simplicité du droit hongkongais résulte également d'une approche dualiste du caractère contractuel ou institutionnel de la société, entre une société contrat et une société institution, autant pour son immatriculation que pour sa gestion. Le choix pour un seul de ces caractères priverait le droit d'un pan de mécanismes qui permettent à la *Company* d'évoluer, de s'adapter, d'être polymorphe. Il est question d'équilibre en droit hongkongais où la volonté des associés est mise en avant et respectée et où les deux caractères contractuel et institutionnel peuvent s'exprimer à des moments différents de l'existence de la société ou avec des degrés d'intensité différents. La société tend vers un caractère contractuel lorsque la liberté contractuelle des associés est grande et vers un caractère institutionnel lorsque la liberté contractuelle des associés est encadrée ou bornée par la loi (ce caractère de la nature de la société est distinct de la nature contractuelle ou non des statuts de la société). La société n'est pas soit l'un soit l'autre mais une combinaison des deux. Le caractère contractuel de la société peut s'exprimer car la société est un acte juridique ; le caractère institutionnel peut s'exprimer car la société est un acte juridique et une personne morale institutionnalisée. Ce deuxième aspect produit une société qui est une institution organe ou une institution mécanisme où la liberté des associés ne peut s'exprimer autant que dans le cadre de l'aspect contractuel car les règles de droit ont organisé, encadré, préparé l'organe ou le mécanisme adapté à sa vocation d'héberger une entreprise. La combinaison de ces deux caractères au sein de la *Company* constitue un développement moderne emblématique du droit hongkongais : la liberté exprimée lors de la prévalence du caractère contractuel est encadrée par le caractère institutionnel. La position du droit français des sociétés est aux antipodes de la combinaison hongkongaise car la liberté est concédée par petites touches aux associés d'une société commerciale dans un environnement légal traditionnellement dirigiste et interventionniste.
21. Le droit des sociétés hongkongais concilie mieux les intérêts catégoriels opposés, d'une part, des pouvoirs publics souhaitant encadrer la liberté pour protéger les acteurs économiques de l'asymétrie d'informations inhérente au monde des affaires et pour aménager un cadre juridique favorable au développement économique et, d'autre part, des entrepreneurs souhaitant disposer de la plus grande liberté possible pour organiser leurs activités commerciales et civiles dans le souci d'assurer une efficacité économique toujours plus importante à leur entreprise. Le décalage ne fait pas de doute : l'imputation à l'État de la rigidité des règles françaises s'oppose à l'absence de l'utilisation du concept d'ordre public à Hongkong et l'État français considère que la société privée est aussi son affaire⁹⁵.
22. Le décalage entre le système hongkongais et le système français apparaît à la confrontation des deux ensembles de règles de droit applicables aux sociétés. Le droit des sociétés hongkongais est rassemblé dans un seul instrument législatif dénommé *Companies Ordinance*⁹⁶ ; en sus des règles de droit énoncées par cette loi, les règles de *Common Law* et d'*Equity* découlant d'une jurisprudence antérieure au 1^{er} juillet 1997 trouvent à s'appliquer

⁹³ "The Committee recommends that company law should provide an efficient and cost effective method of incorporation and maintenance.", Rapport du Committee, page 34, §4.59.

⁹⁴ "The Committee recommends that company law should be self-enforcing.", Rapport du Committee, page 35, §4.61.

⁹⁵ La loi "nouvelles régulation économiques" du 15 mai 2001 en est un exemple dans la mesure où les dispositions de cette loi imposent la publicité des rémunérations versées aux mandataires sociaux de sociétés anonymes cotées ou non cotées mais contrôlées par une société cotée (modification apportée par la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003) ; article L. 225-102-1 du Code de commerce.

⁹⁶ La première législation hongkongaise en matière de droit des sociétés a été adoptée en 1865 ; cette première *Companies Ordinance* était largement inspirée de la législation britannique *Companies Act of 1862*.

ainsi que la jurisprudence des tribunaux hongkongais. Au vu de la hiérarchie des normes établies pour Hongkong⁹⁷, aucune disposition de la *Basic Law* n'a trait au droit des sociétés et la coutume chinoise ne touche pas au droit des sociétés mais principalement au droit immobilier et au droit de la famille. La simplicité des sources résulte de la démarche du législateur hongkongais qui présente plusieurs objectifs au droit des sociétés : celui d'être clair et concis pour que l'entrepreneur tout comme l'avocat puissent comprendre l'Ordinance mais que cette lisibilité ne soit pas confondue avec la simplicité car certains mécanismes et concepts sont complexes et doivent le rester⁹⁸. La simplicité des sources hongkongaises résulte également de leur adaptabilité aux évolutions du monde des affaires. Le législateur n'est pas forcé d'amender, de modifier, de réviser, de réécrire les dispositions de la Companies Ordinance de manière régulière. Cette faible production législative démontre l'adéquation entre la règle de droit et la matière à laquelle elle s'applique, en l'occurrence les sociétés. La loi allemande apporte un autre élément de comparaison à notre argumentaire : "La GmbH, Gesellschaft mit beschränkte Haftung, née en Allemagne en 1881 et complétée par une loi de 1898, est une forme sociétaire si bien adaptée aux petites et moyennes entreprises que la loi n'a pas subi depuis de modification importante. C'est toujours l'institution créée à la fin du XIXe siècle qui vit en ce début du deuxième millénaire."⁹⁹ Le système français renvoie une image d'une complexité frisant l'incompréhensible où prolifèrent une multitude de règles constituant un droit éparpillé que même le juriste peut avoir des difficultés à démêler¹⁰⁰. Certaines règles de droit des sociétés font l'objet d'une codification dans le code civil et dans le code de commerce et d'autres sont dispersées au sein d'autres codes (code monétaire et financier, code général des impôts, code rural, code des assurances, code du travail, code de la construction et de l'habitation, etc...). Certaines règles de droit sont issues de diverses lois non codifiées dont il résulte une sédimentation pâtissière à la façon mille-feuilles. D'autres règles résultent de l'application du droit communautaire, que ce soit par voie de règlements ou de directives transposées ou à transposer. L'articulation entre une partie législative et une partie réglementaire (articulation que le législateur hongkongais souhaite éviter en proclamant le principe d'un droit des sociétés auto-exécutoire¹⁰¹) et l'articulation entre un droit général et un droit spécial terminent de brouiller les pistes du droit applicable aux sociétés sur le territoire français¹⁰².

23. En droit des sociétés, l'entrepreneur, qui n'est pas spécialiste, utilise quotidiennement les règles de droit applicable à la personne morale qu'il a choisie pour encadrer et structurer son entreprise. L'avantage d'une règle de droit précise et détaillée est que celle-ci colle à la réalité

⁹⁷ Voir notre annexe 15, "Présentation de l'histoire constitutionnelle de Hongkong".

⁹⁸ "The Committee recommends that the law should be written in plain language." et "The Committee recommends that company law should aim to eliminate unnecessary complication.", Rapport du Committee, page 35, §4.62.

⁹⁹ DUCOULOUX-FAVARD Claude, Les S.A.R.L. française et italienne et la GMBH allemande : lignes de comparaison, Petites affiches, PA200101702, 24 janvier 2001 n°17, page 6.

¹⁰⁰ "Le mal qui frappe la loi moderne n'est pas sa complexité qui, souvent, n'est qu'à la mesure de notre société, mais les lois ou dispositions inutiles qui, selon l'exacte expression de Montesquieu, "affaiblissent les lois nécessaires" (Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748)", MORTIER Renaud, La simplification des augmentations de capital, Droit des sociétés, juillet 2011, n°7, repère 7. OPPETIT Bruno, *L'expérience française de codification en matière commerciale*, Recueil Dalloz 1990, Chronique page 1.

¹⁰¹ "The Committee recommends that company law should be self-enforcing.", Rapport du Committee, page 35, §4.61.

¹⁰² Nombreux sont les auteurs à partager cette observation : "le droit des sociétés fait figure de grand retardataire. Pourtant, les réformes - ou plutôt les réformettes, mesurette - dont il ne cesse d'être l'objet, contribuent à rendre toujours un peu plus aigu le besoin de mise en cohérence de la matière. Les dernières interventions législatives ont contribué une fois de plus à dénaturer, désorganiser, complexifier l'existant. Si les retouches, prises isolément, sont peut-être - sans doute pour certaines - justifiées ou nécessaires, il n'en reste pas moins qu'elles participent à brouiller, chacune un peu plus, les lignes déjà tortueuses de la matière.", ROUSSILLE Myriam, Repenser le droit des sociétés, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, repère 10.

de chaque situation entrepreneuriale. Le risque inhérent à cette précision résultant de multiples sources de droit et de la coexistence de règles de droit commun et de droit spécial est l'insécurité juridique dans laquelle pourrait se trouver l'entrepreneur¹⁰³. Celui-ci hésite à constituer une société au vu de la difficulté d'identifier les obligations qui en découlent. Celui-ci hésite sur la forme de société à constituer au vu de la difficulté qu'il pourrait avoir à appréhender de manière précise les règles qui vont s'appliquer à la société choisie. Cet éparpillement est-il inévitable ? En d'autres termes, pourquoi existe-t-il et pourrait-il être réduit ? Cette diversité des sources reflète l'héritage du système juridique français développé pour s'adapter continuellement au monde de l'entreprise, à la réalité économique moderne et à la diversité des situations créées par le monde des affaires contemporain. L'héritage juridique français et la spécificité de l'articulation de son système légal est à respecter ; la diversité des situations du monde des affaires ne peut être ignorée. Pourtant, est-ce que ces deux éléments sont intrinsèquement contraires au fait de contenir un foisonnement de normes ou de réduire ce foisonnement et donc de limiter l'insécurité juridique¹⁰⁴, l'absence d'effectivité voire l'inefficacité juridique¹⁰⁵ ? Quels seraient les principes actifs permettant de contenir ou de réduire l'éparpillement du droit des sociétés français afin de préserver la sécurité juridique, de réduire l'inefficacité juridique et d'atteindre les buts affichés par le gouvernement de simplifier et de moderniser le droit et de développer la transparence et la sécurité dans le monde des affaires ? En effet, dans l'esprit, le droit français des sociétés incarne cette volonté d'assurer la prévisibilité aux sujets de la règle de droit et de multiplier la règle dans le but de rencontrer chaque situation. Il s'agit probablement d'une utopie dont la poursuite pourrait être dangereuse car le monde des affaires contemporain est en perpétuelle et rapide mutation du fait de l'accélération des échanges internationaux et transnationaux contrairement au monde des affaires dans lequel la loi de 1966 a été élaborée. Le législateur français semble prêt à accueillir la comparaison avec les règles inspirées de la Common Law depuis l'instauration de la SAS dans l'ordre juridique français. La France a été chercher son inspiration dans des pays étrangers, fréquemment en Allemagne, dont le modèle a longtemps fasciné la doctrine française. Le droit d'États plus petits a également nourri les réflexions et études de comparaison aux fins de réformes¹⁰⁶. Nous partageons le point de vue selon lequel l'origine de l'inspiration des réformes du droit des sociétés ne devrait pas "fausser le jugement"¹⁰⁷ d'autant plus qu' "au strict plan interne, l'évolution imprimée à la loi de 1966

¹⁰³ L'inflation des régimes juridiques spéciaux pour de nouvelles formes sociales ou pour des formes sociales existantes est bien présente dans le paysage législatif français. "Et que fleurissent, fleurissent, les sociétés spéciales... L'objectif de libéralisation des professions réglementées conduit le législateur à créer un énième régime de sociétés pour les différentes professions du droit.", ROUSSILLE Myriam, Création d'un nouveau véhicule d'investissement, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°10, commentaire 168.

¹⁰⁴ Les questions du choix de la norme applicable doit être choisie pour résoudre le litige, comment faire et justifier ce choix, ou encore qui doit choisir.

¹⁰⁵ L'inefficacité juridique peut être identifiée à tout niveau lorsque des règles de droit demeurent sans effet ou ne sont pas respectées et que les pouvoirs publics ne disposent pas des moyens pour les faire respecter ou ne mettent pas ces moyens en œuvre. Par exemple, l'obligation du dépôt au Registre du commerce et des sociétés ne serait respectée que par 58% des sociétés soumises à cette obligation. Rapport législatif préparé par Monsieur André REICHARDT au nom de la Commission des lois du Sénat, publié le 19 novembre 2015 et intitulé "Projet de loi de finances pour 2016 : Développement des entreprises (avis – première lecture)", source : www.senat.fr.

¹⁰⁶ Nous pouvons citer les études suivantes, ne visant pas seulement des États membres de l'Union européenne : MESSINE Francine, NOIRET Emilie, Les sociétés belges : ressemblances et dissemblances avec leurs voisines françaises, *Journal des sociétés*, n°71, décembre 2009, page 12 ; VAN ENDEN Erik, VAN'T HOF Sanna, Les formes juridiques du droit néerlandais, *Journal des sociétés*, n°71, décembre 2009, page 17 ; JEANCOLAS Cédric, FELTEN Bernard, Les sociétés commerciales au Grand-Duché de Luxembourg, *Journal des sociétés*, n°71, décembre 2009, page 21 ; DONDERO Bruno, Le droit mauricien des sociétés, *Journal des sociétés*, n°71, décembre 2009, page 32 ; CASTALDI Enrico, JULIEN Lisa Alice, La cession de participations en droit italien, *Journal des sociétés*, n°82, décembre 2010, page 26 ; GALLOT Alyssa, Aperçu des opérations de fusions-acquisitions aux États-Unis, *Journal des sociétés*, n°82, décembre 2010, page 36.

¹⁰⁷ BEGUIN Jacques, L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966, *Revue des sociétés* 1996, page 513.

[par la pression européenne – elle-même inspirée du modèle anglo-saxon] s'est traduite par une incontestable et bénéfique modernisation¹⁰⁸. Hongkong, territoire dynamique, représente un étalon juridique spécifique en droit des sociétés sur la scène asiatique et internationale, tant du point de vue de sa sécurité, de son efficacité, de sa lisibilité, de sa compétitivité que de son attractivité. Les moyens déployés par les pouvoirs publics pour assurer aux acteurs économiques que le droit des sociétés rencontre ces objectifs sont importants¹⁰⁹. Par conséquent, Hongkong est un petit territoire dont le droit des sociétés peut être une source d'inspiration au même titre que les grands modèles traditionnels.

"À d'autres égards, la SAS marque un tournant de la législation française, désormais conçue en fonction de la concurrence des droits des différents pays. Le droit comparé n'est plus simplement un inspirateur (de ce que l'on peut faire et de ce qu'il vaut mieux éviter), il devient l'évaluateur des mérites, et même le marché sur lequel un législateur peut placer ses produits d'appel, destinés à conserver ou attirer les entreprises, leur activité, leurs emplois, et leurs impôts. De plus, les modèles dominants ont changé ; le perfectionnisme juridique rhénan a perdu de son attrait ; en revanche, de nombreuses solutions américaines ou anglaises ont le vent en poupe, sans doute parce qu'elles respectent davantage l'esprit et les techniques de l'économie de marché."¹¹⁰ Le droit hongkongais des sociétés étant plus adapté au monde contemporain des affaires, est-ce que le droit français pourrait l'accueillir ? Quelle serait la réception du droit hongkongais dans le droit français ? Nous imaginons une réception volontaire provenant de l'importation de règles de droit hongkongais par le législateur, indépendant dans un milieu socio-économique propice à le réceptionner¹¹¹. La réception du modèle hongkongais par le droit français pourrait être effective dans la mesure où le législateur français met en avant des exigences de flexibilité, de souplesse, de sécurité, de compétitivité et d'attractivité¹¹² qui caractérisent le droit hongkongais des sociétés. Le droit hongkongais est économiquement simple et efficace. La France est prête à accueillir le droit de Common Law. Ce sont les raisons de lesquelles il nous semble que la comparaison de notre étude est pertinente.

24. Dans une petite mesure, l'anglicisation du droit français des sociétés constitue une évolution de ce droit pour s'adapter aux réalités économiques actuelles : "de nombreuses solutions américaines ou anglaises ont le vent en poupe, sans doute parce qu'elles respectent davantage l'esprit et les techniques de l'économie de marché"¹¹³. La création de la SAS et la création de la fiducie¹¹⁴, qui pourrait se rapprocher du trust d'Equity appliqué au droit des sociétés, en sont des exemples. Les systèmes de droit français et de droit hongkongais appartiennent chacun à une grande famille des systèmes juridiques. Ces systèmes peuvent tirer l'un de l'autre des enseignements utiles en période de réforme. La création de la SAS au titre d'une

¹⁰⁸ BEGUIN Jacques, L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966, *Revue des sociétés* 1996, page 513

¹⁰⁹ Un des principaux indicateurs des moyens déployés par les pouvoirs publics est la création et le maintien d'un comité dédié à la réforme des dispositions de la Companies Ordinance, le Standing Committee on Company Law Reform. Les pages dédiées à ce comité sont les suivantes : <http://www.cr.gov.hk/en/standing/index.htm>

¹¹⁰ LE CANNU Paul, L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, *Revue des sociétés*, 1996, page 485, §13.

¹¹¹ PAPACHRISTOS A.C., La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique, Paris, LGDJ, 1975.

¹¹² ZATTARA-GROS Anne-Françoise, La SAS et le droit des entreprises en difficultés : illusions et réalités, *Journal des sociétés*, avril 2009, n°64, page 28.

¹¹³ LE CANNU Paul, L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, *Revue des sociétés*, 1996, page 485, §13.

¹¹⁴ GRIMALDI Michel, L'introduction de la fiducie en droit français, *Revue de droit Henri Capitant*, n°2, 30 juin 2011 ; ANSAULT Jean-Jacques, *La fiducie-sûreté ressuscitée !*, *Journal des sociétés*, n°65, mai 2009, page 22.

nouvelle forme de sociétés commerciale à risque limité démontre que la comparaison entre la France et Hongkong est pertinente au titre des éléments que nous avons exposé plus haut tenant aux caractéristiques propres à Hongkong et à son droit des sociétés et en dépit du paradoxe que cette comparaison peut représenter du fait de leurs environnements socio-économiques et juridiques respectifs. Les règles applicables à la SAS sont tirées des règles applicables à une société de l'état américain du Delaware. La SAS fonctionne depuis 1994 avec son régime particulier tiré de la branche américaine de la Common Law. Le législateur pourrait s'inspirer du régime de la *Company* qui est une forme sociale étrangère partageant beaucoup de points communs avec la SAS pour construire un régime autonome pour la SAS et libérer cette forme sociale par rapport au régime de la SA¹¹⁵. Par exemple, le Code de commerce laisse aux associés le soin d'organiser les pouvoirs de l'organe de gestion et de direction de la SAS ; la *Company* présente une liberté statutaire similaire dont l'expérience riche pourrait permettre de développer et de proposer des mécanismes et des organes à l'efficacité éprouvée au régime de la SAS tout en respectant le caractère contractuel de cette forme sociale. Au vu de la culture juridique hongkongaise et des choix politiques guidant l'adaptation du droit français des sociétés, il nous semble que la comparaison des deux systèmes de normes applicables aux SARL, SAS et *Company* ne constitue pas un paradoxe dans la mesure où Hongkong devient une source d'inspiration pour la modernisation du droit français et son adaptation aux objectifs et besoins du monde des affaires contemporain et où la France semble pouvoir être réceptive à cette communication et prendre en compte les remèdes et mécanismes juridiques offerts.

25. L'intervention étatique est nécessaire pour fournir aux acteurs économiques des outils, des méthodes, des processus, des règles visant à éviter les frottements du marché¹¹⁶, à faciliter l'activité économique pour que celle-ci soit florissante et réponde aux besoins humains. Un des nombreux outils proposés par la législation pour faciliter le commerce est la création d'une personne morale distincte des personnes physiques qui réalisent les transactions commerciales ou qui signent les engagements commerciaux. Cette personne morale dont la création et la gestion sont encadrées par la règle de droit a pour objectif de permettre à un niveau micro-économique "de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter" et au niveau macro-économique de faciliter les relations commerciales et de libérer le marché des frottements créés par l'absence de cadre légal organisationnel. Ainsi, cette intervention étatique permet de contrer les défaillances du marché sur deux points : fournir un cadre aux acteurs et réduire les coûts de fonctionnement au sein du marché.
26. En cas de désengagement de l'État, celui-ci pourrait devenir défaillant et ne plus garantir l'effectivité des engagements commerciaux ni la sécurité juridique au cœur du marché. Ces deux niveaux de défaillance de l'État révèlent l'importance de l'effectivité des lois et de la

¹¹⁵ DUCOULOUX-FAVARD Claude, La société par actions simplifiée par Dominique VIDAL, Les Petites Affiches, 6 mai 1994, n°54.

¹¹⁶ Les transactions commerciales pourraient être réalisées entre personnes physiques au cœur d'un marché libre et chacune de ces personnes physiques, acteurs économiques, pourraient réaliser des bénéfices sans avoir besoin de constituer une personne morale distincte. Ce marché libre existerait sans frottement et aucune intervention extérieure ne serait nécessaire pour assurer le respect des engagements commerciaux (à la fois des transactions commerciales et des accords d'association entre personnes physiques sans création d'une personne morale distincte *contractual joint venture*). Or, ce marché idéal constitué d'acteurs humains n'existe pas ; les frottements sont inévitables et entraînent des dysfonctionnements du marché, par exemple lors des tentatives des acteurs de s'associer pour partager leurs coûts et donc les réduire afin corrélativement de dégager plus de bénéfices. Ces défaillances du marché peuvent être classées en quatre types qui demeurent interdépendantes : une externalisation des coûts par de grandes entreprises conduisant à une situation de concurrence déloyale et à un coût de fonctionnement du marché plus élevé que ce qu'il devrait être en l'absence de cette externalisation, un cadre au marché non adapté ou absent, des coûts de fonctionnement au sein du marché trop importants, une défaillance de l'État.

sécurité juridique et de l'importance de l'État de rester vigilant. Notre approche comparative a pour but de répondre à ces questions : nous identifierons des problèmes juridique (silence de la loi, absence d'interprétation et interprétation multiple de la règle de droit) liés à la constitution et au fonctionnement des SARL et des SAS et nous chercherons à fournir sur ces questions l'éclairage du droit des sociétés hongkongais dans un souci de simplification et de modernisation du droit des sociétés au monde contemporain des affaires, qui ne signifie pas par nature un désengagement de l'État. La simplification du droit se situe à plusieurs niveaux.

27. En effet, l'État, lors de l'institution de l'outil société et lors de l'évaluation de la législation y afférente dans le but de l'adapter au monde des affaires contemporain, doit faire évoluer cette législation en fonction de l'idée qu'il se fait du marché au moment où l'évolution législative intervient. Les dysfonctionnements que l'appareil étatique a identifiés permettent de proposer une nouvelle mouture de la législation existante adaptée à des principes directeurs pouvant conduire à une correction adaptée du marché. Ces principes directeurs évoluent au fil du temps, de nouveaux principes apparaissent et d'anciens principes disparaissent ou peuvent être remis au goût du jour. Ces principes sous-tendent les réformes législatives. Cependant, l'énoncé de ceux-ci lors de la discussion de la réforme est primordial pour les acteurs étatiques et pour les acteurs économiques qui, rassurés sur le fait que l'État agit dans le but de faciliter le commerce en répondant à des problématiques contemporaines, se développent d'autant plus facilement dans un cadre légal rassurant. La simplification du droit des sociétés pour le rendre attractif, par exemple envers des investisseurs anglo-saxons, pourrait passer pour un désengagement de l'État à organiser, à réguler et à intervenir dans la vie des sociétés. L'État, au service des citoyens, doit légiférer et faire évoluer le droit des sociétés pour pallier les dysfonctionnements économiques observés, comme le "law shopping" défavorable à notre territoire. L'État doit faire évoluer le droit des sociétés au vu des objectifs politiques et économiques contemporains dont le droit hongkongais des sociétés représente un étalon international.
28. Dans le but de répondre à une exigence du monde contemporain des affaires français et de pallier un manque ressenti par les acteurs économiques, le législateur s'est inspiré du droit anglo-américain pour créer la SAS et pour réformer quelques caractères des sociétés fermées à risque limité. Cette inspiration peut être étendue et notre analyse comparative de la constitution, de l'existence, du fonctionnement et de la fin des SARL et des SAS, d'une part, et de la Company, d'autre part, à l'aune de la poursuite d'un objectif d'efficacité économique et d'une amélioration de la gouvernance, va nous permettre de démontrer que le législateur français pourrait continuer de s'inspirer d'un modèle de Common Law, du modèle hongkongais. Nous allons présenter, dans le but de connaître et de comprendre, la notion de *Company*. Nous allons décortiquer sa structure et son architecture, expliquer la façon dont elle est créée et les principes qui encadrent cette création. Nous allons détailler la façon dont les organes de la *Company* sont agencés et aménagés et comment ces organes communiquent et interagissent et avec quelle documentation. Nous allons étudier les sources du droit et leurs fondements, ainsi que leurs réformes récentes afin d'appréhender la culture juridique de la *Company* qui transcende son existence et son fonctionnement. Nous allons comparer ces questions avec les règles qui organisent et encadrent les SARL et les SAS dans le but de démontrer que ces deux formes sociales françaises peuvent être simplifiées, rationalisées, modernisées grâce au souffle donné par les différences de la *Company* hongkongaise (par exemple, l'absence d'objet social statutaire obligatoire, le principe de l'unipersonnalité des sociétés, la durée de vie illimitée, la contractualisation des missions des directeurs, la dissolution administrative, etc...). La libéralisation du droit français des sociétés est possible en prenant également soin de rechercher les concepts qui encadrent l'évolution du droit hongkongais des sociétés et qui donnent de la cohérence et de la cohésion aux règles applicables à la *Company*. Ces concepts résultent d'œuvres prétoriennes et de recherches

doctrinales : l'intérêt social ou les meilleurs intérêts de la *Company*, les devoirs fiduciaires et la gouvernance, la responsabilité sociale de l'entreprise. Ces concepts sont évolutifs et mouvants car ils ne sont pas codifiés et leur définition n'est pas inscrite dans la Companies Ordinance. Mais l'existence de ces concepts évoluant dans la tradition et la culture juridique pragmatique du droit hongkongais des sociétés permettent de comprendre, avant de comparer, les notions et régimes de la *Company* et de ses organes et acteurs.

29. En comparant les systèmes français et hongkongais du droit des sociétés et les sociétés fermées à risque limité françaises, c'est-à-dire la SARL et la SAS et la *Company*, nous montrerons que le droit des sociétés hongkongais est un droit plus efficace que le droit français garantissant une plus grande liberté encadrée aux entrepreneurs et en leur offrant une société outil institutionnelle et polymorphe capable de s'adapter selon la volonté des associés. Le droit français, concédant une liberté par petites touches, peut bénéficier de la connaissance du droit hongkongais pour continuer l'élan de simplification et de modernisation et d'adaptation au monde des affaires contemporain, tout en conservant sa tradition et sa culture juridique romano-germanique.
30. La présentation des décalages entre Hongkong et la France nous ramène à la même question : en quoi le droit français des sociétés s'adapte-t-il mal pour régir les entreprises ? Dans le monde des affaires contemporain, le droit hongkongais des sociétés concilie mieux les intérêts catégoriels opposés pour obtenir un équilibre pertinent entre la volonté des associés, l'intérêt social et la protection des tiers, entre la société à caractère contractuel et la société à caractère institutionnel, dans le but de promouvoir l'efficacité économique et la sécurité juridique. La liberté est guidée en droit hongkongais et le guidage s'illustre comme une alternative à l'expression de la liberté contractuelle des associés. La *Company* est dualiste ; les caractères contractuel et institutionnel sont complémentaires et alternatifs. La liberté est concédée en France et cette concession au compte-gouttes n'est pas adaptée au monde contemporain des affaires enrichi d'échanges internationaux et avide de compétitivité territoriale.
31. En conséquence, la comparaison de la SARL et de la SAS à la *Company* pourra bénéficier aux sociétés françaises au vu du caractère compétitif que doit revêtir et conserver le droit hongkongais des sociétés. La conciliation des exigences légitimes des affaires et de la volonté étatique de contrôler et de diriger les acteurs économiques révèle une nécessaire simplification et modernisation du droit des sociétés. Cette conciliation réformatrice nécessite l'identification de concepts normatifs contemporains tels que l'intérêt social, la responsabilité sociale des entreprises et la gouvernance¹¹⁷. Ces concepts permettent d'orienter et d'encadrer les réformes, de promouvoir cohérence et prévisibilité des normes ainsi de fournir des éléments d'interprétation. Notre étude comparative visera à proposer des solutions nouvelles, à la fois normatives et jurisprudentielles, à l'absence de règles, à l'obscurité des règles ou à la contradiction des règles applicables aux SAS et SARL quant aux notions fondamentales mais également quant aux régimes applicables à celles-ci dans leur dimension organisationnelle.

Plan

32. L'image de la société commerciale devrait être attrayante pour encourager les entrepreneurs hésitant à lancer leur entreprise à franchir le pas et attirer les entrepreneurs sûrs du lancement de leur entreprise. L'image de la société commerciale devrait refléter une liberté offrant un

¹¹⁷ La gouvernance est un concept à la fois analytique et normatif et un concept "mondialisé", BEHRENS Peter, Commentaire sur la corporate governance, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 376

épanouissement économique à l'entreprise protégée par un cadre juridique plutôt qu'une liberté concédée où l'entreprise est contrôlée par l'ordre public. L'enjeu contemporain pour le droit des sociétés réside notamment dans l'efficacité économique qu'il permet de générer pour densifier le tissu économique des PME hébergées au sein de SARL, de SAS et de *Companies*. À l'aune du droit hongkongais des sociétés applicable aux *Companies*, il est possible d'identifier les obstacles théoriques et les dysfonctionnements du droit français des sociétés au niveau de la liberté offerte aux associés pour élaborer une société sur mesure et s'ils le veulent et d'instituer une société outil polymorphe et attractive résultant du panachage des caractères contractuel et institutionnel dans un souci d'efficacité économique (Première Partie). En connaissant et en comprenant le droit hongkongais des sociétés applicable aux *Companies*, il est possible de confirmer que la liberté contractuelle des associés peut continuer de s'épanouir au cours de la vie sociale dans un environnement guidé par une gouvernance suffisamment organisée libérant la SARL et la SAS du poids des traditions et de l'héritage historique et de la pression parfois dogmatique plus que pragmatique que représente l'ordre public, le dirigisme et l'interventionnisme étatique (Seconde Partie).

Première partie : L'efficacité économique, source d'une convergence balbutiante entre les droits français et hongkongais des sociétés

Seconde partie : La gouvernance en droit hongkongais des sociétés, une source d'inspiration pragmatique pour le droit français des sociétés

PREMIÈRE PARTIE : L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE, SOURCE D'UNE CONVERGENCE BALBUTIANTE ENTRE LES DROITS FRANÇAIS ET HONGKONGAIS DES SOCIÉTÉS

33. L'efficacité économique de la forme sociale peut être mesurée et améliorée au niveau national, c'est-à-dire que cette efficacité économique évaluée au niveau du territoire français devrait révéler une compétitivité des sociétés françaises (aussi bien sur le territoire national que dans le cadre d'échanges internationaux) et une attractivité de la forme sociale française pour les sociétés étrangères¹¹⁸. Il en résulte que la forme sociale devrait répondre à un double souci de compétitivité et d'attractivité du territoire national¹¹⁹. Efficacité, compétitivité et attractivité sont trois principes appliqués à l'évolution des règles de droit hongkongais ; le territoire de Hongkong est classé chaque année au premier rang des économies les plus libres de la planète¹²⁰, le dynamisme de son économie est cité en exemple et son territoire attire les entreprises multinationales. Les règles du droit hongkongais applicables aux sociétés fermées à risque limité montrent leur efficacité : Hongkong est un petit territoire et, par rapport à sa population active¹²¹, il héberge à la fois les sociétés-mères des activités asiatiques (voire mondiales) d'entreprises multinationales et un nombre conséquent de PME immatriculées sous forme de *private company limited by shares* (dénommée ci-après *Company*). Ainsi, les règles du droit français des sociétés dont la simplicité, l'efficacité, l'effectivité sont fréquemment questionnées, pourraient bénéficier des règles du droit hongkongais, autant dans leur esprit que dans leur contenu : l'importation des règles hongkongaises pourrait démontrer une volonté d'affranchir l'entrepreneur du poids de l'ordre public et de l'interventionnisme étatique qui sont décriés par les acteurs économiques. Cet élan pourrait concéder plus de liberté aux entrepreneurs français quant à la constitution des sociétés fermées à risque limité (titre 1) et quant à la qualité d'associé des sociétés fermées à risque limité (titre 2).

¹¹⁸ Discussion sur ces deux composantes dans le cadre des travaux de la Commission des lois suivante : Propos liminaires de M. Antoine GARAPON et Mme Astrid MIGNON COLOMBET, Sénat, Travaux de la commission des lois présidée par M. Philippe BAS, Droit des entreprises, enjeux d'attractivité internationale, enjeux de souveraineté, 11 mars 2015, <http://videos.senat.fr/video/videos/2015/video27688.html> et <http://videos.senat.fr/video/videos/2015/video27689.html>.

¹¹⁹ Efficacité économique et compétitivité sont les deux principes directeurs énoncés par le rapporteur du Sénat sur le Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises : Allocution du 4 décembre 2013 du Sénateur Thani MOHAMED SOILIHI ; Dossier(s) législatif(s) : projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises ; Commission(s) : commission des affaires économiques, commission des lois ; <http://videos.senat.fr/video/videos/2013/video20606.html>

¹²⁰ Source du 31 mars 2015: <http://www.heritage.org/index/ranking> ; "Business Freedom is ranked at 100%. The competitive and transparent regulatory framework supports dynamic business formation and operation."

¹²¹ Le territoire compte 7,298 millions d'habitants (estimation du *Census and Statistic Department* du Gouvernement de Hongkong au mois de juillet 2015 – source : <http://www.censtatd.gov.hk/hkstat/sub/so20.jsp>) et 1,272 millions de *Companies* (source du 30/11/2015: http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_01_b.htm).

Titre 1. La simplification pragmatique de la création des sociétés fermées à risque limité

34. Partant du postulat que la forme sociale est la forme la plus recommandée pour accueillir une entreprise et voir celle-ci se développer dans un environnement légal tendant à mettre en place une protection équilibrée des intérêts catégoriels et individuels opposés des acteurs économiques (associés, représentants légaux, créanciers publics et privés, partenaires commerciaux), il nous semble nécessaire d'identifier les freins à la constitution d'une telle forme sociale qui vont peser dans le choix des entrepreneurs pour héberger leur projet d'entreprise prêt à être lancé. En comprenant comment et en comparant la constitution d'une *Company* et celle d'une SARL ou d'une SAS, nous avons identifié les freins suivants à la constitution d'une SARL ou d'une SAS : la difficulté d'identifier et de choisir une forme de société qui convient parmi les formes sociales proposées dont il est parfois difficile de connaître les différences et points communs ; la difficulté d'instituer la société choisie, que cette difficulté soit supposée à cause de l'image véhiculée par les procédures que devront mettre en œuvre les futurs associés ou réelle par la multiplicité des informations, documents et interlocuteurs impliqués. Ces difficultés posées, la proposition d'éléments de simplification est alors possible. Par exemple, l'ajout d'une forme sociale aux formes sociales existantes par la création de la SAS a constitué un élément de réponse à l'identification d'un problème récurrent rencontré par les entrepreneurs : la SAS offre la souplesse que les entrepreneurs ne pouvaient trouver au sein des formes sociales existantes marquées par un fort formalisme interne et un coût de constitution et de fonctionnement trop important pour être compétitif en valeur temps et argent¹²². À la lumière du droit hongkongais des sociétés, plusieurs axes de simplification peuvent être étudiés appliqués aux formes sociales commerciales existantes, c'est-à-dire aux SARL et SAS (chapitre 1), et aux procédures d'institution et d'enregistrement de celles-ci (chapitre 2).

¹²² DAHER Afif, Cours de droit général des sociétés (UNJF), leçon 1 Introduction, page 27.

35. La simplification du droit français des sociétés constitue un atout pour les entreprises. Dans la mesure où le modèle hongkongais du droit des sociétés répond aux attentes du monde des affaires en terme d'efficacité économique et pourrait apparaître, à ce titre, comme un étalon juridique international, il pourrait être bénéfique pour le droit français des sociétés de s'inspirer de quelques-unes des mesures prises par les pouvoirs publics hongkongais. Il est important de noter que les réformes du droit des sociétés menées par le gouvernement hongkongais sont indépendantes des réformes d'autres politiques publiques¹²³ (telle que les politiques fiscales, industrielles ou sociales). Elles visent, de manière pragmatique, à encourager le développement du tissu économique dont les entreprises sont alors facilement identifiables du fait de l'institution d'une *Company*. Entreprise et *Company* sont alors complémentaires. Dans ce but, le modèle hongkongais du droit des sociétés répond à une conception contractuelle du droit, dite *enabling law*¹²⁴ où l'organisation de la *Company*, utilisée comme outil de l'entreprise qui s'y développe de manière dynamique, est principalement laissée à la liberté des *members*, où la majorité des normes est applicable par défaut et où l'impact institutionnel via l'édition de normes impératives est réduit au strict nécessaire pour protéger principalement les *members* minoritaires et les tiers créanciers¹²⁵.
36. Il est intéressant de noter que cette conception recoupe la conception de la notion de société développée par l'École rennais de la doctrine de l'entreprise au titre de laquelle la société est l'habit juridique de l'entreprise ou, en d'autres termes, où la société a pour fonction unique d'organiser la réalité économique et sociale de l'entreprise¹²⁶. "Dans un premier temps, cette démonstration doctrinale a eu pour but principal de faire émerger la notion d'intérêt social, de la rendre autonome et de la distinguer du seul intérêt des associés majoritaires. Cette notion d'intérêt social était destinée à servir d'étalon de mesure de la gestion des dirigeants de la société, la finalité de leurs pouvoirs n'étant plus la simple satisfaction des intérêts des majoritaires mais, plus largement, la satisfaction de l'intérêt propre de l'entité qu'est l'entreprise."¹²⁷. La portée de cette conception de la société en droit hongkongais est que la notion de l'intérêt social est très large et n'est pas définie par l'agrégation des intérêts individuels des associés mais également par l'intérêt des associés futurs, par l'intérêt du développement de l'activité commerciale ou de l'entreprise et par l'intérêt des créanciers lorsqu'une procédure de liquidation est envisagée et par l'intérêt des employés dans le cadre de certaines procédures de restructuration. En droit français des sociétés, la portée actuelle de cette conception est le développement de la responsabilité sociale des entreprises. À Hongkong, la responsabilité sociale des entreprises est une problématique en construction (cette construction est d'autant plus aisée que la notion d'intérêt social est étendue) autour des

¹²³ Rapport du Committee, recommandation 14 "The Committee recommends that company law should not be a vehicle for implementation of industrial relations, tax, social or monetary policy.", § 4.64 à la page 35 et recommandation 14 à la page 248.

¹²⁴ Rapport du Committee, Chapter 4, pages 21 à 28, § 12.22 à la page 215.

¹²⁵ Rapport du Committee, § 4.29, page 28. La conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, préconise le caractère contractuel de la société laissant une très grande liberté aux associés pour organiser leur société et l'édition de normes applicables par défaut ; par opposition, la conception institutionnelle du droit, dite *regulatory law*, encourage le développement de règles impératives d'origine législative ou administrative, et donc institutionnelle, laissant une faible liberté aux associés pour organiser leur société. Cette définition de la conception institutionnelle du droit, dite *regulatory law*, est par exemple décrite par Jean Paillusseau "C'est pour établir ces équilibres que le législateur a organisé minutieusement la société de manière impérative. C'est là la vraie nature de ce que l'on appelle le caractère institutionnel de la société.", PAILLUSSEAU Jean, La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !, Recueil Dalloz 1999, p. 333, point 79.

¹²⁶ PAILLUSSEAU Jean, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, thèse, Sirey, 1967.

¹²⁷ DAIGRE Jean-Jacques, La société unipersonnelle en droit français, Revue internationale de droit comparé, volume 42, n°2, avril-juin 1990, pages 666 et 667.

problématiques de respect des droits de l'homme (*business in respecting human rights*) et de parties prenantes (*stakeholders*), comme le démontre l'essor de conférences universitaires et séminaires professionnels sur le sujet¹²⁸. Un des points communs de la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, appliquée par le droit hongkongais des sociétés et la doctrine de l'entreprise est le pragmatisme de ces modèles permettant de penser la société, l'entreprise et les règles qui leurs sont applicables ou qui doivent ou devraient leurs être appliquées. L'entreprise est encore qualifiée "d'être vivant"¹²⁹.

37. En étudiant cette conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, et l'application de celle-ci par les pouvoirs publics hongkongais au droit des sociétés, le droit français des sociétés pourrait évoluer de manière à devenir plus lisible, plus intelligible et plus unitaire. Nous illustrerons le gain que pourrait tirer le droit français du modèle hongkongais par deux réformes récentes ayant notamment ouvert les sociétés françaises sur le modèle des sociétés hongkongaises : le caractère unipersonnel de la société fermée à risque limité (Section 1) et la liberté statutaire offerte par la société fermée à risque limité (Section 2).

¹²⁸ Par exemple, le séminaire co-organisé par "The Faculty of Law of The Chinese University of Hong Kong" et "Mazars" le 13 mai 2015 suite à la publication du rapport de "The Economist Intelligence Unit" sur le thème "The road from principles to practice, today's challenges for business in respecting human rights".

¹²⁹ PAILLUSSEAU Jean, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, Recueil Dalloz 1999, page 157, § 21.

Section 1. La nécessaire mais insuffisante reconnaissance de la forme unipersonnelle

38. Il nous semble naturel que l'homme puisse s'engager de sa seule initiative : en application du principe de l'autonomie de la volonté, l'homme est libre de s'engager seul en s'imposant des obligations nées de sa propre volonté et de s'engager avec autrui. Nous comprenons que traditionnellement, c'est l'échange de consentement qui seul fonde l'engagement. Toutefois, "Le Code civil ne dit pas si l'acte unilatéral, ainsi défini¹³⁰, est susceptible d'être générateur d'obligations, c'est-à-dire s'il peut faire naître une dette à la charge de son auteur. Ainsi, cette question – dite de l'engagement unilatéral de volonté ou, plus complètement, de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté – a-t-elle été et demeure-t-elle fort discutée"¹³¹. La force obligatoire de l'engagement unilatéral ne semble pas légalement reconnue, ce qui ne veut pas dire qu'elle n'existe pas. L'échange de consentement fonde l'engagement et lui donne force obligatoire, mais cet échange de consentement ne nous semble pas être le seul. La force obligatoire de l'engagement unilatéral devrait être entièrement reconnue dans le cas de l'institution d'une société dotée de la personne morale ; en effet, l'engagement unilatéral emporte création d'une personne morale et donne naissance à des obligations, ne serait-ce que l'obligation de l'associé unique de contribuer au capital social souscrit. L'entrepreneur seul, par la manifestation de sa volonté, détermine des effets de droit et l'entrepreneur associé unique a des obligations envers la SARL ou la SAS unipersonnelle dotée de la personne morale créée par l'acte juridique unilatéral constitutif.
39. Les droits français et hongkongais reconnaissent cette autonomie de la volonté humaine et ont donné à l'homme la possibilité de développer son entreprise dans le cadre d'une société unipersonnelle (§1). Originellement, ces droits ne prévoyaient pas la possibilité de constituer une société unipersonnelle du fait de la nature contractuelle des statuts de la société¹³². Cette possibilité a été récemment offerte dans le but de répondre, au niveau macro-économique, à un souci pressant de renforcer l'efficacité économique du droit des sociétés et, au niveau micro-économique, aux besoins de la communauté des affaires et des PME. Cette évolution a pu voir le jour au moment où la justification juridique, voire l'empêchement juridique, est devenue moins forte que la nécessité et le souci d'efficacité économique. Ces deux droits n'ont pourtant pas justifié la constitution d'une société par un associé unique de la même manière sur le plan théorique (§2). Le droit hongkongais a érigé la société unipersonnelle en principe applicable à toutes les sociétés et a maintenu le caractère contractuel de la formation de la société alors que le droit français pose la société unipersonnelle en exception au principe de la société formée par deux ou plusieurs personnes et les caractères contractuel et institutionnel attachés à la formation de la société cohabitant.

¹³⁰ La définition donnée est la suivante : "Par opposition au contrat et, plus généralement, à la convention – qui se forment par la rencontre de deux volontés au moins – l'acte juridique unilatéral est une manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit. Cette définition permet de le distinguer, dès l'abord, du contrat unilatéral. Celui-ci n'est qualifié tel qu'en raison des effets qu'il produit, à savoir qu'il ne fait naître d'obligations qu'à la charge de l'une des parties ; mais il est conclu par le concours de deux volontés ; et c'est en quoi il constitue, précisément, un contrat. Au contraire, c'est par sa formation même que l'acte ici considéré est unilatéral ; il est l'œuvre d'une seule volonté." FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte juridique, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1996, page 362, point 497.

¹³¹ FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte juridique, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1996, page 362, point 497.

¹³² L'article 1832 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n°85-697 du 11 juillet 1985 disposait "*la société est un contrat*". Afin d'interpréter cette disposition dans sa totalité, il est nécessaire de rappeler que la doctrine distingue, d'une part, la société qui désigne l'acte juridique négocié et conclu avant la constitution de la société dotée de la personnalité morale et, d'autre part, la société qui désigne l'entité juridique dotée de la personnalité morale à compter du jour de sa constitution.

La Section 4 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* avant l'entrée en vigueur de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* n°28-2003 prévoyait "two or more persons, associated for any lawful purpose may, by subscribing their names".

§1. La société unipersonnelle, une possibilité offerte en droit hongkongais et en droit français

40. Il est possible de constituer une *Company*, une SARL et une SAS avec un associé unique ou de réunir toutes les parts sociales ou actions détenues par plusieurs associés entre les mains d'un associé unique. Les parlements hongkongais et français ont conduit une réforme visant à autoriser la constitution d'une société unipersonnelle : la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* votée et adoptée par le *Legislative Council* le 2 juillet 2003 modifie la section 4 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* pour permettre la constitution d'une *Company* par un seul *shareholder* ou la transformation d'une *Company* pluripersonnelle en une *Company* unipersonnelle (A) ; la loi n°85-697 du 11 juillet 1985 dispose qu'une SARL peut être instituée¹³³ ou détenue¹³⁴ par une seule personne et la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 prévoit la constitution d'une SAS unipersonnelle¹³⁵ ou la transformation d'une SAS pluripersonnelle en une SAS unipersonnelle¹³⁶ (B). La réforme française nous semble inaboutie et elle manque de pragmatisme comparée à la réforme hongkongaise : le caractère unipersonnel des SARL et des SAS entraîne des différences de régimes qui sont discutables (C).

A. La réforme hongkongaise du 13 février 2004

41. Une société de droit hongkongais, quelle que soit sa forme, peut être constituée par une seule personne ou peut devenir unipersonnelle au cours de son existence si ses statuts l'y autorisent. Cette faculté n'a été offerte par la *Companies Ordinance (Cap.32)* que relativement récemment, le 13 février 2004, lors de l'entrée en vigueur de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003*. Cette modification fait partie d'une réforme globale de la *Companies Ordinance* lancée en 1994 par le *Financial Secretary* et résulte d'une des cent soixante-huit recommandations¹³⁷ présentées au mois de février 2000 par le *Committee* au *Legislative Council* (1) et l'utilité de cette modification est aujourd'hui amplement prouvée (2).

1. Les travaux préparatoires du *Committee* et le Rapport de février 2000

42. Cette modification de la *Companies Ordinance (Cap.32)* autorisant l'existence d'une société unipersonnelle, unanimement saluée par le monde des affaires et par les praticiens du droit, a fait l'objet d'un argumentaire lacunaire comparé aux argumentaires attachés à d'autres recommandations du Rapport du *Committee* et comparé à l'impact d'une telle modification sur la nature contractuelle des statuts d'une société. Le *Committee* a simplement justifié cette recommandation en arguant que, dans les faits, la jurisprudence *Salomon v. A. Salomon and Co. Limited*¹³⁸ rend théoriquement possible la constitution d'une société unipersonnelle¹³⁹. Cette recommandation ne serait donc qu'une reconnaissance législative des effets d'une jurisprudence existante. Cependant, sans cette intégration législative, il était impossible à Hongkong de constituer une société sans la présence de deux associés.

¹³³ Alinéa 2 de l'article 1832 du Code civil et alinéa 1^{er} de l'article L. 223-1 du Code de commerce.

¹³⁴ Article L. 223-4 du Code de commerce.

¹³⁵ Alinéa 2 de l'article 1832 du Code civil et alinéa 1^{er} de l'article L. 227-1 du Code de commerce.

¹³⁶ Article L. 227-4 du Code de commerce.

¹³⁷ Rapport du *Committee*.

¹³⁸ *Salomon v. A. Salomon and Co. Limited*, [1897] A.C. 22.

¹³⁹ Rapport du *Committee*, § 5.30 à 5.33, page 46.

43. Les termes utilisés par le Committee dans le rapport de février 2000 donnent l'impression que cette reconnaissance est évidente¹⁴⁰ ; la jurisprudence *Salomon v. A. Salomon and Co. Limited* date pourtant de 1897 ! Le laps de temps écoulé entre cette jurisprudence britannique et la réforme du droit des sociétés hongkongais peut s'expliquer, à notre avis, pour trois raisons.
44. Un premier obstacle à l'intégration législative de cette jurisprudence relève de la signification historique des termes *corporation* et *company* héritée de la première législation en matière de droit des sociétés en vigueur à Hongkong¹⁴¹ : une *corporation*, signifiant personne morale, peut être unipersonnelle et *a fortiori* pluripersonnelle alors qu'une *company*, désignant une association de personnes et répondant au caractère contractuel de la société, ne peut être unipersonnelle¹⁴². Cette distinction notionnelle peut être rapprochée de la distinction notionnelle française où la notion de société était traditionnellement attachée à celle du groupement de personnes ; à notre avis, malgré les réformes de 1985 et de 1999 ouvrant l'institution d'une SARL puis d'une SAS à un seul associé fondateur, la notion de société demeure attachée à celle du groupement de personnes et une modification des textes – notamment de l'article 1832 du Code civil – ainsi qu'un renversement de jurisprudence – notamment de la jurisprudence exigeant l'*affectio societatis* comme critère constitutif d'une société¹⁴³ – seraient nécessaire pour renverser définitivement l'attachement de la société au groupement de personnes¹⁴⁴. Les détracteurs de la *company* unipersonnelle ont longtemps fait valoir cet argument des deux notions de *corporation* et de *company*. Ils auraient souhaité le maintien de l'exigence d'au moins deux personnes associées au sein d'une société et la promotion de la constitution d'une *corporation* unipersonnelle. Cet obstacle théorique n'est pas mentionné par le Committee ; à l'avantage de celui-ci, puis du *Legislative Council* dans la

¹⁴⁰ "5.31 One person companies have been allowed in fact ever since *Salomon v. A. Salomon and Co. Ltd.* There appears to be no reason why they should not be recognized at law.", Rapport du Committee, § 5.31, page 46.

¹⁴¹ No.1 of 1865, Ordinance for the Incorporation, Regulation and Winding-up of Trading Companies and other Associations ; cette législation disposait que sept personnes ou plus pouvaient immatriculer une société (le terme utilisé ici est *company*), qui devenait en conséquence une personne morale (le terme utilisé alors est *body corporate*), Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013 Item [4.05].

¹⁴² Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013 Item [4.05].

¹⁴³ Le paradoxe de cette jurisprudence constante de considérer l'*affectio societatis* comme "une composante du contrat de société" (COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 83, point 147) surgit lorsque la Cour de cassation confirme que "l'*affectio societatis* n'est pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant cession de droits sociaux" (Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 juin 2013, n°12-22.296, F-P+B, Adjemian contre Arnodinot, épouse Chasserieu, Jursidata n°2013-011988, MORTIER Renaud, Indifférence de l'*affectio societatis* dans une cession de droits sociaux, Droit des sociétés, n°11, novembre 2013, commentaire 175). La volonté de participer au pacte social serait exigée lors de la formation du contrat de société mais elle ne serait pas exigée lorsqu'un tiers acquiert des parts sociales ou des actions et qu'il devient associé de la société alors qu'en devenant associé, il devient partie au contrat de société.

¹⁴⁴ Même si le premier pas a été franchi en reconnaissant la société unipersonnelle et en détachant la notion de société de celle du groupement de personnes, le droit français doit encore évoluer pour accepter et reconnaître la société unipersonnelle au titre d'un principe et détacher la conception de groupement de celle de la société. PAILLUSSEAU Jean, La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !, Recueil Dalloz 1999, p. 333, point 71 : "Il est évident que cette généralisation de la société unipersonnelle condamne totalement la thèse selon laquelle la société - et la personne morale - est l'expression d'un groupement de personnes. C'était déjà certain depuis le 11 juillet 1985 (On le savait aussi pour la fondation : en effet, aux termes de l'article 18, alinéa 1, de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987, sur le développement du mécénat : "La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident de l'affectation irrévocable de biens, droits, ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif"). On ne pourra plus désormais considérer la société unipersonnelle comme une exception. Il faut bien se convaincre qu'il n'est pas de l'essence de la société, ni de la personne morale, d'être un groupement de personnes. Il faut reconceptualiser la notion de personnalité morale (PAILLUSSEAU Jean, Le droit moderne de la personnalité morale, Revue Trimestrielle de droit civil, 1993, page 705)."

discussion du projet de loi, ni les termes *corporation* et *company* ne sont définis dans la *Companies Ordinance (Cap.32)*. Il n'y avait alors pas lieu, pour le Committee, d'ouvrir un débat contraire à l'intérêt de la réforme souhaitée.

45. Un deuxième obstacle réside dans la formation de la société unipersonnelle : pour qu'une société unipersonnelle soit formée, les *Memorandum and Articles of Association* signés par deux ou plusieurs associés devraient être abolis car cette forme contractuelle des statuts d'une *Company* n'est pas valable dans le cas de la formation d'une société par une seule personne ou du passage de plusieurs associés à un associé unique. Cet argument est balayé par le Committee qui défend sa position de la manière suivante : tout en reconnaissant que la dénomination *Memorandum and Articles of Association* n'est pas adaptée au document constitutif de la société unipersonnelle (il rejette néanmoins la proposition de changer la dénomination de ce document en "*Constitution*"), le Committee valide l'aspect contractuel de ce document constitutif même dans le cas de la formation d'une société unipersonnelle en cela qu'il est un contrat entre, d'une part, plusieurs associés et, d'autre part, entre un ou plusieurs associés et la société. Au titre de cette relation contractuelle établie entre un ou plusieurs associés et la société lors de la signature des *Memorandum and Articles of Association*, l'exigence de deux parties au contrat est remplie. À cet argument théorique "imparable", le Committee ajoute un argument pratique : au-delà de son immatriculation par une seule personne, la société est vouée à accueillir d'autres associés et que dans cette éventualité, la procédure afférente à l'entrée d'un deuxième associé serait compliquée car elle requerrait la modification du document constitutif de la société. Ainsi, sans relever l'argument sémantique, le Committee consacre le caractère contractuel de la société et de son acte constitutif quel que soit le nombre d'associés lors de son immatriculation ou au cours de son existence légale. L'argumentaire développé ici par le Committee nous semble révéler un paradoxe qui ôte tout poids à l'argument confirmant la nature contractuelle du document constitutif de la société : d'une part, celui-ci relève que la dénomination *Memorandum and Articles of Association* n'est pas applicable à une société unipersonnelle ; d'autre part, il valide la nature contractuelle des *Memorandum and Articles of Association* dans une société unipersonnelle. En outre, cet argumentaire contient une erreur manifeste : l'élaboration et la signature des *Memorandum and Articles of Association* est antérieure à l'immatriculation de la société ; la société n'a aucune existence légale avant son immatriculation ; il est donc impossible que les *Memorandum and Articles of Association* constituent un contrat et soient conclus et signés, dans le cas d'une société unipersonnelle, entre l'associé unique et la *Company*. En sus de cette inexistance juridique de la société au jour ou au moment de la signature des *Memorandum and Articles of Association*, en pratique, la seule signature apposée sur les *Memorandum and Articles of Association* est celle de l'associé unique et la signature de la société matérialisée par la signature de son représentant légal (qui ne sera et ne peut être désigné qu'au jour de l'immatriculation de la société) n'est ni présente ni exigée.
46. Un troisième argument ne poussant pas à la réforme de la *Companies Ordinance (Cap.32)* en faveur de l'immatriculation d'une société unipersonnelle réside dans l'existence de la relation de *trust* et dans l'absence d'exigence d'*affectio societatis* lors de la constitution d'une société. L'exigence posée par la *Companies Ordinance (Cap.32)* en vigueur avant la réforme adoptée le 2 juillet 2003 ne constituait alors pas un empêchement à ce qu'un entrepreneur constitue légalement seul une *Company*. En effet, celui-ci avait la possibilité légale d'avoir recours à un associé fiduciaire dont il pouvait être l'unique bénéficiaire. Ainsi, la *Company* pouvait toujours être constituée par deux personnes associées, les *Memorandum and Articles of Association* pouvaient toujours être signés par deux associés fondateurs alors que l'entrepreneur détenait seul la société étant donné qu'il était en réalité associé avec lui-même. La présence de deux associés de façade ne reflétait certes pas la réalité de la plupart des PME hongkongaises immatriculées sous la forme d'une *Company* effectivement détenue et gérée

par une seule et même personne. Cependant, le recours au *trust* est légal et l'association avec soi-même ne pourrait pas être condamnée au titre de l'absence d'*affectio societatis* car cette notion n'existe pas en droit hongkongais. Deux corollaires à l'existence de la relation de *trust* poussent néanmoins la réforme du droit des sociétés hongkongais sur la question de la société unipersonnelle. Tout d'abord, le recours à un associé fiduciaire constitue un coût financier et une certaine pesanteur administrative pour l'entrepreneur¹⁴⁵ sans aucun avantage comparatif. Ce service d'associé fiduciaire proposé moyennant rémunération (à moins de s'associer fictivement avec un membre de sa famille ou un tiers qui n'exige aucune contrepartie mais qui ne propose pas les mêmes garanties qu'un associé fiduciaire professionnel qui devrait ne pas agir de manière farfelue) n'apporte aucune valeur ajoutée, par exemple de conseil, à l'entrepreneur. Ensuite, cette position d'associé fiduciaire de la *Company* fait peser une responsabilité inutile voire injustifiée sur la personne physique ou morale agissant en cette qualité.

2. La portée de la législation hongkongaise du 13 février 2004

47. Il résulte du vote de la loi du 2 juillet 2003 une modification de la section 4 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* qui détermine les formes de société qui peuvent être constituées et enregistrées auprès du *Companies Registry*. Le premier paragraphe de cette section dispose :
"Any one or more persons may, for any lawful purpose, by signing his or their name or names on a memorandum of association (which must be printed in the English or Chinese language) and otherwise complying with the requirements of this Ordinance in respect of registration, form an incorporated company, with or without limited liability."
48. Il est à noter ici que la *Companies Ordinance (Cap.622)* entrée en vigueur le 3 mars 2014 et remplaçant la *Companies Ordinance (Cap.32)*, rebaptisée *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*, reprend le principe général de l'immatriculation et de l'existence d'une société unipersonnelle¹⁴⁶.
49. Cette réforme du 2 juillet 2003¹⁴⁷ entrée en vigueur le 13 février 2004 s'inscrit principalement dans un élan de réalisme et de pragmatisme et répond au souci de faire évoluer les règles de droit hongkongaises pour promouvoir la compétitivité régionale et internationale de la cité, ainsi que son attractivité. Hongkong est comparable à une cité-État dont l'économie est constituée quasiment exclusivement d'un secteur tertiaire. Pour entretenir son dynamisme économique, Hongkong a besoin de conserver l'attractivité régionale et internationale de son secteur tertiaire et doit donc maintenir une grande efficacité juridique au regard de son tissu économique pour attirer et continuer d'attirer les entreprises de toutes tailles et de tous secteurs.
50. Cette exigence d'ordre économique guide notamment les réformes du droit des sociétés entreprises par les pouvoirs publics. Dans le cas de la réforme ouvrant la constitution d'une

¹⁴⁵ Le *Committee* a fermement déclaré que le droit des sociétés doit mettre en place une procédure d'immatriculation d'une société et une gestion de celle-ci efficace et au moindre coût ; la possibilité de constituer une société unipersonnelle répond alors à ce but fixé par le *Committee* en permettant à l'entrepreneur de faire l'économie de l'associé fiduciaire ; "Recommendation 9: The Committee recommends that company law should provide an efficient and cost effective method of incorporation and maintenance.", Rapport du *Committee*, § 4.58 et 4.59, page 34.

¹⁴⁶ La section 67 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulée "*Formation of company*" dispose "(1) Any one or more persons may form a company by—".

¹⁴⁷ Il est à noter que cette réforme modifie également la section 158 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* relative aux *directors*; l'exigence de deux *directors* est réduite à un seul ; ce principe de la gestion de la *Company* par un seul *director* est également repris par la *Companies Ordinance (Cap.622)* à la section 454 (1).

société à une seule personne, cette exigence d'ordre économique faisait face à un principe considéré comme cardinal du droit des sociétés hongkongais : celui de la dualité des organes sociaux ; deux *members* et deux *directors* étaient nécessaires pour constituer une nouvelle société et cette structure devait être maintenue tout au long de la vie de celle-ci. Cependant, la conciliation de ces intérêts antagonistes¹⁴⁸ n'a pas été difficile au point que la section 4 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* pose un principe général accueilli à l'unanimité : toutes les sociétés constituées à Hongkong peuvent être unipersonnelles ou pluripersonnelles.

51. La portée de cette réforme a été d'ampleur : aucune restriction n'a été posée quant à la forme de société pouvant être unipersonnelle¹⁴⁹ ni quant à la qualité d'associé unique. En effet, l'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale sans exigence de nationalité ou de droit applicable. Il n'y a pas de restriction verticale ni de restriction horizontale à l'actionariat. En terme d'actionariat vertical, une *Company* peut être la société filiale d'une autre *Company*, elle-même détenue par une *Company* détenue ultimement par une personne physique ou par un associé fiduciaire dont le bénéficiaire est une personne physique voire une autre *Company*. En terme d'actionariat horizontal, une même personne physique ou une même *Company* peut être associé unique de plusieurs *Companies*. L'unique exception est l'interdiction d'un actionariat réciproque ou "fermé", cette interdiction touchant indifféremment les sociétés unipersonnelles et pluripersonnelles¹⁵⁰. Un *body corporate* ne peut être l'associé d'une *Company* s'il est également la filiale¹⁵¹ de cette *Company* et une cession de parts sociales d'une *Company* à un *body corporate* qui est également sa filiale est nulle¹⁵². Deux tempéraments à cette exception sont prévus : si le *body corporate* agit en qualité de représentant personnel de l'associé ou si le *body corporate* agit en qualité d'associé fiduciaire et que le bénéficiaire n'est pas une filiale de la *Company* visée par l'interdiction¹⁵³.
52. Les entrepreneurs individuels ayant constitué une *Company* sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)* avant le 13 février 2004 en ayant eu recours à un *nominee shareholder* ont pu restructurer rapidement leurs sociétés pour réduire leurs frais et alléger la gestion de leur structure. Les entrepreneurs individuels qui n'étaient pas encore constitués en société pour des raisons de lourdeur juridique et administrative et de coût tenant à l'intervention d'un associé fiduciaire ont pu donner un cadre juridique au développement de leur entreprise grâce à une simplification du fonctionnement de la société.

¹⁴⁸ Cette approche du *Committee* de concilier les intérêts catégoriels en présence est clairement affiché au point 4.30 de son rapport "*the objective is to suit the law to the needs of all participants...*", Rapport du *Committee*, § 4.30, page 28.

¹⁴⁹ Il est tout à fait possible de constituer une *public company* avec un seul associé même si l'intérêt pratique de la forme unipersonnelle disparaît dès que se pose les questions d'ouverture du capital aux tiers dans le but de financer l'activité et *a fortiori* de préparer la *public company* à entrer sur les marchés réglementés

¹⁵⁰ Cette restriction applicable en droit hongkongais des sociétés est comparable à celle posée par l'article L. 233-29 du Code de commerce relatif aux participations réciproques au sein des sociétés par actions.

¹⁵¹ La notion de filiale, ou *subsidiary*, renvoie à celle de société-mère, ou de *holding company*, en vertu de la section 15 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; la section 13 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose qu'une société est qualifiée de société-mère d'une autre société si la première contrôle la composition du Conseil d'administration de la seconde (c'est-à-dire que la première peut nommer ou révoquer tous les *directors* ou la majorité de ceux-ci sans l'approbation d'une autre personne), si la première contrôle plus de la moitié des droits de vote au sein de l'Assemblée générale de la seconde ou si la première détient plus de la moitié du capital social émis de la seconde ; dans le cas d'une société-mère A d'une société B associée d'une société C, la société-mère A est également la société-mère de la société C.

¹⁵² Section 113 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; cette exception était déjà présente à la section de la *Companies Ordinance (Cap.32)* et avait été insérée dans la *Companies Ordinance* par la *Companies (Amendment) Ordinance 1984 (6 of 1984)* entrée en vigueur le 31 août 1984 étant donné que les sections 113 (4) et (6) prévoient une exemption de se conformer à la section 113 (1) destinée aux *Companies* qui étaient structurées en infraction à l'interdiction posée à la section 113 (1) antérieurement au 31 août 1984.

¹⁵³ Section 113 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

53. Les groupes de sociétés ont été simplifiés. Sous l'empire de la *Companies Ordinance* (Cap.32) avant le 13 février 2004, les sociétés-mères devaient constituer des filiales détenues par deux associés, l'un effectif et l'autre *nominee shareholder* ou une autre *Company* du groupe ne détenant qu'un petit nombre de parts sociales de la filiale. Les *nominee shareholders* ou les associés de complaisance ont peu à peu disparu au gré des restructurations des sociétés organisées au sein d'un groupe. D'un point de vue organisationnel et administratif, cette exigence de deux associés pouvait représenter un lourd travail au vu du nombre de sociétés membres du groupe.
54. Pour les prestataires professionnels offrant le service de *nominee shareholder*, la perte de rémunération retirée de ces services aura été probablement compensée, d'une part, par l'augmentation du nombre de sociétés constituées par les entrepreneurs attirés par la nouvelle structure unipersonnelle et, d'autre part, par la diminution de la responsabilité qui pesait sur ces prestataires occupant les fonctions d'associé inactif au sein d'une multitude de sociétés commercialement actives.
55. Le bilan officiel de cette réforme n'a pas été dressé mais le *Companies Registry* annonce officieusement que 95% des *Companies* immatriculées à Hongkong seraient unipersonnelles, ce qui prouve que cette réforme était amplement justifiée : la structure juridique des *Companies* peut désormais refléter la réalité économique des entrepreneurs et des groupes qui les détiennent et est devenue en parallèle plus attractive et plus compétitive.

B. Les réformes françaises à la lumière de la réforme hongkongaise

56. L'adoption de la société unipersonnelle n'a nécessité qu'une seule réforme hongkongaise ; le droit français a, sur ce point, évolué par vagues, petites touches, réformes successives ajoutant à la complexité et au manque de lisibilité, de clarté et de fil conducteur du droit. La loi du 11 juillet 1985 institue la SARL et l'EARL unipersonnelles (1) et la loi du 12 juillet 1999 institue la SAS unipersonnelle (2). Ne serait-ce qu'à ce titre, la législation hongkongaise serait un modèle à suivre.

1. La loi n°85-697 du 11 juillet 1985 : "développer l'initiative économique"¹⁵⁴

57. Les travaux préparatoires et les débats de l'Assemblée nationale et du Sénat relatifs à l'adoption de cette loi font apparaître plusieurs similitudes avec la réforme hongkongaise.
58. La première similitude nous semble relever de l'objectif premier de la réforme, qui nous semble être celui de faire coïncider la réalité économique avec l'aspect juridique et donc d'augmenter l'efficacité juridique et l'efficacité économique. Dans un contexte de crise économique, les pouvoirs publics français ont adopté cette grande réforme du droit des sociétés en créant la société unipersonnelle¹⁵⁵. Même si "ce projet répond à un besoin économique impérieux"¹⁵⁶ et témoigne de la volonté d'encourager "autrement que par des

¹⁵⁴ Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°2577 relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée par Monsieur Gérard Gouzes, député, et annexé au procès-verbal de la séance de l'Assemblée nationale du 10 avril 1984, page 3.

¹⁵⁵ Il est à relever que plusieurs situations juridiques pouvaient conduire une société à n'avoir qu'un seul associé comme les sociétés détenues à 100% par l'Etat ou les sociétés dont toutes les parts sociales avaient été réunies en une seule main, cette deuxième situation ne pouvant théoriquement n'être que temporaire.

¹⁵⁶ Débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 651.

mots la liberté d'entreprendre"¹⁵⁷, il nous semble que le souci premier qui ressort des rapports et des débats parlementaires et sénatoriaux est de mettre en phase la réalité économique des PME et le cadre juridique dans lesquelles celles-ci évoluent¹⁵⁸. En outre, la réalité économique de nombreuses entreprises n'est pas en adéquation avec les exigences juridiques, eu égard aux conditions spécifiques de formation du contrat de société : de nombreuses sociétés sont constituées et gérées par deux associés sans que la condition prétorienne de l'affectio societatis soit remplie¹⁵⁹. Sur ce point, la réforme française recoupe la réforme hongkongaise : la situation économique des entreprises et le réalisme juridique doivent être en adéquation et les intérêts catégoriels opposés des entrepreneurs individuels et des théoriciens juridiques peuvent se rejoindre. L'enjeu de cette adéquation est cependant différent : Hongkong offre une alternative légale et encadrée à la société unipersonnelle avec l'associé fiduciaire qui permet à l'entrepreneur de s'associer avec lui-même et de contrôler effectivement la société, même si ce mode de gestion présente de nombreux inconvénients, dont celui d'une gestion parfois compliquée ; la France n'offrant pas l'associé fiduciaire, le deuxième associé se voyait toujours être effectivement distinct du réel entrepreneur (le plus souvent, il s'agissait de l'épouse ou d'un autre membre de la famille¹⁶⁰) conduisant ces sociétés à être entachées du vice d'absence d'affectio societatis¹⁶¹ lors de leur formation et

¹⁵⁷ Débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 651.

¹⁵⁸ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 152, intervention de Roger Rouquette : "J'ajoute qu'il ne s'agit pas uniquement de principes éthiques : mettre le droit en rapport avec la réalité." ; Débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 648, Propos du Ministre du tourisme: "nul ne conteste le besoin d'adapter notre législation à la réalité économique".

¹⁵⁹ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 152, intervention de Roger Rouquette soulignant les inconvénients pratiques de l'exigence d'une société pluripersonnelle : "En effet, l'un des principes de notre droit, constamment rappelé par la jurisprudence, est l'affectio societatis ou volonté commune de s'associer. Or, où cette notion apparaît-elle dans des entreprises dans lesquelles entrent des hommes ou des femmes de paille Or ces entreprises sont nombreuses. Quand une personne, pour rendre service à un entrepreneur, souscrit quelques parts dans l'entreprise, on ne fera croire à personne qu'il agit avec la volonté de s'associer. Il est amené à ne pas s'intéresser à la marche de l'entreprise, et l'expérience prouve que, dans ce cas, seul l'entrepreneur décidera, seul il investira, seul il étendra la surface de ses affaires. Alors, puisque l'affectio societatis n'existe plus dans les sociétés faussement unipersonnelles, autant constater, là aussi, la réalité et abandonner cette notion de volonté commune de s'associer. De plus, il faut mettre en relief les dangers des sociétés faussement unipersonnelles. En effet, se désintéressant de la marche des affaires, les hommes et les femmes de paille peuvent cependant être amenés à participer pécuniairement aux conséquences de cette marche. C'est là qu'apparaît le caractère néfaste de ces sociétés. Sans affectio societatis, il arrive que les associés de paille, si j'ose m'exprimer ainsi, ne se sentent pas engagés par des actes auxquels ils sont étrangers, et il en résulte des difficultés quand la société tombe en faillite. De plus, ces hommes de paille sont finalement des victimes en cas de difficultés, et plus encore en cas de déconfiture de l'entrepreneur-décideur."

¹⁶⁰ La description quelque peu extrême du Ministre du tourisme du fonctionnement détourné d'une société lors des débats du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 649, relève le fossé entre la réalité économique et la situation légale de certaines sociétés : "Force est de constater aujourd'hui que l'objet initial de la société, l'exercice en commun d'activités lucratives, a été très souvent détourné. Il est fréquent, par exemple, de constater que le capital social reste détenu dans sa quasi-totalité par l'un des associés, ce même associé dirigeant en fait seul la société qu'il contrôle ; de même, les assemblées générales et les conseils d'administration se tiennent « sur le papier », le siège social prenant figure de boîte à lettres. Par conséquent, de manière très pragmatique et réaliste, rien ne s'oppose à ce que le choix se manifeste par un acte unilatéral de volonté, celui de l'entrepreneur limitant sa responsabilité à un apport au capital d'une personne morale, constituée à cet effet, et dans laquelle il serait l'associé unique." Il est utile de noter que cette description correspond exactement au fonctionnement d'une société unipersonnelle hongkongaise où les aspects juridiques sont simples et détachés de la réalité économique de l'entreprise abritée par la forme sociétaire, l'entrepreneur développe son activité et la gestion simple de la société calculée en temps légal ne lui grignote que très peu de temps économique.

¹⁶¹ Un des objectifs de la loi listés par Michel Crépeau, Ministre du commerce, de l'artisanat et du tourisme : "Il s'agit de diminuer le recours très malsain aux sociétés fictives.", Débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 649.

pouvant poser des problèmes liés au contrôle de la société au cours de leur existence. La portée de cette réforme du droit des sociétés introduisant la société unipersonnelle a, sur ce point, deux niveaux : à Hongkong, elle offre la possibilité de simplifier de nombreuses sociétés en termes de structure et de gestion ; en France, elle permet de légaliser de nombreuses sociétés¹⁶² et *a fortiori* d'en simplifier la structure et la gestion¹⁶³.

59. Un deuxième point commun entre les réformes hongkongaise et française a été de porter le choix de l'instauration du caractère unipersonnel sur une société et sur une forme de société existante. Les parlementaires hongkongais auraient pu retenir, comme le suggérait une partie de la doctrine, de promouvoir les *Corporations* unipersonnelles au lieu d'autoriser la *Company* unipersonnelle. À l'issue des débats préalables à l'adoption de la loi du 11 juillet 1985, les parlementaires français auraient pu choisir de porter atteinte au principe de l'unicité du patrimoine ; il est cependant à noter que la mise en place d'un patrimoine d'affectation, permettant de limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel, n'aurait pas permis de remplir un des objectifs corollaires de la réforme de faciliter et d'encourager la transmission de l'entreprise. Le choix pour Hongkong de retenir la *Corporation* et pour la France de retenir la théorie du patrimoine d'affectation¹⁶⁴ comporte un inconvénient commun majeur : ce choix n'est pas aussi "clef-en-main" que celui de la société unipersonnelle qui dispose déjà de tout l'encadrement légal nécessaire. Les parlementaires hongkongais et français auraient pu choisir d'inventer une nouvelle forme de société dédiée aux entrepreneurs individuels. Cependant, les entrepreneurs individuels déjà constitués en société avec un associé fiduciaire ou un associé de complaisance auraient dû transformer leur société ou en constituer une nouvelle ; or, telle n'était pas l'esprit du législateur français¹⁶⁵. Il n'est donc pas un hasard si la SARL, la forme de société la plus utilisée en France, a été la forme de société retenue par les pouvoirs publics pour mettre en œuvre cette réforme. De plus, pour les nouveaux entrepreneurs individuels souhaitant utiliser l'outil société pour développer leur entreprise, la

¹⁶² Si la France avait choisi de mettre en œuvre la théorie du patrimoine d'affectation, les entrepreneurs qui avaient déjà choisi l'outil société pour développer leur entreprise en ayant recours à un homme de paille en qualité de deuxième associé n'auraient probablement "fait machine arrière" en mettant en place un patrimoine d'affectation ; la société unipersonnelle apparaît comme la meilleure solution pour remplir tous les objectifs fixés par les pouvoirs publics.

¹⁶³ "Il [ce projet de loi] devait permettre une meilleure gestion des entreprises commerciales, artisanales, voire agricoles, [...]."Intervention de Germain Authié, Débat du Sénat du 23 mai 1985, Journal officiel de la République française, 24 mai 1985, page 689.

¹⁶⁴ Lors des discussions relatives au projet de loi n°85-697, le chiffre de 1,9 million d'entreprises unipersonnelles sans statut juridique a été avancé. Entre la proposition du patrimoine d'affectation et celle de la société unipersonnelle, cette dernière nous paraît effectivement beaucoup plus adaptée aux objectifs juridiques poursuivis par les pouvoirs publics, à savoir la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur et la cession ou transmission de l'entreprise (cet objectif ne pouvant être rempli dans le cas du patrimoine d'affectation). Nous y voyons peut être ce que pourrait être une progression de l'entreprise où l'accroissement des richesses par l'entreprise est proportionnelle aux besoins d'encadrer juridiquement celle-ci : une entreprise qui démarre sera faiblement encadrée par une EIRL puis, au fur et à mesure de son développement et de son enrichissement, l'entreprise peut envisager d'allouer des sommes plus importantes à la gestion d'une structure juridique plus exigeante et offrant plus d'avantages. La société, et plus largement tout véhicule/système juridique destiné à accueillir l'entreprise, est pour nous un outil au service de l'entreprise tout comme la coquille l'est au bernard-hermite qui change de coquille au fur et à mesure de sa croissance ou le serpent qui mue et change de peau ou d'enveloppe dès que celle-ci est trop petite et inadaptée à sa taille.

¹⁶⁵ "Votre commission considère, en effet, qu'au sein de la catégorie formée par les S. A. R. L. les sociétés unipersonnelles doivent pouvoir devenir pluripersonnelles, et inversement, sans autre formalité, puisqu'aux termes de l'article 20 de la loi du 24 juillet 1966, auquel renvoie l'article 48 de la même loi, la cession des parts n'est opposable aux tiers qu'après publicité au registre du commerce et des sociétés. Ces « vases communicants » établis entre les deux variantes de la S. A. R. L. permettent de faire l'économie d'une modification des statuts de la société. Une telle solution nous paraît une solution de souplesse et une solution d'économie qui doit faciliter la mise en œuvre de cette formule juridique." Débats du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 665.

SARL constituait une forme de société repère. La simplicité¹⁶⁶ et la rapidité de la mise en œuvre de ce choix par les pouvoirs publics mais aussi pour l'entrepreneur ont primé dans l'élaboration de cette réforme ainsi que la souplesse¹⁶⁷ des principes juridiques au regard des efforts effectués pour que le droit s'adapte et fournisse le support nécessaire aux entrepreneurs individuels.

60. Un troisième point commun réside dans la disparition de la mention ou de la référence à une association dans les dispositions relatives à la formation d'une société. Le mot "associated" disparaît de la définition de la procédure d'immatriculation de la société hongkongaise¹⁶⁸ et la référence à la société comme étant une association de personne disparaît de la *Companies Ordinance (Cap.32)* ; à l'alinéa premier de l'article 1832 du Code civil relatif à la formation d'une société, l'expression "la société est instituée" remplace l'expression "La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent". Cette évolution des lois hongkongaise et française réduit le caractère contractuel de la formation de la société et le limiterait à la formation d'une société par deux personnes au moins : une seule personne instituant une société ne peut signer un contrat avec lui-même, la formation de la société résulterait donc d'un acte unilatéral de cette personne seule ; la société n'est plus obligatoirement une association en droit hongkongais ; la société n'est plus un contrat en droit français mais est instituée par le ou les entrepreneurs, terminologie qui alimente les arguments en faveur de la reconnaissance du caractère institutionnel société¹⁶⁹.
61. Après avoir relevé ces trois points communs entre les réformes française et hongkongaise, il est à noter une différence de démarche. Le législateur français enrobe sa démarche d'objectifs plus larges attribués à la nécessité de créer une société unipersonnelle. Ces objectifs ont été longuement développés dans les travaux parlementaires¹⁷⁰ et sénatoriaux français : libérer l'esprit d'initiative en limitant le risque encouru par l'entrepreneur individuel sur la totalité de son patrimoine¹⁷¹ ; faciliter et encourager la transmission des entreprises¹⁷² ; permettre une

¹⁶⁶ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 142 : critères d'inspiration de la loi sont simplicité, mobilité, innovation et imagination ; Débats de l'AN du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 143 : simplicité, souplesse, protection des tiers.

¹⁶⁷ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 140 : apports au droit économique sont souplesse et sécurité ; Débats de l'AN du 11 avril 1985, page 143 : simplicité, souplesse, protection des tiers.

¹⁶⁸ L'article 4 de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* dispose : "4. Mode of forming incorporated company (1) Section 4(1) is amended by repealing "2 or more persons, associated for any lawful purpose may, by subscribing their names" and substituting "one or more persons, for any lawful purpose may, by subscribing his or their names".

¹⁶⁹ La reconnaissance du caractère institutionnel de la société emporte la reconnaissance d'un intérêt de la société distinct de l'intérêt personnel de ses membres et le souci d'assurer la pérennité de la société hébergeant l'entreprise. De cette reconnaissance, une différence de régime de la société par rapport au régime des obligations pourrait être adoptée (*a contrario*, COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 5, point 4, considère que "Si le recours au concept d'institution a été utile historiquement pour mettre en lumière les particularités du contrat de société, il semble aujourd'hui possible d'en faire l'économie. En effet l'institution, telle qu'elle est utilisée en droit des sociétés, s'apparente davantage à une idée ou à une image qu'à une véritable théorie car elle ne détermine aucun régime juridique précis") ; cette différence porterait sur la durée illimitée de la vie d'une société.

¹⁷⁰ Notamment les propos d'Alain RODET : "Premièrement, libérer l'esprit d'initiative en limitant la responsabilité indéfinie qui pèse sur l'entrepreneur individuel ; deuxièmement, diminuer le recours aux sociétés fictives ; troisièmement, assurer une meilleure gestion des entreprises artisanales et commerciales ; quatrièmement, faciliter et encourager la transmission des entreprises en corrigeant certaines injustices fiscales, maintes fois dénoncées, mais jamais remises en cause.", Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 146.

¹⁷¹ "ce projet de loi devait contribuer à libérer l'esprit d'initiative en assurant davantage de sécurité aux entrepreneurs individuels", débat du Sénat du 23 mai 1985, Journal officiel de la République française, 24 mai 1985, page 689 ; Propos du Ministre du tourisme, débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la

meilleure gestion des entreprises commerciales, artisanales et agricoles¹⁷³ ; favoriser la création d'entreprises individuelles¹⁷⁴. Contrairement à cette démarche française empreinte de justifications face au dogme de la société pluripersonnelle, les pouvoirs publics hongkongais ne se sont pas penchés sur ces quatre problématiques globales. La démarche des pouvoirs publics hongkongais face au dogme de la société pluripersonnelle a été empreinte de pragmatisme juridique. N'étant pas illégal de constituer une *Company* pluripersonnelle avec un *nominee shareholder*, il était très courant pour un entrepreneur de constituer une *Company* si celui-ci voyait dans la réduction du risque et dans la transmission de son entreprise des critères majeurs du développement de son activité (d'autant plus que cette constitution est simple, rapide et peu coûteuse comme le souhaite et le rappelle le *Committee*¹⁷⁵). La gestion d'une *Company* n'est pas non plus considérée comme un fardeau administratif ou fiscal et les administrations hongkongaises agissent de concert pour simplifier la gestion de la vie sociale de la *Company*, aidées par le *company secretary* de celle-ci. L'économie d'Hongkong n'étant pas en situation de crise caractérisée par un important taux de chômage et un manque de dynamisme de son secteur entrepreneurial, la problématique de la promotion des entrepreneurs individuels n'était pas au centre des préoccupations juridiques.

2. La loi n°99-587 du 12 juillet 1999 : "favoriser la valorisation des résultats de la recherche publique"¹⁷⁶

62. Contrairement au droit hongkongais des sociétés, le droit français peut être modifié par cavalier législatif : la SAS unipersonnelle, ou SASU, a été instaurée par l'article 3 de la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 relative à la recherche et à l'innovation¹⁷⁷. Ce cavalier législatif a été critiqué par maints parlementaires et sénateurs ; il a pourtant été voté sans encombre par ceux-ci au titre de "l'indispensable adaptation du droit des sociétés aux nécessités de la création d'entreprises"¹⁷⁸. L'amendement de Monsieur Jean-Paul Bret¹⁷⁹ vise à permettre à toute personne, physique ou morale, de créer une SAS, y compris sous une forme unipersonnelle. L'objectif affiché par les députés pour soutenir le vote de cet amendement est de promouvoir la création d'entreprises innovantes car il permet à tous d'accéder à une forme sociale qui se caractérise par la grande liberté accordée à ses associés fondateurs, tant dans

République française, 23 mai 1985, page 648, "Il s'agit de libérer l'esprit d'initiative en limitant le risque né de la confusion patrimoniale." ; "L'objectif de la loi d'établir, à savoir une meilleure protection du patrimoine de l'exploitant ie protection du patrimoine.", débat du Sénat du 23 mai 1985, Journal officiel de la République française, 24 mai 1985, page 689.

¹⁷² Objectifs de la loi listés par le Ministre : "Il s'agit de faciliter et d'encourager la transmission des entreprises.", débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 648.

¹⁷³ Objectifs de la loi listés par le Ministre : "Il s'agit d'assurer une meilleure gestion des entreprises artisanales et commerciales.", débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 648.

¹⁷⁴ Rapport n°287 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par Monsieur Jean Arthuis, Sénateur, page 42.

¹⁷⁵ "Recommendation 9: The Committee recommends that company law should provide an efficient and cost effective method of incorporation and maintenance.", Rapport du Committee, § 4.58 and 4.59, page 34.

¹⁷⁶ Projet de loi sur l'innovation et la recherche, Sénat, Texte n°152, Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 22 décembre 1998, Enregistré à la Présidence du Sénat le 14 janvier 1999.

¹⁷⁷ La création de la SAS unipersonnelle avait été proposée dans le rapport Marini de 1996, comme le mentionne l'Avis n°453 (1998-1999) de M. René TREGOUËT pour la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat, déposé le 23 juin 1999, page 5.

¹⁷⁸ Rapport n°452 (1998-1999) de M. Pierre LAFFITTE, établi au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, déposé le 23 juin 1999, page 9 dans "Position de la Commission" ; NB : il n'y a pas eu de modification des termes de la proposition de l'Assemblée nationale par la Commission du Sénat sur ce point de la loi.

¹⁷⁹ Amendement proposé par Monsieur Jean-Paul BRET, député, rapporteur au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°74.

son organisation interne que dans le contrôle de son actionnariat¹⁸⁰. Nous apprécions tout particulièrement l'expression du Professeur Champaud au sujet de cette loi qui "consacre un libéralisme institutionnel qu'on ne peut réduire aux principes de la liberté des conventions exprimé par l'article 1134 du code civil dans la mesure où son article 3 permet à une seule personne d'instituer (sic) une société anonyme simplifiée par un acte unilatéral déclaratif de sa volonté."¹⁸¹

63. À Hongkong, le droit des sociétés est développé indépendamment des autres politiques publiques comme le recommande le Committee dans son rapport publié au mois de février 2000 au *Legislative Council* : éviter que le droit des sociétés ne soit un outil au service de politiques industrielles, fiscales, sociales et monétaires est élevé au titre de principe directeur de l'évolution du droit des sociétés hongkongais¹⁸². Le *Legislative Council* a adopté cette ligne de conduite et la *Companies Ordinance (Cap.32)* n'est modifiée que par un amendement législatif spécifique à celle-ci¹⁸³. Une des conséquences de cette discipline législative est probablement la cohérence et la cohésion du droit hongkongais des sociétés contre l'éclatement du droit des sociétés français. Par exemple, le droit hongkongais ne multiplie pas les formes de société au gré de nouvelles politiques commerciales ou industrielles lancées par l'*Executive Council*. La *Company* est le véhicule juridique utilisé quelle que soit la nature de l'entreprise, ce qui en fait aussi le succès de cette forme de société.
64. La mise en œuvre textuelle de l'adoption de la SAS unipersonnelle¹⁸⁴ est similaire à celle de la SARL unipersonnelle¹⁸⁵ et comporte de nombreuses similitudes avec la rédaction de la réforme hongkongaise. Lorsque la SAS ou la SARL ne comporte qu'un seul associé, celui-ci est dénommé associé unique¹⁸⁶, tout comme en droit hongkongais où celui-ci est dénommé *sole member*¹⁸⁷. Les pouvoirs exercés par l'associé unique sont les pouvoirs dévolus aux associés lorsque les dispositions de la loi prévoient une prise de décision collective¹⁸⁸. Sur ce point, la réforme hongkongaise est similaire mais pose de manière plus large et plus générale l'ouverture des sociétés à un associé unique sans modifier chaque article de la loi où la mention de l'associé unique serait nécessaire ; la section 2 "*Interpretation*" de la *Companies Ordinance (Cap.32)* vise toutes les dispositions de la loi :

¹⁸⁰ Rapport n°1642 de M. Robert BRET, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé et enregistré le 27 mai 1999 à la Présidence de l'Assemblée nationale, page 49 "Article additionnel après l'article 2".

¹⁸¹ CHAMPAUD Claude, DANET Didier, Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle (Loi n°99-587 du 12 juillet 1999), Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1999, page 872.

¹⁸² Rapport du Committee, Recommendation 14 "The Committee recommends that company law should not be a vehicle for implementation of industrial relations, tax, social or monetary policy.", pages 35 et 248.

¹⁸³ En ce sens en droit français : "De même il n'est pas de bonne technique législative que les sociétés unipersonnelles fassent au même moment l'objet d'une autre réforme dissimulée dans une loi renforçant l'efficacité de la procédure pénale. En effet, l'article 31 de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 autorise la constitution de sociétés d'exercice libéral unipersonnelles, dont la Cour de cassation n'avait pas admis la validité. Des réformes aussi dispersées ne facilitent pas la connaissance du droit par les non-spécialistes.", GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), Revue des sociétés, 1999, page 505.

¹⁸⁴ Texte n°167 (1998-1999) adopté définitivement par le Sénat le 30 juin 1999 ; l'article 3 correspond notamment à l'adoption de la SAS unipersonnelle.

¹⁸⁵ Texte n° 166 (1984-1985) adopté définitivement par le Sénat le 28 juin 1985 ; le titre 1^{er} correspond à l'adoption de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

¹⁸⁶ Articles L.223-1 alinéa 2 et L. 227-1 alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁸⁷ Notamment aux sections 455 (2) et 545 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁸⁸ Texte adopté n°330 par l'Assemblée nationale, 3 juin 1999, Projet de loi modifié par l'Assemblée nationale en première lecture sur l'innovation et la recherche, page 7 ; articles L. 223-1 alinéa 2 et L. 227-1 alinéa 2 du Code de commerce.

Section 2 is amended by adding- (10) Any provision of this Ordinance that refers (in whatever words) to (a) the subscribers of the memorandum of association of the company; (b) the members or shareholders of a company; (c) a majority of members or shareholders of a company; or (d) a specified number or percentage of members or shareholders of a company, the members or shareholders of a company shall, unless the context otherwise requires, apply with necessary modifications in relation to a company the memorandum of association of which has only one subscriber or that has only one person as a member or shareholder, as the case may be.

65. En conséquence, peu de modifications textuelles sont apportées au corps de la *Companies Ordinance (Cap.32)* grâce à cette définition applicable à toutes ses dispositions. Les dispositions spécifiques ajoutées par la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* visent la tenue du registre des *members*¹⁸⁹ et du registre des *directors*¹⁹⁰, le quorum nécessaire dans le cas d'une société détenue par un *sole member*¹⁹¹, la communication et la conservation des décisions prises par le *sole member* de la société¹⁹² et la communication et la conservation des conventions passées entre le *sole member* et la société¹⁹³. Les démarches française et hongkongaise sont semblables et tout comme dans le cas de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, les articles du Code de commerce relatifs à la SARL et à la SAS font l'objet de peu de modifications lors de l'adoption de la forme unipersonnelle de ces sociétés. Les dispositions françaises applicables aussi bien à la SARL qu'à la SAS unipersonnelles aménagent les mêmes sujets : l'approbation des comptes annuels, la conclusion des conventions réglementées, la tenue du registre des décisions de l'associé unique.
66. L'ouverture du régime de la SAS par la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 est initialement destinée aux entreprises nouvelles ou innovantes¹⁹⁴ instituées sous la forme d'une SAS unipersonnelle par un entrepreneur détenteur d'une innovation technologique, souhaitant l'exploiter commercialement et ayant besoin d'une aide financière d'un tiers partenaire voué à devenir associé (cet associé dénommé *business angel* peut être une personne physique ou une investisseur institutionnel public ou privé représenté par une personne morale). Il est curieux que l'option de la SA ait été envisagée par les parlementaires alors que la forme de la SARL, qui propose déjà la forme unipersonnelle, n'ait pas été avancée pour héberger ces entreprises nouvelles ou innovantes. L'option de la SA n'est finalement pas retenue car cette forme de société n'est pas suffisamment souple. Il est probable que la SARL n'ait pas été suggérée pour la même raison ainsi qu'en raison des possibilités limitées de financements extérieurs. Il aurait pu être pertinent de procéder à un allègement du cadre législatif de la SARL et d'ouvrir celle-ci à un financement extérieur auquel pourrait d'ailleurs avoir recours les SARL d'entreprises familiales, artisanales ou commerçantes. Les discussions n'ayant pas eu lieu

¹⁸⁹ Nouvelle section 95A de la *Companies Ordinance (Cap.32)* "Statement that company has only one member" entrée en vigueur dans le cadre de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003*.

¹⁹⁰ La section 158 modifiée par la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* et intitulée "Register of directors and secretaries" prévoit que "Where the company is a private company having only one member and that member is the sole director of the company, the register shall contain the following particulars with respect to the reserve director of the company (if any)-" ; en effet, la nomination d'un *reserve director* n'est pas obligatoire.

¹⁹¹ Nouvelle section 114AA de la *Companies Ordinance (Cap.32)* entrée en vigueur dans le cadre de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003* : "Quorum where company has only one member - Notwithstanding any provision to the contrary in the articles of a company, if the company has only one member, one member present in person or by proxy shall be a quorum of a meeting of the company."

¹⁹² Nouvelle section 116BC de la *Companies Ordinance (Cap.32)* "Written record where company has only one member" entrée en vigueur dans le cadre de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003*.

¹⁹³ Nouvelle section 162B de la *Companies Ordinance (Cap.32)* "Contracts with sole member who is also a director" entrée en vigueur dans le cadre de la *Companies (Amendment) Ordinance 2003*.

¹⁹⁴ Présentation de Monsieur Claude Allègre, ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, Séance publique de l'Assemblée nationale, 1ère séance du 3 juin 1999, Journal officiel de la République française, Année 1999, No 52 A.N. (C.R.), pages 5378 et 5379.

dans le cadre de la réforme du droit des sociétés¹⁹⁵, les questions de la simplification de la SA non cotée et celle de l'élargissement du régime de la SARL n'ont pas été traitées. En outre, il est heureux que, dans un souci de simplicité et de flexibilité du droit des sociétés, l'amendement n°16 au projet de loi n°1410 transmis à l'Assemblée nationale le 18 février 1999 présenté par MM. Gengenwin, Birraux, Mme Boisseau, MM. Coussain, Blessig, Méhaignerie et de Courson créant une nouvelle forme de société, la société par actions simplifiée pour l'innovation dénommée "SA21", n'ait pas été retenu¹⁹⁶. L'adoption de cet amendement n°16 créant une nouvelle société particulière aurait été une illustration parfaite de l'absence de cohésion au sein du droit des sociétés par la création d'une nouvelle forme de société alors que des formes de société existantes auraient pu être adaptées pour répondre aux besoins existants et aux besoins identifiés par la loi sur l'innovation et la recherche. La création de cette forme de société particulière nouvelle aurait été une source de confusion supplémentaire pour les jeunes entrepreneurs ou les entrepreneurs originaires du milieu de la recherche publique n'ayant qu'une connaissance faible du droit des sociétés et du milieu des affaires. Il aurait été également chimérique d'espérer dédier les SARL unipersonnelles et pluripersonnelles aux entreprises familiales, artisanales et commerçantes¹⁹⁷, les SAS aux groupements de sociétés¹⁹⁸ et les "SA21" aux entreprises innovantes ; la frontière entre ces catégories d'entreprises aussi vagues que les entreprises familiales, artisanales et commerçantes, les entreprises faisant parties d'un groupe et les entreprises nouvelles et innovantes aurait été bien difficile à poser. Le choix de la forme de société dédiée à la bonne entreprise aurait pu devenir un questionnement cornélien nécessitant l'intervention d'un conseil et freinant ainsi la création d'entreprise hébergée par une société. L'évolution d'une entreprise nouvelle et innovante ayant adopté la forme de société particulière dite "SA21" vers une des autres catégories d'entreprises aurait nécessité le changement de forme sociale vers une autre société particulière.

67. En s'appuyant sur le triptyque SA, SAS et SARL créé par la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 et en s'inspirant du modèle du droit hongkongais des sociétés, le droit français des sociétés pourrait être aujourd'hui développé et s'orienter vers une gradation de l'encadrement législatif des formes de sociétés dans un souci de lisibilité. En droit hongkongais, la *private company limited by shares* est la forme de société la plus contractuelle, la *public company limited by shares* est la forme de société à mi-chemin entre souplesse contractuelle et rigidité législative et la *listed public company limited by shares* est la forme de société la plus soumise aux rigidités législatives imposées dans le but de contrôler cette forme de société pouvant offrir ses titres au public. En droit français, la réforme qui libéralise¹⁹⁹ la SAS par la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 (tout comme la loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions

¹⁹⁵ Pour une présentation de la genèse et de l'environnement de la loi du 12 juillet 1999 : VALETTE Didier, Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999), Présentation du dispositif, *Revue des sociétés*, 2000, page 2015.

¹⁹⁶ Présentation de Madame la Présidente de deux amendements, n°46 et 16, pouvant être soumis à une discussion commune, Séance publique de l'Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 3 juin 1999, *Journal Officiel*, Année 1999, No 52 A.N. (C.R.), page 5423.

¹⁹⁷ Réponse apportée dans le cadre des débats sur la loi du 11 juillet 1985 par le ministre à la question portant sur l'ouverture de l'EURL société-mère d'autres EURL : l'EURL et la SARL doivent rester les formes de sociétés dédiées aux entreprises familiales, artisanales et commerçantes.

¹⁹⁸ "Dans son premier état, en effet, résultant de la loi de 1994, la SAS connaissait une restriction majeure à son utilisation : ses associés devaient tous être des sociétés disposant d'un capital social au moins égal à un million et demi de francs (225 000 euros). La SAS existait, mais se trouvait cantonnée aux utilisations par les groupes.", GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009, page 4, point 2.

¹⁹⁹ GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), *Revue des sociétés*, 1999, page 505.

simplifiée²⁰⁰ avait été inspirée par le droit américain des sociétés, précisément par celui de l'État du Delaware, dans le double but d'éviter les délocalisations de sièges sociaux d'entreprises françaises motivées par l'extrême rigidité du droit français des sociétés et d'attirer les sièges sociaux d'entreprises étrangères par une forme sociale plus souple que les SARL et SA²⁰¹, l'environnement de cette réforme aurait été également anglo-saxon²⁰²) pourrait être le début de la mise en place de plusieurs catégories au sein d'une graduation des formes de société où la liberté contractuelle des associés est grande à une société institutionnalisée fortement encadrée et contrôlée par la législation, indépendamment de la nature de l'entreprise. En effet, la portée de l'ouverture de la SAS n'est pas limitée aux entreprises innovantes du secteur des nouvelles technologies²⁰³. La SAS est ouverte à presque toutes les entreprises qui peuvent organiser, dans le cadre de la liberté contractuelle laissée aux associés, les rapports et le partage du pouvoir entre les apporteurs de capitaux et les apporteurs de compétences²⁰⁴. Cette graduation juridique des formes de société commerciale disponibles²⁰⁵, mise en parallèle de l'évolution dynamique de l'entreprise, pourrait mener à deux échelles.

La première échelle pourrait être basée sur le degré de liberté contractuelle offert aux futurs associés pour organiser et gérer leur société : la SAS offrirait le degré de liberté contractuelle le plus élevé²⁰⁶, la SA avec offre au public offrirait le degré de liberté contractuelle le plus bas et la SARL et la SA sans offre au public "soumises à des règles contraignantes"²⁰⁷ seraient les formes sociales intermédiaires.

La deuxième échelle pourrait être basée sur les financements extérieurs ouverts à ces sociétés commerciales : la SARL offrirait le moins de moyens extérieurs pour financer son entreprise²⁰⁸, la SA avec offre au public offrirait le plus de possibilités de financements extérieurs et la SAS et la SA sans offre au public seraient les formes sociales intermédiaires offrant des moyens de financements extérieurs fortement équivalents. Sur cette échelle, certains auteurs²⁰⁹ indiquent que la loi du 12 juillet 1999 engage à une

²⁰⁰ Journal officiel de la République française, n°2 du 4 janvier 1994, page 129.

²⁰¹ GUYON Yves, Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée, Revue des sociétés, 2000, page 255.

²⁰² "Mon sentiment est que la philosophie de ce courant est teintée des méthodes et techniques contractuelles anglo-saxonnes.", VALETTE Didier, Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999), Présentation du dispositif, Revue des sociétés, 2000, page 2015.

²⁰³ Rapport n°452 (1998-1999) de M. Pierre LAFFITTE, fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat, déposé le 23 juin 1999, page 3.

²⁰⁴ Sénat, Séance du 30 juin 1999, Discussion du projet de loi sur l'innovation et la recherche n°404, 1998-1999, présentation générale de Monsieur Pierre Laffitte, rapporteur de la commission des affaires culturelles.

²⁰⁵ COURET Alain, La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée, Colloque sur Les petites et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans l'Union européenne, Madrid, 4 et 5 février 2004, CREDA, www.creda.ccip.fr.

²⁰⁶ "Le responsable de PME percevra volontiers trois dimensions de la liberté : la première participe d'une approche positive de la "chose" juridique : la SAS offre une liberté de rédaction statutaire tout à fait remarquable. Les deux autres participent d'une approche plutôt négative : la SAS permet une mise à l'écart des contraintes multiples accumulées par le droit des sociétés anonymes et surtout permet la mise à l'écart partielle des contraintes du droit du travail", paragraphe 11, COURET Alain, La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée, Colloque sur Les petites et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans l'Union européenne, Madrid, 4 et 5 février 2004, CREDA, www.creda.ccip.fr.

²⁰⁷ GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), Revue des sociétés, 1999, page 505.

²⁰⁸ "Ainsi, selon l'article L. 223-11 précité [du Code de commerce], la société à responsabilité limitée peut émettre des obligations nominatives à condition de ne pas les offrir au public.", DAIGRE Jean-Jacques, FRANCOIS Bénédicte, La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ?, Revue des sociétés, 2010, page 11.

²⁰⁹ "De ce point de vue, la loi du 12 juillet 1999 s'inscrit dans l'évolution récente du droit des sociétés qui distingue de plus en plus nettement les sociétés par actions faisant publiquement appel à l'épargne et celles qui

différenciation de plus en plus marquée entre sociétés par actions pouvant offrir leurs titres au public et celles ne le pouvant pas.

La synthèse de ces deux échelles pourrait faire apparaître une évolution des formes sociales en droit français. D'une part, la SAS est fréquemment présentée comme l'antichambre de la SA, d'autant plus que certaines règles applicables à la SA sont également applicables par défaut à la SAS. Cette vision nous semble justifiée si nous retenons l'échelle valorisant les besoins en financement mais elle ne nous semble pas pertinente en ce qui concerne le degré de liberté contractuelle des associés ou le degré de contrainte légale pesant sur le fonctionnement des sociétés. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 janvier 2009²¹⁰, la SAS pouvait représenter l'antichambre de la SA sans offre au public et la SA sans offre au public constituait l'antichambre de la SA avec offre au public, tout comme la *public company limited by shares* est l'antichambre de la *listed public company limited by shares*. Suite à l'élargissement des sources de financement offertes à la SAS par la modification de l'article L 227-2 du Code de commerce par l'ordonnance du 22 janvier 2009²¹¹, il pourrait alors être opportun de s'interroger sur la conservation de la SA sans offre au public et de la SAS²¹². En effet, sans la mesure où il n'y a pas d'offre au public, la SA ne présente peut être plus autant d'avantages comparatifs vis-à-vis de la SAS du point de vue de la diversification des moyens de financement et du point de vue de l'applicabilité par défaut des règles de la SA sans offre au public doublée de la possibilité d'user de la liberté contractuelle offerte dans la SAS²¹³. D'autre part, en prenant en compte la graduation reflétant le degré de liberté contractuelle ou de règles impératives quant à l'organisation et au fonctionnement de ces sociétés, la SA sans offre au public ne constituerait pas un avantage comparatif pertinent par rapport à la SARL ni par rapport à la SAS au regard de la variété de l'organisation de la gestion et de la grande liberté statutaire dont bénéficient les associés. Ainsi, il nous semble que l'éventail SARL, SAS et SA avec offre au public pourrait constituer une des simplifications envisageables du paysage de ces sociétés²¹⁴ et la SAS pourrait faire l'objet d'un régime juridique propre détaché de celui de la SA avec offre au public. L'autre

ne le font pas.", GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), *Revue des sociétés*, 1999, page 505.

²¹⁰ Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, *Journal officiel de la République française* n°0019 du 23 janvier 2009, page 1431.

²¹¹ DAIGRE Jean-Jacques, FRANCOIS Bénédicte, La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ?, *Revue des sociétés*, 2010, page 11.

²¹² En ce sens, CHARVERIAT Anne, La réforme de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme, *Opinion Finance*, n°556, 12 juillet 1999, page 25 ; titre de l'article cité dans VALETTE Didier, Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999), *Revue des sociétés*, 2000, page 215.

²¹³ "S'agissant de la SAS, le « non-dit » est presque plus important que le dit. Elle passe, souvent, au travers de la toile que la loi [en l'espèce, la loi NRE] a tissée autour des autres sociétés et, notamment, de la société anonyme. C'est à ce point que la loi donne de nouveaux atouts, importants, à la SAS : « en augmentant considérablement les contraintes qui pèsent sur le fonctionnement des sociétés anonymes », le législateur a rendu « encore plus attractive la souplesse du régime de la SAS » (COURET Alain et CHARVERIAT Anne, La société par actions simplifiée, avant-propos page 5). On peut raisonnablement en attendre que de multiples sociétés anonymes se transformeront prochainement en sociétés par actions simplifiées, en passe de devenir la forme de droit commun des sociétés qui ne font pas appel publiquement à l'épargne, ou n'y ont pas vocation à court terme. Pour le reste, la SAS a accédé, dès l'origine, à quelques possibilités qui continuent de souligner, même aujourd'hui, le handicap que la société anonyme a grand-peine à combler.", LE NABASQUE Hervé, La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Revue des sociétés*, 2001, page 589.

²¹⁴ Voir en ce sens, LE NABASQUE Hervé, La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Revue des sociétés*, 2001, page 589 : "comme si, sans en avoir pleinement conscience, le législateur avait su qu'un droit des sociétés à deux vitesses est, aujourd'hui, inéluctable, parce qu'inscrit dans la nature des choses : un droit pour les sociétés anonymes, dont il aurait envisagé, renouant avec l'histoire, qu'elles sont conçues pour faire appel publiquement à l'épargne et un pour la société par actions simplifiée, appelée à fédérer tout ou partie des autres sociétés par actions."

alternative de simplification pourrait être la conservation des deux caractères de la SA, avec ou sans offre au public, permettant de mettre en œuvre une période de préparation de l'offre au public sans avoir à changer de forme sociale²¹⁵ (tout comme la *public company limited by shares* qui peut faire une offre au public et devenir une *listed public company limited by shares*) et pour le rapprochement continu des régimes applicables aux SAS et SARL visant à conduire à la conservation d'une seule forme de société offrant un meilleur accès aux financements extérieurs que la SARL et une liberté contractuelle certaine que les futurs associés ou les associés peuvent choisir d'utiliser ou non²¹⁶. Ainsi, l'ajout de la SAS dans le paysage juridique français en 1994 puis sa libéralisation en 1999 pourraient constituer une expérience permettant de faire évoluer les SA et les SARL²¹⁷ au lieu d'une alternative à ces formes sociales. Quelle que soit l'orientation que pourrait prendre le droit français des sociétés, nous pensons qu'il serait souhaitable que le système d'ensemble au sein duquel s'articulent ces formes sociales présente un minimum de clarté²¹⁸.

C. Les enseignements à tirer de la réforme hongkongaise du 13 février 2004

68. Au-delà du fait qu'une seule réforme de la *Companies Ordinance* (Cap.32) ait été nécessaire pour reconnaître la société unipersonnelle à toutes les formes de société, la mise en œuvre de cette reconnaissance répond à des exigences d'unicité (1) et de simplicité (2) qui pourraient inspirer les futures évolutions du droit français des sociétés.

1. L'unicité du régime applicable à la *Company*, source d'attractivité des SARL et SAS

69. Le caractère unitaire de la *Company* est un caractère fort démontré tout d'abord par l'unique forme sociale et par l'unique dénomination de cette forme sociale qui en découle (a). Le régime applicable à la *Company* est unique, que celle-ci soit unipersonnelle ou non (b). Les rapports et travaux des pouvoirs publics hongkongais montrent que le choix d'autoriser une société unipersonnelle a certes posé des questionnements juridiques mais les avantages d'ordre économique qui allaient en découler ont primé sur ceux-ci. Les pouvoirs publics n'ont

²¹⁵ Même si depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques modifiant l'article L. 227-1 du Code de commerce n'exige plus une ancienneté de deux ans et l'approbation régulière de deux bilans avant de pouvoir transformer une SAS en une société d'une autre forme.

²¹⁶ Dans le cadre d'une PME dont les associés ne sont pas forcément familiers de la palette d'outils juridiques offerts par la liberté statutaire (clause d'agrément entre associés, clause d'exclusion, clause d'inaliénabilité, etc...), l'utilisation d'un modèle de statuts-type limitant la liberté contractuelle des associés et proposant un outil société prêt à l'emploi nous semble la procédure d'institution d'une société la plus adaptée. Dans le cadre d'une PME ou d'une grande entreprise dont les associés sont familiers de ces outils juridiques, l'utilisation de la liberté contractuelle est un avantage indéniable que le droit français des sociétés doit offrir sans contrepartie. Ce polymorphisme caractéristique de la *Company* de droit hongkongais est un des éléments de son succès.

²¹⁷ Dans le sens de cette évolution, voir le paragraphe 8 et les développements qui suivent : COURET Alain, La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée, Colloque sur Les petites et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans l'Union européenne, Madrid, 4 et 5 février 2004, CREDA, www.creda.ccip.fr.

²¹⁸ L'introduction d'un minimum de clarté dans le système d'ensemble est soulevé par Jacques Béguin quant à la transposition de la deuxième directive européenne en droit français des sociétés : "Un point central était : - convenait-il de fixer un minimum élevé pour le capital de la SA afin de réserver cette forme sophistiquée de société aux grandes entreprises et introduire ainsi un minimum de clarté dans le système d'ensemble ? - ou bien allait-on reculer devant cette exigence et continuer d'avoir, ce qui est particulièrement vrai en France, un nombre (trop) élevé de PME et même de très petites entreprises érigées en SA ? On sait, en effet, que si l'on « place la barre trop bas », de nombreux fondateurs choisissent la forme de la SA, bien que ce soit une forme sociétaire lourde, pour des raisons sans rapport avec la recherche de la structure la mieux adaptée à l'entreprise. Cette pratique confère à la catégorie des SA un caractère très disparate.", BEGUIN Jacques, L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966, *Revue des sociétés*, 1996, pages 513 et suivantes.

alors pas tenté de ménager le juriste et l'économiste ; le caractère unipersonnel plein et entier est reconnu à toutes les formes de société hongkongaise.

a. Une dénomination simple unique de la forme sociale

70. Un des éléments démontrant l'unicité du régime applicable à la *Company* est la dénomination de la forme de la société : en droit hongkongais il n'existe aucune différenciation entre une *Company* unipersonnelle et une *Company* pluripersonnelle, la société est toujours dénommée *Private Company Limited by Shares* et la raison sociale est toujours suivie du simple mot *Limited*.
71. Malgré le fait qu'aucun texte ne pose l'obligation de faire figurer le sigle EURL sur les papiers d'affaires d'une SARL unipersonnelle, cette pratique s'est généralisée aussi bien parmi les acteurs des sociétés (associé unique, greffes²¹⁹, magistrats ou conseils) que parmi la doctrine (le sigle EURL est utilisé dans les manuels d'enseignement, dans les traités de droit des sociétés, dans les encyclopédies, dans les articles, etc...). L'utilisation de ce sigle discriminatoire en l'absence même d'exigence légale démontre la réticence à accepter la société unipersonnelle : le sigle de la société change entre la SARL et l'EURL ainsi qu'entre la SAS et la SASU, comme s'il s'agissait d'ovnis à identifier dont il faudrait se méfier. Quelles pourraient être les raisons pratiques qui justifieraient une telle différenciation discriminatoire ? Vis-à-vis des tiers, quelles seraient les garanties supplémentaires que pourrait offrir une société pluripersonnelle par rapport à une société unipersonnelle ? Le fait que la société soit détenue par plusieurs associés ne nous semble pas être pas un gage nécessaire ou suffisant de sa santé ou de sa solidité financière. La société unipersonnelle peut être détenue par une personne physique ou par une personne morale en excellente santé financière. La garantie financière d'une société réside dans son capital social ; sa santé financière est illustrée dans son bilan annuel voire dans la santé financière de ses associés qui pourraient apporter des garanties financières à ses créanciers et non le nombre d'associés lui-même. Ainsi, cette indication destinée aux tiers est curieuse. Elle ne vise à notre avis qu'à rassurer les réfractaires à cette évolution bénéfique du droit des sociétés qu'est la société unipersonnelle. Cette indication devrait disparaître au profit du sigle commun SARL ou SAS : tout le monde n'était probablement pas prêt à accepter la société unipersonnelle en 1985 ; le recours aux sociétés unipersonnelles étant désormais courant, cette habitude devrait permettre cette simplification d'autant plus que les SARL et EURL, d'une part, et les SAS et SASU, d'autre part, relèvent de la même forme de société.
72. En raisonnant par analogie, cette distinction d'appellation de la même forme sociale n'existe pas quant à la présence d'un organe de gestion constitué par une seule ou plusieurs personnes. Or, cette distinction quant à l'organe de gestion pourrait être plus pertinente. Un organe de gestion pluripersonnel pourrait apporter plus de sécurité aussi bien aux associés qu'aux tiers via le contrôle que peuvent exercer les représentants légaux sur les actes des autres représentants légaux et dirigeants. La présence d'un représentant légal unique sans codirigeant pourrait être source de prise de décision non éclairée ou farfelue.

²¹⁹ "Il faut souligner que les termes « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » ou les initiales « EURL » n'ont pas été introduits dans la loi ni dans ses textes d'application. Toutefois dans la pratique l'usage s'est largement répandu de remplacer les initiales « SARL » par celles de « EURL » ; et certains greffes de tribunaux de commerce portent la mention « EURL » dans la rubrique « forme juridique » ou dans la rubrique « observations » de l'extrait d'immatriculation au Registre du commerce (extrait K bis).", Éditions législatives, Dictionnaire permanent, Droit des affaires, Sociétés unipersonnelles, paragraphe 14, date de fraîcheur : 12 décembre 2013.

73. Par ailleurs, en imaginant que cette discrimination soit utile et doive être encouragée, la dénomination choisie nous semble inadaptée, même si à l'époque de l'adoption de la loi du 11 juillet 1985 le terme de société unipersonnelle pouvait sembler incongru aux sens linguistique et étymologique dont l'origine latine signifie l'association de deux personnes et pouvait choquer les adeptes²²⁰ de la conception classique de la société composée d'au moins deux associés. Le sigle EURL fait référence à l'entreprise, qui n'est d'ailleurs pas un terme défini dans la loi, et non à la société alors qu'elle est instituée par un associé unique, qu'elle est qualifiée de société unipersonnelle et qu'elle est soumise au droit des sociétés (et non à un droit de l'entreprise²²¹) alors que le sigle SASU caractérise bien une société. L'EURL emporte alors la confusion entre société et entreprise et entre EURL et EIRL²²². L'entreprise regroupe les activités commerciales lancées, développées, gérées par une personne qui choisit ou non de protéger cette entreprise au sein d'une entité juridique caractérisée par la personnalité morale qui est distincte de sa personne, c'est-à-dire la société ; l'entreprise serait le contenu, la société le contenant et la personnalité morale "la vitalité"²²³ nécessaire. L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée représentent deux contenants distincts et au vu de leurs différences, il pourrait être dangereux, pour un entrepreneur comme pour un tiers, de ne pas les distinguer de manière certaine. La distinction majeure est l'absence de personnalité morale de l'EIRL qui n'emporte notamment pas transfert de propriété des biens affectés à l'EIRL²²⁴, qui ne permet pas d'apports autres que des biens, qui n'emporte pas l'application de règles de publicité protectrices et qui ne permet pas d'envisager les mêmes développements juridiques et financiers dans le cas du développement et de la transmission de l'entreprise. Il en résulte que même si le véhicule EIRL pourrait être présenté comme l'antichambre de l'EURL, le recours à ce statut entraîne un coût et des obligations de gestion et fiscales similaires à une EURL dont l'entrepreneur pourrait faire l'économie en hébergeant directement son entreprise au sein d'une EURL si celle-ci pouvait revêtir une image juridiquement plus simple et plus légère. En outre, l'avantage de l'EURL par rapport à l'EIRL est un choix plus large de financement par la prise de participation au capital de la société, notamment par le recours au capital-risque que ce soit par l'apport effectué par une personne privée, fédérée ou non en qualité de *business*

²²⁰ DAIGRE Jean-Jacques, La société unipersonnelle en droit français, Revue internationale de droit comparé, volume 42, n°2, avril-juin 1990, page 667.

²²¹ "[...] autant porter l'erreur *contradictio in terminis* jusqu'au bout", rapport n°2598 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale sur le projet n°2577 relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée par Monsieur Gérard Gouzes, député (page 10) et idée que l'on peut retrouver à la page 24 du rapport n°287 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par Monsieur Jean Arthuis, Sénateur ; ces deux rapports ont été établis lors des discussions portant sur la future loi du 11 juillet 1985.

²²² Le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou EIRL a été créé par la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

²²³ Terme emprunté à l'article de CHAMPAUD Claude et DANET Didier, Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de « substitution fidéicommissaire (loi n°2007-211 du 19 février 2007), Revue trimestrielle de droit commercial, 2007, page 128 : "Il paraît, aujourd'hui encore, que la société est une technique d'organisation et de gestion d'une entreprise fondée sur l'affectation d'un patrimoine auquel est conférée la personnalité morale sociétale. Cette technique juridique permet de doter l'entreprise d'une autonomie d'administration et de disposition qui lui confère, une vitalité et des capacités économiques d'essence managériale dont le dynamisme propre et la fécondité sociétale ne sont plus à prouver."

²²⁴ BOUGNOUX Anne, Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 4, Point 33, Date de fraîcheur : 30 mars 2011 : "Contrairement à l'apport en propriété d'un bien à une EURL, dans l'EIRL, l'affectation d'un bien n'a pas d'incidence sur le droit de propriété de l'entrepreneur ; toutefois, les répercussions sur la protection du bien sont les mêmes dans les deux cas."

angel, pouvant bénéficier de réduction d'impôt dans certaines conditions²²⁵ ou par un fonds privé ou public, ou par le recours à une souscription d'un proche de la famille ou d'un ami voire d'un ancien employeur²²⁶.

74. La SASU évoque mieux la réalité dont il s'agit et il y aurait avantage à transposer son sigle à l'EURL, qui pourrait être dénommée SURL²²⁷ ou SARLU. Nous pensons cependant que l'objectif ultime est de ne pas faire mention de cette distinction (comme le proposait le rapporteur de la Commission des lois du Sénat "d'assimiler la société unipersonnelle à la S.A.R.L."²²⁸) et que les termes et leurs sigles associés disparaissent de la pratique et de ses usages dans un souci d'unification. Cette distinction est d'ailleurs statistiquement inutile comme il peut résulter de la réponse du Ministère de la Justice²²⁹ à une question parlementaire²³⁰.

b. Un régime juridique unique applicable à la forme sociale

75. Le droit hongkongais ne distingue pas de régimes ou de formalités juridiques distincts selon une *Company* unipersonnelle ou pluripersonnelle. Si une formalité juridique était imposée par la *Companies Ordinance (Cap.32)* ou par un règlement administratif aux *Companies* pluripersonnelles, celle-ci s'appliquerait à toutes les *Companies* sans distinction. Cet état d'esprit unificateur nous semble relever d'une logique utilitaire : si les pouvoirs publics jugent qu'une formalité doit être accomplie par une *Company*, le caractère unipersonnel ou pluripersonnel n'est pas un critère pour que la *Company* y soit soumise ou non. Cet état d'esprit répond également à un objectif d'efficacité économique pour les acteurs de la *Company* comme pour les autorités administratives qui doivent recevoir et traiter les démarches administratives et légales : dans la mesure où une *Company* est restructurée et que son actionnariat et son organe de gestion changent en nombre, les obligations à laquelle la *Company* est tenue ne changent pas si bien que les *members* et *directors* qui demeurent dans la même *Company* n'ont pas besoin de modifier leurs habitudes de gestion administrative et juridique interne de la *Company* et peuvent concentrer leurs efforts à adapter leurs compétences de gestion commerciale et à développer l'entreprise. A l'inverse, un *member* qui entre au capital d'une autre *Company*, quelle que soit la structure de son actionnariat, et un *director* nommé dans une nouvelle *Company*, quelle que soit la composition de son organe de gestion, disposent de tous les éléments juridiques nécessaires pour remplir les obligations juridiques ou financières auxquelles est tenue la *Company*.
76. Les débats à l'Assemblée nationale et au Sénat révèlent que l'unicité de la SARL était souhaitée²³¹ mais qu'elle n'était pas une évidence : la SARL étant la forme de société de droit

²²⁵ Article 199 terdecies-0 A du Code général des impôts pour tout contribuable domicilié en France et article 885-O V bis du Code général des impôts pour le redevable de l'impôt sur la fortune.

²²⁶ Le recours aux bons de souscription de parts de créateur d'entreprise ne s'adresse qu'aux sociétés par actions (SA, SCA, SAS) répondant à certains critères et ne peut être utilisé dans le cas d'une SARL.

²²⁷ Débats au Sénat du 23 mai 1985 sur le nom "entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée" ou "société unipersonnelle à responsabilité limitée", Journal officiel de la République française, 24 mai 1985, page 687.

²²⁸ Rapport n°287 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par Monsieur Jean Arthuis, Sénateur, page 27.

²²⁹ Réponse du Ministère de la Justice publiée dans le Journal officiel de la République Française du 17 juillet 1986, page 1014 : "Leur [EURL et EARL] immatriculation au registre du commerce et des sociétés ne permet pas de les recenser en tant que telles car la nomenclature juridique ne leur réserve aucune place particulière et ne les différencie pas des autres sociétés à responsabilité limitée ou des autres sociétés civiles selon le cas."

²³⁰ Question écrite n°01419 de Monsieur Marcel Bony (Puy-de-Dôme - SOC) publiée dans le Journal officiel de la République française du 12 juin 1986, page 799.

²³¹ Voir notamment les débats du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 653 : "Le parti étant pris de prendre appui sur la S.A.R.L., il apparaît opportun d'éviter une rupture

commun et la SARL unipersonnelle la forme de société de droit spécial pour certains ; la SARL unipersonnelle étant une variante de la SARL pour d'autres. L'utilité de la formalité est pour l'administration, pour les tiers et *in fine* pour la société elle-même. Le fait que l'article L. 223-1 alinéa 3 du Code de commerce modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dispense une SARL dont l'associé unique personne physique est aussi gérant de certaines formalités de publicité peut être louable dans le but de rendre attractive la SARL unipersonnelle pour une personne physique ; cependant, si une SARL unipersonnelle détenue et gérée par la même personne physique peut être dispensée de cette formalité, cette discrimination nous paraît injustifiée vis-à-vis des autres SARL unipersonnelles et pluripersonnelles. La simplification du régime applicable aux SARL devrait imposer les mêmes annonces, publicités et formalités à toutes ces sociétés. L'intérêt de cette unicité du régime des publicités applicable aux SARL unipersonnelles ou non, au-delà de sa simplicité pour appréhender les SARL comme un tout et de son intelligibilité, réside dans la simplicité du suivi pratique des procédures auxquelles une société est soumise, notamment lorsque la structure de celle-ci évolue entre caractères unipersonnel et pluripersonnel ou en cas de transmission ou de cession de la société. Si les pouvoirs publics estiment que les formalités de publicité au BODACC sont nécessaires, la SARL unipersonnelle détenue et gérée par une même personne physique devrait y être assujettie. Si le législateur a considéré qu'il n'était pas nécessaire pour une SARL unipersonnelle détenue et gérée par une même personne physique d'effectuer les formalités de publicité au BODACC²³², cette dispense devrait pouvoir être appliquée aux autres SARL unipersonnelles et aux SARL pluripersonnelles et le même raisonnement devrait pouvoir être appliqué aux SAS²³³. Or, il appert de l'avis n°2013-012 du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés du 27 mars 2013 que l'évolution vers un régime unifié des SARL et des SAS quelle que soit leur structure interne nécessiterait une modification du Code de commerce. Le Comité a confirmé que la "dispense d'insertion d'un avis au BODACC est sans application à la SARL dont l'associé unique, personne physique, n'est pas seul gérant"²³⁴ et par analogie à la SAS dont l'associé unique, personne physique, est président et est assisté d'un directeur général ou d'un directeur général délégué.

77. Nous pouvons relever d'autres éléments du droit français applicables aux SARL et SARL unipersonnelles qui pourraient bénéficier du principe d'un régime unifié proposé par le droit hongkongais des sociétés que la *Company* soit unipersonnelle ou pluripersonnelle. Par exemple, nous jugeons que la dispense de rapport de gestion pour les SARL unipersonnelles dont l'associé unique, personne physique, est également gérant²³⁵ n'est également pas pertinente même si le but louable de cette dispense est d'encourager l'institution d'une SARL

entre un statut unipersonnel et celui du droit commun. L'unité du régime applicable s'obtient d'abord en spécifiant que l'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par la loi du 94 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. [...] De la sorte, les sociétés pluripersonnelles peuvent devenir unipersonnelles et inversement."

²³² Dispense de l'insertion d'un avis au BODACC de l'immatriculation d'une SARL dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance en vertu de l'article R. 123-155 du Code de commerce ; dispense également applicable à une SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence en vertu du même article.

²³³ Le décret n°2008-1488 du 30 décembre 2008 a modifié l'alinéa 2 de l'article R. 123-155 du Code de commerce : "Toutefois, l'insertion d'un avis n'est pas requise en cas d'immatriculation d'une société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou d'une société par actions simplifiée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence."

²³⁴ Avis n°2013-012 du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés du 27 mars 2013 publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, onglet "textes & réformes".

²³⁵ Dispense de l'obligation d'établir le rapport de gestion pour une SARL dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance en vertu de l'article L. 232-1 du Code de commerce ; dispense également applicable à une SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence en vertu du même article.

unipersonnelle au lieu de l'adoption du statut d'EURL, notamment dans les perspectives de la cession partielle ou totale ou de la transmission de la société ou de la dissolution ou liquidation de celle-ci. Le rapport de gestion n'est plus exigé pour les SARL et les SAS qui présentent une structure interne simple (un associé et un gérant ou président sont la même personne physique) et qui ne dépassent pas certains seuils en terme de bilan, chiffre d'affaires et nombre moyen de salariés. Cette exemption pourrait encourager l'unipersonnalité des organes de gestion alors que les besoins de la société et de l'entreprise en développement pourraient y être contraires. En cas d'évolution du nombre de personnes composant l'organe de gestion, une société pourrait, d'une année sur l'autre, ne pas être soumise à la même exigence quant à la production d'un rapport de gestion. Cette exemption nous semble créer une complication inutile à la gestion de ces formes sociales : la conservation ou la suppression du rapport de gestion aurait été plus cohérente avec la simplification opérée par la loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 modifiant l'article L. 232-1 du Code de commerce, à moins que cette exemption ne constitue une étape de test qui dure depuis plus de six ans.

78. En outre, l'absence d'unicité du régime applicable aux SARL et aux SARL unipersonnelles tenait à la qualité d'associé d'une SARL unipersonnelle : l'article L. 223-5 alinéa 1^{er} du Code de commerce disposait qu'une SARL unipersonnelle ne peut être détenue par une autre SARL unipersonnelle.

Une *Company* unipersonnelle peut tout à fait être l'associé unique d'une autre *Company* unipersonnelle ou de plusieurs autres *Companies* unipersonnelles. L'unique restriction à ce principe est l'interdiction d'un actionnariat réciproque ou "fermé"²³⁶ n'étant pas limité à une *Company* unipersonnelle et ne posant donc pas de discrimination entre les types de structure interne des *Companies*.

Malgré l'insistance notamment du rapporteur de la Commission des lois du Sénat lors des débats sur la loi du 11 juillet 1985²³⁷, l'article L. 223-5 du Code de commerce disposait qu'une EURL ne peut être l'associé unique d'une autre EURL²³⁸. Cette restriction nous paraît injustifiée à plusieurs titres. Tout d'abord, elle porte atteinte à l'unicité du régime applicable aux SARL contrairement à l'esprit de la législation qui tend à ne développer qu'une seule forme de société. Ensuite, elle discrimine la SARL en sa forme unipersonnelle par rapport aux autres formes de sociétés commerciales. Enfin, elle porte atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où un entrepreneur ne peut constituer une société-mère sous la forme d'une EURL dont l'objet social serait d'être l'associé unique de plusieurs EURL dédiées chacune à une des diverses entreprises sectorisées de l'entrepreneur. La définition de l'objet social vient en contradiction avec cette restriction ; si une EURL pouvait ne pas avoir d'objet social,

²³⁶ Le terme réciproque est utilisé ici limitant l'actionnariat d'une EURL : "Les dispositions de la loi réglementant les participations réciproques entre une société par actions et une autre société (article L. 233-30 du Code de commerce), interdit à l'EURL de détenir des actions de son associé unique lorsque ce dernier est une société par actions.", Éditions législatives, Dictionnaire permanent, Droit des affaires, Sociétés unipersonnelles, paragraphe 17, date de fraîcheur : 12 décembre 2013.

²³⁷ Voir notamment les débats du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 653 : "De même, l'environnement économique dans lequel se meuvent les S.A.R.L. unipersonnelles nécessite un assouplissement de leur régime juridique. En premier lieu, la levée de deux interdictions : celle selon laquelle une personne physique ne peut être l'associé unique de plus d'une seule société unipersonnelle. D'autre part, celle qu'a instituée l'Assemblée nationale à l'encontre des S.A.R.L. unipersonnelles, qui ne pourraient, elles non plus, devenir associées uniques de plusieurs sociétés unipersonnelles." ; ainsi que le tableau comparatif du rapport n°287 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par Monsieur Jean Arthuis, Sénateur, page 51 et les arguments développés aux pages 27 et suivantes

²³⁸ Fort heureusement à notre avis, la restriction selon laquelle une personne physique ne peut être un associé unique que d'une seule EURL n'a pas été votée. Débat du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 650.

l'entrepreneur pourrait ne constituer qu'une EURL pour englober toutes ses entreprises, en dehors de toute problématique de répartition des risques. Autrement dit, dans la lettre des dispositions relatives à l'EURL, cette forme de société commerciale ne peut être utilisée pour former un groupe de sociétés ; lors des débats devant le Sénat, le Gouvernement a justifié cette restriction au motif que l'EURL doit être destinée aux entreprises familiales, aux artisans et aux commerçants²³⁹. Cette explication nous semble diminuer l'importance en termes de volume d'affaires et de diversification que peuvent avoir les entreprises familiales, artisanales et commerçantes et que le développement de ces entreprises peut nécessiter un minimum de structuration juridique. L'économie n'est plus aussi corporatiste et un artisan peut souhaiter développer d'autres entreprises artisanales que celle d'origine, voire des activités commerçantes. L'article L. 223-5 du Code de commerce gagnait à être abrogé pour autoriser l'utilisation d'une EURL en qualité de société-mère d'un groupe d'EURL : en terme de simplicité, autoriser l'EURL à être la société-mère d'un groupe d'EURL permet à un entrepreneur d'évoluer et de gérer ses entreprises avec une seule forme de sociétés et un seul droit applicable au lieu d'utiliser un panachage de plusieurs formes de sociétés (EURL, SASU, SARL, SAS) et de constituer des sociétés fictivement pluripersonnelles.

Nous saluons donc l'abrogation de cet article qui constituait une atteinte à l'unité du régime applicable aux SARL par l'article 3 de l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014, d'autant plus qu'il était aisé de contourner l'interdiction posée par celui-ci en utilisant une SAS unipersonnelle ou en ayant recours à un associé de complaisance. La levée de cette interdiction pourrait tout à fait constituer la continuité de l'ouverture de la SARL unipersonnelle à tout type d'associé, comme la loi n°94-126 du 11 février 1994 qui a abrogé la disposition du Code de commerce énonçant qu'une personne physique ne pouvait être associé unique que d'une seule SARL. La levée de cette interdiction avait été également encouragée par la proposition de directive présentée par la Commission européenne le 9 avril 2014 relative à la création d'une société unipersonnelle européenne (SUE)²⁴⁰. La SUE présente l'avantage d'une plus grande liberté que la SARL unipersonnelle car toute personne morale ou physique peut être l'associé unique de la SUE et que la SUE peut être associée unique d'une autre société et, a fortiori, d'une autre SUE ou d'une SARL, ce qui aurait permis *in fine* de contourner l'interdiction de l'article L. 223-5 du Code de commerce.

79. Considérant l'unicité du régime applicable à toutes les SARL et prenant en compte les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 223-1 du Code de commerce "L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre.", nous suggérons que l'article L. 223-9 du Code de commerce soit allégé en supprimant l'alinéa 3 qui précise la procédure à suivre en cas d'associé unique alors que les deux alinéas qui précèdent précisent la procédure à suivre en cas de pluralité d'associés²⁴¹.
80. Considérant l'unicité du régime applicable aux SARL et aux SARL unipersonnelles, l'élaboration d'un modèle de statuts types applicable aux SARL et aux SARL unipersonnelles (et non uniquement aux SARL unipersonnelles détenues et gérées par une même personne physique tel que prévu à l'article L. 223-1 alinéa 2 du Code de commerce) devrait être étudiée, de même que la différence de régime apportée par les alinéas 2 et 3 de l'article L.

²³⁹ Intervention de Monsieur Michel Crépeau, Ministre du commerce, de l'artisanat et du tourisme, dans les débats du Sénat du 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, 23 mai 1985, page 649.

²⁴⁰ Articles 6 §2 et 8 de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée [COM(2014) 212 final].

²⁴¹ Cet alinéa dispose que "Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies."

223-31 du Code de commerce tenant à l'économie de la conservation d'un récépissé et d'une décision de l'associé unique ; cette économie ne nous semble pas être pertinente au point de justifier une différence de régime et d'obligations pesant sur l'associé unique pour une catégorie spécifique de SARL dont l'associé unique est seul gérant.

81. L'article L. 223-19 alinéa 3 du Code de commerce²⁴² ne nous semble pas porter atteinte au principe de l'unicité des SARL et des SARL unipersonnelles ; la dérogation mise en place par cet alinéa est une disposition logique au regard de l'obligation initiale prévoyant le vote de l'Assemblée générale des associés sur les conventions intervenues directement ou par des personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés.

2. La simplicité du régime juridique de la *Company*, élément favorable au financement des entreprises

82. La simplicité du régime de la *Company* porte notamment sur l'absence de restriction portée à la qualité d'associé de la *Company* unipersonnelle. Le droit hongkongais encourage la liberté d'entreprendre et donne aux entrepreneurs toute latitude pour organiser leur entreprise de manière à promouvoir l'efficacité économique. Cette simplicité du régime juridique répondant à la conception contractuelle du droit, dite *enabling law* appliquée par les pouvoirs publics lors de l'élaboration de la *Companies Ordinance* laisse aux associés un rôle majeur dans le financement de leur entreprise. La présence d'un seul associé au sein d'une *Company* ne constitue pas un empêchement à modifier le caractère *private* de celle-ci en *public* pour permettre une offre au public de ses titres financiers. La présence d'un seul associé au sein d'une *Company* ne constitue pas un empêchement ou n'engage pas l'application de règles différentes à l'émission et à l'offre privée d'obligations. La *Companies Ordinance* a toujours interdit par principe à la *Company* de procéder à l'offre au public de ses titres financiers. La même interdiction de principe frappe les SARL et les SAS qui ne peuvent en principe offrir au public leurs titres financiers ou d'émettre des titres négociables²⁴³. La *Companies Ordinance* (Cap.622) dispose bien que l'interdiction d'offrir au public des titres négociables n'interdit pas une *Company* d'émettre et d'offrir de manière privée ses parts sociales et des obligations²⁴⁴. Depuis l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004, les SARL, unipersonnelles ou pluripersonnelles sans distinction, sont sur un pied d'égalité avec les SAS car elles peuvent en principe procéder à des émissions obligataires privées.

83. La limitation du financement des *Company*, SARL et SAS à un financement interne pose le problème du cautionnement des sociétés unipersonnelles par l'associé unique ayant pour effet de restreindre le principe de la responsabilité limitée. La problématique de la réalité de la responsabilité limitée de l'associé unique d'une SARL et d'une SAS, d'autant plus quand celui-ci est également représentant légal, est un souci récurrent des réformes ayant institué la société unipersonnelle et ayant réduit le montant du capital social minimum à un euro²⁴⁵. Il

²⁴² Cet alinéa dispose que "Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que la convention est conclue avec celui-ci, il en est seulement fait mention au registre des décisions."

²⁴³ Article 1841 du Code civil pour la SARL et article L. 227-2 du Code de commerce pour les SAS.

²⁴⁴ Section 6 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

²⁴⁵ Il est opportun de noter ici que, suite à l'entrée en vigueur de l'article L. 223-2 du Code de commerce modifié par la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique donnant la liberté pour les fondateurs d'une société à responsabilité limitée (SARL) de fixer le montant du capital social, les entrepreneurs ont fait usage de cette possibilité de fixer un capital social très faible, comme le souligne Joël MONNET dans sa note intitulée "Capital social à un euro" sur la réponse ministérielle apportée par le Ministre délégué au PME à la question de Monsieur Jérôme RIVIERE (n°41247, Journal Officiel de la République française, Assemblée nationale, Question n°33, 17 août 2004, page 6494) : "Une chose est néanmoins certaine, malgré les réserves émises dans les commentaires de la loi du 1^{er} août 2003 (L. Nurit Pontier, La détermination statutaire du capital social : D.

nous semble que ce souci ne devrait pas contrecarrer l'élargissement du champ d'application du caractère unipersonnel à toutes les formes sociales.

84. Les réformes du droit hongkongais ayant conduit à l'adoption du caractère unipersonnel pour toutes les formes sociales n'ont pas soulevé cette problématique. Tout d'abord car les pouvoirs publics hongkongais jugent que la réforme du droit des sociétés doit servir avant tout l'institution, la gestion et la dissolution des sociétés²⁴⁶ et que les discussions et votes pour cette réforme ne doivent pas être pollués par les autres politiques publiques, par exemple les plans de relance ou de soutien aux PME. Ensuite, les pouvoirs publics vont mettre en œuvre, en marge de la réforme du droit des sociétés, des politiques permettant de soutenir le financement des entreprises. Enfin, les pouvoirs publics vont, en partenariat avec le secteur privé soutenir leurs politiques publiques puis rapidement encourager le marché à prendre le relais, à innover et à identifier de nouvelles solutions efficaces²⁴⁷.
85. De notre expérience hongkongaise, la problématique des besoins de financement existe quelle que soit la forme juridique choisie par l'entrepreneur. Cependant, l'immatriculation d'une *Company* plutôt que l'enregistrement d'un *sole proprietorship* ne disposant pas de la personnalité morale apporte un point favorable au dossier de demande de crédit²⁴⁸ et offre une gamme plus large de sources de financement. La *Company* unipersonnelle ne constitue pas un élément différentiel défavorable dans le dossier de demande d'un prêt bancaire par rapport à une *Company* pluripersonnelle : les établissements de crédit locaux n'acceptent généralement pas d'octroyer des prêts à une *Company* de moins de deux voire trois ans d'ancienneté commerciale qui ne peut produire des comptes annuels justifiant d'une activité suffisante génératrice de bénéfices par rapport aux besoins financiers²⁴⁹. Dans le cas contraire ou dans le cas de montants élevés par rapport au chiffre d'affaires de la *Company*, une caution de la société-mère ou de l'associé résident hongkongais²⁵⁰ sera demandée indépendamment du nombre d'associés.
86. En l'absence d'épargne personnelle suffisante ou de coups de pouce financiers offerts dans des conditions favorables et en suffisance par des proches, les entrepreneurs qui ont choisi

2003, chron. p. 1612. - adde : A. Lienhard, Loi pour l'initiative économique, quoi de neuf pour les sociétés : D. 2003, chron. p. 190. - T. Massart, Une grande réforme à petit budget : Bull. Joly 2002, p. 1361. - J. Monnet : Dr. sociétés 2003, comm. 170), l'usage de la liberté de fixation du capital est effectif." MONNET Joël, Capital social à un euro, Droit des sociétés n° 11, Novembre 2004, comm. 191.

²⁴⁶ En outre, l'évolution de la *Companies Ordinance* et du droit hongkongais des sociétés est marquée par la volonté d'assurer sécurité juridique et transparence mais aussi souplesse, clarté et intelligibilité du droit des sociétés dans le but d'élargir le champ d'application de la forme sociale pour dynamiser le tissu économique des PME et de promouvoir la compétitivité juridique internationale de Hong Kong.

²⁴⁷ Sur cette question, les pouvoirs publics hongkongais préfèrent laisser le marché agir ; les choix effectués en termes de simplicité et d'unicité du régime applicable aux *Companies* répondent à un souhait d'efficacité économique dans un contexte de capitalisme fondé sur l'entreprise privée et la liberté du marché.

²⁴⁸ De même, dans les rapports avec certains départements gouvernementaux, l'institution d'une *Company* sera reconnue comme un gage de pérennité de l'entreprise et donnera un jour favorable au dossier ; il en est ainsi par exemple des dossiers de demande de visa de travail pour les employés étrangers déposés auprès des services de l'Immigration (dénommés *Immigration Department*) ou des dossiers de demande de licence liée à une activité de restauration ou d'importation de produits alimentaires sur le territoire hongkongais ou de fabrication et de transformation de produits alimentaires (dénommés *Food and Environmental Hygiene Department*).

²⁴⁹ Exemples de source : General Financing proposé par l'établissement de crédit The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited, <http://www.commercial.hsbc.com.hk/1/2/commercial/loans/general-finance> et <http://www.commercial.hsbc.com.hk/1/2/commercial/advice-centre/raising-finance/types-finance> ; Small Business Loan proposé par l'établissement de crédit The China Construction Bank, http://www.asia.ccb.com/hongkong/english/personal_banking/loans/small_business_loan.html

²⁵⁰ Dans le cas où l'associé unique n'est pas un résident hongkongais, l'établissement de crédit peut refuser d'octroyer le prêt ou peut exiger une caution en numéraire bloquée sur un compte bancaire au lieu d'une sûreté réelle.

d'instituer une société unipersonnelle peuvent devoir avoir recours à un prêt bancaire. Or, les cautions personnelles des associés et les sûretés réelles demandées par les banquiers aux PME hébergées par une société unipersonnelle annulent de fait le principe de la responsabilité limitée de l'associé et peuvent ne pas être suffisantes étant donné que celles-ci fluctuent respectivement au gré du patrimoine personnel de l'associé et de la valeur du bien gagé, nanti ou hypothéqué. Le gouvernement hongkongais a choisi d'encourager le financement aux PME par le biais de programmes distincts des réformes du droit des sociétés : le portail général du gouvernement décrit les programmes d'aide au financement et ouvre les liens vers les départements gouvernementaux et entreprises publiques impliqués ou vers les entreprises privés (autres que les établissements de crédit) qui y contribuent spécifiquement. Le *Support and Consultation Centre for SMEs (SUCCESS)* du *Trade and Industry Department* propose conseils et ressources pour les PME²⁵¹, présente les différents programmes de financement ouverts aux PME et sert de lien entre les entrepreneurs et les institutions participants à ces programmes de financement. Un programme général de financement des PME existe²⁵² et en parallèle, trois programmes de financement spécifiques promeuvent les entreprises industrielles créatives, les entreprises innovantes dans le secteur des nouvelles technologies et les entreprises propriétaires de brevets souhaitant les protéger par le biais de dépôts local et internationaux et les exploiter²⁵³. Les instruments financiers actuels, traditionnels et récents, sont utilisés par le programme de soutien au financement des PME et font intervenir les pouvoirs publics et des entreprises publiques et privées : des subventions aux entreprises de secteurs d'activité promus par le gouvernement tels que le développement de marques sur des produits fabriqués à Hongkong et distribués à Hongkong ou sur le marché chinois continental²⁵⁴, aux PME qui améliorent les conditions de travail en terme de santé et de sécurité de leurs employés²⁵⁵, aux entreprises à but non lucratif ayant pour activité de soutenir la compétitivité des PME²⁵⁶, aux entreprises dont le lieu de principal établissement est Hongkong et souhaitant développer leurs activités à l'export²⁵⁷ ; des prêts de microfinance encadrés par un établissement public institué par le Gouvernement de Hongkong en mars 1997, la *Hong Kong Mortgage Corporation Limited*²⁵⁸; des prêts proposés dans des conditions préférentielles aux entreprises du secteur primaire²⁵⁹ ; une garantie de 50% du prêt bancaire qui est demandé par l'entreprise auprès d'un établissement de crédit

²⁵¹ À Hongkong, entrent dans la catégorie des PME les entreprises du secteur industriel fabricant employant moins de cent salariés et les entreprises d'autres secteurs non fabricant employant moins de cinquante salariés. Au mois de décembre 2013, les PME représentaient 98% des entreprises (hors pouvoirs publics) et 48% de la population active du secteur privé.

Source : http://www.success.tid.gov.hk/english/lin_sup_org/gov_dep/service_detail_6863.html.

²⁵² Source : http://www.success.tid.gov.hk/english/res_guide/ser_fac/financing/servicelist_55.html

²⁵³ Source : http://www.success.tid.gov.hk/english/res_guide/ser_fac/financing/financing.html

²⁵⁴ Sources : http://www.success.tid.gov.hk/english/lin_sup_org/ind_sup_org/service_detail_7023.html et http://www.success.tid.gov.hk/english/lin_sup_org/gov_dep/service_detail_7022.html

²⁵⁵ Source : http://www.success.tid.gov.hk/english/lin_sup_org/ind_sup_org/service_detail_6832.html

²⁵⁶ Il s'agit ici d'un fond d'aide au développement des PME, *SME Development Fund*, qui dépend du *Trade and Industry Department* du gouvernement hongkongais ; Source : http://www.smefund.tid.gov.hk/english/sdf/sdf_intro.html

²⁵⁷ Il s'agit ici d'un fond d'aide au marketing axé sur l'export des PME, *SME Export Marketing Fund*, qui dépend du *Trade and Industry Department* du gouvernement hongkongais ; Source : http://www.smefund.tid.gov.hk/english/emf/emf_objective.html

²⁵⁸ Le programme de microfinance a été lancé par la *Hong Kong Mortgage Corporation Limited* en juin 2012 en collaboration avec certains établissements de crédit et des organisations non-gouvernementales pour proposer des prêts à des entrepreneurs désireux de lancer leurs activités commerciale ou de développer leurs activités, à des employés de se mettre à leur compte ou à toute personne souhaitant développer ses compétences par une formation professionnelle ; Source : <http://www.hkmc.com.hk/eng/pcrm/ourbusiness/mf.html>

²⁵⁹ Source : https://www.success.tid.gov.hk/english/lin_sup_org/gov_dep/service_detail_5918.html

pour financer son fond de roulement ou ses investissements en équipements commerciaux²⁶⁰, la procédure fonctionne sur le principe de la caution mutuelle où l'entreprise dépose sa demande de prêt auprès de l'établissement de crédit qui traite le dossier et dépose une demande de caution auprès du *SME Loan Guarantee Scheme* du *Trade and Industry Department* ; une garantie variant entre 50% et 70% du prêt bancaire qui est demandé par l'entreprise auprès d'un établissement de crédit pour un financement (une garantie temporaire de 80% du prêt bancaire peut être obtenue dans certaines conditions et uniquement au cours de la période du 31 mai 2012 au 28 février 2015, comme un coup de pouce complémentaire du Gouvernement de Hongkong à l'économie locale)²⁶¹, la procédure fonctionne sur le principe de la caution mutuelle où l'entreprise dépose sa demande de prêt auprès de l'établissement de crédit qui traite le dossier et dépose une demande de caution auprès de la *Hong Kong Mortgage Corporation Limited* ; des assurances proposées à des conditions favorables aux petites entreprises par un établissement public dénommé *Hong Kong Export Credit Insurance Corporation*²⁶². Les incubateurs²⁶³, *business angels* et agents de capital-risque sont également largement développés à Hongkong et représentent une source très répandue de financement pour les entreprises hébergées au sein du véhicule *Company*.

87. Les initiatives publiques et privées fleurissent pour encourager les PME, quelle que soit l'entité juridique choisie pour héberger l'entreprise. Dans le cas de l'institution d'une société, SARL, SAS ou *Company*, la structure interne peut influencer peut-être sur les montants prêtés au regard de la caution qui peut être apportée par la société elle-même ou par ses associés. Cependant, au vu des développements récents des programmes ou fonds accompagnants l'accès au crédit, les associés ne sont plus seuls face aux établissements de crédit et les sources de financements sont plus variées (surtout si l'entrepreneur choisi d'héberger son entreprise au sein d'une société). C'est probablement une des raisons pour lesquelles les pouvoirs publics hongkongais et français ont élargi le champ d'application du caractère unipersonnel de la forme sociale et la raison pour laquelle le Gouvernement français a lancé l'EIRL comme antichambre de l'EURL pour inciter l'entrepreneur à se lancer (l'EIRL ne devrait probablement pas être présenté comme un outil destiné à héberger une entreprise sur le moyen terme au vu des limites de son développement, financier notamment). D'une part, la communication sur l'image de l'EIRL par rapport aux nombreux avantages de la SARL ou de la SAS unipersonnelle devrait peut-être être accentuée en ce sens. D'autre part, la simplification des obligations d'institution et de gestion d'une SARL et d'une SAS (et nous insistons, pas seulement unipersonnelles) devrait être vigoureusement effectuée et la communication devrait être accrue sur ce point afin d'encourager les entrepreneurs à choisir

²⁶⁰ Il s'agit ici d'un programme de caution sur prêt des PME, *SME Loan Guarantee Scheme*, qui dépend du *Trade and Industry Department* du Gouvernement hongkongais ; Source : http://www.smefund.tid.gov.hk/english/sgs/sgs_objective.html

²⁶¹ Il s'agit ici d'un programme de caution sur prêt à terme (ou *term loan*) et des facilités de crédit renouvelables (ou *revolving credit facility*) des PME non cotées, *SME Financing Guarantee Scheme*, lancé en janvier 2011 et qui dépend de la *Hong Kong Mortgage Corporation Limited* du Gouvernement hongkongais ; Source : http://www.smefund.tid.gov.hk/english/sgs/sgs_objective.html

²⁶² Cette *corporation* a été instituée en 1966 par la *Hong Kong Export Credit Insurance Corporation Ordinance (Cap.1115)*, une de ses missions intitulée *Small Business Policy* est destinée à mettre en œuvre la politique publique de soutien à l'export des entreprises générant un chiffre d'affaires annuel inférieur à cinquante millions de Hong Kong Dollars par la proposition d'assurances aux risques liés au défaut de paiement ; source : http://www.hkecc.com/en/policies_services_detail.aspx?service_type=policies&service_policies_id=5&indexpage=10

²⁶³ Liste d'incubateurs institués et soutenus par le Gouvernement de Hongkong et notamment par Invest Hong Kong, une administration du Gouvernement de Hongkong dédié à la promotion de l'entrepreneuriat et du territoire de Hongkong auprès des entreprises et entrepreneurs étrangers : <http://www.investhk.gov.hk/why-hong-kong/government-support-for-companies.html>

cette forme sociale plutôt que l'EIRL, dont la gestion n'est pas forcément plus simple et plus légère²⁶⁴.

88. Lors des discussions parlementaires sur la proposition de loi du 11 juillet 1985, l'alternative pour répondre à la requête des entrepreneurs individuels résidait dans une atteinte au principe de l'unicité du patrimoine ou au caractère contractuel de la formation de la société. Trente ans plus tard, ces deux principes juridiques sont battus en brèche : le patrimoine d'affection a été adopté lors de la création de l'EIRL et les sociétés unipersonnelles sont de plus en plus nombreuses. Dans le but de développer une plus grande efficacité économique, les règles juridiques doivent gagner en flexibilité pour s'adapter aux besoins du monde des affaires et aux objectifs des politiques publiques souhaitant notamment densifier le tissu des PME.

§2. La société unipersonnelle, un principe hongkongais et une exception française

89. Même si les droits français et hongkongais reconnaissent qu'une société peut n'être instituée que par une seule personne, cette reconnaissance ne se traduit pas avec la même ampleur : la société unipersonnelle est reconnue de principe en droit hongkongais (A) et constitue une exception en droit français (B).

A. Le principe hongkongais

90. Le principe directeur posé par le Committee lors de l'élaboration de son Rapport publié au mois de février 2000 était de simplifier la *Companies Ordinance (Cap.32)* ; la recherche de cette simplicité n'était cependant pas un but en soi²⁶⁵ et les buts affichés par le Committee étaient multiples et pourraient être hiérarchisés de la manière suivante : établir un régime juridique réglementaire équilibré entre le mélange de règles applicables aux sociétés par défaut et de règles applicables aux sociétés de manière impérative²⁶⁶ ; promouvoir la continuité, la stabilité et la certitude des relations commerciales²⁶⁷ ; encourager l'efficacité économique, protéger les investisseurs et assurer le développement d'un marché sain²⁶⁸ ; éviter et éliminer les complications inutiles²⁶⁹ ; assurer une constitution et une gestion des

²⁶⁴ Par exemple, l'EIRL est soumise aux mêmes obligations fiscales qu'une SARL et la gestion comptable et financière est tout aussi impérative.

²⁶⁵ Rapport du Committee, § 4.58.

²⁶⁶ Rapport du Committee, § 4.28, 4.29 and 4.35. Le Committee fait référence aux conceptions contractuelle, dite *enabling law* et institutionnelle, dite *regulatory law*, de la théorie juridique pour expliquer sa démarche de réforme du droit des sociétés hongkongais, qu'il caractérise d'*enabling*. En effet, la majeure partie des dispositions de la *Companies Ordinance* sont des règles applicables par défaut aux sociétés qui peuvent donc être modifiées ou adaptées par les *Memorandum and Articles of Association*, ce qui laisse une grande liberté aux *members*. Les règles impératives, c'est-à-dire répondant à la conception institutionnelle, dite *regulatory law*, relèvent principalement de la protection des *members* minoritaires et des créanciers. Le mélange de ces deux conceptions contractuelle et institutionnelle, dite *enabling law* et *regulatory law*, au sein du droit hongkongais des sociétés, tout en sachant que la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, est appliquée de manière prédominante, répond à un équilibre entre flexibilité et protection.

²⁶⁷ Rapport du Committee, § 4.63.

²⁶⁸ Rapport du Committee, §4.37.

²⁶⁹ Rapport du Committee, § 4.58. Afin de protéger la conception dite *enabling law* du droit hongkongais des sociétés et de limiter le développement de règles impératives inutiles portant atteinte à l'esprit de la *Companies Ordinance* (qui est, comme nous l'avons vu, le mélange d'une majorité de règles applicables par défaut et de quelques règles impératives), le *Committee* explique la procédure de test *enabling/regulatory* à mettre en œuvre afin de déterminer si le coût d'une règle impérative est contrebalancé par son (ou ses) avantage(s) : une règle de droit existante à caractère permissif doit être conservée tant que la preuve d'abus n'a pas été apportée ; une règle de droit existante à caractère impératif doit être régulièrement examinée pour déterminer si les abus qu'elle a pour but de prévenir et d'empêcher demeurent et les inconvénients qui en découlent sont plus importants que le bénéfice qui pourrait résulter du passage de cette règle impérative à une règle de droit à caractère permissif.

sociétés efficaces et optimisées financièrement²⁷⁰ ; améliorer la lisibilité de la *Companies Ordinance (Cap.32)*²⁷¹.

91. Dans le respect des principes et buts mentionnés ci-dessus, la réforme entrée en vigueur le 13 février 2004 a posé, aux termes de la section 4 de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, le principe selon lequel une ou plusieurs personnes peuvent constituer une société quelle qu'elle soit ("*Any one or more persons may [...] form an incorporated company, with or without limited liability*"). La réforme de la *Companies Ordinance (Cap.32)* répond ainsi aux buts de promouvoir l'efficacité économique, d'éviter les complications inutiles et d'assurer la lisibilité de ses dispositions ; il aurait été contre-productif de distinguer les formes de société pouvant être unipersonnelles des formes de société ne le pouvant pas, même si certaines formes de société ne seront en pratique jamais unipersonnelles comme les *listed public companies limited by shares*.
92. La reconnaissance théorique de la société unipersonnelle du droit hongkongais présente l'avantage de revêtir les traits de la simplicité mais le raisonnement juridique tenu est pour nous incorrect car les *Memorandum and Articles of Association*²⁷² ne peuvent être un contrat signé entre le *sole member* et la *Company* car cette dernière n'existe pas au moment de la signature des *Memorandum and Articles of Association* (1). Ce raisonnement erroné nous semble résulter d'une confusion entre formation et effets des *Memorandum and Articles of Association* (2).

1. Le caractère erroné de la nature contractuelle des *Memorandum and Articles of Association*

93. Le Committee fournit une justification théorique à la nature contractuelle des *Memorandum and Articles of Association* dans son rapport de février 2000 en réponse au Consultancy Report de mars 1997. Dans ce rapport, le Committee a clairement confirmé qu'il n'était pas nécessaire, suite à l'adoption du principe de l'institution d'une société unipersonnelle, de modifier la dénomination des *Memorandum and Articles of Association* en *Constitution* étant donné, notamment, que ceux-ci conservent leur nature contractuelle même en présence de la constitution d'une société unipersonnelle²⁷³. La nature contractuelle est garantie de la manière suivante : la constitution de la société résulte de la formation des *Memorandum and Articles of Association*, d'une part, par les *members* entre eux, et d'autre part, entre les *members* et la société. Dans le cas d'une société unipersonnelle, la nature contractuelle des *Memorandum*

²⁷⁰ Rapport du Committee, § 4.58.

²⁷¹ Rapport du Committee, § 4.47.

²⁷² Dans ces développements, nous nous plaçons dans le champ de la société unipersonnelle telle qu'elle a été créée par la *Companies Ordinance (Cap.32)*, c'est pourquoi nous ferons référence dans ces paragraphes aux *memorandum et articles and association* et non aux *articles of association*, qui sont nés de la réforme de la *Companies Ordinance* abolissant la plupart des dispositions de la *Companies Ordinance (Cap.32)* et créant la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

²⁷³ L'autre argument soulevé par le *Committee* pour justifier de l'absence de nécessité de modifier l'appellation *memorandum and articles of association* en *constitution* est l'économie de la loi. Il résulterait un coût jugé injustifiable pour les sociétés existantes de modifier l'appellation de leur document constitutif notamment à la lumière du fait que ce changement n'aurait pas d'effet réel sur le document constitutif. Cette explication répond également aux buts poursuivis par le *Committee* et plus largement par les pouvoirs publics d'éviter les complications inutiles et d'assurer une gestion efficace et financièrement optimisée d'une *Company* tout en évitant les coûts de gestion inutiles. Rapport du Committee, § 5.32, page 46, "Thus, it is not necessary to abolish the *Memorandum and Articles of Association (M.A.A.)* to accommodate the one-person company, but [one says] it may be appropriate to re-title the document as the "Constitution". There should be no requirement for existing companies to rename their M.A.A., since this would simply be a change in name without any real effect. The expense involved would be unjustifiable."

and Articles of Association résulte donc de la formation de ceux-ci par deux parties, c'est-à-dire le *sole member* et la société elle-même²⁷⁴.

94. Cette justification du Committee adoptée par le *Legislative Council* lors du vote de la réforme nous semble erronée car la société n'existe pas au jour de la formation des *Memorandum and Articles of Association*. Cette inexistence de la société au jour de la formation des *Memorandum and Articles of Association* résulte explicitement des dispositions de la section 16 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* au terme desquelles la société existe au jour de son immatriculation par le *Companies Registry* et implicitement des dispositions de la section 32A de la *Companies Ordinance (Cap.32)* relative aux contrats formés avant l'immatriculation de la société au nom et pour le compte de celle-ci. Le champ d'application de cette problématique des précontrats ne devrait pas couvrir les contrats conclus au nom et pour le compte de la société entre la date de la signature des *Memorandum and Articles of Association* et la date de son immatriculation si celle-ci était effectivement partie aux *Memorandum and Articles of Association* et existait à cette date ; or, ce n'est pas le cas. Ainsi, il est factice et inexact d'attribuer à la société la qualité de partie aux *Memorandum and Articles of Association*.
95. Même si le Committee puis le *Legislative Council* avaient retenu puis adopté la procédure d'immatriculation de la société dite *one-step*²⁷⁵, la justification de la nature contractuelle des *Memorandum and Articles of Association* demeurerait une fiction. Dans cette procédure *one-step*²⁷⁶, la signature des documents constitutifs de la société, hormis les *Articles of Association* (dans cette procédure, un modèle d'*articles-type* s'applique par défaut et seuls les *Memorandum of Association* sont adaptés, signés et déposés), est quasiment simultanée à l'immatriculation de la société et à la naissance de sa personnalité morale. Cependant, cette quasi-simultanéité n'emporte pas la création de la société préalablement à la signature des *Memorandum and Articles of Association*, ne serait-ce qu'à quelques minutes ou secondes, et la société ne peut être partie à l'acte qui lui donne son existence juridique.

2. La confusion entre la formation et les effets des *Memorandum and Articles of Association*

²⁷⁴ Rapport du Committee, § 5.32, page 46, "It is accepted that the title of the document, "memorandum and articles of association", will be less appropriate for a one-person company. However, the substance of the document, namely a contract among shareholders and between shareholders and the company, is unaffected. The shareholder and the company constitute two parties, the minimum needed to form a contract."

²⁷⁵ Le *Committee* a refusé cette recommandation du Consultancy Report proposant l'institution de l'immatriculation d'une société en une seule formalité (ou *one-step incorporation*) en préférant suivre la conception dite *enabling law* du droit des sociétés dont l'école de pensée retient le caractère contractuel de la société. Le principe de la liberté gouverne au choix du contenu des statuts, choix effectué par chaque entrepreneur (celui-ci peut choisir le modèle de statuts-type ou d'élaborer les statuts de sa future société) ; la mise en place de la procédure *one-step* impliquerait que cette liberté serait sacrifiée au profit de la rapidité de l'immatriculation d'une société pour tous. Rapport du Committee, § 12.22 "The contractual theory is espoused by the "enabling" school."

²⁷⁶ Cette procédure est proposée par le Consultancy Report sur le modèle de la procédure d'immatriculation d'une société aux Etats-Unis d'Amérique ; le rapport considère que la procédure hongkongaise d'immatriculation d'une société en deux étapes (signature des *memorandum and articles of association* par les *founder members* (section 4(1) de la *Companies Ordinance (Cap.32)*) puis dépôt de ce document au *Companies Registry* pour immatriculation de la société (section 15 de la *Companies Ordinance (Cap.32)*)) est dépassée et prend trop de temps (six jours à l'époque du Consultancy Report) pour être économiquement efficace ; le rapport propose l'émission du certificat d'immatriculation par le *Companies Registry* sur le dépôt d'un simple formulaire d'immatriculation présentant de brèves informations (raison sociale, adresse du siège social et forme *public* ou *private*) effectué par un *incorporator*, qui n'est pas obligatoirement *member* ou *director* de la future société et cette forme de procédure est également dénommée *concessionary* ou *status model* ; dans Consultancy Report, Recommendation 3.01, page 82.

96. Cette justification nous semble alors résulter d'une confusion entre la formation du document constitutif de la société et les effets de celui-ci.
97. En effet, au terme de la section 23 de la *Companies Ordinance (Cap.32)*²⁷⁷, les *Memorandum and Articles of Association* relèvent de la catégorie des contrats synallagmatiques faisant naître des engagements réciproques, d'une part, entre la société et chaque *member* et, d'autre part, entre chaque *member*. Les dispositions de la section 23 donnent un droit personnel de faire respecter les termes des *Memorandum and Articles of Association* à la société envers chaque *member*, à chaque *member* envers la société et à chaque *member* envers chaque autre *member*²⁷⁸. Le caractère spécifique de ce contrat est de produire des effets à l'endroit de la société qui doit en respecter les termes et les faire respecter alors même qu'elle n'est pas partie à la formation ni à la signature des *Memorandum and Articles of Association*.
98. À notre avis, le Committee a raisonné à l'envers en cherchant une justification théorique à la création de la société unipersonnelle tout en souhaitant conserver le caractère contractuel de la société : les *Memorandum and Articles of Association* produisent les effets d'un contrat synallagmatique notamment entre le (ou les) *member(s)* et la société donc le (ou les) *member(s)* et la société y sont parties.
99. Ainsi, même si le principe de la société unipersonnelle posé par la *Companies Ordinance (Cap.32)* est soutenu par une justification erronée qui laisse une incertitude quant à la nature réelle du document constitutif d'une société hongkongaise (il est intéressant de noter ici que les termes de "contrat" ou "d'accord" ne sont pas utilisés dans l'Ordinance pour définir ce document), cette erreur n'ôte pas à ce principe son intérêt quant à être un modèle d'unicité et de simplicité répondant à un souci d'efficacité économique.

B. L'exception française

100. Lors des débats tenus le 11 avril 1985 devant l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à l'adoption de la SARL unipersonnelle²⁷⁹ et de l'exploitation agricole à responsabilité limitée unipersonnelle ou pluripersonnelle²⁸⁰, des critères d'inspiration²⁸¹ ont été dégagés tels que la

²⁷⁷ Section 23 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* intitulée "Effect of memorandum and articles - General Provisions with respect to Memorandum and Articles": "(1) Subject to the provisions of this Ordinance, the memorandum and articles shall, when registered, have effect as a contract under seal- (a) between the company and each member; and (b) between a member and each other member, and shall be deemed to contain covenants on the part of the company and of each member to observe all the provisions of the memorandum and articles. (1A) Without limiting the generality of subsection (1), the memorandum and articles shall, when registered, be enforceable by the company against each member and by a member against the company and against each other member."

²⁷⁸ Companies Registry External Circular No. 1/2004 regarding the Companies (Amendment) Ordinance 2003, "Section 23(1) clarifies the contractual position of a company and its members and of each other member and gives every member a personal right to enforce the terms of the Memorandum and Articles of Association."

²⁷⁹ Article L. 223-1 du Code de commerce.

²⁸⁰ Article L. 324-1 du Code rural et de la pêche maritime ; il est notamment intéressant de noter que le sigle ne change pas que l'EARL soit unipersonnelle ou pluripersonnelle.

²⁸¹ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 142.

simplicité, la mobilité, l'innovation, l'imagination et la souplesse²⁸², sans oublier la sécurité²⁸³ et la protection des tiers²⁸⁴.

101. Le raisonnement juridique appliqué à la reconnaissance de la société unipersonnelle est plus complexe que le raisonnement hongkongais. Tout d'abord, cette reconnaissance est exceptionnelle et encadrée par la loi (1). Ensuite, cette reconnaissance tente de coller à la réalité car deux cas de figure sont distingués : les statuts sont un contrat quand il y a deux associés et un acte unilatéral quand il n'y a qu'un seul associé. Afin d'unifier le régime juridique applicable aux statuts et de simplifier le droit français des sociétés, nous pensons qu'il serait pertinent de considérer que tous les statuts relèvent de la même catégorie juridique (comme à Hongkong) et qu'ils constituent un acte unilatéral (corrigeant ainsi l'erreur de la conception unitaire hongkongaise du régime contractuel des *Memorandum and Articles of Association*) (2). Les critères d'inspiration mentionnés ci-dessus permettraient aujourd'hui de dépasser les réformes votées en 1985 et en 1999²⁸⁵ dans le but de renforcer l'unicité et la lisibilité du droit français.

1. La société unipersonnelle, une exception au principe de la nature contractuelle des statuts

102. Même s'il est possible de constituer une société unipersonnelle en droit français, le principe demeure la constitution d'une société par deux personnes au moins et seules certaines formes de société peuvent être instituées par une seule personne. En effet, le premier alinéa de l'article 1832 du Code civil dispose que "La société est instituée par deux ou plusieurs personnes". L'institution d'une société unipersonnelle n'est prévue qu'au second alinéa et les termes de celui-ci sont très restrictifs²⁸⁶, c'est-à-dire qu'une société unipersonnelle ne peut être instituée que dans les cas prévus par la loi. Ces cas prévus par la loi ne sont à ce jour qu'au nombre de trois²⁸⁷ alors qu'il existe au moins une douzaine de formes de sociétés différentes. En d'autres termes, la société unipersonnelle constitue une exception au droit commun des

²⁸² Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, pages 140 et 142.

²⁸³ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 140.

²⁸⁴ Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, Journal officiel de la République française, 12 avril 1985, page 143.

²⁸⁵ Cette réforme, ayant été particulièrement rapide et n'ayant pas été préparée ni discutée dans le cadre d'une réforme du droit des sociétés, n'a pas abouti à élever au rang de principe la société unipersonnelle ; nous partageons l'opinion de certains auteurs sur cette réforme (tel que celle de Monsieur Yves GUYON dans son article intitulé L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3) et publié dans la Revue des sociétés 1999, page 505 : "Ainsi l'article 13 de la loi du 12 juillet 1999 est novateur parce qu'il étend le domaine des SAS mais limité puisqu'il ne généralise pas les sociétés unipersonnelles. Ce contraste est sans doute inhérent au caractère précipité de toute réforme résultant de l'utilisation de « cavaliers législatifs ». De tels bricolages ne sont pas inutiles car ils permettent de gagner du temps ce qui, en l'espèce, était précieux compte tenu des handicaps résultant de la lourdeur du droit français des sociétés. Mais de tels replâtrages ne peuvent aboutir à des solutions aussi satisfaisantes que des constructions mieux élaborées."

²⁸⁶ Article 1832 du Code civil, alinéa 2 : "Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne."

²⁸⁷ Parmi ces trois sociétés unipersonnelles, deux sont commerciales par la forme, c'est-à-dire l'EURL (article L.223-1 du Code de commerce) et la SASU (article L.227-1 du Code de commerce) et la troisième est une société civile par la forme, il s'agit de l'EARL (article L.324-1 du Code rural et de la pêche maritime). Il est à noter qu'une entreprise d'exercice libéral peut être hébergée au sein d'une SARL, d'une SA ou d'une SCA en vertu de l'article 1 de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales modifié par l'article 31 de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité d la procédure pénale.

sociétés et le champ d'application du caractère unipersonnel d'une société est législativement restreint.

103. À l'héritage de la société à caractère contractuel, tel qu'il résulte de la lecture de l'article 1832 du Code civil avant la réforme mise en œuvre par la loi n°85-697 du 11 juillet 1985 et d'une pratique étendue dans le temps, s'opposent la modernité économique et les besoins contemporains du monde des affaires. Lors des réformes du droit des sociétés, il pourrait sembler que l'héritage et la culture juridiques soient plus prégnants en droit français alors que l'exigence économique est plus forte en droit hongkongais²⁸⁸. La preuve de cette différence culturelle entre la France et Hongkong est la mise en œuvre de l'ouverture de l'outil société à un seul entrepreneur : Hongkong a modifié sa législation de manière à ce que toutes les sociétés puissent être théoriquement unipersonnelles ; la France n'a consenti la société unipersonnelle que de manière restreinte et celle-ci fait l'objet d'une discrimination (par exemple, la discrimination relevant du fait des sigles spécifiques – EURL et SASU). En cela, l'exemple hongkongais serait à suivre ; le caractère unipersonnel de la société pourrait illustrer la simplification et l'unification du droit français et ce caractère pourrait être élevé au rang de principe applicable à toutes les sociétés.

2. Le maintien du caractère uniquement contractuel de la formation des sociétés, un principe à renverser

104. La rédaction de l'article 1832 du Code civil telle qu'elle résulte de la loi n°85-697 du 11 juillet 1985 pourrait permettre une interprétation unifiée et simplifiée de l'institution d'une société en dépit du fait qu'au regard des termes de cet article les pouvoirs publics français n'aient pas osé remettre en cause le dogme de la société au fondement contractuel. C'est ce dogme que nous souhaitons maintenant discuter au profit de la forme sociale utilisée comme outil par le ou les entrepreneurs et instituée par un acte unilatéral.
105. En effet, la société est pour nous un outil technique destiné à être utilisé par le ou les entrepreneurs pour accueillir et développer leur entreprise, pour y investir des biens et leur industrie et pour être identifiable et visible des tiers. Cet outil, pour être efficace, doit exiger peu de temps de préparation et de négociation au profit du temps passé à développer l'entreprise commerciale. La procédure d'immatriculation d'une société hongkongaise répond exactement à ce souci en proposant une procédure d'immatriculation à caractère institutionnel en parallèle d'une procédure à caractère contractuel si les futurs associés le souhaitent. Toutefois, l'exemple hongkongais ne serait pas à suivre en tous points car nous ne partageons pas la qualification contractuelle de la nature de l'acte fondateur de la *Company*.
106. L'article 1832 du Code civil permettrait en effet de faire primer le caractère institutionnel de la formation de la société²⁸⁹ qui serait, à notre avis, plus en adéquation avec la réalité de

²⁸⁸ Il est intéressant de noter que cette différence culturelle est identifiable dans d'autres champs d'intervention des politiques publiques : la France est reconnue pour ses monuments historiques et le pouvoir des architectes des monuments historiques est fortement développé quant au contrôle applicable à la rénovation de bâtiments historiques ou de bâtiments situés dans un certain périmètre défini à partir d'un monument historique ; Hongkong ne s'encombre que très peu de ses monuments historiques, il les détruit purement et simplement, il les déplace (certains bâtiments anciennement situés dans le cœur économique de la ville ont été déconstruits pierre par pierre puis stockés dans des entrepôts, parfois pendant de nombreuses années, avant d'être reconstruits dans des lieux qualifiés de lieux touristiques) ou il les rénove en en gardant les murs de quelques étages pour y intégrer une construction moderne de plusieurs dizaines d'étages.

²⁸⁹ L'article 1832 du Code civil utilise le verbe "instituer" et non "constituer" au sujet de la société ; l'utilisation de ce verbe n'est pas anodine comme en témoignent les débats entre l'Assemblée nationale et le Sénat sur l'élaboration de la loi n°85-697. L'article 1832 ne dispose plus "La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le

l'institution d'une société. Les conséquences de la primauté du caractère institutionnel de la formation de la société auraient deux volets. Un premier volet théorique permettrait de qualifier les statuts d'acte unilatéral pour toutes les sociétés et d'adopter le pragmatisme avéré du principe général du caractère unipersonnel des sociétés. Un deuxième volet pratique permettrait de libérer le ou les entrepreneurs du temps nécessaire à la rédaction de statuts lors de l'institution de leur société par l'adoption de statuts-type. Toutefois, afin de garantir la liberté des entrepreneurs futurs associés et en suivant la pensée directrice de la théorie juridique de l'*enabling law*, le modèle de statuts-type ne serait applicable que par défaut ou suite au choix affirmé des futurs associés. Ce caractère non impératif de l'application de statuts-type conserve la liberté des futurs associés également quant au contenu des statuts et le ou les entrepreneurs qui le souhaitent pourraient tout à fait adopter des statuts adaptés à leur société (c'est aussi en cela que nous favoriserions le rapprochement des régimes juridiques de la SARL et de la SAS où l'application de statuts-type aurait pour origine les règles impératives afférentes à l'organisation et à la gestion de la SARL et le choix pour la rédaction de statuts spécifiques aurait pour origine les peu nombreuses règles impératives de la SAS laissant une plus grande liberté contractuelle aux futurs associés). Le document constitutif d'une société serait dans sa formation un acte unilatéral, indistinctement que celle-ci soit unipersonnelle ou pluripersonnelle, résultant de la manifestation de la volonté du futur associé unique (entrepreneur personne physique ou personne morale) ou de la masse unique des futurs associés (entrepreneurs personnes physiques ou personnes morales) d'instituer une société. Comme il peut exister la masse des obligataires, les partenaires d'affaires qui signent les statuts constitueraient une masse unique. Ces partenaires signent un acte unilatéral où une seule volonté commune existe, celle de constituer une société, outil juridique de l'exploitation de l'entreprise.

107. Nous ne sommes pas certaine que la société unipersonnelle instituée par un acte unilatéral soit contraire à la lettre du premier alinéa de l'article 1832 du Code civil. En effet, ce premier alinéa pourrait être lu en distinguant de manière temporelle deux segments. Certes "la société est instituée par deux ou plusieurs personnes". Cette institution résulte d'un acte unilatéral car, au préalable, ces personnes "conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune" leurs apports. Les décisions de définir l'entreprise commune et d'affecter à cette entreprise commune sont antérieures à l'institution de la société. Ce sont ces décisions qui constituent le contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes préalablement à l'institution de la société pluripersonnelle. Ce contrat est généralement oral et peut prendre diverses appellations quand il est transposé par écrit tel que pacte d'actionnaires, pacte d'associés ou accord de *joint-venture*. Les entrepreneurs décident conjointement d'héberger cette entreprise commune au sein de l'outil juridique société. C'est ensuite par un acte unilatéral et non conventionnel que ces personnes instituent la société pour accueillir leur entreprise commune. Il en ressort que l'acte unilatéral d'institution de la société ne se conçoit pas isolément de la décision de développer une entreprise commune ou non²⁹⁰. La société est instituée par plusieurs

bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter" mais "La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie [...]" . Voir notamment le tableau comparatif du rapport n°287 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par Monsieur Jean Arthuis, Sénateur, établi lors des discussions sur la loi n°85-697.

²⁹⁰ Cette remarque soulève la question de l'existence d'une entreprise commune dans les sociétés immatriculées à Hongkong dans l'unique but d'être vendues. Le prestataire de service qui immatricule une *Company* n'a aucunement l'intention d'héberger une entreprise au sein de celle-ci. L'immatriculation et la vente de la *Company* constitue l'entreprise du prestataire de service. Ainsi, en droit hongkongais des sociétés, l'acte unilatéral visant à immatriculer une *Company* est isolé de l'acte conventionnel ou de l'acte unilatéral constituant une entreprise. Il semble alors qu'en droit français le commerce de sociétés ne soit pas envisageable, à moins de

personnes exprimant une même volonté, celle de constituer une société, et "détermine des effets de droit"²⁹¹ ; il n'y a pas à notre avis dans l'acte constitutif d'une société dotée de la personnalité morale de conciliation d'intérêts contradictoires²⁹². *In fine*, cette interprétation en deux segments du premier alinéa de l'article 1832 du Code civil permettrait de consacrer la nature d'acte unilatéral des statuts d'une société que celle-ci soit pluripersonnelle ou unipersonnelle, de ne pas empêcher la consécration du principe unipersonnel de toute société et d'établir le caractère concomitant de la naissance de la société et de sa personnalité morale comme nous le recommanderons dans des développements ultérieurs.

108. Quant aux effets de cet acte unilatéral, nous ne doutons que peu du fait qu'il soit "susceptible d'être générateur d'obligation, c'est-à-dire qu'il peut faire naître une dette à la charge de son auteur"²⁹³. Le futur associé s'engage à contribuer au capital de la société, quelle que soit la nature de cette contribution (en numéraire, en nature ou en industrie) et s'engage à respecter certaines obligations à l'égard de la personne morale créée par cet acte unilatéral en respectant les conditions de fond et de forme. Cependant, il convient de noter que les associés ne peuvent être créanciers contre leur gré et, par exemple, les mécanismes mis en place dans le cadre d'une volonté d'augmenter le capital social d'une SARL ou d'une SAS illustrent bien le respect de cette règle. Quant à la catégorie de cet acte unilatéral, celui-ci est définitivement un acte unilatéral simple lorsqu'une seule personne institue la SARL ou la SAS et un acte unilatéral complexe²⁹⁴ lorsque plusieurs personnes instituent une société. Parmi les deux catégories d'acte unilatéral complexe, nous penchons pour un acte unilatéral conjonctif plutôt que pour un acte unilatéral collectif. En effet, nous comprenons le raisonnement qui conduit à catégoriser les statuts d'une SARL ou d'une SAS pluripersonnelle d'acte unilatéral complexe étant donné qu'il "naît de la fusion ou de la conjonction de volontés qui, poursuivant le même objet, étant sous-tendues par le même intérêt, ne représentent pas des parties adverses comme c'est le cas dans le contrat, mais forment une partie unique et plurale"²⁹⁵. L'acte unilatéral collectif se distinguerait de l'acte unilatéral conjonctif à deux points de vue qui nous intéressent ici. Le premier est que la formation de l'acte unilatéral collectif émanerait d'une pluralité de personnes regroupées au sein d'une manifestation collégiale formellement organisée fusionnant les volontés individuelles en une expression unique vis-à-vis des tiers²⁹⁶ alors que la formation d'un acte unilatéral conjonctif résulterait de la conjonction de la volonté de plusieurs personnes, volonté demeurant plurale vis-à-vis des tiers²⁹⁷. Nous

reconnaître que l'entreprise d'instituer une société dans le but de la vendre puisse être également l'entreprise de cette société.

²⁹¹ FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Droit Civil, Les Obligations*, 1. L'acte juridique, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1996, page 362, point 497.

²⁹² FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Droit Civil, Les Obligations*, 1. L'acte juridique, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1996, page 362, point 497, citant Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Toulouse, 1951.

²⁹³ Cette question est soulevée dans la mesure où la Code civil ne dit pas si l'acte unilatéral est susceptible d'être générateur d'obligation et est discutée dans FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Droit Civil, Les Obligations*, 1. L'acte juridique, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1996, page 362, point 497.

²⁹⁴ BRENNER Claude, *Acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Date de mise à jour : janvier 2013, point 175.

²⁹⁵ BRENNER Claude, *Acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Date de mise à jour : janvier 2013, point 175.

²⁹⁶ Par exemple, une assemblée d'une société ; exemple cité dans BRENNER Claude, *Acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Date de mise à jour : janvier 2013, point 177.

²⁹⁷ Citation reprenant CABRILLAC Rémy, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Thèse, Montpellier 1989, Publication 1990 LGDJ : "À l'instar de l'acte collectif, l'acte conjonctif rassemble plusieurs personnes au sein d'une même partie. Il s'en distingue par le fait que les coparticipants n'étant pas membres d'un groupement dans lequel l'expression de la volonté collective est formellement organisée (société, association, GIE...), il n'opère pas une fusion des volontés individuelles : même vis-à-vis de l'extérieur, la partie composée demeure irréductiblement plurale", BRENNER Claude, *Acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Date de mise à jour : janvier 2013, point 178.

pourrions alors retenir la catégorie d'acte unilatéral conjonctif pour qualifier les statuts dans leur formation dans la mesure où les associés ne constituent pas une masse unique dont émane une seule volonté fusionnée (contrairement à la prise de décision dans les assemblées générales). En outre, l'expression de cette pluralité pourrait être le fait que chaque futur associé signe les statuts et non un seul futur associé représentant la masse des futurs associés. Le deuxième est que l'acte unilatéral collectif répond à la règle du principe majoritaire alors que l'acte unilatéral conjonctif obéit plutôt à la règle de l'unanimité²⁹⁸. Les règles applicables en matière de modification des statuts ne sont pas identiques entre SARL et SAS. Dans le cas d'une SARL, les règles ont été modifiées à compter du 4 août 2005 ; un quorum de la majorité des deux tiers des parts sociales des associés présents suffit et l'unanimité n'est pas la règle mais celle-ci peut parfois être exigée (par exemple, une décision prise à l'unanimité des associés est exigée pour modifier le montant du capital social et augmenter les engagements des associés²⁹⁹). Dans le cas d'une SAS, les statuts fixent les modalités dans lesquels ils sont modifiés ; une décision des associés adoptée à l'unanimité n'est donc pas la règle mais celle-ci est parfois exigée en vertu des règles de la SA applicables par défaut (par exemple, une décision prise à l'unanimité des associés est exigée pour changer le droit applicable à celle-ci). Ainsi, au vu de cette deuxième différenciation, les statuts d'une SARL ou d'une SAS pluripersonnelle pourraient plutôt constituer un acte unilatéral collectif. Cependant, il nous semble que l'esprit de la modification des statuts, notamment suite à l'entrée en vigueur de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, tend à protéger la volonté des associés et qu'une majorité qualifiée doublée d'une exigence de quorum, voire l'unanimité, tend à constituer la règle plutôt que la majorité simple³⁰⁰.

109. Le fait que l'article 1832 du Code civil n'ait pas prévu à son origine l'institution d'une société par une seule personne n'est pas un argument suffisant pour rejeter la place grandissante du caractère institutionnel de la société et le fait que la société naisse d'un acte unilatéral ; la pratique et les besoins économiques évoluent et le droit doit pouvoir répondre à ces évolutions³⁰¹ de manière à proposer aux entrepreneurs les outils juridiques nécessaires au développement de leur entreprise. Un argument complémentaire relevant de la modification des statuts pourrait jouer en faveur de la qualification des statuts d'acte unilatéral. Le gérant d'une SARL peut modifier seul le contenu des statuts³⁰² alors qu'il n'est pas partie aux statuts et qu'il ne dispose pas d'un mandat de la masse des associés pour effectuer une telle modification. Même si cette modification est effectuée sous réserve de ratification par les

²⁹⁸ BRENNER Claude, Acte juridique, Répertoire de droit civil, Dalloz, Date de mise à jour : janvier 2013, point 178.

²⁹⁹ Alinéa 6 de l'article L. 223-30 du Code de commerce.

³⁰⁰ Dans le cas d'une SARL et depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, seul le déplacement du siège social ne peut faire l'objet d'une mention dans les statuts exigeant une décision à l'unanimité en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 223-30 du Code de commerce. Dans le cas de la SAS, l'article L. 227-19 du Code de commerce démontre cette tendance à exiger l'unanimité.

³⁰¹ Lire en ce sens, les débats du Sénat du 22 mai 1985 et la position du Ministre du commerce, de l'artisanat et du tourisme, Journal officiel de la République française, Débats parlementaires, Sénat, Année 1985, numéro 20 S (C.R.), Jeudi 23 mai 1985, page 649 : "L'évolution récente de la notion de société permet d'envisager une modification de l'article 1832 du Code civil qui prenne en compte la réalité née de la pratique : le contrat de société a été de plus en plus réglementé par des dispositions impératives et obligatoires au point que la société, qui était en effet considérée comme un contrat au moment du Code civil, a eu tendance de plus en plus à devenir une institution à laquelle on adhère. Comme je l'ai dit devant l'Assemblée nationale, si j'achète une action d'une société anonyme, comme le Club Méditerranée, on ne dira pas que je passe réellement un contrat avec M. Gilbert Trigano. En réalité, j'achète une action ; je sais que je suis protégé par la loi sur les sociétés anonymes, par les statuts de la société ; finalement, j'adhère à une institution beaucoup plus que je ne passe un contrat avec le P.-D.G. de cette société anonyme. Les règles de création et de fonctionnement des sociétés sont, dans leur ensemble, préétablies par la loi au point que la manifestation de volonté des futurs associés se limite en fait et pour l'essentiel à une adhésion à un dispositif légal."

³⁰² Article L. 223-18 du Code de commerce.

associés, cette possibilité offerte au gérant nous semble révéler que les statuts relèvent plus de la catégorie des actes unilatéraux que des contrats. Les statuts seraient même un acte unilatéral spécial dans la mesure où une fois en vigueur, il appartiendrait à la SARL ou à la SAS et il pourrait être modifié par le gérant ou le président en ce qui concerne certains aspects (par exemple, le changement de l'adresse du siège social sur le territoire français³⁰³) et par les associés à des majorités variées sur d'autres aspects.

110. Cette interprétation de l'article 1832 du Code civil permettrait de poser *in fine* le principe général selon lequel toutes les sociétés peuvent être unipersonnelles³⁰⁴ en reconnaissant que celles-ci sont instituées par un acte unilatéral sans créer de dichotomie entre les sociétés unipersonnelles nées d'un acte unilatéral et les sociétés pluripersonnelles nées d'un acte conventionnel. Cette interprétation est unificatrice et simplificatrice en ce qu'elle encourage l'option laissée à la discrétion et à la liberté des entrepreneurs de choisir un modèle de statuts-type applicable par défaut à leur société tout en se concentrant sur les aspects économiques de leur entreprise. Le modèle de statuts-type ne constitue pas une atteinte à la liberté des partenaires ou futurs associés ; ce modèle est applicable par défaut et à tout moment les associés peuvent choisir d'adopter d'autres statuts rédigés de manière à répondre à des exigences particulières. Nous pourrions proposer une nouvelle rédaction de l'article 1832 du Code civil :

La société est instituée par un acte résultant d'une seule volonté exprimée par une ou plusieurs personnes, qui ont convenu d'affecter à une entreprise des biens ou leur industrie en vue de dégager des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. L'associé unique ou les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

OU

La société est instituée par un acte résultant d'une seule volonté exprimée par une ou plusieurs personnes ; cet acte est dénommé statuts. La société héberge l'entreprise à laquelle l'associé unique ou les associés ont convenu d'affecter des biens ou leur industrie en vue de dégager des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. L'associé unique ou les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

111. Sur le modèle du droit hongkongais des sociétés, le droit français pourrait consacrer la société comme étant une technique juridique d'organisation de l'entreprise³⁰⁵ en posant le principe général selon lequel toutes les sociétés peuvent être unipersonnelles³⁰⁶ et en faisant

³⁰³ Article L. 223-18 du Code de commerce, modifié par l'article 212 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques publiée au Journal officiel de la République française n°0181 du 7 août 2015, page 13537. L'ancienne écriture du huitième alinéa de l'article L. 223-18 autorisait la modification de l'adresse du siège social dans le même département ou d'un département à un autre département limitrophe. Cet élargissement des pouvoirs du gérant de la SARL emporte des conséquences quant à la compétence territoriale des tribunaux et quant au droit applicable parfois différent entre certains départements français.

³⁰⁴ L'interprétation doctrinale de la loi du 11 juillet 1985 propose deux visions de la réforme permettant à un entrepreneur seul d'instituer une société pour héberger son entreprise : " - soit on insiste sur l'hérésie qui consiste à faire une société avec un seul associé, et l'on est tenté de parler de détournement de la société au profit de l'entreprise ; - soit on considère que toute société d'un seul a l'avantage de pouvoir devenir à tout moment plurale, et l'on souligne l'aptitude particulière de la société à réunir et à multiplier.", LE CANNU Paul, L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, *Revue des sociétés*, 1996, page 485, §24. Nous partageons la deuxième vision de l'interprétation doctrinale et la généralisation du caractère unipersonnel d'une société, quelle qu'en soit la forme, entrerait parfaitement dans cette vision positive.

³⁰⁵ DAIGRE Jean-Jacques, La société unipersonnelle en droit français, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 42 N°2, avril-juin 1990. pp. 665-676.

³⁰⁶ "Même si elle n'est pas dénuée d'intérêt, l'instauration des SASU fait figure de demi-mesure. Rien ne s'opposerait à une admission généralisée des sociétés unipersonnelles, y compris dans les cas où l'associé est tenu personnellement du passif social, car la limitation de responsabilité n'est pas toujours le seul motif à

disparaître la discrimination qui pèse sur les SARL et SAS unipersonnelles, en unifiant les règles applicables aux sociétés en matière d'acte constitutif et en proposant un modèle de statuts-type applicable par défaut pour les SARL et les SAS sans distinction du caractère unipersonnel ou non de celles-ci. Le droit français pourrait se libérer de principes juridiques posés dans un environnement économique et une pensée juridique différents de ceux que nous connaissons aujourd'hui. Il serait profitable qu'à la lumière de l'efficacité hongkongaise certains principes *a priori* immuables du droit français soient passés au test de l'utilité et de l'efficacité, dit *enabling test*, dont celui du caractère pluripersonnel des sociétés.

l'origine de la constitution d'une société unipersonnelle.", GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), *Revue des sociétés*, 1999, page 505.

Section 2. La liberté statutaire, un enjeu de la simplification du droit français guidée par l'efficacité économique du droit hongkongais

112. La liberté statutaire représente la marge de manœuvre dont disposent le ou les futurs associés pour structurer et organiser leur future société dans les statuts de celle-ci. Cette liberté n'est pas posée en tant que telle par le droit français des sociétés et celui-ci définit pour chaque forme de société les règles applicables au contenu des statuts. Le degré de liberté statutaire varie donc d'une forme de société à une autre et ce degré est historiquement faible du fait du fort interventionnisme de l'État dans la gestion interne des sociétés. En opposition à cet interventionnisme historique, les praticiens ont réclamé au cours des dernières décennies la libéralisation de l'organisation interne des sociétés commerciales et leurs efforts ont conduit à la création d'une nouvelle forme de société, la SAS, dont l'organisation de la gestion interne est laissée à la discrétion des futurs associés dans la mesure où celle-ci est indiquée dans les statuts³⁰⁷. Comparativement, Hongkong serait le pays de la liberté statutaire posée en principe par la loi dans la mesure où les *articles* d'une *Company* peuvent être entièrement rédigés à la discrétion des futurs *members* dans la limite des règles impératives de la *Companies Ordinance* qui sont justement peu nombreuses en application de la conception contractuelle du droit, dite de l'*enabling law*, par les pouvoirs publics hongkongais. La pratique montre que les futurs associés d'une *Company* ne font qu'un usage parcimonieux de la liberté qui leur est offerte. Cette différence notable entre les ordres juridiques français et hongkongais, dont l'objectif est pourtant identique de protéger les associés et les tiers³⁰⁸, révèle une différence de culture juridique (§1) qui pourrait être source de riches enseignements dans le but de simplifier l'élaboration des statuts d'une société fermée à risque limité par la proposition de statuts-type tout en préservant la liberté des futurs associés d'une telle société (§2).

§1. Un contraste entre les droits français et hongkongais sur le degré de liberté statutaire

113. La conception retenue à Hongkong est celle d'une liberté statutaire de grande envergure posée par la section 75 de l'Ordonnance. Cependant, même si cette grande liberté statutaire existe, elle est en pratique utilisée par une minorité, les entrepreneurs préférant généralement reprendre le modèle d'*articles*-type proposé par la *Companies Ordinance* pour des motivations diverses liées au coût et au temps de préparation et de négociation de statuts *ad hoc* (A). Contrairement à cette unicité libérale du régime applicable aux *articles* des sociétés hongkongaises, les sociétés fermées à risque limité françaises offrent deux conceptions opposées de la liberté statutaire (B) : aucun article relatif à la SARL ne pose le principe de la liberté statutaire et les articles du Code de commerce relatifs à cette forme de société traitent des statuts par petites touches sur chaque thème que ceux-ci doivent mentionner ; les entrepreneurs souhaitant instituer une SAS disposent d'une liberté statutaire de principe

³⁰⁷ CHAMPAUD Claude, DANET Didier, Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle (loi n°99-587 du 12 juillet 1999), Revue trimestrielle de droit commercial, 1999 p. 872, "Le cadre juridique proposé par l'article 3 de la loi du 12 juillet 1999 se caractérise avant tout par le plus grand degré de liberté jamais laissé aux juristes depuis bien longtemps pour organiser juridiquement une structure juridique d'entreprise. Cette liberté ne se réduit pas à l'institution d'une société unipersonnelle, technique au demeurant familière aux entrepreneurs et à leurs conseils depuis l'institution de l'EURL par la loi du 11 juillet 1985, soit pratiquement 14 ans jour pour jour avant la SASUP. Elle s'applique aussi aux SAS pluripersonnelles."

³⁰⁸ GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), Revue des sociétés, 1999, page 505, "Et c'est incontestablement le cas puisque le législateur abandonne les vieux démons du soupçon et de l'hyperréglementation soi-disant justifiée par la protection des associés et des tiers, mais qui allait bien au-delà. Le droit français admet enfin qu'une société, dont les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport, peut être organisée sur des bases qui, pour l'essentiel, résultent de la volonté des actionnaires."

prévue par l'article L. 227-5 du Code de commerce et cette liberté est ensuite encadrée par thème par les autres articles du Code de commerce applicables à la SAS.

A. Une grande liberté statutaire faiblement mise en œuvre à Hongkong

114. En vertu de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, les statuts d'une *Company* contiennent deux parties distinctes, les *memorandum of association* et les *articles of association*. L'Ordinance entrée en vigueur le 3 mars 2014 a simplifié cette dichotomie des statuts des sociétés hongkongaises ; les *memorandum* sont désormais intégrés aux *articles*. À compter de la date d'entrée en vigueur de l'Ordinance, lors de sa demande d'immatriculation auprès du *Companies Registry*, une *Company* dépose simplement des *articles of association*, qui constituent un document écrit ; ces *articles* sont publiés et consultables pour tout un chacun. Les *Companies* immatriculées sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)* et qui n'ont pas expressément adopté de nouveaux *articles* (ce qui n'est pas obligatoire) conservent des *memorandum*, qui sont très courts et définissent principalement la dénomination, la forme et le capital social de la *Company*, et des *articles*, qui peuvent être plus ou moins longs (de sept à soixante pages en moyenne) et qui ne définissent que les relations entre la *Company* et ses *members* et la *Company* et ses *directors* (aucun terme n'a généralement trait aux relations entre *members* telle que l'organisation de droit de préemption lors de cession de parts sociales ou d'autres droits attachés aux parts sociales ou aux cessions de parts sociales). Nous nous tiendrons à l'étude des *articles of association* tels qu'ils sont mis en place par l'Ordinance.
115. Les *articles of association* contiennent les règles relatives au fonctionnement de la société³⁰⁹ et se distinguent du *shareholders' agreement* sur plusieurs aspects. D'une part, le *shareholders' agreement* est un document privé soumis au droit des contrats³¹⁰ (il n'est pas obligatoire que celui-ci soit retranscrit par écrit³¹¹ mais un *shareholders' agreement* conclu par oral est fortement déconseillé pour des raisons évidentes de preuve) qui ne fait généralement pas l'objet d'une publicité au *Companies Registry* contrairement aux *articles*. Les *articles of association* constituent un acte unilatéral publié au *Companies Registry* auquel le droit des contrats ne s'applique que partiellement : le droit des contrats s'applique aux effets des *articles of association*³¹² et non à la légalité de leur formation qui est encadrée par l'Ordinance³¹³. Il en résulte que le *shareholders' agreement* peut stipuler des termes qui ne

³⁰⁹ Section 75 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "A company must have articles prescribing regulations for the company."

³¹⁰ GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, page 79, item 3-31.

³¹¹ BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 326, item 13.012.

³¹² Les termes des *articles of association* sont alors interprétés conformément aux règles hongkongaises usuelles gouvernant l'interprétation des contrats, *Towcester Racecourse v Racecourse Association* [2003] 1 BCLC 260 per Patten J at 268, applied in *Hong Kong Rifle Association v Hong Kong Shooting Association* [2007] 4 HKLRD 121, BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 28, item 2.013.

³¹³ À titre de comparaison, en droit britannique, le *contract (right of third parties) act 1999* ne s'applique pas aux *memorandum and articles of association* ; il en résulte, en vertu du *Hickman Principle*, que "*non-members are not permitted to enforce rights in their favour contained in the articles of association (for instance directors)*", GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, page 74, item 3-24. Par contre, le droit britannique applique aux *memorandum and articles of association* le droit des contrats standards (*standard contract law*) pour utiliser ou non certaines interprétations de ce droit aux *memorandum and articles of association* (par exemple, la théorie de l'interprétation des stipulations expresses du contrat en référence aux termes implicites du contrat résultant de la volonté des parties manifestée lors des négociations ne s'applique pas aux statuts), GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, page 70, item 3-19.

peuvent pas être insérés dans les *articles* (sauf à ce que les stipulations du *shareholders' agreement* poursuivent un but illégal³¹⁴) et des termes qui ne sont pas usuellement inclus dans les *articles*. Par exemple, le *shareholders' agreement* contient les règles régissant les rapports entre *members*, les rapports entre *members* et *directors* et le cas échéant entre *directors*. D'autre part, les *articles of association* ont une application temporelle égale à la durée de vie de la *Company* et constituent le pilier du fonctionnement interne de la *Company* alors que le *shareholders' agreement* cesse d'être applicable par exemple au jour où la *Company* n'est plus constituée que d'un seul et unique *member* ; sa durée de vie peut donc être plus courte que celle des *articles*. Il en résulte que les nouveaux *members* de la *Company* ne sont pas automatiquement parties au *shareholders' agreement* alors qu'ils sont automatiquement soumis aux termes des *articles*.

116. Les règles applicables à la formation des *articles of association* résultent de l'Ordonnance et offrent une grande liberté aux *members* (1) qui n'en font pas fréquemment l'usage du fait de la proposition d'un modèle d'*articles-type* et du recours important au *shareholders' agreement* (2).

1. Une grande liberté statutaire légale confirmée lors de la simplification de la *Companies Ordinance*

117. La simplification apportée par l'Ordonnance réside dans la forme des statuts des *Companies* (a) et dans leur contenu (b).

a. La simplification de la forme des statuts d'une *Company*

118. L'Ordonnance a simplifié les *memorandum and articles of association* des sociétés hongkongaises qui ne constituent plus qu'un document unique intitulé *articles of association*³¹⁵. Cette intégration nous paraît être une simplification pertinente posant l'unité des statuts d'une *Company*. Au cours de notre pratique en cabinet d'avocats à Hongkong, la dichotomie existante entre *memorandum* et *articles* nous avait toujours semblé surprenante voire inutile.

119. À notre sens, le premier motif qui justifiait cette dichotomie était la possibilité offerte à la *Company*³¹⁶ de modifier les termes de ces deux documents après l'immatriculation de la *Company* : la modification quant au fond, à la forme et à l'étendue des termes des *memorandum* était strictement encadrée par la section 7 de la *Companies Ordinance* (Cap.32)³¹⁷, c'est-à-dire que la *Company* n'était pas libre de modifier les termes des *memorandum* ; la *Company* était toutefois libre de modifier les termes des *articles* par une

³¹⁴ Dans l'éventualité où un *shareholders' agreement* poursuivrait "*an unlawful purpose*", c'est-à-dire que ce contrat serait formé en contradiction avec la section 67(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) qui dispose qu'une société ne peut être formée que pour un "*lawful purpose*", ce *shareholders' agreement* serait nul car illégal et pourrait même constituer un acte entraînant la responsabilité pénale des parties ; en d'autres termes, l'exigence posée par la section 67(2) quant à la formation de la *Company* doit être respectée lors de la formation du *shareholders' agreement* et cette disposition pourrait être caractérisée de disposition d'ordre public même si cette notion n'existe pas en droit hongkongais.

³¹⁵ Sections 75 et suivantes de la *Companies Ordinance* (Cap.622) ; la *Companies Ordinance* (Cap.622) ne pose plus l'exigence de préparer et de déposer les *memorandum* de la *Company* mais seulement les *articles*, dont la préparation et le dépôt n'étaient qu'optionnels sous l'empire de la *Companies Ordinance* (Cap.32) (section 9).

³¹⁶ Section 7 of the *Companies Ordinance* (Cap.32) regarding the alteration of the memorandum of association; Section 13 of the *Companies Ordinance* (Cap.32) regarding the alteration of the articles of association.

³¹⁷ Section 7 of the *Companies Ordinance* (Cap.32) entitled "Restriction of alteration of memorandum": "A company may not alter its memorandum except in the cases, in the mode and to the extent for which express provision is made in this Ordinance."

décision spéciale de l'Assemblée générale votée aux trois quarts des *members* présents à l'Assemblée générale dans la limite des termes de ses *memorandum* et dans le respect des dispositions de la *Companies Ordinance*³¹⁸ (tout terme des *articles* contraire à la *Companies Ordinance* (Cap.32) est réputé "*invalid*"³¹⁹, c'est-à-dire non écrit).

120. Le deuxième motif de cette dichotomie pouvait être d'ordre administratif. Dans le cadre de la procédure d'immatriculation d'une *Company* auprès du *Companies Registry* avant le 3 mars 2014, les formulaires d'immatriculation ne comportaient pas toujours la liste des *members* ni le nombre de parts sociales souscrites par chacun d'eux alors que le formulaire annuel de mise à jour des informations structurelles de la *Company* dénommé *annual return* comportait toujours une telle liste. Le maintien des *memorandum* et leur dépôt obligatoire lors de l'immatriculation de la *Company* était donc la garantie pour le *Companies Registry* de recevoir la composition de l'actionnariat de la *Company* mentionnée dans les *memorandum* obligatoirement signés par tous les *members*, le dépôt des *articles of association* signés par tous les *members* étant optionnel. Les entrepreneurs constituant leur *Company* sans connaissances spécifiques en droit des sociétés ou pressés par le temps pouvaient facilement compléter le modèle de *memorandum*-type et déposer ce document sans se lancer dans la négociation du contenu des *articles* ; le modèle d'*articles*-type alors en vigueur était appliqué par défaut à leur *Company*.
121. Un premier désavantage de cette simplicité administrative de la formation des documents constitutifs d'une *Company* liée à cette dichotomie est que certains entrepreneurs peu avertis pouvaient ne pas connaître l'existence des *articles* applicables par défaut en sus des *memorandum* toujours déposés auprès du *Companies Registry* ou alors connaître l'existence de ceux-ci mais ne pas en prendre connaissance, aucune copie n'étant automatiquement remise par le *Companies Registry* au déposant lors du dépôt du dossier d'immatriculation de la *Company* en application de l'adage nul n'étant censé ignorer la loi³²⁰.
122. Un deuxième désavantage de cette dichotomie nous paraît être d'ordre contentieux : il s'agit de la question de l'articulation entre les *memorandum* et les *articles*. En principe, les *memorandum* prévalent sur les *articles*. Toutefois, une ambiguïté dans les *memorandum* peut être résolue à la lumière des termes des *articles* selon une règle d'interprétation générale³²¹. Ainsi, les contenus des *memorandum* et des *articles* pouvaient être contradictoires, par exemple du fait du dépôt d'un modèle de *memorandum*-type adapté à la *Company* sans adaptation du modèle d'*articles*-type applicable par défaut.
123. La réunion des *memorandum* et des *articles* dans un seul instrument signé par tous les *members* remédie à ces deux désavantages³²². Par ailleurs, la réunion de ces deux documents en un seul et unique instrument ne porte pas préjudice aux entrepreneurs peu versés dans la matière juridique, un modèle d'*articles*-type est proposé par l'Ordinance. Les éléments de ce modèle devant être adaptés sont peu nombreux et relèvent pratiquement tous de la structure de la *Company*. En outre, l'Ordinance confirme plusieurs principes : celui de la liberté de

³¹⁸ Section 13 of the Companies Ordinance (Cap.32) entitled "Alteration of articles by special resolution": "Subject to the provisions of this Ordinance and to the conditions contained in its memorandum, a company may by special resolution alter or add to its articles."

³¹⁹ *Guinness v Land Corporation of Ireland Limited* (1882) 22 ChD 349, in *Hallsbury's Laws of Hong Kong*, November 2013, item 95.624.

³²⁰ En droit français des sociétés, une copie des statuts-type d'une EURL est remise à son associé unique dans l'éventualité où celui-ci ne dépose pas de statuts *ad hoc* pour sa société.

³²¹ *Re Wedgwood Coal and Iron Co, Anderson's Case* (1877) 7 ChD 75 at 99, CA (Eng) par JESSEL MR, in *Hallsbury's Laws of Hong Kong*, November 2013, item 95.624.

³²² Nous retrouvons ici une illustration de la mise en œuvre par le Committee de la procédure de test *enabling/regulatory* définie dans la Rapport du Committee au § 4.58.

modifier les *articles* dans le respect de la loi³²³, celui de la modification du contenu des *articles* par un vote d'une décision spéciale de l'Assemblée générale de la *Company*³²⁴ et celui d'une modification encadrée par des conditions spécifiques de certains termes des *articles*³²⁵.

b. La simplification du contenu des statuts d'une *Company*

124. L'Ordonnance confirme la grande liberté statutaire offerte aux *members*, tout en respectant l'obligation de désigner les statuts d'une *Company* sous l'appellation "*articles*"³²⁶.
125. La section 75 de l'Ordonnance dispose que les *articles of association* organisent les règles de fonctionnement de la *Company*. Cette notion de règles de fonctionnement, ou *regulations* dans le texte de l'Ordonnance, est absolument vaste ; il en résulte une grande liberté des *members* qui peuvent énoncer dans les *articles* les règles qu'ils souhaitent pour la structure, la gestion interne et l'administration de la *Company*. Les termes généralement traités dans le modèle d'*articles*-type sont l'émission de parts sociales et la cession de celles-ci d'un point de vue procédural répondant au critère d'une *private company* (c'est-à-dire la restriction du droit de céder les parts sociales garantie par le droit discrétionnaire et non motivé appartenant aux *directors* de refuser d'enregistrer dans les livres sociaux une cession), la nomination et la révocation des *directors*, les pouvoirs des *directors*, les modalités de réunion du *board of directors*³²⁷. Cette liberté des *members* est autorisée du fait des effets des *articles* qui sont ceux d'un *contract under seal*³²⁸ (un *contract under seal* pourrait être comparé à un acte juridique bilatéral signé sous seing privé et solennel³²⁹). Ces effets sont produits avec une

³²³ Section 87 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* tout comme l'énonce la section 13 de la *Companies Ordinance (Cap.32)*.

³²⁴ Section 88 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; une décision spéciale de l'Assemblée générale des *members* est votée et adoptée par une majorité représentant 75% des *members* présents en personne ou représentés (Section 564 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*) ; une exception est cependant énoncée par la Section 88 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, la modification du montant du capital social autorisé d'une *Company* est adoptée par une décision ordinaire de l'Assemblée générale adoptée par une majorité représentant 50% des *members* présents en personne ou représentés (Section 563 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*).

³²⁵ Sections 87, 88, 89, 94 at 95 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; cette présentation de la *Companies Ordinance (Cap.622)* est nouvelle et apporte une plus grande intelligibilité, voire sécurité, à la loi en regroupant sous une seule subdivision les règles encadrant la modification du contenu des *articles*.

³²⁶ Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* posant la définition du terme *articles*.

³²⁷ BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, items 2.021 et suivants.

³²⁸ Section 86 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

³²⁹ Nous proposons la traduction française "contrat signé sous seing privé et revêtu du sceau" pour les termes hongkongais de "*contract under seal*" sur la base des informations suivantes : "*Instrument under seal is an instrument that has a seal affixed, attached or impressed on it; a corporation was bound by an instrument under its seal until it could be shown that its execution was obtained by fraud or there was some illegality in the transaction; an instrument under seal will not be a deed unless it possesses the requirements for a valid deed, although, it may be a valid instrument under hand. An instrument under hand is a document in writing that creates or affects legal or equitable rights or liabilities and that is authenticated by the signature of the maker of the document ; its execution takes place when it is signed ; instrument under hand includes a written contract and it is distinct from an instrument under seal in which it is not sealed and it is distinct from a deed in which it needs not meet the formal requirements of a deed ; an instrument that fails as a deed may nevertheless be a valid instrument under hand.*" En conséquence, un *instrument under hand* serait un acte établi sous seing privé et un *instrument under seal* serait un acte sous seing privé revêtu du sceau. Néanmoins, il convient de noter qu'en application de la section 124(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* entrée en vigueur le 3 mars 2014, le recours à un sceau est devenu optionnel et même dans l'hypothèse où une société adopterait ou conserverait un sceau postérieurement à cette date, cette société aurait la capacité de donner à un contrat les mêmes effets que s'il était revêtu du sceau sans nécessairement y apposer celui-ci en ayant recours aux dispositions des sections 127(3) et 127(5) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

double liaison, d'une part, entre un *member* et chacun des autres *members* et, d'autre part, entre la *Company* et chacun des *members*³³⁰.

126. Cette liberté des *members* de rédiger les *articles* de leur *Company* est assortie de la liberté d'adopter ou non³³¹ tout ou partie du modèle d'*articles*-type proposé par voie réglementaire par le *Financial Secretary*³³². Lors du dépôt du dossier d'immatriculation d'une *Company* auprès du *Companies Registry*, il est possible que les *members* déposent des *articles* très courts ne contenant que les termes répondant aux dispositions impératives de l'Ordinance et déclarent expressément adopter le modèle d'*articles*-type³³³ ; en l'absence de mention expresse de l'adoption du modèle d'*articles*-type ainsi qu'en l'absence de mention de la non applicabilité de ce modèle, celui-ci sera appliqué par défaut à la *Company* dans sa version en vigueur au jour de l'immatriculation³³⁴. En effet, la modification de ce modèle par le *Financial Secretary*³³⁵ n'est pas rétroactive et n'est pas applicable aux *Companies* qui ont adopté antérieurement à cette modification le modèle d'*articles*-type³³⁶. Si une *Company* souhaite que les modifications apportées au modèle d'*articles*-type soient applicables à ses propres *articles*, elle devra réunir une Assemblée générale extraordinaire pour adopter lesdites modifications par une décision spéciale³³⁷.
127. Le recours au modèle d'*articles*-type s'explique par la volonté de rendre facile et rapide l'immatriculation d'une *Company* et plus largement d'une société³³⁸ ; seuls les *articles* et le formulaire d'immatriculation complété et signé sont à déposer au *Companies Registry* pour constituer une *Company*³³⁹. Le modèle d'*articles*-type récent et à jour est disponible gratuitement et peut simplement être complété avec les éléments impératifs constitutifs de la *Company* par les *founder members*. Le formulaire d'immatriculation³⁴⁰ est également téléchargeable en plusieurs formats électroniques pour pouvoir être directement complété par le plus grand nombre puis imprimé, signé et déposé avec un exemplaire original des *articles* complétés et signés.
128. En outre, la volonté de garantir la légalité des *articles* pour tous les *founder members* d'une *Company* et l'égalité entre eux justifie l'offre de modèles d'*articles*-type : l'adoption du modèle d'*articles*-type permet de garantir à la fois aux *founder members* et au *Companies Registry* le respect de la *Companies Ordinance* en vigueur au jour de l'adoption des *articles* dans le but d'immatriculer la *Company* ; l'adoption du modèle d'*articles*-type permet de garantir entre *founder members* pouvant avoir des niveaux de connaissances juridiques ou des capacités de négociations disparates (par exemple, dans le cadre d'une *Company* formée entre un jeune entrepreneur prometteur et un investisseur institutionnel) une certaine égalité face aux *articles* destinés à réguler leurs relations dans le cadre de la *Company*.

³³⁰ Section 86 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³¹ Section 79 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³² Section 78(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³³ Section 79 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³⁴ Section 80(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³⁵ Sections 78(1) et (2) combinées de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³⁶ Section 78(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³⁷ Une décision spéciale de l'Assemblée générale est votée et adoptée à la majorité des trois quarts des *members* présents ou représentés, Section 564 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³³⁸ Il existe un modèle d'*articles*-type pour chaque forme de société hongkongaise ; ces modèles sont annexés à la *Companies Ordinance* et sont accessibles à tous en quelques clics sur le portail du *Companies Registry* ou sur le portail BLIS du *Department of Justice* (portail équivalent au site internet français Légifrance) : www.legislation.gov.hk/eng/home.htm.

³³⁹ Section 67(1)(b) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁴⁰ Ce formulaire d'immatriculation d'une *Company* intitulé Form NNC1 est reproduit à l'annexe 7. Les versions électroniques sont disponibles sur le portail du *Companies Registry*, www.cr.gov.hk.

129. Enfin, le souci d'assurer un maximum de sécurité et de stabilité juridiques aux *members*, à la *Company* et aux tiers explique également cette offre de modèle. En adoptant le modèle d'*articles-type*, les *founder members* offrent à la *Company* et aux futurs *members* la garantie d'*articles* tout à fait légaux, ce qui réduit les risques de litige entre *founder members* ou entre *founder members* et nouveau *member* sur les termes des *articles* et économise les frais d'un audit légal des *articles* en cas de cession de parts sociales à un tiers ou en cas de cession des parts sociales entraînant la cession de la *Company*. Les *founder members* et futurs *members* sont peu enclins à modifier les *articles* en dehors des éléments constitutifs de la *Company* étant donné que cette modification, en dehors d'une modification identique à celle effectuée par le *Financial Secretary* du modèle d'*articles-type* de référence, pourrait ne pas respecter la *Companies Ordinance* en vigueur au jour de la modification et entraîner une annulation de cette modification. Il en résulte que les *articles* d'une *Company* sont quasiment immuables³⁴¹. Vis-à-vis des tiers, l'adoption du modèle d'*articles-type* serait un gage de sécurité juridique résultant de la légalité des *articles* de la *Company* avec laquelle il traite et de stabilité du contenu de ceux-ci.
130. Cette liberté statutaire des *members* est en outre révélée à la lumière du petit nombre de dispositions impératives de l'Ordinance applicables à la rédaction des *articles*. Du point de vue de la forme, les contraintes légales sont peu nombreuses : les *articles* doivent être rédigés en Anglais ou en Chinois et les *articles* doivent être divisés en paragraphes numérotés de manière consécutive³⁴². Du point de vue du fond, l'Ordinance impose la mention de la dénomination sociale³⁴³, des caractéristiques afférentes à la forme de la société, c'est-à-dire la responsabilité limitée³⁴⁴ ou illimitée des *shareholders*³⁴⁵ et la forme de responsabilité limitée des *members* (*by shares* ou *by guarantee*)³⁴⁶, des caractéristiques afférentes au capital social, aux parts sociales émises et à leur attribution³⁴⁷. L'objet social est un élément optionnel du contenu des *articles* d'une *Company* ; seule une *Company* souhaitant remplir les trois

³⁴¹ En pratique, la version imprimée des *articles of association* n'est jamais modifiée ; en cas de modification des termes des *articles of association*, seule la décision de l'Assemblée générale est annexée aux *articles* originels ; en cas d'adoption de nouveaux *articles of association*, ceux-ci remplacent simplement les précédents.

³⁴² Sections 76 et 77 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁴³ Section 81 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁴⁴ En droit hongkongais des sociétés et au-delà de l'impact financier sur les *members* et sur les créanciers de la *Company*, il résulte de cet élément impératif une exigence légale quant à la dénomination de la société qui doit se terminer par le mot "Limited" (et par son équivalent chinois si la dénomination de la *Company* est également en Chinois), Section 102 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Ce mot "Limited" est l'élément d'identification de la *Company* vis-à-vis des tiers pour la distinguer des autres formes de société ou des autres formes d'association ou de véhicules juridiques permettant d'effectuer des activités commerciales (les termes association ou véhicule sont entendus ici au sens large incluant, par exemple, les formes du *partnership* ou du *sole proprietorship*). Il en résulte un avantage pratique : seule la dénomination sociale complète de la *Company* doit être reproduite sur les documents de celle-ci, à partir de laquelle toute personne qui le souhaite peut obtenir à partir du portail du *Companies Registry* un aperçu des documents sociaux de ladite *Company* ayant fait l'objet d'une publicité et les commander pour en lire l'intégralité, in Section 102 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Seule une *Company* ayant expressément obtenu du *Companies Registry* une licence mentionnée à la section 103 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) (cf. note 120) pourrait ne pas faire mention du mot "Limited" ou de son équivalent chinois, in Section 103 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁴⁵ Section 83 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁴⁶ Section 84 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁴⁷ Section 85(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622). ; il s'agit précisément, au jour de l'immatriculation de la *Company*, (i) du nombre total de parts sociales émises par la *Company*, (ii) du montant total du capital social souscrit par les *founder members*, (iii) du montant payé et du montant restant dû sur le nombre total de parts sociales émises par la *Company*, (iv) des catégories de parts sociales préférentielles (s'il y en a) et des caractéristiques de celles-ci et (v) pour chaque *founder member*, du nombre de parts sociales émises par la *Company* et du montant total du capital social souscrit pour chaque classe de parts sociales s'il en existe plusieurs.

critères³⁴⁸ de la section 103(1) de l'Ordinance lors du dépôt de son dossier d'immatriculation ou de la section 103(3) de l'Ordinance au cours de son existence dans le but d'obtenir la licence dite "licence de la section 103" doit obligatoirement indiquer son objet social dans ses *articles*³⁴⁹.

131. Cette liberté s'entend aussi au niveau de la modification des *articles*³⁵⁰. La *Company* est libre de modifier le contenu des *articles* par une décision spéciale de l'Assemblée générale³⁵¹. Seules deux exceptions sont prévues par la loi. La première exception autorise que la modification du montant maximum de parts sociales que la *Company* peut émettre soit votée et adoptée par une décision ordinaire³⁵² de l'Assemblée générale³⁵³; l'abaissement du seuil du vote d'une décision spéciale à une décision ordinaire pour cette première exception peut notamment s'expliquer par le fait que la mention dans les *articles* du nombre maximum de parts sociales pouvant être émises par la *Company* n'est pas obligatoire³⁵⁴. La deuxième exception encadre certaines modifications des *articles* attachées à la forme de la *Company*³⁵⁵, au capital social et aux catégories de parts sociales de préférence³⁵⁶ et à l'objet social³⁵⁷ par des conditions spécifiques variées : un accord entre *members* est par exemple nécessaire au préalable à la modification du capital social entraînant une modification des catégories de parts sociales de préférence³⁵⁸, des mentions écrites de la décision spéciale adoptant la modification des *articles* peuvent être légalement impératives et la responsabilité de la *Company* peut être engagée du fait de l'absence de celles-ci³⁵⁹, une notification de la modification doit être effectuée au *Companies Registry* selon des délais et avec des documents complémentaires à fournir³⁶⁰ ou des conditions à la procédure contentieuse qui peut être engagée par un *member* dans le but d'obtenir l'annulation d'une modification des *articles* sont prévues³⁶¹.

2. Une faible portée pratique de la liberté statutaire consacrant la société outil

132. En pratique, les entrepreneurs souhaitant immatriculer une *Company* pour y héberger et y développer leur entreprise n'utilisent que très faiblement la liberté contractuelle qui leur est offerte par la *Companies Ordinance* pour rédiger les *articles* de leur future *Company*. La

³⁴⁸ La licence dite de la section 103 est délivrée aux *Companies* qui poursuivent des activités caritatives par le *Companies Registry*. Elle dispense ces *Companies* notamment de mentionner le terme "Limited" à la suite de leur dénomination sociale. Les trois critères que doivent remplir les *Companies* sont les suivants : l'objet social doit être limité à promouvoir le commerce, les arts, les sciences, les religions ou les activités caritatives, la *Company* doit utiliser ses bénéfices (et donc ne pas distribuer de dividendes) ou toute autre source de revenu à promouvoir cet objet et la *Company* ne peut payer de dividendes à ses *members*.

³⁴⁹ Section 82 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁰ Section 87(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵¹ Section 88(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵² Une décision ordinaire de l'Assemblée générale est votée et adoptée à la majorité simple des *members* présents ou représentés, in Section 563 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵³ Section 88(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁴ Section 85(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁵ Les formes listées à l'article 87(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) sont celles de *company with limited liability* visée à la section 83 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et de *company with limited liability by shares* visée à la section 84(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622), auxquelles s'ajoutent les caractères de *private company* ou de *public company* visés respectivement aux sections 94 et 95 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁶ Restrictions apportées par la combinaison des sections 87(3) et 180 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁷ Section 89 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁸ Section 180(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁵⁹ Section 88(6) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁶⁰ Par exemple, section 88(5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁶¹ Section 91 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

faible portée pratique de la liberté statutaire résulte de l'efficacité dérogée par le modèle d'*articles-type*³⁶² et de la négociation usuelle de *shareholders' agreement*³⁶³.

133. Lorsque le ou les entrepreneurs choisissent d'utiliser l'outil société pour abriter leur entreprise, un premier arbitrage a lieu : choisissent-ils de constituer une *Company* nouvelle ou d'acquérir une *Company* déjà immatriculée dénommée *shelf-Company* ? Cette deuxième option est très souvent choisie³⁶⁴ : le ou les entrepreneurs font appel à un prestataire de services qui immatricule des *Companies* dans le but de les vendre. Le prestataire a immatriculé une *Company* composée d'un *sole founder member* détenant une part sociale d'une valeur nominale d'un Hongkong Dollar et d'un *sole director*, qui sont généralement la même personne, c'est-à-dire le prestataire ; le *company secretary* est généralement une personne morale distincte des *sole member* et *sole director*³⁶⁵ également détenue *in fine* par le prestataire ou le prestataire personne physique lui-même ; le siège social est l'adresse des bureaux du prestataire ; la dénomination sociale reflète parfois certains secteurs d'activités insérant les mots *Investment, Holding, Manufacturing, Real Estate*, ou une zone géographique d'influence avec les mots *Hong Kong, China, Greater China, South East Asia, Asia, Asia Pacific*, accompagnés de termes génériques typiquement locaux destinés à individualiser la dénomination³⁶⁶ tels que *Superriches, Million Lotus, Big Wealth, Golden*

³⁶² Le droit des sociétés du Grand-duché de Luxembourg propose également des modèles de statuts-type pour les formes sociales et il est intéressant de noter que ces modèles sont disponibles au format Word en trois langues (le français et l'allemand sont les deux langues faisant foi et l'anglais est proposé en complément à titre indicatif), ce qui renforce l'attractivité juridique de ce territoire. Les termes de la recherche sur google.lu "statuts d'une société" ont abouti à la page suivante en premier résultat : <http://www.guichet.public.lu/entreprises/fr/creation-developpement/constitution/societe-luxembourgeoise/acte-constitutif-societe-commerciale/index.html>. Depuis l'entrée en vigueur de la loi dite "MoMiG" le 1^{er} novembre 2008, le droit des sociétés allemand propose deux formulaires de constitution à la place du contrat de société ; ces deux modèles de formulaire sont joints à la loi, le premier est proposé pour une société avec un associé unique et le deuxième est proposé pour une société avec deux ou trois associés (LAURIN Benoît, La GmbH se modernise, Le Moci, n°1877, 11 novembre 2010, page 73).

³⁶³ Le rapport Field présente un aspect plutôt négatif du recours aux pactes extrastatutaires. Nous ne partageons pas cet avis et nous serions plutôt en faveur du recours au pacte extrastatutaire quand la volonté des associés l'exige et de panacher l'utilisation des deux documents suivant la finalité poursuivie afin de respecter et de protéger au mieux la volonté des associés. Ainsi, nous partageons plutôt les vues et la conclusion de cet auteur : BRUNSWICK Philippe, SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires ?, Recueil Dalloz 2000, page. 595.

³⁶⁴ Les autres éléments entrant en ligne de compte lors de l'arbitrage entre une *Company* directement constituée par le ou les entrepreneurs et une *Company* déjà immatriculée acquise auprès d'un prestataire de services sont le temps nécessaire à constituer directement une *Company* (le temps de choisir les *articles*, voire de les rédiger ou de les faire rédiger et de les négocier, le temps nécessaire au *Companies Registry* d'immatriculer la *Company*, actuellement une heure pour le dépôt électronique d'un dossier de demande d'immatriculation ou quatre jours pour le dépôt papier – source : portail du *Companies Registry*, <http://www.cr.gov.hk/en/public/services.htm> – et le temps nécessaire à la fabrication des livres et cachets sociaux) contre la rapidité de l'acquisition d'une *Company* déjà immatriculée (l'acquisition et la restructuration de cette *Company* peuvent être effectuées au cours de la même journée) et le coût y afférent (le coût lié à une immatriculation directe auprès du *Companies Registry* et de l'*Inland Revenue Department* s'élève au 21 janvier 2014 à 2.570 Hong Kong Dollars – soit 245 euro à cette date – et le coût lié à l'acquisition d'une *Company* déjà immatriculée dépend des frais du prestataire de services, d'une centaine à un millier d'euro, en sus des frais fixes du *Companies Registry* et de l'*Inland Revenue Department*).

³⁶⁵ En vertu de la section 475 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, une *Company* composée d'un *sole director* ne peut nommer en qualité de *company secretary* ce *sole director* ou une personne morale dont ce *sole director* est également *sole director*.

³⁶⁶ En effet et contrairement à la situation sur le territoire national français, à Hongkong, le *Companies Registry* ne procédera pas à l'immatriculation d'une *Company* dont la dénomination sociale est identique ou similaire à celle d'une *Company* déjà immatriculée sous l'empire de la *Companies Ordinance* ou à celle d'une personne morale (i.e. *body corporate*) enregistrée sous l'empire d'une autre *Ordinance*, section 100(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. D'autres restrictions imposent au *Companies Registry* de refuser la dénomination sociale choisie par les *founder members* sont listées à cette section 100 et relèvent de la protection de l'intérêt général et

Dragon, Longlife Phenix ; les *articles* reprennent le modèle d'*articles*-type proposé par la *Companies Ordinance* en vigueur au jour de l'immatriculation. La procédure d'acquisition de la *Company* immatriculée est très simple : il s'agit d'une cession de parts sociales³⁶⁷ du *sole founder member*³⁶⁸ à l'entrepreneur unique ou à l'un des entrepreneurs acquéreur. Cette procédure d'acquisition est généralement simultanée à une restructuration visant le montant du capital social émis et le nombre de parts sociales souscrites au profit de l'entrepreneur qui souhaite augmenter le capital social de la *Company* acquise³⁶⁹ ou au profit des entrepreneurs associés³⁷⁰, le nombre et l'identité des *directors*³⁷¹, l'adresse du siège social³⁷², l'identité du *company secretary*³⁷³ et, parfois, la dénomination sociale³⁷⁴. Une *Company* déjà immatriculée

des services de l'État (entendu de l'État chinois et du Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hongkong).

³⁶⁷ Il s'agit le plus souvent d'une cession d'une part sociale car la *Company* déjà immatriculée par le prestataire de service comporte généralement un seul *member* et un seul *director*.

³⁶⁸ Le *founder member* est généralement une *Company* dont le prestataire de service est le *sole member* et dont l'objet social (néanmoins non défini dans les *articles*) est uniquement d'agir en qualité de *founder member* de *Companies* immatriculées dans le but d'être vendues.

³⁶⁹ Une *Company* déjà immatriculée dans le but d'être vendue a généralement un capital social émis d'un Hong Kong Dollar ; l'entrepreneur qui souhaite augmenter ce montant devra, une fois devenu *member*, autoriser le ou les *directors* à augmenter le capital social émis et à attribuer les nouvelles parts sociales à son profit.

³⁷⁰ Dans le cas d'une *Company* déjà immatriculée acquise par plusieurs entrepreneurs, la procédure est généralement la suivante : un des entrepreneurs acquiert la part sociale unique émise par le prestataire de services ; s'en suit une augmentation de capital et une émission de parts sociales attribuées aux entrepreneurs dans le respect du *shareholders' agreement* (que celui-ci soit oral ou écrit).

³⁷¹ Une *Company* déjà immatriculée dans le but d'être vendue a généralement un seul *director* ; celui-ci démissionne au jour de la vente de la *Company* et l'entrepreneur acquéreur nomme le *director* de son choix ; dans le cas d'une *Company* unipersonnelle, le *member* et le *director* sont généralement la même personne : dans le cas d'une *Company* pluripersonnelle, les *members* associés nomment le ou les *directors* conformément au *shareholders' agreement* (que celui-ci soit oral ou écrit).

³⁷² Cette adresse peut ne pas changer dans la mesure où l'entrepreneur choisirait de conserver l'adresse du siège social, adresse où sont envoyés les courriers officiels et administratifs, à l'adresse du prestataire auprès duquel il a acquis la *Company* offrant des services de suivi et de gestion des procédures administratives. Il est possible à Hongkong de dissocier le siège social, dénommé *registered office* et enregistré auprès du *Companies Registry* et de l'*Inland Revenue Department*, des adresses commerciales où sont effectivement réalisées les activités de la *Company*, dénommées *branch addresses* et enregistrées auprès de l'*Inland Revenue Department* uniquement.

³⁷³ Le *company secretary* d'une *Company* immatriculée dans le but d'être vendue est généralement une *Company* détenue par le prestataire de services et dont l'objet social (néanmoins non défini dans les *articles*) est uniquement d'occuper les fonctions de *company secretary* au sein de *Companies* immatriculées dans le but d'être vendues et de *Companies* vendues par le prestataire. Précisons que la nomination d'un *company secretary* est obligatoire (Section 474(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*) et que le *company secretary* peut être une personne morale dont le siège social ou le lieu de son principal établissement est à Hongkong ou une personne physique résidant à Hongkong (Section 474(4) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*). Ainsi, l'acquéreur de la *Company* peut choisir de conserver le *company secretary* du prestataire pour s'occuper du suivi de la vie sociale de la *Company* ou peut souhaiter que ce premier *company secretary* démissionne, ce que fera sans problème le *company secretary* du prestataire, et nommer un autre *company secretary*, interne ou externe à la *Company*. Il est ici à noter que, dans le cas d'une *Company*, même si la liberté de désignation du *company secretary* est de principe et qu'un *director* peut être également *company secretary* (Section 475(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*), le *sole director* ne peut pas cumuler les fonctions de *director* et de *company secretary* et ne peut nommer en qualité de *company secretary* une personne morale dont il serait le *sole director* (Section 475(2) et (3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*).

³⁷⁴ La dénomination sociale de la *Company* immatriculée dans le but d'être vendue a été donnée par le prestataire de services. Cette dénomination sociale est généralement très locale (par exemple, Prosperous Golden Fish Limited) et non sectorielle ou justement mentionner une sectorisation de l'activité de la *Company* (par exemple, Prosperous Golden Fish Investment Limited ou Prosperous Golden Fish Trading Limited ou Prosperous Golden Fish Services Limited). L'acquéreur peut souhaiter cet anonymat et enregistrer une enseigne en marge de la dénomination sociale auprès du *Companies Registry* et de l'*Inland Revenue Department*. Conserver la première dénomination sociale est une garantie que celle-ci ne sera pas ultérieurement modifiée par le *Companies Registry* pour un des motifs listés dans la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Modifier celle-ci n'emporte pas à conséquence d'un point de vue administratif, cette procédure auprès du *Companies Registry* étant facile et rapide.

dispose d'*articles* et les entrepreneurs qui acquièrent cette *Company* n'exercent pas la liberté qui leur est offerte de rédiger les *articles* et conservent les premiers *articles*. L'adoption de nouveaux *articles* ou la modification des *articles* enregistrés par le prestataire de services lors de l'immatriculation de la *shelf-Company* suite à son acquisition par le ou les entrepreneurs est rare. Tout d'abord, les entrepreneurs qui souhaitent rédiger les *articles* de leur *Company* la constituent directement ; ils n'ont pas d'intérêt à avoir recours à une *shelf-Company*. Ensuite, les *articles* sont quasiment immuables pour les raisons que nous avons décrites précédemment. Enfin, les entrepreneurs choisiront probablement de compléter les *articles* lacunaires ou imparfaits de la *Company* déjà immatriculée qu'ils ont acquise par la négociation et la conclusion d'un *shareholders' agreement*.

134. Lorsque les entrepreneurs choisissent d'utiliser l'outil société pour abriter leurs activités et de constituer une *Company* nouvelle, un deuxième arbitrage a lieu : choisissent-ils de négocier et de rédiger des *articles* propres à leur *Company*, d'adopter le modèle d'*articles*-type proposé par la *Companies Ordinance* ou de modifier le modèle d'*articles*-type pour l'adapter à leur *Company* ? En vertu de la section 79 de l'Ordinance, la liberté est totale d'adopter ou non tout ou partie du modèle d'*articles*-type. L'adoption du modèle d'*articles*-type par les *founder members* pourrait s'apparenter à un acte d'adhésion (cette comparaison n'entache pas le fait que nous sommes toujours d'avis que les *articles* et les statuts constituent un acte unilatéral) ; la forme et le contenu des *articles* sont fournis par la *Companies Ordinance* conformément à la forme de société choisie et auquel les *founder members* adhèrent conjointement³⁷⁵. En effet, l'adoption de tous les termes du modèle résulte des paragraphes (1) et (2) de la section 80 de l'Ordinance : en cas d'absence de dépôt d'*articles* ou en cas de dépôt d'*articles* ne faisant pas référence au modèle d'*articles*-type, celui-ci est applicable par défaut à la *Company*³⁷⁶. Rares sont les cas où le ou les entrepreneurs choisissent de rédiger des *articles* propres à leur *Company* pour les raisons que nous avons listées précédemment. Les deuxième et troisième options sont celles généralement choisies par le ou les entrepreneurs qui décident de constituer une *Company* nouvelle. Le cas d'un entrepreneur seul constituant une *Company* nouvelle et adoptant le modèle d'*articles*-type dans sa totalité est fréquent. Le cas de plusieurs entrepreneurs associés constituant une *Company* nouvelle et adoptant une version adaptée du modèle d'*articles*-type est tout aussi fréquent. Il est moins fréquent qu'un entrepreneur seul constituant une *Company* nouvelle adopte une version adaptée du modèle d'*articles*-type (étant seul, il n'est pas confronté à une discussion sur le contenu du modèle lancée par des associés potentiels et n'éprouve probablement pas le besoin d'adapter les *articles* étant seul maître à bord de sa *Company*) ou que parmi plusieurs entrepreneurs associés au sein de la future et nouvelle *Company* aucun ne lance une discussion sur le contenu des *articles* aboutissant à l'adaptation de ceux-ci. D'autres éléments viennent alimenter cette situation. Tout d'abord, la négociation et la rédaction de nouveaux *articles* impliquant l'intervention d'un avocat spécialiste est coûteuse ; au vu de la qualité du modèle d'*articles*-type, il est souvent préféré une adaptation de ceux-ci. L'adaptation du modèle d'*articles*-type peut reposer sur deux méthodes³⁷⁷, qui peuvent être panachées : le modèle est repris et les paragraphes du modèle qui ne sont pas applicables à la *Company* sont expressément

³⁷⁵ La comparaison de l'adoption du modèle d'*articles*-type au contrat d'adhésion est limitée à l'observation suivante : dans les faits, les *founder members* acceptent le contenu global des *articles*-type proposés par la *Companies Ordinance*. L'adoption du modèle d'*articles*-type se distingue du contrat d'adhésion en cela que les *founder members* ont toujours la possibilité de discuter, d'écarter et de modifier les clauses des *articles*-type proposés par la *Companies Ordinance* alors que le contrat d'adhésion est un contrat conclu entre deux parties dont l'une ne peut en fait discuter les clauses du contrat et n'a que la liberté d'accepter ou de refuser le contenu global de la proposition de contrat (définition tirée de GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, sous la direction de Serge Guinchard et Gabriel Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001).

³⁷⁶ Section 80(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

³⁷⁷ Section 80(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

mentionnés au début des *articles* ; le modèle est repris dans son intégralité et certains paragraphes sont modifiés dans le corps du texte. Ensuite, au vu de l'objet du *shareholders' agreement* et de celui des *articles*³⁷⁸, le *shareholders' agreement* sera la plupart du temps le document remanié au gré des évolutions de la *Company* alors que le contenu des *articles* est quasiment immuable. Enfin, le risque de contentieux entre *members* quant à des actes de la *Company* pris en respectant des *articles* nouveaux ou *ad hoc* dont les termes pourraient ne pas respecter les dispositions de la *Companies Ordinance* existe alors qu'il est inexistant dans le cas de l'adoption du modèle d'*articles*-type et fortement réduit dans le cas d'une adaptation partielle du modèle d'*articles*-type.

135. Un corollaire de la faible utilisation de la liberté statutaire est le peu de modifications des *articles* qui sont décidées au cours de la vie sociale de la *Company* (à part lors d'une refonte de la *Companies Ordinance* entraînant des avantages comparatifs pour la *Company* de procéder à une modification de ses *articles* ou à l'adoption de nouveaux *articles* répondant aux termes du nouveau modèle d'*articles*-type). Les *articles* d'une *Company* se révèlent être un instrument juridique très stable dans le temps : d'une part, le modèle d'*articles*-type est peu modifié par le *Financial Secretary* et, d'autre part, les *articles* d'une *Company* sont peu modifiés au cours de l'existence de celle-ci. Cette stabilité juridique est renforcée par l'impossibilité de déclarer les *articles* nuls après l'immatriculation de la *Company* ; en vertu de la *Common Law*, les *articles* ne seraient pas "*defeasible on the grounds of misrepresentation, common law mistake, mistake in equity, undue influence or duress*"³⁷⁹. L'annulation de l'immatriculation d'une *Company* ne devrait donc pouvoir résulter de l'annulation des *articles* mais ne pourrait être invoquée qu'aux motifs de la poursuite d'un objet illégal ou d'un objet d'activités syndicales³⁸⁰ ou de l'obtention d'une immatriculation par déformation frauduleuse³⁸¹. En outre, ces très peu nombreux cas d'annulation de la *Company* prévus en *Common Law* consistent en pratique à remettre en cause le certificat d'immatriculation et non les *articles*. L'Ordinance pousse le raisonnement au-delà de ces règles de *Common Law* : l'émission du certificat d'immatriculation est une présomption légale absolue de la constitution régulière et légale de la *Company*³⁸². Cette disposition a pour objectif de protéger les tiers pour qui la *Company* existe du fait des informations publiées par le *Companies Registry* et qui commercent ou contractent avec celle-ci. Cette disposition de l'Ordinance fait barrage au prononcé de la nullité des sociétés, permet de contenir le volume du contentieux et d'éliminer les litiges pouvant naître de questions liées à la procédure de constitution de la *Company*. Au vu de ces objectifs, une procédure de liquidation de la société sera préférée en *Common Law* et en droit hongkongais des sociétés à une procédure ayant

³⁷⁸ Par exemple, les *articles* d'une *Company*, qui doivent prévoir conformément à la section 11(1)(a)(i) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) une restriction à la libre cession des parts sociales, mettent traditionnellement en place un droit de refuser une cession appartenant aux *directors* qui sont investis de la protection de l'intérêt social ; le *shareholders' agreement* est le document social dans lequel seront stipulées une clause de préemption, une clause d'agrément ou tout autre clause afférente aux relations entre *members* sur la cession de parts sociales entre eux ou aux tiers.

³⁷⁹ *Bratton Seymour Service Co Ltd v Oxborough* [1992] B.C.L.C. 693, CA at 698 per STEYN L.J. Interprétation : les statuts ne peuvent être annulé au motif de déformation/présentation déformée, d'erreur en *Common Law*, d'erreur en *Equity*, influence/ascendance excessive ou contrainte.

³⁸⁰ GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, pages 101 à 103, items 4-34 to 4-37 : "the incorporation was void because of an unlawful object or a trade union object".

³⁸¹ GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, pages 101 à 103, items 4-34 to 4-37 : "the incorporation was voidable because of the incorporation has been secured by fraudulent misrepresentation".

³⁸² Section 72 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) : "Conclusiveness of certificate of incorporation" (1) "A certificate of incorporation is conclusive evidence that - all the requirements of this Ordinance in respect of the registration of the Company have been complied with, and the company is registered under this Ordinance."

pour but de déclarer que la société n'a jamais existé³⁸³, préférence qui nous semble être beaucoup plus proche de la réalité chronologique de la vie de la société, d'autant plus si celle-ci a lancé ses activités commerciales. Contrairement à la *Common Law*, l'Ordinance prévoit l'annulation et l'absence d'effets de l'enregistrement d'une union syndicale dans le cadre de l'*Ordinance*³⁸⁴ mais ne prévoit pas d'action en annulation de la *Company* ou en annulation des *articles* au titre que la *Company* poursuit un *unlawful purpose*³⁸⁵. De plus, le juge hongkongais ne peut annuler une modification des *articles* que dans les deux situations suivantes : il s'agit d'une modification afférente à l'objet social³⁸⁶ ; il s'agit d'une modification afférente à une *Company* immatriculée sous l'empire d'une *Companies Ordinance* antérieure³⁸⁷. La rédaction de l'Ordinance "*a provision of a company's articles is void in so far as...*" montre que certains termes des *articles* sont nuls dès leur origine et sans besoin d'une sanction judiciaire³⁸⁸ ; ce qui démontre la volonté de promouvoir la stabilité des *articles*

³⁸³ Article 12.2 de la Première directive 68/151/EEC du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, Journal officiel L 65 du 14 mars 1968, page 8 à 12.

³⁸⁴ Schedule 10, Part 69, *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulée "Amendments to Trade Unions Ordinance (Cap. 332)": Add "(2) The registration of a trade union or a trade union federation under any of the following Ordinances is void and of no effect— (a) the Companies Ordinance (28 of 2012); (b) the Co-operative Societies Ordinance (Cap.33).".

³⁸⁵ La section 67(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose bien qu'une "company may only be formed for a lawful purpose". La section 177 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulé "Circumstances in which company may be wound up by court" et plus particulièrement la section 177(2)(a) prévoit "On the application of the Registrar for the winding up of a company, the company may be wound up by the court if it appears to the court- (a) that the company is being carried on for an unlawful purpose or any purpose lawful in itself but one which cannot be carried out by a company; or", cette section offre une action en dissolution de la *Company* déclenchée à l'initiative du *Companies Registry* et non en nullité de la *Company*. La section 841 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* permet de déclencher une inspection du Financial Secretary pouvant conduire à la dissolution de la société mais pas à une action en nullité de la société notamment dans les cas où "the company was formed for a fraudulent or unlawful purpose" ou "the persons concerned with the formation of the company or the management of its affairs have, in relation to the formation or management, engaged in fraud, misfeasance or other misconduct towards it, its members or its creditors".

³⁸⁶ Section 91 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulée "Application to Court to cancel alteration" combinée à la section 89(5).

³⁸⁷ Section 91 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulée "Application to Court to cancel alteration" combinée à la section 90(4).

³⁸⁸ Nous pouvons lister cinq cas de figure : (1°) la section 561(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "A provision of a company's articles is void in so far as it would have the effect that a resolution that is required by or otherwise provided for in an Ordinance could not be proposed and passed as a written resolution."; (2°) la section 591(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "A provision of a company's articles is void in so far as it would have the effect of excluding the right to demand a poll at a general meeting on any question other than (a) the election of the chairperson of the meeting; or (b) the adjournment of the meeting."; (3°) la section 591(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "A provision of a company's articles is void in so far as it would have the effect of making ineffective a demand for a poll at a general meeting on any question other than those specified in subsection (1)(a) and (b), which is made (a) by at least 5 members having the right to vote at the meeting; (b) by a member or members representing at least 5% of the total voting rights of all the members having the right to vote at the meeting; or (c) by the chairperson of the meeting ; (4°) la section 598 intitulée "Notice required of appointment of proxy etc." de la *Ordinance* "(2) A provision of the company's articles is void in so far as it would have the effect of requiring the appointment or document to be received by the company or another person earlier than the following time (a) in the case of a general meeting or adjourned general meeting, 48 hours before the time for holding the meeting or adjourned meeting; (b) in the case of a poll taken more than 48 hours after it was demanded, 24 hours before the time appointed for the taking of the poll."; (5°) la section 604 intitulée "Notice required of termination of proxy's authority" de la *Ordinance* "(7) A provision of the company's articles is void in so far as it would have the effect of requiring notice of termination to be received by the company or another person earlier than the following time— (a) in the case of a general meeting or adjourned general meeting, 48 hours before the time for holding the meeting or adjourned meeting; (b) in the case of a poll taken more than 48 hours after it was demanded, 24 hours before the time appointed for the taking of the poll."

et de ne pas reconnaître au juge le pouvoir d'annuler les *articles* ou leur contenu (en dehors de l'annulation de la modification de leur contenu dans les deux situations décrites ci-avant).

136. Cette faible utilisation de la liberté statutaire s'explique pour un entrepreneur constituant seul sa *Company* par la facilité, la rapidité, la sécurité et le faible coût attachés à l'immatriculation de celle-ci en adoptant le modèle d'*articles*-type qui lui permettra de la faire fonctionner. Elle s'explique pour plusieurs entrepreneurs associés par les mêmes motifs, auxquels s'ajoute la négociation usuelle d'un *shareholders' agreement* pour les domaines qui ne sont pas traités dans les *articles*. Les *articles* permettent aux entrepreneurs associés de faire fonctionner leur *Company* ; à eux d'en compléter les termes ou d'ajouter de nouveaux domaines dans un *shareholders' agreement*. Ce *shareholders' agreement* peut poursuivre plusieurs objets. Il organise les modalités de cession des parts sociales (clauses d'agrément, de retrait, d'exclusion, etc...), les conditions d'émission de nouvelles parts sociales et d'entrée d'un nouvel investisseur au capital et restreint principalement la liberté de cession de celles-ci visant à mettre en place un caractère *intuitu personae* de la *Company*³⁸⁹. Il prévoit des conditions particulières de gérance et de gestion opérationnelle notamment entre les *members* impliqués dans la gérance et la gestion opérationnelle de la *Company*, qualifiés dans la pratique d'*executive members*, et ceux qui souhaitent rester de simples investisseurs, qualifiés dans la pratique de *passive members*. Il régit des relations entre *members* sortant du cadre de la gérance et de la gestion opérationnelle de la *Company* telles que la politique de distribution des dividendes, les activités commerciales de la *Company* et l'engagement de non concurrence des *members* qui peut en découler, le débauchage d'employés, l'organisation de la gérance et les modalités d'organisation des *Conseils des directors*, la limitation des pouvoirs des *directors* et les modalités de contrôle des pouvoirs conférés à ceux-ci, les modalités de résolution des *deadlocks*, etc... Il règle parfois les questions afférentes aux obligations nées et aux contrats conclus avant l'immatriculation de la *Company*. Il confère des droits personnels qui ne peuvent être mis en œuvre par une insertion dans les *articles*, tels que la nomination en qualité de *director* à vie³⁹⁰. Il prévoit une protection des associés minoritaires qui ne pourrait être effective dans les *articles* que si ceux-ci représentent plus de 26% des parts sociales³⁹¹. Cette solution permet aux entrepreneurs jugeant que le modèle d'*articles*-type suffit au fonctionnement de leur *Company* d'aller vite en développant leur entreprise hébergée au sein de la société outil et de faire l'économie d'une négociation d'*articles ad hoc* ; elle permet aux entrepreneurs associés jugeant que le modèle d'*articles*-type ne suffit pas à répondre à leurs besoins réels en terme d'organisation fonctionnelle de la *Company* de rapidement instituer leur *Company* et de compléter ces *articles*-type par un *shareholders' agreement*.

³⁸⁹ Par exemple, le *shareholders' agreement* peut stipuler un droit de préemption dans le cadre de la cession de parts sociales par un des *members* à un autre *member* ou à un tiers ou à un autre *member* et à un tiers. Les *articles* d'une *private company* (et a fortiori d'une *Company*) doivent mentionner que le droit de cession de ses parts sociales par un *member* est restreint ; traditionnellement et comme l'indiquant la section 29 de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, cette restriction est constituée par le pouvoir discrétionnaire des *directors* de refuser d'enregistrer la cession de parts sociales dans le but de protéger l'intérêt social et ce pouvoir est qualifié de *director's fiduciary power*. La section 11 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* mentionne cette restriction au titre des critères que doit remplir une *company* pour revêtir le caractère de *private company* ; la mise en œuvre de cette restriction par le refus d'enregistrer la cession est détaillée à la section 151 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

³⁹⁰ Exemple cité dans BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 326, item 13.012.

³⁹¹ Les *members* minoritaires qui représentent moins du quart des *members* ne peuvent faire obstacle à une décision spéciale de l'Assemblée générale votée au trois quarts des *members* ; le *shareholders' agreement* peut par exemple stipuler que les *members* minoritaires ont un droit de veto quant à la modification des *articles* sans avoir besoin de créer une catégorie de parts sociales spécifique.

137. La faible utilisation de la liberté contractuelle statutaire lors de l'adoption des *articles* et le peu de modifications des *articles* effectué au cours de la vie sociale illustrent notre propos visant à reconnaître à la *Company* l'utilité d'un outil juridique, une société outil de l'entrepreneur prête à l'usage. La *Company* est instituée telle qu'elle est proposée par la *Companies Ordinance* ; l'entrepreneur complète les informations distinguant une *Company* d'une autre (dénomination sociale, capital social, *members*, *directors*, siège social, *company secretary*) et adopte les *articles* tels qu'ils sont proposés par la *Companies Ordinance* en vigueur au jour de l'immatriculation. La *Company* se révèle être une institution stable et reproductible inspirant confiance et sécurité à ceux qui choisissent de développer leurs activités commerciales au sein de cette entité. La *Company* remporte un immense succès probablement car elle représente une institution pérenne et non un contrat ponctuel. Il résulte de ce caractère institutionnel³⁹² fort de la *Company* une absence d'applicabilité du droit hongkongais des contrats à la formation et à l'adoption des *articles* ; ce caractère institutionnel emporte une différence de régime de la *Company* par rapport au régime applicable à la société française dont les statuts doivent respecter "les conditions générales communes à tous les contrats"³⁹³.

B. Une liberté statutaire traditionnellement réduite dans la SARL élargie par la SAS

138. Le fort interventionnisme étatique dans la vie des sociétés et de leurs entreprises implique le contrôle des règles applicables à celles-ci. Ainsi, les associés d'une SARL disposent traditionnellement de peu de liberté pour organiser la gestion interne de leur société (1). Avec la création de la SAS, les entrepreneurs ont à leur disposition une forme sociale leur offrant une grande liberté statutaire leur permettant d'organiser mieux leurs relations entre associés et la gestion interne de leur société dans le respect des règles de droit et d'ordre public³⁹⁴ (2).

1. Une faible liberté statutaire au sein de la SARL

139. La SARL créée par la loi du 7 mars 1925³⁹⁵ et modifiée par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 répond au souci de planification (voire de dirigisme) instituée à la fin de la décennie précédente par le Général de Gaulle. Depuis, l'interventionnisme étatique et ce dirigisme n'ont cessé de régir les réformes et évolutions des règles applicables à la SARL, notamment celles relatives aux statuts. Sur les quarante-trois articles du Code de commerce organisant la SARL, douze traitent des statuts et la référence aux décrets pris en Conseil d'État pour détailler les règles applicables à la SARL est mentionnée quatorze fois (contre deux fois pour la SAS).

140. Il résulte notamment de cet interventionnisme étatique que la liberté statutaire offerte aux associés d'une SARL est faible, comparativement à celle offerte aux associés d'une SAS à l'article L. 227-5 du Code de commerce (article qui n'a pas d'équivalent pour la SARL malgré le parallélisme rédactionnel notable, tant sur la forme que sur le fond, entre les articles du Code de commerce applicables à la SARL et ceux applicables à la SAS). Les mentions

³⁹² Ce caractère institutionnel attaché à la formation de la *Company* se distingue de la conception institutionnelle du droit désignant un fort degré d'interventionnisme de l'État dans la formation, l'organisation et le déroulement de la vie sociale d'une société ; cette conception institutionnelle du droit s'oppose à l'application de la théorie de la conception contractuelle, dite *regulatory law*, décrite par le Committee (Rapport du Committee, Chapter 4, § 4.1 "Enabling or regulatory law"), page 21.

³⁹³ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 57, point 103.

³⁹⁴ "Quelle est alors la place de la liberté contractuelle dans la SAS ? Elle est immense, mais elle n'existe qu'à l'intérieur des digues de l'ordre public.", PAILLUSSEAU Jean, La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote, Recueil Dalloz 2008, page 1563, §24.

³⁹⁵ Journal officiel de la République française du 8 mars 1925, page 2382.

obligatoires à insérer dans les statuts d'une SARL sont nombreuses et détaillées ; quant aux clauses facultatives, le choix laissé aux associés de les inclure dans les statuts débouche sur une faible liberté quant à leur contenu ; enfin, la liberté statutaire est effacée au profit de l'efficacité et de la rapidité juridiques si l'associé unique personne physique assumant personnellement la gérance de la SARL choisit le modèle de statuts-type tel que proposé par l'alinéa 2 de article L. 223-1 du Code de commerce³⁹⁶.

141. Les statuts doivent d'abord contenir les mentions communes à toutes les sociétés qui relèvent des éléments essentiels de la SARL pour différencier de manière générale une société d'une autre société et plus spécifiquement une SARL d'une autre SARL³⁹⁷, c'est-à-dire la forme juridique, la durée, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social.
142. Les statuts doivent ensuite contenir des mentions obligatoires particulières à la SARL qui portent toutes sur la structure et la géographie du capital social de la SARL, c'est-à-dire (i) le montant du capital social³⁹⁸, (ii) la répartition des parts sociales³⁹⁹ et donc le nom des associés⁴⁰⁰ et la valeur nominale des parts sociales⁴⁰¹, (iii) le rappel de la libération des parts ainsi que la mention du dépôt des fonds correspondant aux apports en numéraire⁴⁰², (iv) l'évaluation de chacun des apports en nature au vu du rapport du commissaire aux apports annexé aux statuts⁴⁰³ ou au vu des déclarations des associés ayant tous décidé de ne pas avoir recours à la procédure de contrôle de l'évaluation des apports en nature⁴⁰⁴, (v) lorsqu'il y a apport en industrie, les modalités de souscription des parts sociales attribuées aux apporteurs en industrie⁴⁰⁵, (vi) lorsqu'il y a capital variable, la variabilité du capital par les versements successifs effectués par les associés ou l'admission d'associés nouveaux et de réduction du capital par la reprise en tout ou partie d'apports effectués et le montant au-dessous duquel le capital ne saurait être réduit par voie de reprises d'apports⁴⁰⁶.
143. Pour certains auteurs, les statuts doivent également contenir toutes les mentions que devra comporter l'avis inséré dans un journal d'annonces légales en vertu de l'article R. 210-3 du Code de commerce⁴⁰⁷. Il résulte de la lecture de ces auteurs que les statuts d'une SARL

³⁹⁶ Alinéa 2 de article L. 223-1 du Code de commerce : "Un décret fixe un modèle de statuts types de société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance et les conditions dans lesquelles ces statuts sont portés à la connaissance de l'intéressé. Ces statuts types s'appliquent à moins que l'intéressé ne produise des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation de la société."

³⁹⁷ Article L. 210-2 du Code de commerce.

³⁹⁸ Article L. 223-2 du Code de commerce : "Le montant du capital de la société est fixé par les statuts. Il est divisé en parts sociales égales."

³⁹⁹ Article L. 223-7 alinéa 3 du Code de commerce : "La répartition des parts sociales est mentionnée dans les statuts." ; cette répartition impliquant la mention du nom de tous les associés.

⁴⁰⁰ Article L. 223-6 du Code de commerce ; le fait que tous les associés doivent intervenir à l'acte constitutif de la SARL est un élément supplémentaire de l'indication du nom de chacun d'eux.

⁴⁰¹ "Depuis la loi n° 94-126 du 11 février 1994, loi dite "Madelin", les parts sociales de SARL ne sont plus soumises à une valeur nominale minimale : la valeur nominale est librement fixée dans les statuts.", dans STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 72-10, Point 74, Date de fraîcheur : 30 novembre 2012

⁴⁰² Article R. 223-3 alinéa 2 du Code de commerce.

⁴⁰³ Article L. 223-9 alinéas 1 et 3 du Code de commerce.

⁴⁰⁴ Article L. 223-9 alinéas 2 et 3 du Code de commerce.

⁴⁰⁵ Article L. 223-7 alinéa 2 du Code de commerce, "Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie."

⁴⁰⁶ Article L. 231-1 alinéa 1, article L. 231-5 alinéas 1 et 2, article L. 231-6 alinéas 1 et 2 du Code de commerce.

⁴⁰⁷ "En tout état de cause, les statuts doivent contenir toutes les mentions que devra comporter l'avis qui sera inséré dans un journal d'annonces légales (C. com., art. R. 210-3).", STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Conditions de forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Point 6, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

devraient contenir les mentions suivantes énumérées à l'article R. 210-4 du Code de commerce : (1) la dénomination sociale, (2) la forme de la société, (3) le montant du capital social, (4) l'adresse du siège social, (5) l'objet social, indiqué sommairement, (6) la durée pour laquelle la société a été constituée, (7) les nom, prénom usuel et domicile des associés tenus indéfiniment des dettes sociales (s'il y en a), (8) les nom, prénom usuel et domicile des associés ou des tiers ayant, dans la société, la qualité de gérant, administrateur, président du conseil d'administration, directeur général, membre du directoire, membre du conseil de surveillance ou commissaire aux comptes, (9) les nom, prénom usuel et domicile des personnes ayant le pouvoir général d'engager la société envers les tiers, (10) l'indication du greffe du tribunal où la société sera immatriculée au registre du commerce et des sociétés. Nous n'avons pas la même lecture de l'article R. 210-3 du Code de commerce que ces auteurs. À notre avis, aucune disposition de cet article n'impose que les mêmes indications que celles contenues dans l'avis soient mentionnées dans les statuts. L'article L. 210-2 du titre premier "dispositions préliminaires" du Code de commerce ne mentionne que la forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social et le montant du capital social et n'effectue pas de renvoi aux articles R. 210-3 et R. 210-4 du Code de commerce. En d'autres termes, les indications (8) à (10) de l'article R. 210-4 du Code de commerce ne sont pas obligatoirement déterminées par les statuts de la SARL en vertu de l'article L. 210-2 du Code de commerce. Cependant, par la combinaison des articles L. 223-6 et L. 223-7 du Code de commerce, les nom et prénom usuel des associés apparaissent dans les statuts, mais la mention de leur domicile n'est pas une évidence. En outre, la mention des personnes énumérées aux indications (8) et (9) de l'article R. 210-4 du code de commerce n'est pas exigée ; en effet, l'article L. 223-18 indique que les gérants sont nommés par les associés, dans les statuts ou par un acte postérieur. Quant à la mention de l'indication (10) dans les statuts, aucun autre article organisant la SARL n'y fait mention. Les articles R. 210-3 et R. 210-4 ne sont pas applicables aux mentions obligatoires des statuts d'une SARL ; notamment, la liberté des associés de choisir si les gérants sont nommés ou non dans les statuts est entière. D'un point de vue pratique, l'inconvénient de nommer les gérants dans les statuts est la nécessaire modification des statuts en cas de changement de gérant (ne serait-ce que pour éviter aux tiers toute confusion sur l'identité du gérant postérieure à ce changement), ce qui implique la production d'une documentation sociale plus importante et qui pourrait impliquer l'application d'une majorité différente lors du vote des associés suivant l'articulation qui est retenue entre les articles L. 223-25, L. 223-29 et L. 223-30 du Code de commerce : en vertu de l'article L. 223-25, le gérant peut être révoqué par décision des associés dans les conditions de l'article L. 223-29, c'est-à-dire par un vote des associés représentant au moins la moitié des parts sociales⁴⁰⁸, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte ; en vertu de l'article L. 223-30, les statuts sont modifiés par un vote des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales, or la révocation du gérant nommé dans les statuts entraîne la modification des statuts dans le cadre de l'article L. 223-30. Cette articulation serait tranchée en faveur de l'application de l'article L. 223-25 dans la mesure où l'article L. 223-30 représenterait la règle générale et l'article L. 223-25 une exception à cette règle. Un argument complémentaire à cette articulation serait l'article L.

⁴⁰⁸ En droit hongkongais des sociétés, la *Companies Ordinance* distingue explicitement les décisions ordinaires des décisions extraordinaires suivant la règle de majorité. Dans la pratique, les SARL françaises effectuent souvent cette distinction qui existe dans le droit français des sociétés applicables aux sociétés anonymes. Dans un souci de clarté et de simplification, voire de mettre en adéquation la règle et la pratique mise en œuvre au sein des SARL, il serait pertinent d'intégrer cette terminologie simple dans les dispositions législatives et réglementaires. La décision ordinaire est adoptée par un vote des associés représentant au moins la moitié des parts sociales ; la décision extraordinaire est adoptée par un vote des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales ; cette distinction n'a pas d'impact sur le contenu de la décision en elle-même, ordinaire ou extraordinaire. Cet ajout renforcerait le tronc commun des règles applicables aux sociétés et simplifierait donc la compréhension de leur fonctionnement, la gestion d'une société transformée en une autre forme de société et l'écriture des règles applicables à chaque forme de société renforçant ainsi l'intelligibilité de la loi.

223-18 du Code de commerce indiquant que le gérant est nommé dans les conditions prévues par l'article L. 223-29 ; en application du principe du parallélisme des formes, il devrait donc être révoqué dans les mêmes conditions même si son nom est mentionné dans les statuts. Cette interprétation pourrait tout à fait être opposée à une interprétation différente où le gérant qui n'a pas été nommé dans les statuts serait révoqué en vertu de l'article L. 223-25 et où le gérant nommé dans les statuts serait révoqué dans les conditions de l'article L. 223-30 relatif à la modification des statuts. En effet, l'article L. 223-25 ne reflète aucunement la liberté laissée aux associés de nommer le gérant dans les statuts et dans le cadre d'une nomination du gérant dans les statuts, ceux-ci sont adoptés à l'unanimité des associés. Il en résulte une protection graduée de la révocation du gérant et un pouvoir plus important des associés minoritaires⁴⁰⁹. Dans un souci de stabilité des règles applicables à la SARL, il serait préférable que le nom du gérant ne soit pas indiqué dans les statuts et que la majorité exigée pour le révoquer soit, sur le modèle de l'article L. 223-18 du Code de commerce, mentionnée dans les statuts afin d'éviter tout conflit entre l'application des articles précités. Cette mesure, accompagnée du regroupement des dispositions législatives du Code de commerce applicables au gérant au sein d'un même article ou d'articles qui se suivent, serait également source de lisibilité pour les tiers. Le dépôt de la décision de nomination ou de révocation d'un gérant auprès du greffe du tribunal de commerce devrait suffire à informer les tiers. La nécessité d'obtenir une copie des statuts d'une SARL pour simplement vérifier l'identité du gérant nous semble inadaptée et source de lourdeur administrative interne à la SARL qui nomme ou révoque un gérant et modifie ses statuts et au Greffe du tribunal de commerce qui doit enregistrer plusieurs actes, mettre à jour deux données pour une restructuration et produire la copie de documents longs (les statuts) pour une décision de changement de gérant.

144. Sous la réserve que les statuts ne contiennent pas de termes contraires aux dispositions légales ou réglementaires impératives régissant l'organisation et le fonctionnement de la SARL⁴¹⁰, les statuts peuvent prévoir des termes complémentaires acceptés par tous les associés relatifs (i) aux relations entre associés⁴¹¹ c'est-à-dire la transmission et la cession des parts sociales⁴¹², les modalités et l'organisation du vote des associés⁴¹³ et la modification de la structure du capital social⁴¹⁴, (ii) à l'exercice de la gérance de la SARL⁴¹⁵, c'est-à-dire au mode de nomination et au choix du gérant, à la durée de ses fonctions et à sa rémunération, à

⁴⁰⁹ Par exemple, si les associés souhaitent que les gérants ne soient révoqués que par un vote des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales, il nous semblerait plus sécuritaire d'exiger dans les statuts une telle majorité plutôt que de mentionner le nom du premier gérant dans les statuts et de le modifier en application des dispositions de l'article L. 223-30 du Code de commerce ; en effet, ce nom peut être ôté des statuts par un vote des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales lors de la modification des statuts, le nom du nouveau gérant peut ne pas être ajouté dans les statuts pour quelque raison que ce soit et celui-ci pourrait alors être révoqué par un vote des associés représentant au moins la moitié des parts sociales.

⁴¹⁰ Par exemple, une clause qui prévoirait une majorité plus faible que la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales pour autoriser la cession de parts sociales à des tiers étrangers à la SARL, article L. 223-14 alinéa 1 du Code de commerce.

⁴¹¹ L'insertion de ces termes dans les statuts peut être envisagée sous l'impulsion des articles L. 223-13, L. 223-14, L. 223-15, L. 223-16 du Code de commerce.

⁴¹² Par exemple, des clauses d'agrément, de limitation de la cessibilité des titres, ou même une clause de non-concurrence [cf. Amiel-Donat, *Clause de non-concurrence et cession de droits sociaux : Dr. sociétés, janv. 1989, p. 1*], dans STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Points 5 et suivants, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

⁴¹³ L'insertion de ces termes dans les statuts peut être envisagée sous l'impulsion des articles L. 223-27, L. 223-28, L. 223-29 et L. 223-30 du Code de commerce.

⁴¹⁴ L'insertion de ces termes dans les statuts peut être envisagée sous l'impulsion des articles L. 223-32, L. 223-33 et L. 223-34 du Code de commerce.

⁴¹⁵ L'insertion de ces termes dans les statuts peut être envisagée sous l'impulsion des articles L. 223-18 et L. 223-25 du Code de commerce.

une clause de non-concurrence, (iii) au contrôle de la gérance, c'est-à-dire l'instauration d'un conseil de surveillance, la nomination d'un commissaire aux comptes⁴¹⁶.

145. Sans poser de principe de liberté statutaire au sein de la SARL, la liberté des associés a été élargie par deux réformes législatives successives : les modalités et l'organisation du vote des associés avec l'introduction de l'acte exprimant le consentement de tous les associés par la loi "Madelin" n°94-126 du 11 février 1994⁴¹⁷ ; la loi NRE du 15 mai 2001 a posé une règle générale de liberté statutaire dans les modalités de souscription de parts sociales en industrie⁴¹⁸ en modifiant l'article L. 223-7 du Code de commerce de manière "particulièrement libérale"⁴¹⁹.

2. L'offre d'une liberté statutaire relativement importante dans la SAS

146. Contrairement à la société anonyme et à la SARL qui sont des sociétés fortement encadrées par la législation⁴²⁰ et où la liberté statutaire des associés est faible (héritage du traditionnel dirigisme étatique dominant notamment la V^{ème} République⁴²¹), les associés de la SAS bénéficient d'une grande liberté statutaire pour déterminer la structure et la gestion de leur société et l'organisation de ses pouvoirs⁴²². C'est ce "mode d'organisation interne qui lui [la SAS] confère son originalité"⁴²³ par rapport aux autres sociétés à risque limité : la SAS est "une forme libéralisée de personne morale, qui cumule la puissance financière des sociétés par actions et une grande autonomie dans l'organisation de ses pouvoirs"⁴²⁴.
147. La démarche commune des milieux d'affaires, notamment du Conseil National du Patronat Français⁴²⁵ (désormais Mouvement des Entreprises de France), et des pouvoirs publics

⁴¹⁶ L'insertion de ces termes dans les statuts peut être envisagée sous l'impulsion des articles L. 223-19 et L. 223-35 du Code de commerce.

⁴¹⁷ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Décisions collectives, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 75-10, Point 52, Date de fraîcheur : 20 janvier 2011.

⁴¹⁸ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 72-10, Point 71, Date de fraîcheur : 30 novembre 2012.

⁴¹⁹ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 72-10, Point 71, Date de fraîcheur : 30 novembre 2012.

⁴²⁰ Sociétés répondant à la conception institutionnelle, c'est-à-dire soumise à un fort degré d'interventionnisme de l'État.

⁴²¹ "La philosophie, qui lui est sous-jacente, est donc plus proche de celle de la loi du 24 juillet 1867, votée en réaction contre le régime jugé trop contraignant du Code de commerce napoléonien que de l'inspiration de la loi du 24 juillet 1966, héritière des grands textes dirigistes de la période 1940-1943" – HONORAT Jean, La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés, Les Petites Affiches, 16 août 1996, page 4 et 19 août 1996, page 4

⁴²² "La commission ad hoc du CNPF (devenu depuis le Medef) qui siégea en 1989 sous la présidence de Monsieur Bernard Field, directeur des affaires juridiques et fiscales de la Compagnie de Saint-Gobain, proposa un projet d'une nouvelle forme sociale destinée à fournir aux entreprises un instrument de coopération qu'elles ne trouvaient ni dans la société anonyme, qui laisse trop peu de place à la liberté statutaire, ni dans la société en nom collectif, le GIE ou le GEIE à cause de la responsabilité solidaire et illimitée qu'ils imposent à leurs membres.", dans GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴²³ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴²⁴ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴²⁵ Démarche illustrée par le rapport du groupe de travail présidé par Monsieur Bernard Field sur "La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises" publié au mois d'octobre 1990 par la Commission économique du Conseil National du Patronat Français (ci-après "CNPF"), ci-après le "Rapport

afférente à la discussion et à l'adoption de la loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la SAS est intéressante à plusieurs niveaux.

Tout d'abord, cette réforme représente une prise de conscience des lacunes du droit français ne proposant pas de formes sociales souples et a pour corollaire de promouvoir la compétitivité juridique nationale⁴²⁶. La création de la SAS avait pour but de combler le manque d'une forme sociale réclamée par le milieu des affaires combinant une responsabilité limitée et une liberté statutaire permettant aux entreprises d'adapter la structure juridique de la forme sociale à leurs besoins réels⁴²⁷ dans le but d'améliorer la compétitivité des sociétés françaises par rapport aux sociétés d'autres États de l'Union européenne⁴²⁸. Les pouvoirs publics ont dû accepter de concilier les intérêts catégoriels du monde des grandes entreprises françaises réclamant de la souplesse et de la liberté et ceux de la tradition juridique du droit des sociétés répondant à des impératifs de dirigisme et de planification économiques, d'interventionnisme étatique et de sécurité juridique assurée par une liberté statutaire réduite.

Ensuite, la société qui a servi d'exemple pour bâtir le projet de SAS est une société non européenne et d'un droit de tradition de *Common Law*, c'est-à-dire la *private company limited by shares* de l'État américain du Delaware⁴²⁹.

Enfin, la SAS pourrait réunir dans les statuts les thèmes traditionnellement traités dans un pacte extrastatutaire comme les clauses ayant trait à la géographie du capital et les clauses ayant trait à la direction et à la gestion de l'entreprise aux fins de recréer un document social unitaire et transparent⁴³⁰ et opposable⁴³¹. La liberté statutaire offerte dans la SAS est un acte de simplification réduisant les interrogations sur l'articulation entre les statuts et le pacte extrastatutaire (c'est-à-dire la réduction des litiges afférents à la validité des clauses du pacte extrastatutaire et aux contradictions potentielles avec les clauses des statuts) et sur la publicité à donner aux pactes extrastatutaires. Ainsi, la liberté offerte par le Code de commerce aux associés de la SAS devrait s'exprimer dans les statuts⁴³². La lecture des articles du Code de commerce pourrait conforter cette prescription de forme selon laquelle "seuls les statuts sont aptes à recueillir et à exprimer l'accord des parties sur l'organisation

Field". La proposition du Rapport Field intervient dans le cadre de l'action du CNPF d'obtenir un environnement législatif offrant liberté et sécurité aux chefs d'entreprise et leur permettant de bénéficier d'outils juridiques équivalents à ceux de leurs concurrents étrangers. Cette proposition répond à trois principes directeurs, souplesse, transparence, efficacité et sécurité ; elle vise à constituer une société anonyme simplifiée répond à la ligne directrice du CNPF attachée à une théorie du droit proche de la conception contractuelle, équivalente à la théorie de l'*enabling law* promue par les pouvoirs publics de Hongkong, plutôt qu'à une politique dirigiste et interventionniste proche de la conception institutionnelle, dite *regulatory law*.

⁴²⁶ Cette réforme a tout du moins visé à éviter l'évasion juridique démontrée par "les entreprises française qui avaient alors recours à des sociétés de droit étranger, notamment à la société anonyme des Pays-Bas (Besloten Vennotschap)", dans GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴²⁷ Rapport Field, page 7.

⁴²⁸ GUYON Yves, Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée, Revue des sociétés, 2000, page 255, §1.

⁴²⁹ GUYON Yves, Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée, Revue des sociétés, 2000, page 255, §2.

⁴³⁰ Comme le préconisait le Rapport Field, page 4, "ainsi les statuts de la société redeviendront la véritable charte des actionnaires et mériteront à nouveau l'appellation traditionnelle, mais aujourd'hui détournée, de pacte social".

⁴³¹ BRUNSWICK Philippe, SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires ?, Recueil Dalloz 2000, page 595.

⁴³² Une illustration de cet encouragement à faire s'épanouir la liberté contractuelle des associés dans les statuts et non dans un pacte extrastatutaire est le fait que les clauses de contrôle du capital sont opposables aux tiers, à condition qu'elles figurent dans les statuts conformément à l'article L. 227-15 du Code de commerce.

fonctionnelle de la SAS⁴³³. Cette rigidité d'insertion dans les statuts des termes relatifs à la gestion administrative interne représenterait le pendant de la souplesse et de la liberté offerte.

148. Les réformes de la SAS ont continué de protéger, voire de promouvoir, la liberté statutaire, comme la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 relative à la recherche et à l'innovation et la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie⁴³⁴ ; ces deux réformes du régime de la SAS transforment celle-ci⁴³⁵ et offrent de nouveaux domaines⁴³⁶ à la liberté statutaire. La liberté statutaire est conférée de principe par l'article L. 227-5 du Code de commerce dispose que "les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée". Nous choisissons ici de faire référence à la définition du terme "dirigé" renvoyant au terme "gouverné" ou à celui de "gouvernement", c'est-à-dire qu'être dirigé est être "gouverné par un être doué de prévoyance et de volonté"⁴³⁷ et que le mot gouverné ne renvoie pas seulement au pouvoir exécutif mais aussi au pouvoir législatif et à l'administration⁴³⁸. L'article L. 227-5 du Code de commerce pourrait être entendu de manière très vaste et la liberté des associés pourrait être importante quant aux thèmes traités dans les statuts et quant au contenu de ces thèmes. Cependant, si le sens actuellement plus usuel du terme gouverné est retenu, c'est-à-dire qu'il renvoie au pouvoir exécutif et à l'ensemble des ministres membres de ce pouvoir exécutif, l'article L. 227-5 du Code de commerce pourrait conduire à ce que les statuts d'une SAS ne fixent que les conditions dans lesquelles la direction et la gestion de la SAS sont organisées⁴³⁹ ; les autres thèmes traditionnellement traités dans les statuts faisant alors partie

⁴³³ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴³⁴ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, loi dite "LME", Journal Officiel de la République française du 5 août 2008.

⁴³⁵ PAILLUSSEAU Jean, La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !, Recueil Dalloz 1999, page 333, point 8 mettant l'accent par exemple sur l'absence de restriction quant à l'objet social de la SAS.

⁴³⁶ Par exemple, tes trois critères détaillés par GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009 : le montant du capital d'une SAS est désormais fixé par les statuts (loi n°2008-776, art. 59, I, 3°, complétant l'article L. 227-2 du Code de commerce par un deuxième alinéa, remplacé ensuite par l'article 7 de l'ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009) ; la SAS est admise "à émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie" (loi LME, art. 59, I, 2° complétant l'article L. 227-1 du Code de commerce) ; sous réserve de quatre exceptions posées par la loi, la désignation d'un commissaire aux comptes relève désormais de la seule décision collective des actionnaires (loi LME, article 59, 6°, créant l'article L. 227-9-1 du Code de commerce - la loi allège également les diligences des commissaires aux comptes en fonction dans les petites SAS).

⁴³⁷ LALANDE André, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Presse Universitaire de France, octobre 2010, définition du mot "dirigé".

⁴³⁸ LALANDE André, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Presse Universitaire de France, octobre 2010, définition du mot "gouvernement" (S).

⁴³⁹ Ce sens pourrait également être retenu dans la mesure où l'article L. 227-1 alinéa 3 ne retient que l'obligation de mentionner dans les statuts les modalités de souscription et de répartition des actions inaliénables résultant d'apports en industrie tels que définis à l'article 1843-2 du Code civil ; les dispositions du Code de commerce dédiées à la SAS ne font pas mention de l'obligation de mentionner dans les statuts les autres catégories ou classes d'actions ni de la structure et la répartition du capital ; par un raisonnement *a contrario*, si les actions inaliénables résultant d'apports en industrie doivent être déterminées dans les statuts, les autres actions n'auraient pas l'obligation d'y être déterminées. Un autre sens de cet article pourrait être que les modalités de souscription et de répartition des actions autres que les actions inaliénables résultant d'apports en industrie sont déterminées par la loi et ne font pas l'objet de la liberté statutaire caractéristique de la SAS. Le sens de cet article est probablement tout autre et est révélé à la lumière des dispositions applicables à la société anonyme qui interdit les actions inaliénables résultant d'apports en industrie, article L. 225-3 alinéa 4 du Code de commerce ; en outre, les articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce disposent que les statuts peuvent mentionner certaines clauses spécifiques portant sur la propriété des actions, ce qui porte à penser que les statuts traitent de l'actionariat de la SAS. Cet exemple illustre également notre propos sur la difficulté que

des statuts ou d'un pacte extrastatutaire au gré des associés. Il semble que l'acception large du terme "dirigé" soit à retenir dans la mesure où le Rapport Field souhaite remettre à l'honneur l'unité du document social constituant et organisant la SAS et où les articles du Code de commerce relatifs à la SAS disposent que les statuts déterminent aussi bien les règles afférentes à l'actionnariat⁴⁴⁰ qu'à la direction⁴⁴¹. En d'autres termes, la liberté statutaire peut s'exprimer largement aussi bien quant aux droits des associés qu'à la gestion des dirigeants. Pour respecter les articles L. 227-5 et L. 227-9 du Code de commerce, les principes d'organisation de la direction et les conditions dans lesquelles sont prises les décisions collectives des associés doivent figurer dans les statuts ; en revanche, il ne nous semble pas interdit que les détails de cette organisation ou des conditions de fonctionnement des organes figurent dans un autre document tel qu'un règlement intérieur⁴⁴².

149. La grande liberté statutaire offerte aux associés d'une SAS découle de la forme et du fond des articles du Code de commerce dédiés à la SAS et les tempéraments à ce principe sont peu nombreux et peu restrictifs de liberté. Quant à la forme, les articles L. 227-13, L. 224-14, L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce organisant la maîtrise du capital social débutent tous par les mots "les statuts peuvent prévoir..." ; cette forme laisse une grande liberté aux associés de prévoir ou non ces clauses de maîtrise du capital social dans les statuts et d'en prévoir les modalités⁴⁴³. Quant au fond, l'article L. 227-6 du Code de commerce dispose que la SAS est représentée à l'égard des tiers par un président⁴⁴⁴, ce qui marque une absence de liberté quant à l'appellation du représentant de la SAS⁴⁴⁵, mais que celui-ci est désigné dans les conditions prévues par les statuts, ce qui marque une totale liberté statutaire. Cet article complète l'organisation de la direction de la SAS par la possibilité de nommer un (ou des) directeur(s) général(aux) ou directeur(s) général(aux) délégué(s) qui peuvent exercer les pouvoirs confiés au président. Ce complément marque une absence de liberté quant à l'appellation de ces dirigeants mais donne une certaine unité aux SAS et une meilleure visibilité et donc une plus grande sécurité juridique pour les tiers qui peuvent facilement identifier leurs interlocuteurs au sein d'une SAS ; mais, ce complément laisse l'opportunité de prévoir une telle organisation aux associés. Sur le fond, l'article L. 227-9 du Code de commerce prévoit une liberté statutaire de principe "les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés, dans les formes et conditions qu'ils prévoient" puis liste les domaines impérativement attribués aux associés. Cette liste constitue

représente la multiplicité des sources des règles applicables à la SAS et la proposition à reprendre les dispositions de la société anonyme applicables par défaut à la SAS au chapitre VII, Titre II, Livre II dédié à celle-ci.

⁴⁴⁰ Par exemple, l'article L. 227-1 du Code de commerce mentionne que les statuts déterminent les modalités de souscription et de répartition des actions inaliénables résultant d'apport en industrie ; l'article L. 227-9 du Code de commerce mentionne que les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.

⁴⁴¹ Par exemple, les articles L. 227-1 et L. 227-6 du Code de commerce précisent la présidence, la direction et la représentation de la SAS ainsi que les règles qui sont applicables à ces thèmes.

⁴⁴² Voir en ce sens LE CANNU Paul, Les dirigeants de la société par actions simplifiée, *Revue des Sociétés*, 1994, page 241, n°3 ; GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, *Sociétés par actions simplifiées, Organisation des pouvoirs, fonctionnement*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-20, Date de fraîcheur : 15 septembre 2009, point 8.

⁴⁴³ Cette liberté statutaire quant à la maîtrise de la structure du capital social est protégée l'article L. 227-15 du Code de commerce, "toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle" ; l'encadrement de cette liberté statutaire est faible dans la mesure où l'article L. 227-20 du Code de commerce prévoit uniquement que ces clauses peuvent être adoptées ou modifiées à l'unanimité des associés.

⁴⁴⁴ La co-présidence n'est pas permise, comme le confirme l'avis n°2013-027 du 4 octobre 2013 du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés (avis publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes").

⁴⁴⁵ Cette exigence est primordiale quant à la protection des tiers qui doivent pouvoir de manière certaine identifier le représentant légal de la SAS. En ce sens, GUYON Yves, *Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée*, *Revue des sociétés*, 2000, page 255, §15.

une certaine restriction de la liberté des associés quant à l'arbitrage qu'ils pourraient faire sur la répartition des domaines de décisions entre associés et dirigeants et une protection de leurs prérogatives visant à leur permettre de conserver le contrôle de leurs investissements et de la vie de la SAS. Les restrictions apportées à la liberté statutaire de principe visent à protéger les associés. Les domaines listés à l'article L. 227-9 du Code de commerce ne touchent pas aux décisions d'orientations stratégiques ou de grands investissements de l'entreprise qui sont dévolues à la liberté statutaire.

150. Nous rejoignons les questionnements de certains auteurs⁴⁴⁶ sur l'intérêt que représente alors la constitution d'une SARL par rapport à une SAS, les deux sociétés à risque limité n'offrant pas la même liberté statutaire. Ce questionnement se situe au niveau du choix de la forme sociale et il est possible que la SARL continue d'être la forme sociale la plus utilisée en France par une habitude historique et par les encadrements législatif et réglementaire induisant une certaine sécurité que cette forme sociale peut inspirer. *A contrario*, la relative nouveauté et le peu d'encadrement législatif de la SAS jouent en sa défaveur ; l'entrepreneur qui choisirait de constituer une SAS peut n'avoir aucune intention spécifique sur l'organisation fonctionnelle de sa société et la liberté offerte par le peu de règles édictées par la loi ne lui laisse pas d'autres alternatives que de reporter son choix sur la SARL (qui offre même un modèle de statuts-type en cas de SARL unipersonnelle), à moins de faire appel à un professionnel présentant l'inconvénient d'ajouter un coût direct à la constitution d'une société. Nous souhaiterions pousser ce questionnement en amont sur l'opportunité de conserver deux formes sociales dont les régimes convergent petit à petit⁴⁴⁷ notamment du fait de la distinction grandissante de l'évolution du régime de la SAS par rapport à celui de la société anonyme⁴⁴⁸. La SARL est connue de tous, a le bénéfice d'une existence historique et représente la plus grande partie des sociétés commerciales enregistrées ; ne serait-il pas venu le moment de libéraliser le régime qui lui est applicable en offrant une alternative aux futurs associés entre liberté statutaire et modèle de statuts-type rassurant ceux qui ne souhaitent pas se lancer dans la négociation et la rédaction de statuts *ad hoc* tout en faisant disparaître la SAS au profit de cette forme libéralisée de la SARL ?
151. Illustrant ce questionnement du rapprochement des régimes de la SAS et de la SARL, celui portant sur le rapprochement de la SAS unipersonnelle (SASU) et de la SARL unipersonnelle (EURL) pourrait être pertinent. La SASU et l'EURL ont de nombreux points communs notamment lorsque l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gestion

⁴⁴⁶ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009 ; S. Torck et H. Hovasse, op. et loc. cit.

⁴⁴⁷ Quelques attraits communs à la SAS et à la SARL peuvent être listés ici : la faculté reconnue aux SAS constituées depuis moins de cinq ans d'opter pour le régime de l'impôt sur le revenu (loi LME, article 30, I, 8° créant l'article 239 bis AB du Code général des impôts) ; la consolidation de l'élaboration d'un régime commun à la SAS et la SARL dont l'associé unique assume personnellement la gestion ; la possibilité pour la SARL d'émettre des obligations (article L. 223-11 du Code de commerce), ce qui lui offre une source d'investissement permettant un développement plus important sur le modèle de la SAS ; les seuils au-delà desquels les SARL et les SAS doivent nommer un commissaire aux comptes sont identiques (Relevé de décision du 17 juillet 2013 du Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique, Décision 20, page 8, "Répondre aux obligations comptables et fiscales").

⁴⁴⁸ La question de l'organisation des pouvoirs de la SAS est légalement distincte de l'organisation de ceux de la société anonyme alors que les dispositions applicables à la société anonyme devraient s'appliquer par défaut à la SAS ; "[...] la loi est maintenant quasiment silencieuse sur ce point [celui de l'organisation des pouvoirs] et que les statuts doivent régler entièrement cette question de l'organisation des pouvoirs [...] la Chancellerie, sans doute inquiète de la liberté quasi totale ainsi reconnue aux statuts, a imposé qu'un certain nombre de décisions relève obligatoirement de la collectivité des associés", dans GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

de la société⁴⁴⁹. L'utilisation qui est faite de ces deux sociétés (SASU et EURL) pourrait être identifiée comme leur principale différence : la SASU est une société par actions qui a surtout servi à simplifier la gestion des groupes⁴⁵⁰ (cette problématique du choix d'une forme de société par rapport à une autre dans le but de gérer un groupe pour bénéficier d'avantages fiscaux n'est pas présente à Hongkong du fait de la présence de peu de formes sociales et du fait d'une unicité du régime fiscal applicable à toutes les formes sociales) alors que l'EURL répond au besoin de personnes physiques souhaitant constituer une société unipersonnelle. En vertu de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, la SASU pourrait également devenir la structure privilégiée d'entreprise individuelle lui donnant par rapport à l'EURL une attractivité évidente. Cette attractivité se situe au niveau de la liberté statutaire offerte au régime de la SAS applicable à la SASU. En effet, la liberté d'organisation de la direction de la SASU implique qu'une SASU peut être présidée par une personne morale qui peut même être une autre SASU. La liberté de la structure du capital social la rend plus attractive dans la mesure où une SASU peut être l'associé d'une autre SASU. Dans une moindre mesure, la liberté du financement de la SASU permet d'émettre tous titres de capital et titres de créance (ce dernier point ne constitue plus un avantage depuis l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 ouvrant à certaines SARL la faculté d'émettre des obligations nominatives sans offre au public⁴⁵¹). Nous observons alors que la SAS aurait évolué vers une SARL libéralisée pour se distinguer d'une SA simplifiée, notamment au vu du fort caractère *intuitu personae* que peut revêtir la SAS et indépendamment de l'applicabilité par défaut du régime de la société anonyme.

152. Notre proposition tendant à faire disparaître la forme sociale SAS au profit d'une SARL libéralisée aurait pour corollaire la fusion de la forme sociale SAS au sein du régime de la société anonyme⁴⁵², sur le modèle de la *public company* hongkongaise, qui peut offrir ou non des titres au public ou faire admettre ses actions sur un marché réglementé (*public company listed or not listed*).

À cet égard, l'applicabilité par défaut du régime de la société anonyme à la SAS nous paraît, d'une part, constituer un handicap que traîne la SAS depuis le jour où cette forme de société a été proposée par le Rapport Field. En effet, le Rapport Field propose que sa société anonyme simplifiée soit soumise par défaut et en l'absence de contradiction avec les règles applicables à celle-ci aux règles applicables à la société anonyme. Le titre du Code de commerce dédié à la SAS reprend cette proposition⁴⁵³. Nous sommes d'avis que cette référence ne fournit à la SAS ni l'efficacité et la sécurité juridique ni la transparence souhaitée par le Rapport Field. Cette référence multiplie les sources applicables à la SAS : les règles du Code civil applicables aux sociétés, les règles du Code de commerce applicables aux sociétés commerciales, les règles du Code de commerce applicables aux sociétés anonymes, les règles du Code de commerce

⁴⁴⁹ La ressemblance entre la SASU et l'EURL a été renforcée par la loi LME du 4 août 2008 qui a simplifié de façon homogène leur fonctionnement.

⁴⁵⁰ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴⁵¹ Article L. 223-11 du Code de commerce dans sa version applicable depuis le 13 décembre 2006.

⁴⁵² Le fait qu'en "2014, une centaine de sociétés anonymes a été immatriculée contre plus de neuf mille sociétés par actions simplifiées (SAS)" (citation du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, Journal officiel de la République française, n°210, 11 septembre 2015, pages 15850, 15851, texte n°5, source : <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2015/9/11/JUSC1513525P/jo/texte>) est un argument en faveur de cette fusion, ainsi que le nombre minimum d'actionnaires d'une société anonyme non cotée ait été réduit à deux (les sociétés anonymes dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, qu'elles soient nouvelles ou existantes, peuvent désormais ne compter que deux actionnaires).

⁴⁵³ Alinéa 3, Article L. 227-1 du Code de commerce.

applicables aux SAS et les parties réglementaires de ces quatre sources distinctes. Au-delà de la difficulté d'identification des règles applicables à la SAS parmi ces quatre sources (l'identification de celles résultant du régime de la société anonyme étant la plus difficile étant donné l'enchevêtrement des articles qui sont applicables et qui ne le sont pas du fait des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce), l'articulation de ces règles variées ne contribue pas à apporter la transparence et la limpidité⁴⁵⁴ voulue par le Rapport Field et par les pouvoirs publics en particulier. Il n'aurait pas été contre-productif de reprendre les dispositions légales de la société anonyme applicables à la SAS dans le chapitre VII, Titre II, Livre II du Code de commerce qui lui est dédiée. Sur le fond, l'institution de la SAS est un premier pas vers la libéralisation du droit français des sociétés nécessaire pour encourager leurs entrepreneurs à protéger leur entreprise par une structure juridique stable, protectrice et souple et pour promouvoir la compétitivité juridique du territoire français au sein de l'Union européenne.

D'autre part, cette applicabilité par défaut du régime juridique de la société anonyme pourrait constituer un avantage sérieux pouvant faciliter l'intégration de la forme sociale de la SAS au sein de la forme sociale de la société anonyme. Cette forme sociale chapeauterait alors deux régimes juridiques distincts, le premier correspondant à celui de la SAS actuelle de conception contractuelle (la conception contractuelle relève de la conception de l'*enabling law* au titre de laquelle la liberté est laissée aux associés pour l'organisation de la gestion interne de la société et s'oppose à la conception institutionnelle du droit, dite *regulatory law*, au titre de laquelle l'interventionnisme étatique impose des règles impératives pour l'organisation de la gestion interne de la société) laissant une grande liberté statutaire aux associés⁴⁵⁵ et le deuxième répondant à celui de la société anonyme avec offre au public de conception institutionnelle laissant une liberté statutaire plus réduite aux associés. Cette distinction de régime juridique entre une SA avec offre au public et sans offre au public ne constituerait pas une *summa divisio* du droit des sociétés, comme pourrait le craindre le sénateur Marini dans son rapport sur "la modernisation du droit des sociétés"⁴⁵⁶, mais un caractère distinguant deux SA entraînant une différence de régime, pouvant être modifié par une procédure définie et permettant une évolution flexible de la SA dans le temps. Il est une évidence que les règles applicables aux SA avec offre au public doivent être légalement plus encadrées et plus contrôlées du fait de la mise en jeu de l'argent du public. Une SA peut passer d'un régime à l'autre au gré de ses développements stratégiques et commerciaux et, suivant le régime applicable, la SA est alors soumise à des règles plus ou moins contraignantes. *In fine*, la SARL serait destinée aux PME⁴⁵⁷, la SA simplifiée aux moyennes voire grandes entreprises sans offre au public et la SA aux entreprises

⁴⁵⁴ PAILLUSSEAU Jean, La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !, Recueil Dalloz 1999, page 333, points 23 et suivants : La SAS, une société fort complexe. La conséquence de cette organisation légale complexe de la SAS, c'est un manque de « lisibilité » du droit qui lui est applicable.

⁴⁵⁵ Le caractère contractuel de la SAS, c'est-à-dire le fait qu'une grande liberté soit laissée aux associés pour organiser leur SAS, a été renforcée par la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 : "Les dépenalisations qui la [i.e. la SAS] concernent accentuent encore son caractère contractuel en dépenalisant partiellement la violation de l'*affectio societatis* que se doivent encore les associés.", dans ROBERT Jacques-Henri, Tableau récapitulatif des dépenalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions, Droit des sociétés 2005, étude 3, point 19.

⁴⁵⁶ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Point 18, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁴⁵⁷ "En conclusion et pour se limiter à des critères juridiques, il convient d'observer que, pour l'essentiel, les "inconvenients" de la SARL ont une certaine finalité. Le législateur a voulu la cantonner dans une situation particulière, celle d'une société petite ou moyenne. C'est sans doute là l'explication de son histoire mais aussi de son avenir.", dans STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 71-10, Point 35, Date de fraîcheur : 28 septembre 2012.

avec offre au public. Cette organisation aurait le mérite de clarifier les régimes applicables et impliquerait une réorganisation des divisions du Code de commerce applicables à ces trois formes de sociétés.

153. Le droit hongkongais des sociétés propose une société à risque limité (la *company limited by shares*) polymorphe qui peut être fermée ou ouverte (*private company* ou *public company*) que toute entreprise peut utiliser et modeler à sa convenance et au gré de ses évolutions. Le droit français des sociétés multiplie les formes de véhicules juridiques et de sociétés pour proposer à chaque association (entendu ici dans son sens large d'un groupement de personnes qui s'associent à une fin déterminée) une structure spécifique⁴⁵⁸. La portée de la liberté statutaire au sein des sociétés illustre la différence d'esprit des deux ordres juridiques et pourrait être le fil conducteur de l'amélioration de l'efficacité juridique et économique des sociétés fermées à risque limité françaises.

§2. L'offre de statuts-type en droit français inspirée du droit hongkongais comme socle de la liberté statutaire

154. Malgré l'adoption du modèle d'*articles*-type par une grande majorité de *Companies* en dépit d'une grande liberté statutaire, la "vitalité du phénomène contractuel dans l'organisation de la société"⁴⁵⁹ existe : ce phénomène ne se retrouve pas lors du processus d'immatriculation de la *Company* mais avant ou après cette immatriculation ; ce phénomène n'est pas observé dans les *articles* de la *Company* mais dans les *shareholders' agreements* négociés et signés entre les *members* (et dans une autre mesure lors de la conclusion d'un contrat de service entre la *Company* et un *director* organisant le mandat et les missions de ce dernier). Les pouvoirs publics hongkongais ne cherchent pas à modifier cet état de fait considérant que l'organisation et la gestion internes de la *Company* relèvent de la liberté des *members* ; comme nous l'avons indiqué précédemment, les pouvoirs publics souhaitent fournir un maximum de sécurité juridique aux tiers, partenaires commerciaux et créanciers à la *Company* et protéger les *members* minoritaires.
155. Le but affiché dans le Rapport Field d'offrir une grande liberté aux associés d'une SAS pour convenir collectivement du contenu des statuts était d'éviter peu à peu le pacte d'associés et d'unifier les règles régissant l'organisation et le fonctionnement interne de la SAS au sein d'un document social unique : les statuts. Cependant, nous souhaitons différencier la liberté offerte aux associés d'organiser la structure et le fonctionnement de leur société de la liberté statutaire. Nous souhaitons démontrer que, sur le modèle de la *Company*, il est pertinent de promouvoir la liberté statutaire au sein de la SAS et que celle-ci devrait être, dans un souci d'efficacité économique, accompagnée d'une alternative pratique, rapide et sûre, qui est la proposition d'un modèle de statuts-type. En effet, contrairement à la *Company*, la SAS offre une grande liberté aux associés pour organiser le fonctionnement de leur société sans mode d'emploi que représentent les *articles* applicables par défaut. La *Company* dispose d'un modèle d'*articles*-type. Or, il nous semble que cette liberté offerte dans la SAS sans guide pourrait être contre-productive en terme d'efficacité et de rapidité pour instituer une société et en terme de stabilité des relations entre les organes de la SAS et de sécurité juridique au cours de la vie sociale ou lors de la dissolution de la société, les statuts pêchant par manque de précision.

⁴⁵⁸ En ce sens et notamment pour une évolution du droit français vers la multiplicité des véhicules juridiques, BEYNEIX Isabelle, HEBERT Sylvie, La prise en compte de l'entrepreneuriat dans le droit, Revue trimestrielle de droit commercial, 2012, page 671.

⁴⁵⁹ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 110, point 200.

156. L'article D. 223-2 du Code de commerce propose un modèle de statuts-type pour la SARL unipersonnelle dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance (dans un souci de lisibilité des paragraphes qui vont suivre, nous avons choisi de dénommer cette SARL UPP). Ces statuts permettent la mise en œuvre d'une procédure d'institution d'une société rapide, efficace et sûre répondant aux attentes d'un entrepreneur qu'il serait pertinent d'étendre à la SAS unipersonnelle (A). Dans un souci d'efficacité économique, d'égalité des entrepreneurs et de lisibilité juridique, ce modèle devrait également être étendu aux SARL et SAS pluripersonnelles simplifiant ainsi les formes de sociétés et posant également les différences cardinales entre les SARL et SAS (B).

A. La proposition de modèles de statuts-type favorable à l'institution de SARL et de SAS unipersonnelles

157. L'offre d'un modèle de statuts-type est un pas en avant des pouvoirs publics vers l'entrepreneur pour l'encourager à encadrer ses activités commerciales au sein d'une société. Le champ d'application de ce modèle pourrait simplement être élargi et cette démarche constituerait une avancée supplémentaire vers l'accessibilité de la forme sociale : le premier élargissement du champ d'application de ce modèle pourrait porter sur l'ouverture à toutes les SARL unipersonnelles quelle que soit leur structure interne (1), puis de le dupliquer pour l'appliquer aux SAS unipersonnelles (2) tout en considérant que la liberté statutaire caractérisant la SAS ne constitue pas, à notre avis, un empêchement à proposer ce modèle⁴⁶⁰. Le droit hongkongais des sociétés applicables aux *Companies* pourrait être une mine d'idées et d'inspiration pour élargir la portée du modèle de statuts-type.

1. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type à toutes les SARL unipersonnelles

158. Il serait opportun d'élargir le champ d'application du modèle de statuts-type proposé pour une SARL UPP à toutes les SARL unipersonnelles, que l'associé unique soit une personne physique et ait décidé de nommer plusieurs gérants dont il fait partie (a) et que l'associé unique soit une personne morale (b).

a. La SARL unipersonnelle avec cogérance

159. Nous pouvons légitimement nous poser la question de la conservation de la restriction du modèle aux SARL UPP, d'autant plus que cette application est restreinte aux SARL UPP n'ayant qu'un seul gérant.

⁴⁶⁰ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Organisation des pouvoirs, fonctionnement, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-20, Date de fraîcheur : 15 septembre 2009, point 7 : "Le silence des statuts sur tel ou tel point de l'organisation interne d'une société peut créer des difficultés. Si les statuts sont très lacunaires, la SAS devrait pouvoir fonctionner normalement car la loi impose implicitement une répartition simple des pouvoirs : le président a tous pouvoirs, sauf ceux que la loi attribue aux associés, soit par l'article L. 227-9 du Code de commerce, soit par d'autres dispositions légales, comme en matière de modifications statutaires (alinéa 1^{er} de l'article 1836 du Code civil), d'augmentation des engagements des actionnaires (alinéa 1^{er} de l'article 1836 du Code civil) ou de prorogation de la société (article 1844-6 du Code civil). Cette répartition légale pose cependant une autre question délicate, dans la mesure où l'article L. 227-9 du Code de commerce concernant les pouvoirs dévolus légalement aux associés se réfère "aux conditions prévues par les statuts" pour les modalités de la décision. Certains auteurs pensent qu'il faut transposer à la SAS les règles du fonctionnement des assemblées générales des sociétés anonymes et réintroduire ainsi le principe de la décision majoritaire (D. Vidal, La société par actions simplifiée : Montchrestien, 1994, n° 94). Il est vrai que cette opinion paraît contredire l'exclusion expresse par l'article L. 227-1 du Code de commerce des articles concernant l'Assemblée générale des actionnaires de société anonyme. Il est cependant possible d'estimer que l'introduction du principe supplétif de la décision majoritaire - et non du reste de la réglementation des assemblées générales - est conforme à la conception générale de la SAS."

160. En effet, dans la mesure où les dispositions applicables aux SARL UPP sont "dérogatoires au droit commun, [celles-ci] doivent s'entendre comme étant d'interprétation stricte"⁴⁶¹ ; la pluralité de gérants, même si parmi eux l'associé unique personne physique est nommé, ne permettrait pas d'adopter le modèle de statuts-type.
161. Nous ne remettons pas en cause le raisonnement du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés dans son avis du 27 mars 2013. Le terme "personnellement" à l'alinéa 2 de l'article L. 223-1 du Code de commerce peut être interprété dans un sens exclusif où seul l'associé unique assume la gérance. Cependant, il nous semble que l'objectif de proposer un modèle de statuts-type était de faciliter l'immatriculation d'une SARL unipersonnelle pour soutenir la croissance des petites entreprises et leur permettre de protéger leurs activités au sein d'un cadre légal renforcé. L'opportunité de la question soumise au Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés aurait été de persévérer dans l'ouverture au plus grand nombre de la SARL unipersonnelle proposant un modèle de statuts-type. Le terme "personnellement" aurait pu être entendu de manière non exclusive (personnellement ne veut pas dire uniquement) élargissant ainsi l'application du modèle de statuts-type à une SARL UPP en cogérance (dans la mesure où l'associé unique est nommé cogérant) sans modification des dispositions législatives et réglementaires y afférentes. Le modèle de statuts-type proposé à l'article D. 223-2 du Code de commerce pourrait être conservé en l'état ; dans un souci d'éviter toute confusion en cas de pluralité de gérants, il pourrait être profitable de simplement supprimer la fin de la phrase du premier paragraphe "dont le gérant est l'associé unique".

b. La SARL avec un associé unique personne morale

162. La restriction de l'applicabilité du modèle de statuts-type à une SARL UPP dont l'associé unique est une personne physique nous semble constituer une inégalité injustifiée entre entrepreneurs personnes morales et entrepreneurs personnes physiques. Un des obstacles juridiques à l'élargissement de l'application du modèle de statuts-type est qu'une SARL ne peut avoir de gérant personne morale ; ainsi, une SARL dont l'associé unique est une personne morale devrait nommer une personne physique en qualité de gérant et l'associé unique et le gérant ne seraient pas la même personne.
163. Pourtant, la personne morale associée unique de la SARL pourrait nommer son ou un de ses représentants légaux en qualité de gérant et respecter ainsi le principe d'une gérance assumée personnellement par la personne morale via une personne physique. Cet obstacle peut ainsi facilement être levé sans avoir à modifier les articles de la partie législative du Code de commerce interdisant à une personne morale d'être gérante d'une SARL. Seules les dispositions de la partie législative du Code de commerce relatives à la SARL pourraient alors être modifiées en ce sens : la mention entre virgules ", personne physique," de l'expression "société à responsabilité dont l'associé unique, personne physique, assume [ou assumant] personnellement la gérance" devrait être supprimée des articles L. 223-1, D. 223-2 et son annexe 2-1.
164. En pratique, l'associé personne morale pourrait identifier ses représentants légaux dans une décision de son organe de direction qui aurait pour agenda de nommer celui d'entre eux qui sera le gérant de la SARL et de convenir de sa révocation puis de son remplacement dans le cas où celui-ci cesserait d'être un membre de son organe de direction. Dans la mesure où une

⁴⁶¹ Avis n°2013-012 du 27 mars 2013 du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, source: www.infogreffe.com et www.justice.gouv.fr.

personne morale peut être *director* d'une *Company*, cette pratique est très courante à Hongkong ; la documentation sociale afférente à cette nomination est largement répandue et pourrait être une source d'inspiration riche⁴⁶².

165. Si le fait que l'associé unique également gérant soit un facteur déterminant pour bénéficier du modèle de statuts-type, il serait possible d'ouvrir la gérance de la SARL à une personne morale par la modification de l'article L. 223-18 du Code de commerce. Cette modification réduirait la différence de régimes juridiques applicables aux SARL et SAS visant à terme à la fusion de ces deux formes de société. Pour les tiers, l'identification d'une personne morale associée unique et gérante d'une SARL unipersonnelle passe par la consultation des informations disponibles au greffe ou du portail sirene.fr de l'Insee. Il nous semble que les questions d'identification des personnes physiques contrôlant *in fine* la gestion de la SARL ne constituent pas un réel obstacle. En droit hongkongais, l'identification des personnes physiques responsables *in fine* d'une personne morale relève, pour les tiers, d'une recherche routinière facilitée par l'accessibilité de cette information et par sa mise à jour quotidienne sur le portail du *Companies Registry*, tout comme sur le portail d'Infogreffe. Afin de renforcer l'efficacité des recherches en évitant les recherches en cascade visant à identifier la (ou les) personne(s) physique(s) agissant en qualité de représentant légal d'une personne morale associée et gérante d'une SARL, cette information pourrait être ajoutée dans l'extrait Kbis de ladite SARL sans autre exigence quant aux mentions inscrites dans les statuts de ladite SARL ou dans d'autres documents sociaux de celle-ci ou de son associé et gérant unique personne morale. Un exemple récent de cette information ajoutée ressort de la décision de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juillet 2014 applicable à une SAS dans le cas d'un système de représentation permanente prévue dans les statuts⁴⁶³ pourrait être transposable à une SARL⁴⁶⁴.

2. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type à la SAS unipersonnelle

166. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type soulève deux réflexions : ce modèle devrait être une version courte ou une version longue de statuts-type (a) ; ce modèle devrait être unique pour les SARL et SAS unipersonnelles et adaptable ou dédoublé pour chacune de ces formes sociales (b).

a. Une version courte des statuts-type pour toutes les formes sociales

167. Le modèle de statuts-type proposé par le décret n°2008-1419 du 19 décembre 2008 à l'article D. 223-2 du Code de commerce répond strictement aux exigences de l'article 1835 du Code civil et aux articles du Code de commerce applicables à la SARL unipersonnelle. Toutefois, ce modèle ne reprend pas toutes les dispositions impératives législatives et réglementaires auxquelles sont soumises les SARL unipersonnelles. En effet, le législateur a tranché en faveur d'une version courte de statuts simples à utiliser souhaitant probablement ne pas se

⁴⁶² Voir notre annexe 9.VIII "Procès-verbal de la réunion du *board of directors* désignant l'un de ses *directors* personne physique au titre de représentant permanent".

⁴⁶³ La liberté des associés d'une SAS est vaste et l'interprétation jurisprudentielle extensive (GODON Laurent, Condition juridique des dirigeants de SAS : la liberté statutaire confortée, *Revue des sociétés*, février 2015, pages 110 et 111, § 5 à 7) et ceux-ci peuvent imaginer des systèmes n'existant pas communément dans les autres formes sociales françaises et reprendre des systèmes existants dans les autres formes sociales françaises, même si ceux-ci sont écartés du fait de la non-applicabilité des articles du Code de commerce régissant la SA.

⁴⁶⁴ Cour d'appel de Paris (ch. 05-08), 1^{er} juillet 2014, n°14/04237, SAS Stef Logistique Nemours, note GODON Laurent, Condition juridique des dirigeants de SAS : la liberté statutaire confortée, *Revue des sociétés*, février 2015, page 108.

lancer dans la tâche ardue de rédiger un modèle de statuts-type exhaustif incluant l'ensemble des dispositions impératives applicables à une SARL unipersonnelle. Le choix pour une version courte n'était pas évident au vu de la personne-type qui pourrait choisir ce modèle : un entrepreneur peu versé dans les questions juridiques de rédaction des statuts, peu connaisseur des dispositions impératives applicables à sa SARL UPP et peu qualifié à se tenir informé des modifications desdites dispositions impératives qui peuvent pourtant emporter des conséquences sur la vie de sa SARL et pour qui une reprise des dispositions impératives aurait été un bienfait répondant à des critères d'intelligibilité et d'effectivité de la loi. Ce choix représente également un inconvénient lorsque la structure interne de la SARL UPP change ; les statuts reprenant le modèle de statuts-type actuel doivent alors être modifiés ou de nouveaux statuts doivent être adoptés⁴⁶⁵.

168. Nous partageons l'opinion de certains auteurs quant à l'insertion de toutes les dispositions légales et réglementaires impératives afférentes à la gestion administrative et interne de la société dans les statuts d'une SARL, d'autant plus que ces statuts répondent à une logique dirigiste et interventionniste de la loi. L'insertion de toutes ces dispositions permettrait "aux intéressés d'être en possession de statuts complets"⁴⁶⁶ : du fait de la multiplicité des sources législatives et réglementaires⁴⁶⁷ et de la fréquence de leur modification, il serait pertinent de pouvoir réunir dans les statuts d'une SARL les règles relatives à son fonctionnement interne qui s'imposent à celle-ci. Cette tâche de connaître les règles applicables à sa SARL peut se révéler ardue pour un entrepreneur peu familier avec le maniement du Code de commerce et des autres lois et règlements, codifiés ou non, applicables à la SARL, d'autant plus que la réunion de ces règles impératives ne serait effectivement utile que dans la mesure de son exhaustivité. Or, il est difficile d'imaginer un entrepreneur réalisant cette réunion de règles. La production d'un modèle de statuts-type pour les SARL par les pouvoirs publics serait un avantage indéniable pour encourager la formation d'une société pour les entrepreneurs et un avantage comparatif pour la SARL vis-à-vis des autres formes de société française.
169. La liberté statutaire au sein d'une SARL pourrait évoluer sur le modèle de la liberté statutaire effectivement mise en œuvre par les associés d'une *Company* dans le but de rendre la SARL plus attractive pour les entrepreneurs : sur la base du modèle de statuts-type proposé pour la SARL UPP, les pouvoirs publics français pourraient développer un modèle plus complet regroupant les règles législatives impératives relatives à la gestion administrative et interne de la SARL (nous précisons de toutes les SARL sans distinction de leur structure interne) tout comme le modèle d'*articles*-type développé par le *Financial Secretary* du Gouvernement hongkongais opérant des renvois à l'Ordonnance. Les associés de la future SARL ont alors la liberté d'adopter ou non ce modèle. L'impact de l'inconvénient de la mise à jour de statuts exhaustifs au fur et à mesure des modifications des dispositions impératives sur la gestion interne de la SARL pourrait être réduit par l'utilisation d'une technique existante, la liberté statutaire déléguée : l'alinéa 9 de l'article L. 223-18 du Code de commerce permet au gérant de modifier les statuts pour les mettre en harmonie avec les dispositions impératives de la loi et des règlements sous réserve de ratification par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Étant donné que cette ratification n'est soumise à aucun délai, il est possible d'imaginer que cette ratification puisse être légère et effectuée par exemple annuellement lors de la tenue de l'Assemblée générale annuelle. Même si le gérant est tenu de s'informer des évolutions desdites dispositions impératives, il pourrait être envisageable de

⁴⁶⁵ C'est la raison pour laquelle nous suggérerons la production d'un modèle de statuts-type pour les SARL pluripersonnelles pouvant également être utilisé pour une SARL unipersonnelle, soit une version longue du modèle de statuts-type adaptée à toutes les SARL, quelle que soit leur structure interne.

⁴⁶⁶ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Points 5 et suivants, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

⁴⁶⁷ Voir publications d'Alain LAMBERT, président de la commission consultative d'évaluation des normes.

mettre en place un système d'information automatique sur le modèle d'une lettre d'information adressée par les greffes des Tribunaux de commerce, à laquelle la SARL pourrait souscrire sur le portail infogreffe.fr⁴⁶⁸, indiquant les dernières modifications desdites dispositions impératives et ajoutant par exemple les liens vers les actualités du portail infogreffe.fr permettant de créer un lien plus fort et une meilleure communication entre l'autorité administrative de référence et les sociétés. Ce lien permettrait aux SARL de mieux respecter leurs obligations légales et aux greffes de bénéficier d'une meilleure visibilité et d'une reconnaissance qualitative. Le *Companies Registry* propose une telle lettre d'information à laquelle tout le monde peut souscrire gratuitement⁴⁶⁹. Cette amélioration de la liaison entre les SARL et les greffes pourrait influencer sur l'avis en défaveur de la mise en place de statuts exhaustifs de certains auteurs, "Toutefois, cette formule oblige la société à mettre régulièrement les statuts à jour au gré des réformes législatives ; il en résulte, notamment, une perte de temps et d'argent peu opportune."⁴⁷⁰

b. Un modèle de statuts-type pour chaque forme sociale

170. Le choix d'une version courte des statuts proposés comme modèle pour une SARL unipersonnelle présente l'avantage de permettre une adaptation rapide pour établir un modèle de statuts-type pour une SAS unipersonnelle. Les exigences de l'article 1835 du Code civil sont également applicables à une SAS unipersonnelle ; les articles du Code de commerce applicables à la SAS unipersonnelle⁴⁷¹ n'ajoutent pas d'exigences spécifiques qui ne seraient pas déjà respectées dans le modèle de statuts-type de la SARL unipersonnelle.

Une simplicité minimaliste pourrait encourager à ce qu'un seul modèle de statuts-type soit proposé pour les SARL unipersonnelle et SAS unipersonnelle ; les adaptations mineures pourraient se résumer à proposer une alternative de termes à rayer suivant la forme de société choisie, SARL ou SAS : le terme de "société à responsabilité limitée" ou de "SARL" suivi du terme de "société par actions simplifiée" ou de "SAS" ; le terme de "gérant" suivi du terme de "président".

Une simplicité dans l'utilisation de ces modèles de statuts-type pourrait commander que deux modèles soient proposés : un modèle de statuts-type pour la SARL unipersonnelle et un modèle de statuts-type pour la SAS unipersonnelle. Plusieurs arguments soutiennent ce choix. L'élimination des erreurs matérielles lorsque l'entrepreneur raye les mentions inappropriées joue en faveur de la production de deux modèles distincts. Un élément psychologique jouerait également en faveur de la production de deux modèles : même si les règles applicables aux SARL unipersonnelle et SAS unipersonnelle présentent de nombreux points communs et qu'un modèle commun ne serait pas incongru, notamment lorsque l'associé unique personne physique assure la gérance ou la présidence de la société⁴⁷², l'entrepreneur doit, par le choix du modèle de statuts-type, prendre pleinement conscience de la forme de société qu'il a choisie.

⁴⁶⁸ La lettre d'information adressée par Légifrance et regroupant toutes les règles nouvellement édictées ne permet pas d'atteindre l'objectif de simplicité et de lisibilité ; un gérant de SARL se retrouverait rapidement perdu à devoir faire le tri des dispositions impératives applicables à la SARL.

⁴⁶⁹ La page <http://www.cr.gov.hk/en/news/subscription.htm> propose la souscription à une lettre d'information contenant les mises à jour sur les questions suivantes : les services proposés par le *Companies Registry*, les initiatives et événements du *Companies Registry* et les modifications législatives de la *Companies Ordinance*.

⁴⁷⁰ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Points 5 et suivants, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

⁴⁷¹ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009 ; les points 56 et 117 listent ces articles.

⁴⁷² Ajouts de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 : l'EURL et la SASU sont dispensées de l'insertion d'un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales en vertu des articles L. 223-1 pour l'EURL, L. 227-1 pour la SASU, R. 123-155 quant à l'immatriculation et R. 123-159 quant à la modification ; l'EURL et la SASU sont

171. L'observation des modèles d'*articles-type* pour les différentes formes de société hongkongaise joue en faveur de la proposition de deux modèles distincts, l'un pour la SARL unipersonnelle et l'autre pour la SAS unipersonnelle. Traditionnellement, les modèles d'*articles-type* proposés par la *Companies Ordinance* sont distincts suivant les formes de société.

Sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, il existait plusieurs modèles et ceux-ci sont largement présents dans le paysage juridique actuel du fait de l'absence d'application des nouveaux modèles aux sociétés immatriculées avant l'entrée en vigueur de l'Ordinance le 3 mars 2014. Ces modèles étaient présentés de manière confuse du fait de l'association de *memorandum of association* et d'*articles of association* : il était proposé autant de *memorandum of association* que de formes de société et de variations du caractère *public* et *private*, soit cinq modèles distincts, et autant d'*articles of association* que de formes de société, soit deux modèles. Ainsi, une *private company limited by shares* associait le *memorandum of association* spécifique à sa forme sociale (Part II "Regulations for the management of a private company limited by shares" of Table A) et une version des *articles of association* d'une *public company limited by shares* (Part I "Regulations for the management of a company limited by shares, not being a private company" of Table A) modifiée par un paragraphe introductif listant les articles non applicables ou modifiés de ces *articles of association* d'une *public company limited by shares*⁴⁷³. L'Ordinance a simplifié ce système d'association de *memorandum of association* et d'*articles of association* en supprimant les *memorandum of association* et en distinguant ainsi trois modèles d'*articles of association* pour une *public company limited by shares*, une *private company limited by shares* et une *company limited by guarantee*. Au vu de notre pratique régulière d'immatriculation de *Companies* à Hongkong sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)* et de l'Ordinance, il s'avère que l'offre d'un modèle pour chaque forme de société est plus lisible pour les utilisateurs, avertis ou non, et plus approprié pour servir de modèle de base à modifier ou à compléter suivant les requêtes et exigences des entrepreneurs.

B. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type aux SARL et SAS pluripersonnelles

172. Il résulte du succès de la *Company* par rapport aux autres formes de sociétés hongkongaises et du succès de la procédure d'immatriculation d'une *Company* que certains éléments caractéristiques de celle-ci pourraient inspirer le droit français des sociétés et notamment la procédure d'immatriculation d'une société française. Le droit français des sociétés propose un modèle de statuts-type pour une forme de société qui répond à une structure interne prédéfinie. C'est un premier pas qui a probablement été difficile à franchir du fait des nombreuses restrictions apportées à l'utilisation du modèle de statuts-type. L'élargissement du champ d'application du modèle de statuts-type prévu pour une SARL UPP à toutes les SARL et SAS permettrait de promouvoir la forme sociale et de franchir une étape supplémentaire vers l'institutionnalisation de la société, outil juridique de l'entreprise (1) ; la mise en œuvre de cet élargissement pourrait bénéficier de l'expérience hongkongaise (2).

dispensées de porter au registre des décisions de l'associé unique le récépissé délivré par le greffe du tribunal suite au dépôt de l'inventaire et des comptes annuels en vertu des articles L. 223-31 pour l'EURL et L. 227-9 pour la SASU.

⁴⁷³ Cette adaptation du modèle d'*articles-type* d'une *public company limited by shares* à une *private company limited by shares* est une illustration des raisons qui conduisent à présenter les règles applicables à une *public company limited by shares* de règles de droit commun et les règles applicables à une *private company limited by shares* de règles de droit spécial.

1. Les avantages nés de l'extension du champ d'application du modèle de statuts-type

173. Ils peuvent être multiples. La promotion de la forme sociale après des entrepreneurs (a) et la réduction des inégalités entre les formes sociales ne relevant pas de leur régime juridique (b) nous semblent être les plus pertinentes.

a. La promotion de l'institution d'une société

174. L'expérience éprouvée au contact d'entrepreneurs à Hongkong montre que la fluidité, la simplicité et la sécurité offertes par la procédure d'immatriculation d'une *Company* dont les *articles* sont établis par un modèle légal encouragent ceux-ci à constituer une société⁴⁷⁴. Une fois le projet commercial arrêté, aucune hésitation n'est formulée quant au choix de la forme sociale ni quant à la forme de société ; la constitution de la *Company* n'est qu'une formalité une fois les éléments déterminants de sa structure interne fixés. Ainsi, le droit de Hongkong encourage et facilite l'hébergement et la protection de l'entreprise au sein d'une société dotée de la personne morale.

175. L'État français a intérêt à ce que les entités commerciales soient identifiables et optent pour une forme sociale⁴⁷⁵. Dans le but d'encourager les entrepreneurs à instituer une société, la procédure d'immatriculation de celle-ci devrait apparaître aisée, fluide, rapide et sûre. L'adoption de statuts à négocier semble être la partie la plus ardue de la procédure d'institution d'une société en France, au-delà de l'aspect parfois compliqué de la préparation du dossier d'immatriculation par son aspect péjorativement administratif⁴⁷⁶. Le choix d'adopter des statuts-type proposés par la loi est une manière de répondre à l'inquiétude

⁴⁷⁴ Un modèle d'*articles*-type est proposé par la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour chacune des formes de société hongkongaise, que la société soit unipersonnelle ou pluripersonnelle, c'est-à-dire la *public company limited by shares*, la *private company limited by shares* et la *company limited by guarantee*.

⁴⁷⁵ Tout comme l'État a intérêt à ce que les couples se marient civilement ; l'avantage fiscal qui en résulte est une preuve de cette incitation et de l'intérêt étatique pour le mariage. Par défaut, un régime matrimonial est appliqué aux couples qui ne font pas la démarche de négocier et de conclure un contrat de mariage stipulant un régime matrimonial plus adapté à leur situation et à leurs besoins ; dans certaines conditions, l'opportunité est également offerte aux mariés de modifier le régime matrimonial qui leur est applicable ou les règles du régime matrimonial auquel ils sont soumis. À titre de comparaison, considérant que la société est une institution au même titre que le mariage, des statuts pourraient exister par défaut lors de l'institution de la société et s'appliquer en l'absence de négociation de statuts plus adaptés à la volonté collective des futurs associés.

⁴⁷⁶ L'institution d'une société ne peut se passer d'un aspect administratif ; les administrations étatiques doivent récolter les informations et preuves documentaires dont elles ont besoin pour la future société ; l'image que cette étape représente chez les entrepreneurs influe de manière directe sur le choix d'instituer une société ou non. À propos de cette image, celle véhiculée par le double guichet du centre de formation des entreprises établi au sein d'une chambre de commerce et d'industrie et du greffe du tribunal de commerce crée la confusion : le centre de formation des entreprises est présenté comme un guichet unique permettant aux entrepreneurs de facilement constituer leur société en déposant un seul dossier qui fait ensuite l'objet d'un suivi auprès de chaque administration concernée par l'immatriculation d'une société, dont le greffe du tribunal de commerce ; en parallèle, le greffe du tribunal de commerce est présenté comme une administration habilitée à recevoir un dossier de demande d'immatriculation d'une société. Les questions qui en découlent sont nombreuses : est-ce que le dépôt auprès du greffe est réellement possible ? Est-ce que le dépôt auprès du greffe implique que l'entrepreneur doit déposer lui-même une copie du dossier de demande d'immatriculation auprès d'autres administrations ? Si oui, lesquelles ? Pourquoi est-ce que le greffe n'est pas le seul chargé de l'immatriculation d'une société étant donné qu'il s'agit de l'administration de référence ? Est-ce que le greffe n'est plus capable d'assurer cette mission ? Est-ce que le greffe est fiable ? Or, le doute véhiculé par ce double guichet nuit à l'administration qui ne représente plus le nécessaire pivot de l'organisation de la vie en "société". La perte de référence née de la duplication du guichet d'immatriculation d'une société nuit à la simplicité apparente de la procédure d'immatriculation ; l'objectif qui avait été de rapprocher l'aspect administratif des entrepreneurs en créant le guichet unique du centre de formation des entreprises en dehors de l'administration contrôlée par l'État n'a pas rempli les objectifs d'intelligibilité, de clarté, de simplicité de la loi.

d'entrepreneurs. Ils se sentent rassurés et protégés : leur société sera légalement instituée, elle fonctionnera comme le prévoit la loi. L'adoption d'*articles*-type et la grande liberté statutaire offerte par le droit hongkongais des sociétés laissent le pouvoir aux associés de faire évoluer leur outil société au gré de l'utilisation qu'ils en font et de modifier les *articles* de celle-ci ou d'adopter de nouveaux *articles*.

176. Même si l'existence de la SAS est fondée notamment sur une grande liberté statutaire, la production d'un modèle de statuts-type pour la SAS ne porterait pas atteinte à ce fondement. Tout comme pour la *Company*, les associés de la SAS ont une grande liberté statutaire pour définir la structure et organiser la gestion de leur société ; or, un modèle d'*articles*-type est proposé dans le cadre de l'immatriculation de la *Company*, ce qui montre que modèle d'*articles*-type et liberté statutaire ne sont ni contradictoire ni antinomique. D'une part, les *members* de la *Company* peuvent adopter le modèle d'*articles* dans sa totalité ou en écarter certains termes ou les remplacer ou déposer leurs propres *articles*⁴⁷⁷. D'autre part, ils peuvent conclure un *shareholders' agreement*⁴⁷⁸ dont le contenu n'est pas encadré par l'Ordonnance mais dont les stipulations ne peuvent contrevenir à certaines dispositions impératives de l'Ordonnance⁴⁷⁹ (dispositions que nous pourrions qualifier d'ordre public même si cette notion n'est pas intégrée dans l'ordre juridique hongkongais⁴⁸⁰).
177. En outre, la proposition de modèle de statuts-type pour toutes les SARL et SAS aurait pour effet de simplifier le contrôle préventif de la validité des actes des sociétés effectué par le greffier⁴⁸¹. Le greffier devant effectuer un contrôle général de légalité sur les demandes d'immatriculation de sociétés, en d'autres termes un contrôle vérifiant que la demande et les clauses statutaires sont conformes aux dispositions impératives des lois et règlements⁴⁸². L'adoption de statuts proposés par le Code de commerce réduirait donc massivement la charge de travail des greffiers et minimiserait les cas de demande en nullité de la société pour cause de nullité des statuts. La place à l'individualisation de l'organisation et de la gestion internes de la société étant alors laissée à la sphère privée et stipulée dans les pactes extrastatutaires quant aux relations entre associés ou dans les règlements intérieurs quant aux pouvoirs et modalités d'exercice de ceux-ci des gérants ou présidents et directeurs généraux ou dirigeants.

b. La réduction des inégalités entre formes sociales

⁴⁷⁷ Lee Tak, Samuel v Chou Wen-hsien [1982] HKLR 350 at 354 per FUAD J, Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.624.

⁴⁷⁸ Le *shareholders' agreement* n'est pas un document constitutif de la *Company* et que les nouveaux *members* ne sont pas automatiquement liés par celui-ci alors qu'ils sont tenus par les termes des *articles*.

⁴⁷⁹ Par exemple, le *shareholders' agreement* d'une *Company* ne peut contrevenir à la règle du vote à la majorité de trois quarts des *members* présents lors de l'Assemblée générale extraordinaire visant à déclencher une procédure de mise en liquidation volontaire de la *Company*.

⁴⁸⁰ Il ressort d'études menées en droit constitutionnel hongkongais que la notion d'ordre public n'est pas intégrée à Hongkong car cette notion est jugée trop floue pour permettre une application au niveau domestique, notamment voir CHAN Johannes S.C., LIM C. L., Law of the Hong Kong Constitution, Sweet and Maxwell, points 16.052 et suivants, pages 492 et suivantes.

⁴⁸¹ Ce contrôle est expressément mentionné aux articles L. 210-7 et R. 123-95 du Code de commerce, en transposition de l'article 10 de la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 visant à limiter les cas de nullité des sociétés ; l'article R. 123-94 sur le contrôle de la régularité des demandes d'inscription est de portée générale, dans BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013, point 70.

⁴⁸² L'article R. 123-97 du Code de commerce organise le régime juridique des décisions du greffier, BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013, point 71.

178. L'inégalité résultant de la restriction du modèle de statuts-type à une SARL UPP discrimine les SARL unipersonnelles et les SARL pluripersonnelles. L'adaptation du modèle de statuts-type existant pour toutes les SARL unipersonnelles devrait être le précurseur à l'élargissement du champ d'application de ce modèle pour les SARL et SAS pluripersonnelles. À Hongkong, la *Company* est l'outil incontournable pour accueillir le projet commercial, que celui-ci soit porté par un ou plusieurs entrepreneurs, et le modèle d'*articles*-type prévu pour une *Company* unipersonnelle ou pluripersonnelle est un argument en faveur de l'immatriculation de la forme sociale. En effet, le temps déployé par le ou les entrepreneurs à établir leur projet d'entreprise n'est pas grignoté par le temps administratif nécessaire à l'immatriculation de la *Company* et à l'élaboration de ses *articles*.
179. La proposition d'un modèle de statuts-type ne constituerait pas une atteinte à la liberté statutaire caractérisant la SAS. Cette proposition d'un modèle entraînerait la réduction d'une discrimination financière existant entre les SARL et SAS au moment de leur institution. Les SAS ont tendance à se substituer aux SARL⁴⁸³ lorsque les fondateurs sont en mesure d'assumer des coûts de constitution plus élevés du fait de la liberté statutaire laissée aux associés pour organiser les conditions dans laquelle la SAS est dirigée : une SARL peut être constituée sur des modèles de statuts bien établis, alors qu'une SAS suppose dans chaque cas un travail d'adaptation et de réflexion découlant du principe de liberté statutaire qui en est la pièce maîtresse⁴⁸⁴. La production de modèle de statuts-type pour une SAS permettrait à certains entrepreneurs, qui pourraient faire le choix de cette forme sociale au regard de son régime juridique et qui ne le font pas du fait du travail d'élaboration des statuts, d'adopter le modèle libre à eux d'effectuer immédiatement ou ultérieurement des adaptations plus ou moins coûteuses.
180. Par ailleurs, au vu du rapprochement des régimes juridiques des SARL et des SAS⁴⁸⁵, il est probable que si la principale différence résidait dans l'existence d'une grande liberté statutaire et la proposition de statuts-type, la SARL pourrait, pour cette dernière raison, être préférée à la SAS. Par ailleurs, le rapprochement des régimes juridiques des SARL et SAS pose la question du maintien de ces deux formes sociales. Si la différence majeure est la liberté statutaire laissée aux futurs associés, l'application du modèle hongkongais pourrait être une option pertinente, à savoir conserver une seule forme sociale, laisser une grande liberté aux futurs associés pour organiser leur société dans les statuts de celle-ci et proposer un modèle de statuts-type pour ceux qui ne souhaitent pas utiliser leur prérogative. Il nous semble que la diversité pourrait naître de la mise en œuvre des prérogatives laissées aux sujets du droit et non de la multiplicité des formes sociales proposées.

⁴⁸³ Une certaine bataille s'ensuit : Lors de l'extension du champ d'application de la SAS en juillet 1999, il avait été indiqué que la SAS devait détrôner toutes les autres formes sociales, en particulier la SARL ; par la suite, le législateur a introduit des réformes majeures du droit des SARL, qui ont eu pour but de permettre à ces sociétés de disposer de sources de financement jusqu'alors réservées aux sociétés par actions, par l'émission d'obligations nominatives (Ordonnance du 25 mars 2004) ; la loi LME du 4 août 2008 a introduit pour les SAS des règles nouvelles rendant cette forme sociale encore plus attractive : suppression du capital social minimal, possibilité de faire des apports en industrie, suppression de l'obligation générale de recourir à un commissaire aux comptes, mesures d'allègement du fonctionnement des SAS unipersonnelles. Ces aménagements devraient faire passer la SAS au premier rang des sociétés commerciales tant son statut et son régime juridique s'avèrent avantageux. STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 71-10, Point 35, Date de fraîcheur : 28 septembre 2012.

⁴⁸⁴ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 71-10, Point 35, Date de fraîcheur : 28 septembre 2012.

⁴⁸⁵ Ce rapprochement peut notamment être observé au niveau des SARL et SAS unipersonnelles : "En effet les avantages de la SASU par rapport à ceux de l'EURL ne sont pas fondamentaux, au moins du point de vue juridique.", GUYON Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), Revue des sociétés 1999, page 505.

2. La mise en œuvre de cette extension

181. Lors de la mise en œuvre de la proposition d'un modèle de statuts-type pour toutes les SARL et SAS, plusieurs choix doivent être réalisés et l'expérience hongkongaise nous permet de trancher : un modèle devrait être applicable aux SARL et un autre aux SAS sans distinction de géographie du capital social (a) et un modèle court pourrait être préférable pour simplifier son élaboration par les pouvoirs publics et sa mise en œuvre par les associés (b).
- a. Le choix d'un modèle unique pour les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle
182. La *Company* est une société de personnes pour laquelle l'Ordonnance propose un modèle d'*articles*-type applicable par défaut quelle que soit la structure interne de celle-ci⁴⁸⁶ ; le modèle applicable à la *Company* n'est pas applicable à une *public company limited by shares* ni à une *company limited by guarantee*. Dans un souci d'efficience et en s'inspirant de la *Company*, il serait préférable de proposer un modèle pour la SARL et un modèle pour la SAS et que ces deux modèles de statuts-type soient suffisamment précis pour pouvoir être également utilisé par toute SARL ou SAS, ce qui présenterait l'avantage de ne pas avoir à modifier en profondeur les termes des statuts d'une SARL ou d'une SAS unipersonnelle devenant pluripersonnelle, ou inversement. Cette proposition de statuts-type unique nous semble viable. Par exemple, à ce jour, il n'est pas interdit d'introduire dans les statuts d'une SAS unipersonnelle, lors de son institution, des clauses d'inaliénabilité, d'agrément et/ou d'exclusion, autorisées par l'article L. 227-20 du Code de commerce, qui seront éventuellement mises en œuvre si la SAS unipersonnelle devient une SAS pluripersonnelle.
183. Dans le cadre de la définition de la société, la législation hongkongaise ne traite pas différemment les sociétés unipersonnelles des sociétés pluripersonnelles et toutes les formes de société peuvent être constituées avec un ou plusieurs associés⁴⁸⁷. Certaines dispositions de l'Ordonnance qui le nécessitent mentionnent spécifiquement le cas où la *Company* ne comporte qu'un seul associé ; ces cas ne sont pas traités dans une section réservée aux sociétés unipersonnelles. Ce mode de présentation est similaire à celui adopté par la législation française où les articles L. 223-1 et suivants du Code de commerce traitent de la SARL et de la SARL unipersonnelle sans distinction de chapitres ou de sections (il en est de même aux articles L. 227-1 et suivants du Code de commerce traitant de la SAS et de la SAS unipersonnelle). Il pourrait tout à fait en être de même dans les modèles de statuts-type, tout comme c'est le cas dans le modèle d'*articles*-type de la *Company* qui pourrait servir de base de travail pour établir les modèles français.
184. La proposition d'un modèle de statuts-type distinct pour les SARL et SAS permettrait par exemple de compléter les dispositions législatives applicables à la SAS ; en effet, après plusieurs années de pratique, ces dispositions parfois volontairement lacunaires ont fait apparaître des problèmes variés. Par exemple, la séparation institutionnelle des pouvoirs entre associés d'une part et président et dirigeants d'autre part implique l'absence de hiérarchie entre ces deux organes de la SAS, même si les associés définissent les modalités de direction de la SAS dans les statuts. La séparation et la complémentarité de ces pouvoirs résident dans le renforcement du pouvoir des associés de définir les modalités de direction et dans le renforcement du pouvoir du président dans les limites posées par les statuts. Or, la mise en

⁴⁸⁶ Dans une certaine mesure, comme pour l'EURL (article L223-1, alinéa 2, du Code de commerce), le modèle de statuts proposés par la *Companies Ordinance*, dénommés *Articles of association*, s'applique en l'absence de dépôt de ceux-ci lors de l'immatriculation de la société (section 11 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622)).

⁴⁸⁷ Section 67 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

œuvre d'une telle séparation de pouvoirs complémentaires n'est pas chose aisée du fait de la rédaction lacunaire des articles L. 227-5, L.227-6 et L. 227-9 du Code de commerce. De telles dispositions proposées dans le modèle de statuts-type pourraient garantir la séparation et la complémentarité des pouvoirs entre les organes de la SAS ainsi que la grande liberté donnée aux associés pour organiser la direction de leur SAS. Autre exemple, les dispositions législatives ne définissent pas la notion de dirigeant de la SAS du fait de la rédaction volontairement brève de l'article L. 227-5 du Code de commerce ; dans le but de laisser la liberté aux associés qui le souhaitent de définir eux-mêmes la notion de dirigeant, cette notion pourrait être définie dans le modèle de statuts-type qui ne s'impose qu'aux associés qui le souhaitent. À Hongkong, la notion équivalente du dirigeant est celle du *director* ; en sus de la pratique développée depuis la création de la SAS et de la jurisprudence, l'étude de la notion de *director* pourrait constituer une source d'inspiration pour proposer une définition de la notion de dirigeant dans le modèle de statuts-type applicable à la SAS. Dans le cas de la SAS et au vu de ces deux exemples, la grande liberté statutaire combinée à une absence de modèle de statuts-type posent le problème de l'absence potentielle de définition suffisante des rapports et pouvoirs entre associés et dirigeants et des dirigeants eux-mêmes ; la solution à une meilleure utilisation de la SAS serait probablement à mi-chemin entre un modèle de statuts-type renforcé par une rédaction complémentaire de certains articles de ce modèle effectuée au besoin.

185. Un exemple de la souplesse statutaire d'une *Company* qui pourrait inspirer le modèle de statuts-type applicable autant à une société unipersonnelle que pluripersonnelle est que les *articles* prévoient que celle-ci soit composée d'un ou plusieurs *members* sans en fixer le nombre et que ce nombre peut évoluer au gré des évolutions de l'entreprise et des choix effectués par les *members* et la *Company* sans modification des *articles* et dans le respect des procédures de cession de parts sociales ou de modification de la structure du capital social définies par l'Ordonnance et les *articles*. Cette souplesse est également observée pour les *directors*, le modèle d'*articles*-type n'en fixe pas le nombre mais celui-ci évolue sans modification des *articles* par simple notification de nomination, de révocation ou de démission au *Companies Registry*. Ce mécanisme du droit hongkongais des sociétés permet de fixer très clairement la nature et la forme de l'organe de gestion de la *Company* ainsi que les modalités de leur nomination, c'est-à-dire les *directors*, et laisse aux *members* et à la *Company* la souplesse nécessaire au choix de leur nombre et des personnes physiques ou morales qui rempliront ces fonctions⁴⁸⁸ au gré du développement de l'entreprise. Les articles des *articles*-type sont rédigés de manière à ce qu'ils soient compréhensibles et applicables que la *Company* soit composée d'un ou plusieurs *members* et d'un ou plusieurs *directors*.

b. Le choix d'un modèle de statuts-type courts

186. La production de modèles de statuts-type courts pour les SARL et SAS pluripersonnelles complétés par un pacte d'associés bousculerait la tradition juridique française qui promeut l'unicité du document social organisant la société⁴⁸⁹ et qui porte une importance particulière à la négociation et à la rédaction des statuts constituant un document contractuel entre les futurs associés. Cependant, "En pratique, il est recommandé de retenir la formule de statuts courts complétés opportunément par un protocole d'accord ou un pacte d'associés⁴⁹⁰." L'intérêt du

⁴⁸⁸ Une pratique très ancienne conduisait à désigner les personnes physiques ou morales nommées en qualité de premier *director* de la *Company* dans les *articles* ; cette pratique a été abandonnée au vu du manque de souplesse résultant d'une telle désignation. Cette pratique a également été abandonnée, mais plus récemment, quant à la désignation dans les *articles* du *company secretary*.

⁴⁸⁹ Comme le montre le Rapport Field précité.

⁴⁹⁰ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 107, point 189.

pacte d'associés ou du protocole d'accord réside dans le cadre d'une longue procédure d'institution d'une société pluripersonnelle car "L'accord entre les futurs associés se discute souvent longuement avant de prendre sa forme juridique définitive."⁴⁹¹ L'intérêt de modèle de statuts-type est que la société est rapidement constituée, que l'entreprise définie, programmée et expliquée dans le pacte d'associés ou dans le protocole d'accord est encadrée par une personne morale, que le régime de responsabilité encadre l'activité des associés et des dirigeants et que ce régime est connu des créanciers qui peuvent facilement identifier les acteurs de la société grâce à l'extrait Kbis. Le pacte d'associés ou le protocole d'accord retranscrit les longues négociations sur les organisations spécifiques de la société par les associés et sur la conduite des affaires de l'entreprise et il est complété au moment unique de l'immatriculation par des statuts courts.

187. Pour reprendre l'exemple précédemment cité de la souplesse statutaire d'une *Company*, les *articles*-type prévoient que celle-ci est composée d'un ou plusieurs *directors* sans en fixer le nombre. Cet exemple met en exergue l'importance des accords extrastatutaires qui peuvent exister entre les *members* quant à l'organisation de la structure interne de la *Company* et entre ceux-ci et les *directors* quant aux pouvoirs que ces derniers peuvent exercer, que ces accords soient préalables à l'institution de la forme sociale ou postérieurs à celle-ci par les pactes extrastatutaires, par les protocoles d'accord, par les règlements intérieurs ou par les décisions de l'Assemblée générale. Ces accords privés évoluent au gré des développements de l'entreprise et apportent souplesse et flexibilité aux associés et à la vie de la SARL ou de la SAS.
188. Cependant, la production d'une version longue d'un modèle de statuts-type serait l'occasion de lister de manière exhaustive les règles législatives et réglementaires applicables de manière impérative aux SARL et SAS. En effet, de tels statuts-type n'auraient pas vocation à remplacer le travail d'individualisation, voire de personnalisation, de l'organisation et du fonctionnement d'une société mais à simplifier ce travail. La production de deux modèles de statuts-type adaptés à toutes les SARL et SAS permettrait aux futurs associés de bénéficier d'une procédure d'institution de leur société rapide et sûre et de consacrer leur temps et leurs efforts financiers à développer leurs activités commerciales et, au besoin, à établir un pacte d'associés ou un accord de *joint-venture* détaillant lesdites activités commerciales et l'organisation opérationnelle interne de leur société. Du fait que le modèle de statuts-type existant actuellement pour une SARL UPP soit une version très courte ne reprenant pas les dispositions législatives et réglementaires impératives applicables à une SARL unipersonnelle, il semble que cette approche d'une version longue du modèle ne serait probablement pas retenue malgré les avantages comparatifs qu'elle peut représenter en terme d'effectivité et d'intelligibilité de la loi et du règlement.
189. Le modèle de statuts-type pour une SARL pluripersonnelle proposé par l'Agence pour la création d'entreprises depuis le mois d'août 2014⁴⁹² est également proposé par le service des impôts des entreprises⁴⁹³. Ce modèle n'est pas le fruit d'une réflexion législative ou réglementaire. Cependant, le fait que ce modèle soit disponible à partir du portail du service des impôts des entreprises, site officiel de l'administration française, est un indicateur de fiabilité du document. Ce modèle pourrait être un document de base de travail pour élaborer un modèle de statuts-type court commun aux SARL unipersonnelle et pluripersonnelle pour

⁴⁹¹ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 21, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

⁴⁹² Source du 22 décembre 2015 : <http://www.apce.com/pid945/juridique.html?espace=1>

⁴⁹³ Source du 22 décembre 2015 : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/R39954>

être ultérieurement intégré au Code de commerce en remplacement du modèle de statuts-type limité à une SARL UPP.

Conclusion du Chapitre 1. La société outil, une technique d'organisation de l'entreprise

190. L'image des SARL et des SAS pourrait devenir plus attirante pour un entrepreneur français ou étranger⁴⁹⁴ s'il ressortait de celle-ci de la souplesse et de la flexibilité. L'image de la *Company* est celle d'une société polymorphe adaptable à toutes les entreprises et l'image des SARL et SAS a récemment évolué en ce sens. Elle pourrait être renforcée grâce aux quelques propositions d'évolution du droit des sociétés que nous avons détaillées au cours de ce chapitre au vu des caractéristiques de souplesse et de flexibilité de la *Company* hongkongaise. L'image de compétitivité et d'attractivité des SARL et SAS passerait aussi par une procédure d'institution simple et rapide consacrant la société outil utilisée comme une "technique d'organisation de l'entreprise". Les entrepreneurs seraient engagés à protéger leur entreprise au sein d'une société fermée à risque limité dont l'image est souple et flexible et dont l'institution est simple et rapide, compréhensible voire intelligible tout en étant empreinte de sécurité.

⁴⁹⁴ La compétitivité des sociétés françaises par rapport aux formes sociales d'autres pays européens est un premier facteur à prendre en compte dans l'évolution des sociétés commerciales afin d'éviter la délocalisation juridique de sociétés françaises, l'attractivité des sociétés françaises est un deuxième facteur pour inciter les investisseurs étrangers à installer les activités françaises et européennes de leur entreprise au sein de sociétés françaises. Préserver et encourager la liberté statutaire des associés est un des éléments contributifs de ces deux facteurs. Voir en ce sens, "Notamment en ce qui concerne l'aspect attractivité des entreprises étrangères pour localiser le siège social de leur entreprise car elles peuvent harmoniser les règles de gestion avec leurs autres sociétés pour tenter d'unifier celles-ci facilitant la gestion légale d'un groupe.", GUYON Yves, Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée, Revue des sociétés 2000, page 255, points 4, 5 et 6 et suivants.

191. L'immatriculation d'une *Company* peut être d'une simplicité déconcertante : les éléments constitutifs d'une *Company* ne relèvent que de la structure matérielle de celle-ci ; les éléments de procédure peuvent être réunis en une seule journée et l'immatriculation obtenue du *Companies Registry* le même jour sans avoir besoin de déposer les pièces justificatives des éléments constitutifs de la *Company*. Les objectifs de l'immatriculation aisée d'une *Company* sont triples : encourager l'entrepreneuriat en ne créant pas de barrière à la constitution d'une société ayant la personnalité morale et développer le tissu des PME ; promouvoir la sécurité de l'immatriculation d'une *Company* pour ses acteurs et pour les tiers ; et, garantir la compétitivité et l'attractivité de l'ordre juridique hongkongais par rapport à ses voisins asiatiques. Le système d'immatriculation d'une *Company* est transparent, les règles de publicité sont absolument respectées et tous les éléments matériels structurant d'une *Company* sont publiés et consultables par tout un chacun à compter du jour de l'immatriculation. L'État de droit est un principe cher aux pouvoirs publics hongkongais et celui-ci est respecté dans le cadre du développement du droit des sociétés. Ainsi, cette procédure hongkongaise d'immatriculation d'une *Company* peut tout à fait inspirer l'évolution vers la simplification des procédures d'institution et d'enregistrement d'une SARL et d'une SAS. Cette simplification peut porter sur les éléments constitutifs d'une SARL et d'une SAS (section 1) et sur les éléments procéduraux instituant la société et lui donnant la personnalité morale (section 2).

Section 1. La simplification des éléments constitutifs de la société fermée à risque limité

192. Les droits français et hongkongais proposent deux définitions de la société aux éléments constitutifs distincts. La liste des éléments matériels constitutifs présentent des différences variées (§1) tant d'un point de vue des éléments de la liste que de leur contenu et de leur portée. La définition hongkongaise ne fait apparaître aucun élément psychologique constitutif (§2). La différence entre ces deux définitions porte sur le concept directeur d'élaboration de la société répondant à l'esprit de ces deux ordres juridiques : la société française est une société au caractère contractuel prédominant⁴⁹⁵ alors que la société hongkongaise est une société à fort caractère institutionnel⁴⁹⁶. De plus, le système français propose plusieurs formes de société visant à répondre aux besoins de situations déterminées alors que le système hongkongais plus pragmatique propose une société outil destinée à s'adapter pour répondre aux besoins d'entrepreneurs variés.

§1. L'apparente communauté des éléments matériels constitutifs d'une société fermée à risque limité hongkongaise et française

193. Au regard de l'identification des éléments matériels constitutifs d'une *Company* et des SARL et SAS (A), il semble que l'élément principal de différenciation des sociétés fermées à risque limité hongkongaise et françaises soit l'élément de l'immatriculation de la *Company*. Cet élément assure à la *Company* une certitude, une sécurité juridique et une identification certaine à la fois pour les acteurs de celle-ci, pour les pouvoirs publics hongkongais et pour les tiers que n'ont pas les SARL et SAS dans les mêmes proportions. La comparaison de l'ensemble des éléments matériels constitutifs fait apparaître d'autres différences qui ajoutent à la démonstration de la simplicité et de la sécurité de la *Company* (B).

A. L'identification d'éléments matériels constitutifs

194. Les droits hongkongais (1) et français (2) s'accordent partiellement sur les éléments d'ordre matériel définissant la société : trois éléments sont similaires (une ou plusieurs personnes capables, l'exécution d'un acte juridique impliquant le consentement des parties à l'acte (la conclusion d'un contrat de société en France et la signature des statuts à Hongkong) et l'objet social ou un but licite) et deux éléments sont différents (une entreprise commune et les apports). Cette communauté de trois éléments tend à démontrer l'existence d'une notion commune de la société aux deux principaux modèles juridiques, *Civil Law* et *Common Law*, dont la France et Hongkong sont, dans cette étude, les représentants respectifs. La notion de société serait une réponse universelle au même besoin d'organiser les relations commerciales

⁴⁹⁵ Pour rappel, nous entendons caractère contractuel dans le sens où la société est formée par un contrat, quel que soit le degré de liberté dont bénéficient les futurs associés pour en négocier les stipulations, ce qui explique notamment la résistance du droit français des sociétés à reconnaître le principe de la constitution d'une société unipersonnelle pour toutes les formes de société. Le caractère contractuel de la société se distingue de la nature contractuelle des statuts.

⁴⁹⁶ Ainsi, la société à caractère institutionnel qualifie une société dont la formation et l'immatriculation est réalisée en l'absence d'un contrat mais par la signature d'un modèle d'articles-type par les associés ; cette société est souscrite par les associés comme à une institution reproductible ; toutes les sociétés pourraient avoir les mêmes statuts. Remarquons que la *Company* est une société qui combine le caractère contractuel et le caractère institutionnel quand à sa formation : les *members* de certaines *Companies* peuvent choisir d'adopter le modèle d'articles-type proposé par la *Companies Ordinance (Cap.622)* et les *members* d'autres *Companies* peuvent choisir de négocier tous les termes, ou une partie seulement, des *articles*. Cette combinaison des deux caractères constitue un équilibre que souhaite conserver le législateur hongkongais afin de continuer de proposer une *Company* polymorphe aux entrepreneurs. Cette combinaison et le dosage entre ces deux caractères se retrouvent à différentes étapes de son existence et de sa vie sociale.

entre personnes physiques afin de faciliter le marché et laisserait penser que la société telle que définie dans ces deux ordres serait la réponse la plus adaptée qu'il convient alors de promouvoir.

1. La définition hongkongaise des éléments matériels constitutifs

195. La deuxième section de l'Ordonnance pose les définitions des termes importants de la loi. La définition du terme *company* est donnée⁴⁹⁷ mais les espérances des praticiens sont rapidement déçues tant cette définition est succincte : "*company means (a) a company formed and registered under this Ordinance; or (b) an existing company*"^{498,499}. Le terme société n'a pas de définition légale⁵⁰⁰ et il faut alors effectuer un jeu de piste pour définir les deux étapes successives et nécessaires à la naissance d'une société "*a company formed*" et "*registered*". Cette rédaction, qui éclate les éléments constitutifs d'une société au sein de plusieurs sections⁵⁰¹, est curieuse de la part du législateur hongkongais qui apprécie poser les définitions des termes importants et récurrents d'une loi dans le même esprit qu'un contrat qui stipule à la première clause les définitions de termes récurrents de l'accord. Un premier lien peut être établi entre la section 2 et les sections 66 à 70 regroupées sous la subdivision intitulée *General requirements for formation* et un deuxième lien entre la section 2 et les sections 71 à 74 regroupées sous la subdivision intitulée *Incorporation of company*.
196. La section 67⁵⁰² de l'Ordonnance intitulée *Formation of company* détermine les modalités de formation d'une société. Deux modalités successives sont identifiables : la signature par une ou plusieurs personnes des *articles*, qui doivent correspondre à la forme de la société qui va être créée, puis le dépôt auprès du *Companies Registry* des documents nécessaires à l'immatriculation, c'est-à-dire un exemplaire des *articles* signés et le formulaire d'immatriculation. Il est alors possible de continuer à suivre les ramifications des sections de l'Ordonnance et le lien entre la section 67 et les sections 66, 83 et 84 peut être établi par les mots soulignés suivants de la section 67 "*signing the articles of the company intended to be formed*" renvoyant à la forme de société que les futurs associés souhaitent instituer pour accueillir leur entreprise et à la forme de responsabilité qu'ils supporteront. Les sections 66⁵⁰³ (intitulée *Types of companies*), 83⁵⁰⁴ (intitulée *Members' Liabilities*) et 84⁵⁰⁵ (intitulée

⁴⁹⁷ Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁴⁹⁸ Le terme *existing company* est également défini à la Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* et signifie "a company formed and registered under a former Companies Ordinance". Nous nous attacherons donc à étudier la phrase "company means (a) a company formed and registered under this Ordinance" dans le cadre de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁴⁹⁹ Interprétation en Français de cette section: Le terme *company* signifie une société constituée et enregistrée sous l'empire de cette loi ou une société existante.

⁵⁰⁰ GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, page 3, item 1-1 and footnote 1 Per Buckley J. in Stanley Re. [1906] 1 Ch.131 at 134.

⁵⁰¹ Cette nouvelle rédaction diffère de la lisibilité de la section 4 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* qui regroupait tous les éléments constitutifs.

⁵⁰² Section 67 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "(1) Any one or more persons may form a company by (a) signing the articles of the company intended to be formed; and (b) delivering to the Registrar for registration (i) an incorporation form in the specified form; and (b) a copy of the articles. (2) A company may only be formed for a lawful purpose."

⁵⁰³ Section 66 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "Only the following companies may be formed under this Ordinance: (a) a public company limited by shares; (b) a private company limited by shares; (c) a public unlimited company with a share capital; (d) a private unlimited company with a share capital; (e) a company limited by guarantee without a share capital."

⁵⁰⁴ Section 83 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "(1) The articles of a limited company must state that the liability of its members is limited. (2) The articles of an unlimited company formed and registered under this Ordinance must state that the liability of its members is unlimited."

⁵⁰⁵ Section 84 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "(1) The articles of a company limited by shares must state that the liability of its members is limited to any amount unpaid on the shares held by the members. (2) The

Liabilities or contributions of members of limited company) déterminent respectivement les formes de société qui peuvent être constituées et enregistrées et décrivent la limite de responsabilité des associés. Ces trois sections doivent être prises en compte pour obtenir une définition globale de la société en droit hongkongais et dégager les cinq éléments constitutifs d'ordre matériel d'une *Company* : (i) une ou plusieurs personnes ; (ii) les *articles* signés par ces personnes ; (iii) le dépôt auprès du *Companies Registry* d'un exemplaire des *articles* signés et du formulaire d'immatriculation complété et signé, dont le contenu est précisé aux sections 67 à 70 de l'Ordinance ; (iv) le type et la forme de responsabilité des *members*, c'est-à-dire le choix entre une société à responsabilité limitée ou à responsabilité illimitée (cet élément est primordial en droit hongkongais du fait de l'impact sur la dénomination de la société qui est l'élément d'identification de la société vis-à-vis des tiers⁵⁰⁶ ; en effet, les *articles* doivent mentionner la dénomination de la société⁵⁰⁷ qui doit se terminer par le mot *limited* dans le cas d'une société à responsabilité limitée⁵⁰⁸) et le choix entre une responsabilité limitée *by shares* ou *by guarantee* ; et, (v) un but licite (le terme utilisé ici n'est pas celui d'objet social, il s'agit cependant bien de la nature de l'activité qui sera engagée dans le cadre de la société ; il n'y a aucune restriction quant à la nature de l'activité que peut conduire une société, sauf à ce que cette activité soit contraire à la loi⁵⁰⁹).

197. La section 71⁵¹⁰ de l'Ordinance intitulée *Issue of certificate of incorporation on registration* détermine les modalités d'immatriculation (ou *registered*) d'une société. Cette section dispose que le *Companies Registry*, à la réception d'un exemplaire des *articles* signés et du formulaire d'immatriculation complété et signé, enregistre la société et émet, à fin de preuve, un certificat d'immatriculation. Cette section dispose que la société existe au jour de l'émission du certificat d'immatriculation conformément aux deux étapes successives et nécessaires indiquées à la section 2 de l'Ordinance. Les trois sections suivantes, 72 à 74, explicitent les effets de la naissance de la société. Cette section 71 ajoute le sixième élément constitutif d'ordre matériel d'une *Company*, c'est-à-dire son enregistrement par le *Companies Registry* dont la preuve est apportée par le certificat d'immatriculation.

2. La définition française des éléments matériels constitutifs

198. En France, l'article 1832 du Code civil pose la définition suivante : "La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de

articles of a company limited by guarantee must state that each person who is a member of the company undertakes that if the company is wound up while the person is a member of the company, or within one year after the person ceases to be such a member, the person will contribute an amount required of the person, not exceeding a specified amount, to the company's assets: (a) for the payment of the company's debts and liabilities contracted before the person ceases to be such a member; (b) for the payment of the costs, charges and expenses of winding up the company; and (c) for the adjustment, among the contributories, of their rights. (3) Subsection (1) does not apply to the articles of an existing company that is deemed to be a company limited by shares under section 4(3) of the predecessor Ordinance."

⁵⁰⁶ En droit des sociétés hongkongais, seule la dénomination sociale complète doit être reproduite sur les documents de la société. En effet, avec cette dénomination, toute personne qui le souhaite peut obtenir du *Companies Registry* une copie des documents sociaux qui font l'objet d'une publicité ; la combinaison des sections 102 et 103 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) démontre l'importance du mot "*Limited*" et que la dénomination sociale d'une *Company* ne doit pas ne pas être suivie du mot "*Limited*" sans exemption expresse.

⁵⁰⁷ Section 81 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁰⁸ Section 102 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁰⁹ Section 67 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵¹⁰ Section 71 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) : "(1) On registering an incorporation form and a copy of the articles delivered under section 67(1)(b), the Registrar must issue a certificate of incorporation certifying that the company (a) is incorporated under this Ordinance; and (b) is a limited company or an unlimited company. (2) A certificate of incorporation must be signed by the Registrar."

l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes."

199. De cette définition, il est possible de dégager les six éléments d'ordre matériel constitutifs de la société pluripersonnelle : (i) deux ou plusieurs personnes (étant entendu des personnes capables de contracter ; aucune précision n'étant apportée par le Code civil, il devrait pouvoir s'agir de personnes physiques ou de personnes morales sans limite de nationalité ou de droit applicable) ; (ii) la conclusion d'un contrat (l'existence de ce contrat implique le consentement des parties qui n'est ni vicié ni simulé conformément au droit français des contrats applicable au contrat de société ; aucune précision n'étant apportée, il peut s'agir d'un contrat non écrit même si dans la pratique, ce contrat doit être déposé auprès du greffe du tribunal de grande instance du ressort du siège social de la société à fin d'immatriculation de celle-ci) ; (iii) une entreprise commune (dans cette définition légale du terme société, la notion d'entreprise commune pourrait être les questions "pourquoi constituer la société et pour quelle activité(s) commerciale(s) ?", le contenu de l'entreprise diffère d'une société à l'autre et se distingue donc de l'élément "réalisation de bénéfices ou d'économies" et est généralement défini dans l'objet social) ; (iv) la réunion d'apports (aucune précision n'étant apportée, ces apports peuvent être des biens ou des services) ; (v) le partage de bénéfice ou la réalisation d'économie (de cette distinction opérée par le Code civil, une société est commerciale, civile ou à but non lucratif) ; et, (vi) l'engagement de contribuer aux pertes⁵¹¹.
200. Dans le cadre d'une société unipersonnelle, cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 1832 du Code civil, il est possible de dégager les éléments d'ordre matériel constitutifs suivant : (i) une personne (aucune précision n'étant apportée par le code civil, il devrait pouvoir s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale sans limite de nationalité ou de droit applicable) ; (ii) un acte unilatéral (dans la pratique, cet acte unilatéral sera écrit et signé par l'entrepreneur unique puis déposé auprès du greffe du tribunal de grande instance du ressort du siège social de la société à fin d'immatriculation de celle-ci) ; (iii) une entreprise, qui ne peut être commune du fait de la présence que d'un associé unique ; (iv) des apports ; (v) la réalisation de bénéfice ou d'économie ; et, (vi) l'engagement de contribuer aux pertes. Ces éléments sont quasi-identiques à ceux de la définition de la société pluripersonnelle, le nombre de personnes instituant la société entraînant la qualification de l'acte l'instituant. La similitude de ces éléments ne devrait pas justifier une distinction du régime applicable à une même forme de société au gré du caractère unipersonnel ou non. Cette unité des règles juridiques applicables à une forme de société serait source de simplicité à la fois pour les acteurs de la société (notamment en cas de changement d'une société unipersonnelle à une société pluripersonnelle ou inversement), pour ses partenaires (administrations ou prestataires de services) et pour les tiers. Elle serait également source d'intelligibilité de la loi entraînant auprès des utilisateurs une image plus simple et lisible de la forme sociale encourageant l'institution d'une société plutôt que d'une autre forme de véhicule juridique dont l'image plus simple présenterait le désavantage d'une protection moindre des entrepreneurs et de leur

⁵¹¹ La contribution aux pertes n'entre pas dans le premier alinéa de l'article 1832 du Code civil définissant la société. Nous pourrions en déduire qu'il ne s'agit pas d'un élément constitutif d'une société. Si tel était le cas, c'est-à-dire que la contribution aux pertes n'est pas un élément constitutif d'une société, la rédaction de l'article 1832 appellerait alors l'interrogation suivante : est-ce que la contribution aux pertes n'est pas insérée dans le premier alinéa de l'article 1832 définissant la société car cette contribution ne serait effectivement réalisée que dans le cas où la société serait dissoute ? L'affirmative nous semblerait troublante, c'est-à-dire que la contribution aux pertes ne constitue pas un élément constitutif d'une société car le dernier alinéa de l'article 1832 dispose d'un engagement des associés au jour de la constitution de la société à contribuer aux pertes à la dissolution de la société. À cet engagement pourrait s'ajouter potentiellement, au cours de la vie sociale, sur décision prise à l'unanimité des associés, une contribution ponctuelle aux pertes de la société. En conséquence, l'engagement de contribuer aux pertes ferait donc bien partie des éléments constitutifs d'une société malgré une mise en forme un peu décousue de l'article 1832 du Code civil.

patrimoine. Il en résulte que la distinction effectuée par le Code civil dans sa définition de la société à l'article 1832 devrait disparaître au profit d'une définition consacrant le caractère unitaire de la forme sociale quel que soit le nombre de personnes l'instituant et que le modèle de statuts-type proposé par le Code de commerce devrait pouvoir être applicable à toutes les SARL indépendamment de leur caractère unipersonnel ou pluripersonnel.

B. Une apparente similitude des éléments matériels constitutifs

201. Les droits français et hongkongais proposent des définitions qui diffèrent dans leur esprit et dans leur contenu. Dans leur esprit, ces deux définitions proposent une vision de la société très différente : la définition hongkongaise est technique voire procédurale et consacre la société comme un outil au service des entrepreneurs ; la définition française reflète la prédominance donnée à l'acte d'association commerciale. Ces deux définitions reflètent ainsi la différence du caractère des sociétés entre les deux ordres juridiques : une société de caractère institutionnel à Hongkong et une société de caractère contractuel en France. Dans leur contenu, la définition hongkongaise compte cinq éléments constitutifs d'ordre matériel et la définition française en compte six. Ces définitions présentent trois éléments communs dont le contenu varie cependant (1) et trois éléments distincts (2).

1. Trois éléments matériels constitutifs communs mais de contenus différents

202. Les définitions hongkongaise et française présentent trois éléments communs, une ou plusieurs personnes (a), la signature d'un acte juridique dénommé *articles* à Hongkong et statuts en France (b) et une responsabilité définie des associés, que ce soit par le choix entre une responsabilité limitée ou illimitée à Hongkong ou par la contribution aux pertes en France (c).

a. Une ou plusieurs personnes

203. La réunion de personnes a longtemps constitué le cœur de la notion de société, aussi bien en France qu'à Hongkong et l'acceptation d'une société unipersonnelle est relativement récente dans les deux ordres juridiques. Ce point commun est fort de sens et marque une volonté politique de faire prévaloir l'efficacité économique sur les principes juridiques : l'instauration de la société unipersonnelle est destinée à ouvrir la forme sociale à un plus grand nombre d'entreprises et à des entreprises plus variées afin de sécuriser le patrimoine de l'associé unique et à dynamiser le tissu économique des PME.
204. Quant à la capacité de devenir associé, peu de restrictions existent en droit hongkongais : il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale⁵¹² ; sans exigence de nationalité ou de droit applicable⁵¹³ ; la personne physique peut être mineure⁵¹⁴ ; la personne qui signe les *articles* peut agir en qualité de *nominee member*⁵¹⁵ ou d'agent nommé par écrit ou simplement par oral⁵¹⁶ ; la capacité d'associés ne soulève pas la problématique de

⁵¹² Section 3 de l'*Interpretation and General Clauses Ordinance (Cap.1)*.

⁵¹³ *Princess Reuss v Bos* (1871) LR 5 HL 176, Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.070.

⁵¹⁴ *Laxon & Co (No 2)* [1892] 3 Ch 555 ; *Hertfordshire Brewery Co* (1874) 43 LJ Ch 358, in Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.070 ; à la majorité, l'associé précédemment mineur peut *repudiate the contract* mais cette répudiation n'entraîne pas la nullité de l'immatriculation de la société (*does not invalidate the incorporation of the company*).

⁵¹⁵ *Salomon v A Salomon & Co*, [1897] AC 22 at 46, HL, Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.070.

⁵¹⁶ *Witley Partners Ltd* (1886) 32 ChD 337, CA (Eng), Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.070.

l'articulation avec les régimes matrimoniaux⁵¹⁷ dans la mesure où l'époux ou l'épouse n'a pas de droit sur le patrimoine de son épouse ou époux. En droit français, peu de restrictions existent dans le cas des SARL et des SAS, le principe étant que toute personne capable de contracter peut être associée : une personne morale ou un personne physique ; sans exigence de droit applicable ou de nationalité ; les mineurs émancipés disposant d'une pleine capacité d'exercice ; les mineurs non émancipés et les incapables majeurs suivant les règles de représentation et d'assistance propres à leur régime de protection.

205. La question soulevée en France par la capacité d'associé née du démembrement du droit de propriété est bien connue à Hongkong, notamment du fait de l'existence de la relation de *trust* : les parts sociales sont enregistrées au nom du *nominee member*, qui est donc le propriétaire des parts sociales vis-à-vis de la *Company*, des autres *members*, des *directors* et des tiers, il siège à l'Assemblée générale, il reçoit les dividendes distribués et exerce tous les droits liés à la détention des parts sociales ; il existe une relation fiduciaire entre le *nominee member* et le *beneficial owner* dans l'intérêt duquel le *nominee member* doit agir, le *beneficial owner* ne pouvant faire valoir ses droits auprès de la *Company* mais seulement auprès du *nominee member* en vertu de la relation de *trust*.
206. Le contenu de la capacité d'associé est très proche entre les droits hongkongais et français, les deux principales différences étant l'impact des régimes matrimoniaux sur la capacité d'associé en droit français et la relation de *trust* pouvant exister entre *nominee member* et *beneficial owner* en droit hongkongais.

b. La signature d'un acte juridique

207. La forme de l'acte juridique constitutif de la société est obligatoirement écrite ; cet acte est dénommé *articles of association* à Hongkong et statuts en France. La simplification opérée par l'Ordonnance de réduire les statuts aux seuls *articles* en faisant disparaître les *memorandum* permet de constater l'unicité de l'acte juridique constitutif commune aux instruments constitutifs des sociétés française et hongkongaise. Le droit hongkongais précise que les *articles* doivent être rédigés en Anglais ou en Chinois⁵¹⁸ et qu'ils doivent être divisés en paragraphe numérotés de manière consécutive⁵¹⁹. L'article 1835 du Code civil dispose que les statuts doivent être établis par écrit ; l'article R.123-75-1 dispose que "seule la publicité obligatoire en langue française fait foi" ; aucune autre disposition applicable aux SARL ou SAS ne pose d'exigence quant à la forme des statuts. Du modèle de statuts fournis par l'article D. 223-2 du Code de commerce, la langue nationale (en l'occurrence la langue française comme indiqué à l'article 2 de la Constitution) et la numérotation des articles sont deux points communs notables avec les exigences hongkongaises.
208. Quant au contenu de cet acte, les deux ordres juridiques s'accordent : organiser les modalités de gestion interne et d'administration de la société⁵²⁰. Les éléments obligatoires des *articles* d'une *Company* sont au nombre de quatre⁵²¹ et un cinquième doit être ajouté⁵²² si la *Company* obtient la licence d'exemption prévue à la section 103 de l'Ordonnance. En France, l'article

⁵¹⁷ Le PACS ou le concubinage reconnus en France n'ont pas d'équivalent à Hongkong.

⁵¹⁸ Section 76 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵¹⁹ Section 77 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵²⁰ Section 75 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour la *Company* ; article 1835 du Code civil pour les SARL ; article 1835 du Code civil et article L. 227-5 du Code de commerce pour les SAS.

⁵²¹ Il s'agit de la dénomination de la *Company*, de la responsabilité financière limitée ou illimitée de ses *members*, de la manière dont la responsabilité financière des *members* est limitée et du montant du capital social ; sections 81, 83, 84 et 85 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵²² Il s'agit de l'objet social ; sections 82 et 103 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

1835 du Code civil pose les huit éléments⁵²³ contenus dans les statuts d'une société ; au-delà de ces huit éléments, la liberté des associés devraient être de principe dans la mesure où ceux-ci établissent les statuts et peuvent y insérer les dispositions qu'ils souhaitent⁵²⁴. Cependant, au-delà de ces huit éléments, les dispositions légales applicables à chacune des formes de société permettent de déterminer le degré réel de liberté des associés⁵²⁵. Le droit français est plutôt traditionnellement restrictif de la liberté statutaire, notamment en ce qui concerne la SARL ; le droit français a récemment augmenté le degré de liberté des associés afin de faire primer l'efficacité économique du droit des sociétés par la souplesse tel que pourrait le démontrer les dispositions applicables à la SAS ; le droit hongkongais offre une grande liberté statutaire comme le démontre l'application des idées de la théorie juridique de l'*enabling law*. Que le droit soit restrictif ou non de la liberté statutaire, les mêmes types de documents annexes existent en marge des statuts et se sont développés afin de compléter ou de préciser les modalités de gestion interne et d'administration de la société, que ce soient les *shareholders' agreement*, *memorandum of understanding*, *joint-venture agreement* ou les pactes d'associés, préambules, protocoles d'accord ou règlements intérieurs.

209. Quant au régime applicable à la formation de cet acte, le droit français consacre le régime du droit des contrats auquel s'ajoutent les dispositions applicables aux sociétés commerciales et le droit hongkongais encadre la formation de cet acte par l'Ordonnance écartant l'application du droit des contrats. Quant au régime applicable aux effets et à l'interprétation de cet acte, les droits français et hongkongais⁵²⁶ appliquent le droit des contrats.
210. Quant à la signature de l'acte, les droits hongkongais et français s'accordent pour que cet acte soit signé par tous les associés⁵²⁷. Suite à l'entrée en vigueur de l'Ordonnance, une différence doit être mentionnée quant à la procédure d'immatriculation des *Company*, SARL et SAS : un exemplaire des statuts signés par tous les associés doit être remis lors du dépôt de la demande d'immatriculation des SARL et SAS alors qu'une simple copie des *articles*⁵²⁸ non signés est suffisante lors du dépôt du dossier d'immatriculation de la *Company* auprès du *Companies Registry*, notamment afin de faciliter la procédure électronique d'immatriculation d'une *Company* (procédure permettant l'immatriculation d'une *Company* en une heure). En revanche, un exemplaire des *articles* signés par tous les *founder members* doit être conservé par la *Company*.

c. La responsabilité des associés

⁵²³ Ces éléments sont les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement.

⁵²⁴ "Selon l'article 1832 du Code civil, la société est un contrat ; en conséquence, les parties peuvent librement y insérer toutes les dispositions qu'elles jugent nécessaires à la protection de la société qu'elles créent, sous la seule réserve de ne violer aucune règle d'ordre public", Cour d'appel de Rouen, 8 février 1974, Société Lintra Terminal N.V. contre Société Maritime de Gestion et de Transport et autre, *Revue des sociétés* 1974, page 507, note RODIERE René ; "Est licite la clause de non-concurrence insérée dans les statuts d'une société commerciale interdisant à son ancien associé et cogérant de s'occuper éndant trente ans d'une entreprise ayant le même objet que cette société et située dans quatre départements, dès lors que cette clause ne confère pas à la restriction à ma liberté du commerce ou du travail qu'elle impose un caractère illicite à la fois dans le temps et dans l'espace", Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 février 1979, Caroff contre Société Compagnie Générale d'Alimentation et autre, *Recueil Dalloz Sirey* 1979, *Informations Rapides*, page 248 ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 mars 2005, *Bulletin Joly Sociétés* 2005, §237, page 995, note LE CANNU Paul, *Dalloz* 2005, page 838, observations Lienhard A., *Droit des sociétés*, Juin 2005, n°117, observations Monnet Joël.

⁵²⁵ Article 1834 du Code civil.

⁵²⁶ Section 86 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵²⁷ Section 67 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour la *Company* ; article L. 223-6 du Code de commerce pour la SARL ; article L. 225-15 du Code de commerce pour la SAS.

⁵²⁸ Section 67 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

211. Malgré des présentations différentes, la responsabilité des associés est un élément constitutif de la société fermée à risque limité. À Hongkong, cette limite de responsabilité se retrouve dans le choix entre une responsabilité limitée ou illimitée et par l'indication dans les *articles* du principe selon lequel la responsabilité des *members* est limitée au montant non versé à la *Company* représentant la différence entre la valeur des parts sociales et la somme versée au capital social par le *member*⁵²⁹. Il en résulte qu'à la dissolution de la *Company*, la responsabilité des *members* est nulle si ceux-ci ont versé à la *Company* le montant total de la valeur des parts sociales dont ils sont propriétaires ou est égale au montant restant à verser sur cette valeur (montant qui est alors exigé par les *directors*). En France, l'engagement de contribuer aux pertes correspond au même élément constitutif d'ordre matériel, à la différence que les associés d'une SARL ou d'une SAS ont généralement versé le montant total de la valeur des parts sociales ou actions qu'ils détiennent dans la mesure où cette libération doit intervenir au plus tard dans les cinq ans de l'immatriculation de la société⁵³⁰ sur décision du gérant. Les associés contribuent aux pertes dans la limite de leurs apports, tels que définis dans les statuts⁵³¹ et *articles*⁵³².
212. De plus, le capital social d'une *Company*, d'une SARL et d'une SAS présente le point commun d'être divisé en parts sociales⁵³³ ou actions⁵³⁴ permettant notamment de définir la responsabilité de chacun des associés⁵³⁵ ainsi que leur droit aux dividendes. Au-delà de ce point commun, la *Company* diffère des SARL et SAS dans la mesure où l'Ordonnance a supprimé l'obligation la valeur nominale des parts sociales d'une *Company*⁵³⁶. Il en résulte que les notions de valeur nominale (*par value* ou *nominal value*, valeur qui représente le montant minimum pour lequel les parts sociales sont émises), de prime d'émission (*share premium*) et de capital social autorisé (*authorised share capital*) de la *Companies Ordinance* (Cap.32) ont été supprimées dans la nouvelle *Companies Ordinance* (Cap.622)⁵³⁷. Contrairement à la SARL dont le capital social est divisé en parts sociales égales⁵³⁸ et aux SARL et SAS dont les parts sociales et actions doivent avoir une valeur nominale même si celle-ci n'est pas précisée dans les statuts⁵³⁹, les parts sociales d'une *Company* n'ont pas de valeur fixe et la *Company* peut, par exemple, capitaliser des bénéfices sans émettre de nouvelles parts sociales⁵⁴⁰, émettre des parts sociales à l'attention des *members* en respectant les proportions de leur actionnariat (terme hongkongais de "bonus issue") sans augmenter son capital social⁵⁴¹ et émettre des parts sociales dont la valeur peut être différente d'un *member* à un autre sans créer de classes de parts sociales différentes. La détermination du montant de la libération des parts sociales résulte d'une négociation conduite entre la

⁵²⁹ Sections 83 et 84 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵³⁰ Article L. 223-7 du Code de commerce pour les SARL ; article L. 225-3 du Code de commerce pour les SAS.

⁵³¹ Article 1835 du Code civil pour toutes les sociétés ; article L. 223-1 du Code de commerce pour la SARL ; article L. 227-5 du Code de commerce pour les SAS.

⁵³² Sections 83, 84 et 85 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵³³ Sections 84 et 85 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) pour la *Company* ; article L. 223-2 du Code de commerce pour la SARL.

⁵³⁴ Article L. 225-1 du Code de commerce pour la SAS.

⁵³⁵ Nous trouvons intéressant de noter que les propriétaires d'actions de SAS ne sont pas dénommés actionnaires ; dans un souci de cohérence et d'intelligibilité de la loi, nous pensons qu'il serait bénéfique de remédier à cette erreur. Dans la mesure où la SAS entre dans la catégorie des sociétés par actions, la mention d'associé dans les dispositions applicables à la SAS devrait être remplacée par le terme actionnaire

⁵³⁶ Section 135 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵³⁷ Part 4, Division 2, Schedule 11 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵³⁸ Article L. 223-2 du Code de commerce.

⁵³⁹ Réformes opérées par les lois n°94-126 du 11 février 1994, dite loi "Madelin" et n°98-546 du 2 juillet 1998.

⁵⁴⁰ Section 170 (2) (c) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁴¹ Section 170 (2) (d) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

Company et l'investisseur au terme de laquelle les *directors* n'ont pas toute liberté pour fixer le montant de la libération des parts sociales à émettre car ils doivent négocier avec l'investisseur en respectant leur devoir fiduciaire de bonne foi. La somme des montants de libération des parts sociales sur lesquels les *members* se sont engagés constitue le montant du capital social. Depuis cette réforme du droit hongkongais, les caractéristiques des parts sociales d'une *Company* se distinguent de celles des parts sociales d'une SARL et de celles des actions d'une SAS par une souplesse et une flexibilité offertes aux associés pour définir la géographie du capital social de leur *Company*. La justification à la suppression de la valeur nominale des parts sociales, en sus du gain de flexibilité, est double : il en va de la simplicité et de la clarté de l'information et des mécanismes sociaux⁵⁴². Premièrement, la valeur nominale ne sert pas son objectif premier de protéger les créanciers et les associés. Deuxièmement, la valeur nominale peut être trompeuse car elle est fréquemment en décalage avec la valeur réelle des parts sociales et elle ne fournit aucune indication sur cette valeur réelle. Cette réforme de la suppression de la valeur nominale ainsi que sa mise en œuvre pourrait être une source d'inspiration pour les pouvoirs publics français.

2. Trois éléments matériels constitutifs distincts

213. Les deux définitions de la société diffèrent sur trois éléments constitutifs d'ordre matériel : la réunion d'apports et le partage de bénéfice ou la réalisation d'économie constitutifs de la société française ne sont pas listés à Hongkong (a) ; l'accomplissement de la procédure légale afférente à l'immatriculation d'une société n'est pas listé au titre des éléments matériels constitutifs de la société en France (b) ; l'élément du but licite à Hongkong ou de l'entreprise commune en France pourraient être rapprochés mais la définition de cet élément n'a pas la même portée au sein de ces droits des sociétés (c).
- a. L'absence de la réunion d'apports et du partage de bénéfice ou la réalisation d'économie en tant qu'élément matériel constitutif de la société hongkongaise
214. L'absence dans la définition hongkongaise de deux éléments matériels, c'est-à-dire la réunion d'apports et le partage de bénéfice ou la réalisation d'économie, définissant la société française révèle que la société hongkongaise peut accueillir une plus grande variété d'activités.
215. Premièrement, la société hongkongaise *limited by guarantee* n'exige pas la réunion d'apports et ne dispose pas d'un capital social divisé en parts sociales, contrairement à la *Company limited by shares*. De ce fait, la réunion d'apports n'est pas un élément constitutif de la société hongkongaise. Dans le cas d'une *Company*, les apports des *founder members* constituent un corollaire de la limite de leur responsabilité par la souscription de parts sociales ; la géographie du capital social lors de l'immatriculation doit ainsi être mentionnée dans les *articles*, c'est-à-dire le nombre total de parts sociales émises, le montant total du capital social souscrit, le montant du capital souscrit effectivement payé à l'immatriculation, les classes de parts sociales (s'il y en a) et le nombre de parts sociales émises et souscrites par chaque *founder member*⁵⁴³.
216. Deuxièmement, une société hongkongaise peut mener une activité à but non lucratif ou à but caritatif ou à but non commercial ou peut être immatriculée dans le but de réaliser des

⁵⁴² La consolidation de parts sociales en un nombre plus petit de parts et la division de parts sociales en un nombre plus grand de parts sont effectivement simplifiées dans la mesure où il n'y a pas de valeur nominale ; le montant du capital social reste le même ; Section 170 (2) (e) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵⁴³ Section 8 of Schedule 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

bénéfices qui ne seront pas distribués au titre de dividendes ; ces activités seraient en France abritées au sein d'un autre type de véhicule juridique, par exemple une association.

217. Ces observations correspondent à l'esprit de chacun des deux ordres juridiques. Le droit français multiplie les formes de véhicules juridiques et de sociétés pour proposer à chaque association (entendu ici dans son sens large d'un groupement de personnes qui s'associent à une fin déterminée) une structure spécifique. Cette multiplication des formes sociales a probablement comme justification le fait de préférer répondre rapidement à une nouvelle demande du monde de l'entreprise et des affaires et de ne pas souhaiter remodeler le droit applicable aux formes sociales existantes instituées pour répondre aux besoins de leurs associés au risque de modifier leur fonctionnement et leur gestion. Le droit hongkongais propose une société polymorphe que toute association peut utiliser et modeler à sa convenance et ce droit évolue par vagues successives séparées dans le temps par une ou plusieurs décennies⁵⁴⁴. Il nous semble que cette différence du mode d'évolution législative et d'adaptation du droit aux besoins des acteurs des sociétés ne conduise pas à rejeter l'exploitation en droit français d'éléments du droit de Hongkong mais, tout au contraire, à considérer les apports de ce droit. En effet, le droit français a remodelé, certes par touches successives, les formes sociales existantes afin de les simplifier au point que les notions et régimes des SARL et SAS tendent à se rapprocher. C'est ainsi que des éléments du droit hongkongais applicables aux *Companies* pourraient être transposés aux notions et régimes des SARL et des SAS.

b. L'absence de la procédure d'immatriculation en tant qu'élément matériel constitutif de la société française

218. La présence dans la définition hongkongaise de l'élément matériel de l'accomplissement de la procédure légale afférente à l'immatriculation d'une société renforce le caractère institutionnel de la *Company*. Celle-ci est rapidement et efficacement constituée par la signature des *articles* par le ou les entrepreneurs et par l'accomplissement d'une procédure légalement définie et encadrée auprès du *Companies Registry* (qui est le guichet unique pour l'immatriculation de la *Company* et pour toutes les procédures afférentes à la modification et à la mise à jour de sa structure). La *Company* et la personne morale⁵⁴⁵ naissent le même jour, c'est-à-dire le jour de l'immatriculation par le *Companies Registry*⁵⁴⁶.

219. En France, la société existe au jour de la signature des statuts alors que la personne morale naît de l'accomplissement de la procédure d'immatriculation au jour de l'immatriculation de la société. La portée de cette différence est que les statuts sont opposables aux futurs associés dès la signature de ceux-ci⁵⁴⁷ et même en l'absence d'immatriculation de la société alors que cette opposabilité n'est pas applicable en droit hongkongais dans la mesure où les *articles* entrent en vigueur au jour de l'immatriculation de la *Company*⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ La première *Companies Ordinance* de Hongkong date de 1865 ; celle-ci a été largement modifiée par la *Companies Ordinance* de 1911 puis par la *Companies Ordinance* de 1932. Sur les 25 dernières années, quelques modifications ont été effectuées (1997, 1999, 2004, 2005, 2007, 2008, 2010, 2011, 2012), jusqu'à la refonte du droit des sociétés et l'entrée en vigueur de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Pour un historique plus détaillé, voir GOO Say H., *Study report on history of company incorporation in Hong Kong*, *Companies Registry*, July 2013, www.cr.gov.hk.

⁵⁴⁵ Nous utilisons ici la notion de personne morale qui correspond aux termes "*body corporate*" indiqués dans l'Ordinance.

⁵⁴⁶ Sections 71 (1) et 73 (1) et (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁴⁷ Article 1842 alinéa 2 du Code civil.

⁵⁴⁸ Sections 86 (1) et (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

220. La règle hongkongaise nous semble plus simple dans la mesure où aucune place n'est laissée à l'ambiguïté quant à l'application concurrentielle de plusieurs règles, où une seule date est retenue pour la naissance de la *Company* et de sa personnalité morale et où la question des relations entre entrepreneurs et futurs associés ne se posent pas en termes de respect et de modification des *articles*⁵⁴⁹.

221. L'élément de la concomitance de la naissance de la *Company* et de la personnalité morale joue en faveur de la signature d'actes préparatoire à l'institution de la *Company* dans le cas d'une association complexe. Les futurs associés choisissent de signer un contrat de confidentialité (ou *non disclosure agreement*) protégeant leurs échanges et les informations communiquées lors des négociations préalables. Ils négocient un accord de *joint-venture* contenant des stipulations relatives à l'entreprise commerciale et à la *Company* et des stipulations traditionnellement contenues dans un *shareholders' agreement* relatives aux relations entre *members* et entre *members* et *directors*. Cet accord de *joint-venture* entre généralement en vigueur au jour de sa signature par les parties avant l'immatriculation de la *Company* et organise les relations entre les entrepreneurs dans le cadre du droit des contrats.

c. Le but licite exigé en droit hongkongais et l'entreprise commune exigée en droit français : des exigences distinctes d'apparence similaire

222. Les éléments constitutifs d'ordre matériel de l'entreprise commune en droit français et du but licite en droit hongkongais présentent un caractère commun apparent mais la portée de cet élément est différente.

223. Une entreprise commune, ou simplement une entreprise dans le cas d'une société unipersonnelle, implique l'existence de celle-ci et la description de l'activité commerciale qui sera lancée et développée dans le cadre de la société instituée. L'entreprise commune se traduit par la mention de l'objet social lors de l'institution de la SARL ou de la SAS et celui-ci est mentionné dans les statuts. La rédaction de la définition de l'objet social est importante au vu notamment des conséquences en matière de responsabilité des gérants ou présidents vis-à-vis des associés. Le but licite mentionné en droit hongkongais n'est pas l'activité envisagée pour la *Company* qui est définie par l'objet statutaire et qui est l'équivalent de l'objet social et de l'entreprise commune visée par l'article 1832 du Code civil. Il ne s'agit pas non plus de l'activité sociale réellement exercée par la société ou de l'intérêt social qui guide les décisions des organes sociaux. Le but licite pourrait être plutôt rapproché de la notion de cause développée en droit des obligations français. Ce but licite serait défini comme le but immédiat et direct qui conduit les entrepreneurs à former une société. La portée du but licite se situe préalablement à l'existence même de la société indépendamment de l'objet que celle-ci va poursuivre ou effectivement réaliser. En d'autres termes, une société peut avoir un objet licite mais poursuivre un but illicite. Cette situation donne le pouvoir au *Companies Registry* de ne pas immatriculer une société soupçonnée d'avoir un but illicite⁵⁵⁰ et de saisir les tribunaux pour demander la dissolution de la société au motif qu'elle poursuit un but

⁵⁴⁹ Au cours de ce délai plus ou moins long entre la signature des statuts et l'immatriculation de la société, en application de l'alinéa 2 de l'article 1842 du Code civil, la question se pose de la règle applicable à la modification des statuts, par une unanimité des parties au contrat comme en droit des contrats ou par une majorité comme le prévoit les statuts, COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 107, point 189.

⁵⁵⁰ R v Registrar of Companies, ex p Bowen [1914] 3 KB 1161 at 1167 ; R v Registrar of Companies, ex p A-G [1991] BCLC 476, in Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.074.

illicite⁵⁵¹. Le *Financial Secretary* a le pouvoir de désigner des inspecteurs pour enquêter sur une société soupçonnée d'avoir été formée dans un but illicite ou de poursuivre un but illicite⁵⁵² pour ensuite saisir les tribunaux dans l'optique d'obtenir la dissolution de ladite société. Une *Company* immatriculée sous l'empire de l'Ordonnance peut être utilisée pour conduire une activité commerciale dans un but autre que celui-ci de réaliser des bénéfices ou dans un but de réaliser des bénéfices qui ne seront pas distribués au titre de dividendes ou pour conduire une activité qui n'a rien de commerciale⁵⁵³ tant que ce but est licite ; une *Company* a vocation à avoir une utilisation plus large que celle d'une SARL et d'une SAS.

224. Contrairement aux SARL et SAS, une *Company* peut s'engager dans tout type d'activités non interdites par la règle de droit dans la mesure où "A *Company has the capacity, rights, powers and privileges of a natural person of full age*"⁵⁵⁴. La conséquence de la capacité générale donnée aux *Companies* par l'Ordonnance est que l'objet social n'est pas exigé dans les *articles* et que la mention de celui-ci est laissée à la discrétion des *founder members* ou des *members*. Depuis que l'objet social n'est plus exigé dans les *articles*⁵⁵⁵, il est très rare que celui-ci soit mentionné afin d'éviter les risques de litiges nés de la jurisprudence *ultra vires*⁵⁵⁶. La *Company* est une société polymorphe qui s'adapte à toutes les situations et particulièrement au développement de l'entreprise. La définition de l'objet social dans les *articles* apparaissait comme un frein au développement de l'entreprise car les *articles* devraient être modifiés si l'entreprise développait des activités non prévues dans l'objet social statutaire. Une *Company* peut alors être l'hôte de nombreuses activités aussi diverses que variées ; il n'est pas nécessaire de modifier les *articles* pour chaque nouvelle activité développée qui sortirait de l'objet statutaire voire d'instituer une nouvelle *Company* au titre que l'activité développée ne pourrait pas entrer dans le champ de l'objet statutaire ou pour la cessation d'une activité. Par l'immatriculation d'une *Company*, l'entrepreneur animant l'entreprise innovante, nouvelle et en plein essor n'est pas bridé par la technique juridique adoptée pour héberger celle-ci ; en d'autres termes, le droit hongkongais ne bride pas l'innovation mais lui permet de se déployer au sein d'une *Company* évolutive, la société outil. L'exigence d'un simple but licite puis l'absence de l'exigence d'un objet social statutaire d'une *Company* ont permis le développement des prestataires de services immatriculants des *Companies* dans le but de les revendre (*Companies* dénommées *shelf-Companies*). La procédure d'acquisition de ces *shelf-Companies* est légère car elle n'implique pas une décision des nouveaux *members* modifiant l'objet statutaire pour l'adapter à l'activité envisagée.
225. La portée de cette simple exigence d'un but licite et non d'un objet statutaire est que le champ de la responsabilité des *directors* vis-à-vis de la collectivité des *members* dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions est généralement défini dans le *shareholders' agreement* ou dans

⁵⁵¹ Section 177(2) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)* : "On the application of the Registrar for the winding up of a company, the company may be wound up by the court if it appears to the court (a) that the company is being carried on for an unlawful purpose or any purpose lawful in itself but one which cannot be carried out by a company;...".

⁵⁵² Section 841 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵⁵³ GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Nineth Edition, July 2012, page 4, item 1-1. Il est bon de noter que, tout en sachant qu'une *Company* (notamment avec l'obtention de la licence d'exemption de la section 103 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* peut effectuer ces trois types d'activités, la forme de société hongkongaise destinée à encadrer ces activités est la *company limited by guarantee*.

⁵⁵⁴ Section 115 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁵⁵⁵ Le caractère optionnel de la mention de l'objet social dans les *memorandum and articles of association* d'une *Company* a été introduit à la section 5 (1A) de la *Companies Ordinance (Cap.32)* par la section 5 de la *Companies (Amendment) Ordinance 1997 (Ord No 3 of 1997)*.

⁵⁵⁶ BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, item 2.017, page 29.

le *service agreement* conclu entre la *Company* et le *director* ou dans une décision des *members* prise lors d'une Assemblée générale. L'élément primordial résultant de cette différence entre droits hongkongais et français est que le contentieux afférent à la jurisprudence de *Common Law* dite *ultra vires* ou au contentieux lié aux engagements souscrits par les gérants ou présidents au nom de la SARL ou de la SAS en dehors de l'objet social est rare à Hongkong.

§2. L'absence d'élément psychologique constitutif en droit hongkongais des sociétés

226. Les définitions française et hongkongaise divergent sur l'élément constitutif d'ordre psychologique ou intentionnel qui n'est pas retenu par le droit hongkongais des sociétés. Cette constatation apporte un élément complémentaire renforçant notre opinion sur le rôle utilitaire de la *Company*. De plus, l'immatriculation d'une *shelf-Company* par un prestataire de services ne pourrait pas être licite si l'élément psychologique devait entrer dans les éléments constitutifs de la *Company* car ce prestataire n'a aucunement l'intention d'utiliser la *shelf-Company*. La *Company* est un "bien meuble incorporel" qui existe à l'accomplissement de la procédure d'immatriculation qu'elle ait été constituée dans le but d'être utilisée ou revendue par son ou ses *founder member(s)*. La portée de l'absence d'élément psychologique est significative au regard de la simplicité de la formation d'une *Company* (A) au point de s'interroger sur l'utilité de conserver cet élément psychologique constitutif en droit français (B).

A. La portée de l'absence d'élément psychologique constitutif de la Company

227. L'élément psychologique constitutif d'une société française est absent de la définition de la *Company* (1) ; "elle peut apparaître, en outre, incompatible avec le système des pays de *Common Law*⁵⁵⁷, même si elle semble exister dans le *partnership* anglais^{558,559}. Le caractère fortement institutionnel de la *Company* qui en résulte renforce notre propos de promouvoir une société outil de l'entrepreneur et est probablement un des éléments forts du succès de la *Company* (2).

1. Une définition de la société hongkongaise formaliste ou procédurale

228. L'Ordonnance ne mentionne pas l'intention de s'associer comme un élément constitutif d'une société et contrairement au droit français, il nous semble difficile d'identifier une disposition de l'Ordonnance qui pourrait se prêter à l'interprétation effectuée par les juges français. En effet, la jurisprudence hongkongaise n'a jamais retenu un tel élément psychologique pour confirmer la validité d'une société⁵⁶⁰. Par exemple, la section 67 de l'Ordonnance intitulée

⁵⁵⁷ Citation de CUISINIER Vincent, *L'affectio societatis*, Thèse, 2006, Dijon, n°522, page 435, extraite de GUYON Yves, "Affectio Societatis", *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 20-10, Point 4, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁵⁵⁸ Citation de KESSLER Guillaume, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé* : Dalloz 2005, page 86, cité dans GUYON Yves, "Affectio Societatis", *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 20-10, Point 4, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁵⁵⁹ GUYON Yves, "Affectio Societatis", *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 20-10, Point 4, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁵⁶⁰ Les conclusions de Lord Macnaghten ayant conduit à la décision *Salomon v A salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22 (House of Lords) rejettent expressément toute exigence d'un élément psychologique ou intentionnel animant les associés d'une société "In order to form a company limited by shares, the Act [the Companies Act 1862] requires that a memorandum of association should be signed by seven persons, who are each to take one share at least. If those conditions are complied with, what can it matter whether the signatories are relations or strangers? There is nothing in the Act requiring that the subscribers to the memorandum should be independent or unconnected, or that they or any one of them should take a substantial interest in the undertaking, or that they

Formation of Company est formaliste⁵⁶¹, la rédaction et les mots choisis pour cette section sont dénués de l'intention des *founder members*; l'objet mentionné à cette section est celui de la société⁵⁶² et non celui des *founder members*. La société hongkongaise est créée de manière administrative, c'est la société institution ou la société outil.

229. Ni la *Companies Ordinance* ni la jurisprudence ne dégagent d'élément psychologique constitutif de la société. Nous pourrions imaginer que cet élément pourrait découler du droit des contrats s'il était applicable aux *articles*. En effet, les éléments constitutifs d'un contrat valide en droit hongkongais sont les suivants⁵⁶³ : (i) deux ou plusieurs personnes distinctes et définies parties au contrat ; (ii) les parties doivent avoir atteint un consensus sur les termes de leur accord ; (iii) la promesse de chacune des parties doit être effectuée à titre onéreux ; (iv) les parties doivent avoir voulu créer une relation contractuelle entre elles dans le sens où les promesses de chacune des parties sont opposables uniquement du fait qu'elles sont contractuelles. De ces éléments constitutifs du contrat, le dernier cité pourrait refléter la nécessité que les parties ont de manifester l'intention de s'associer dans le cadre des termes de leur accord et de se lier de manière contractuelle sans autre subordination. Or, le droit hongkongais des contrats ne s'applique pas à la formation des *articles* d'une *Company* et l'Ordinance ne définit pas les *articles* en utilisant le terme de contrat. Le droit hongkongais des sociétés ne prévoit pas d'action en annulation de la *Company* au titre que les *articles* ont été signés sans tenir compte des règles applicables à la formation d'un contrat. L'Ordinance encadre la forme et le contenu des *articles*, leur adoption et leur modification, d'une part (a), et prévoit que leurs effets sont équivalents à ceux d'un contrat, d'autre part (b).

a. L'encadrement de l'adoption et de la modification des *articles* par la seule Ordinance

230. Quant à la forme des *articles*, l'Ordinance impose une rédaction en Anglais ou en Chinois⁵⁶⁴ et une rédaction en paragraphes numérotés de manière consécutive⁵⁶⁵. La forme des *articles* est donc majoritairement laissée à la liberté des *founder members* dans l'esprit des principes de la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*.

231. Quant au contenu des *articles*, malgré la grande liberté statutaire dont bénéficient les *founder members*, le principe général est que les *articles* doivent organiser la gestion interne et administrative de la *Company* en vertu de la section 75 de l'Ordinance. Le contenu des *articles* est complété par les dispositions des sections 81 à 85 de l'Ordinance ; le point

should have a mind and will of their own, as one of the learned Lords Justices seems to think, or that they should be anything like a balance of power in the constitution of the company. In almost every company that is formed the statutory number is eked out by clerks or friends, who sign their names at the request of the promoter or promoters without intending to take further part or interest in the matter". Les conclusions de Lord Halsbury LC sous la même décision sont de la même nature : "[...]; and the Act appears to me to give a company a legal existence with, as I have said, rights and liabilities of its own, whatever may have been the ideas or schemes of those who brought it into existence."

⁵⁶¹ Section 67 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622), "Any one or more persons may form a company by (a) signing the articles of the company intended to be formed; and (b) delivering to the Registrar for registration (i) an incorporation form in the specified form; and (ii) a copy of the articles."

⁵⁶² Section 67 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622), "A company may only be formed for a lawful purpose."

⁵⁶³ Halsbury's Laws of Hong Kong, Contract, November 2013, Item 115.004.

⁵⁶⁴ Section 76 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) en accord avec l'article 9 de la *Basic Law* listant les deux langues officielles de la région administrative spéciale de Hongkong, le Chinois et l'Anglais. Il est intéressant de noter que le droit hongkongais des contrats n'impose pas de langue de rédaction obligatoire.

⁵⁶⁵ Section 77 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

déroatoire majeur au droit des contrats est la proposition d'un modèle d'*articles-type* applicable par défaut⁵⁶⁶.

232. Quant à la modification des *articles*, l'Ordinance l'encadre aux sections 87 à 97 et les règles applicables diffèrent des règles applicables en matière de droit des contrats. Le pouvoir de modifier les *articles* n'appartient pas aux *founder members* qui les ont signés ni aux *members* mais à la *Company*⁵⁶⁷ par une décision spéciale de l'Assemblée générale votée à 75% des *members* présents⁵⁶⁸ et dans la limite des dispositions de l'Ordinance ou par une décision ordinaire de l'Assemblée générale votée à 50% des *members* présents dans le cas uniquement de la modification dans les *articles* du nombre maximum de parts sociales que la *Company* peut émettre⁵⁶⁹. Le tribunal saisi d'un litige sur les termes des *articles* ne pourra pas rectifier ceux-ci⁵⁷⁰ mais pourra seulement annuler la modification litigieuse⁵⁷¹. Ces deux éléments démontrent que le droit des contrats n'est pas applicable à la modification des *articles* d'une *Company*.

b. L'encadrement des effets des *articles* par l'Ordinance et par le droit hongkongais des contrats

233. Quant aux effets des *articles*, l'Ordinance dispose que leurs effets sont équivalents à ceux d'un *contract under seal* entre la *Company* et ses *members* et entre les *members*⁵⁷². La *Companies Ordinance* retient la nature contractuelle des *articles* dans leurs effets⁵⁷³ et semble ne pas retenir cette nature contractuelle quant à la validité de leur formation ou de leur modification. Le fait que les *articles* soient opposables d'une part, entre les *members* et, d'autre part, entre la *Company* et les *members*⁵⁷⁴ alors que la *Company* ne signe pas les *articles* car elle n'existait pas lors de leur signature semble conforter cette lecture de l'Ordinance.

⁵⁶⁶ Sections 78 à 80 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁶⁷ Section 87 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) regarding the alteration of the articles "Subject to this Ordinance, a company may alter its articles."

⁵⁶⁸ Il en résulte qu'une modification des *articles* d'une *Company* qui augmente le niveau de responsabilité financière des *members* ne lie pas le *member* qui ne l'a pas acceptée à moins que celui-ci ne donne son accord écrit avant, au moment de, ou après ladite modification, Section 92 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁶⁹ Section 88 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) "Subject to subsection (3) and any other provisions of this Ordinance, a company may only alter its articles by special resolution." and Section 88 (3) "An alteration in articles to the maximum number of shares that the company may issue may be made by ordinary resolution."

⁵⁷⁰ Principe applicable en droit hongkongais des contrats : "In general, rectification is an equitable remedy by which the court will vary the terms of a written instrument in order to give effect to the intention of the parties to the instrument" (cf. *Crane v Hegeman-Harris Co Inc* [1939] 4 All ER 68, CA (Eng) ; *Joscelyne v Nissen* [1970] 2 QB 86, [1970] 1 All ER 1213, CA (Eng) ; *Re Butlin's Settlement Trusts, Butlin v Butlin* [1976] Ch 251, [1976] 2 All ER 483 ; *Re Slocock's Will Trusts* [1979] 1 All ER 358 ; *Thames Guaranty Ltd v Campbell* [1985] QB 210; [1984] 2 All ER 585, CA (Eng), in *Halsbury's Laws of Hong Kong* 115 Contract, § 115-484. However, the court has no jurisdiction to rectify the articles of association of a company (cf. *Scott v Frank F Scott (London) Ltd* [1940] Ch 794, [1940] 3 All ER 508, CA (Eng), in *Halsbury's Laws of Hong Kong*, Contract, November 2013, Item 115-486.

⁵⁷¹ Section 91 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) intitulée "Application to Court to Cancel Alteration".

⁵⁷² Section 86(1), *Companies Ordinance* (Cap.622) "Subject to this Ordinance, a company's articles, once registered under this Ordinance or a former Companies Ordinance (a) have effect as a contract under seal (i) between the company and each member; and (ii) between a member and each other member; and (b) are to be regarded as containing covenants on the part of the company and of each member to observe all the provisions of the articles."

⁵⁷³ GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, page 69, item 3-17 : cette même approche est expressément retenue dans le *Companies Act* britannique de 2006.

⁵⁷⁴ Section 23(1A) "Without limiting the generality of subsection (1), the memorandum and articles shall, when registered, be enforceable by the company against each member and by a member against the company and against each other member."

234. De plus, l'Ordonnance ne prévoit pas d'action en annulation de la *Company* en vertu de l'absence de volonté des parties de créer une relation contractuelle entre elles dans le sens où les promesses de chacune des parties sont opposables uniquement du fait qu'elles sont contractuelles. Les actions en nullité ouvertes par l'Ordonnance sont les suivantes : nullité d'une disposition des *articles* ou d'une décision de la *public company limited by guarantee*⁵⁷⁵, nullité d'un acte de cession de parts sociales⁵⁷⁶, nullité d'une disposition d'un *prospectus*⁵⁷⁷, nullité d'une émission d'actions⁵⁷⁸, nullité d'un contrat conclu par une *Company* dont les stipulations sont contraires à l'Ordonnance⁵⁷⁹, nullité d'un acte d'un administrateur personne morale⁵⁸⁰ ou nullité de la dissolution de la *Company*⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ Par exemple, section 99(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "In the case of a company limited by guarantee and not having a share capital, and registered on or after 1 January 1912, every provision in the memorandum or articles or in any resolution of the company purporting to give any person a right to participate in the divisible profits of the company otherwise than as a member shall be void." ou section 571(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "Any provision of a company's articles shall be void in so far as it provides for the calling of a meeting of the company (other than an adjourned meeting) by a shorter notice than- (a) in the case of the annual general meeting, 21 days' notice in writing; and (b) in the case of a meeting which is neither an annual general meeting nor a meeting for the passing of a special resolution, 14 days' notice in writing in the case of a company other than an unlimited company and 7 days' notice in writing in the case of an unlimited company."

⁵⁷⁶ Par exemple, Section 113(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "Subject to the provisions of this section, a body corporate cannot be a member of a company which is its holding company, and any allotment or transfer of shares in a company to its subsidiary shall be void."

⁵⁷⁷ Par exemple, Section 38(2) de la *Companies Ordinance (Cap.32) (remaining in Cap.32)* "A condition requiring or binding an applicant for shares in or debentures of a company to waive compliance with any requirement of this section, or purporting to affect him with notice of any contract, document, or matter not specifically referred to in the prospectus, shall be void.", Section 42(5) "Any condition requiring or binding any applicant for shares to waive compliance with any requirement of this section shall be void."

⁵⁷⁸ Par exemple, Section 44(1) de la *Companies Ordinance (Cap.32) (remaining in Cap.32)* "An allotment made by a company to an applicant in contravention of the provisions of sections 42 and 43, shall be voidable at the instance of the applicant within 1 month after the holding of the statutory meeting of the company and not later, or, in any case where the company is not required to hold a statutory meeting, or where the allotment is made after the holding of the statutory meeting, within 1 month after the date of the allotment, and not later, and shall be so voidable notwithstanding that the company is in course of being wound up." et Section 44B(1) de la *Companies Ordinance (Cap.32) (remaining in Cap.32)* "Where a prospectus, whether issued generally or not, states that application has been or will be made for permission for the shares or debentures offered thereby to be listed on any stock exchange, any allotment made on an application in pursuance of the prospectus shall, whenever made, be void if the permission has not been applied for before the 3rd day after the first issue of the prospectus or if the permission has been refused before the expiration of 3 weeks from the date of the closing of the subscription lists or such longer period not exceeding 6 weeks as may, within the said 3 weeks, be notified to the applicant for permission by or on behalf of the stock exchange." et Section 44B(4) de la *Companies Ordinance (Cap.32) (remaining in Cap.32)* "Any condition requiring or binding any applicant for shares or debentures to waive compliance with any requirement of this section shall be void."

⁵⁷⁹ Par exemple, section 251 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "An agreement by an unlisted company to release its rights under a contract authorized under section 244 (as varied from time to time under section 247) is void unless the terms of the release agreement are authorized in advance by special resolution."

⁵⁸⁰ Section 456(4) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "A body corporate which, at the commencement* of the Companies (Amendment) Ordinance 1984 (6 of 1984), is a director of a company other than a private company excepted under subsection (3) shall, if it has not vacated its office as such director within a period of 6 months thereafter, be deemed to have done so upon the expiration of that period, and all acts or things purporting to be made or done after the expiration of that period by a body corporate as director of any such company shall be null and void."

⁵⁸¹ Section 290 de la *Companies Ordinance (Cap.32) (remaining in Cap.32)* "Power of court to declare dissolution of company void" (1) "Subject to subsection (1A), in the case of a company which has been dissolved under section 226A, 227, 239 or 248, the court may at any time within 2 years of the date of the dissolution, on an application being made for the purpose by the liquidator of the company or by any other person who appears to the court to be interested, make an order, upon such terms as the court thinks fit, declaring the dissolution to have been void, and thereupon such proceedings may be taken as might have been taken if the company had not been dissolved."

2. Une société formaliste pour renforcer son existence et sa légitimité

235. L'Ordonnance⁵⁸² encadre la validité des *articles* et les effets de ceux-ci sont ensuite encadrés par le droit hongkongais des contrats applicable à un *contract under seal*. Ce mécanisme du droit hongkongais des sociétés qui rend inapplicable aux *articles* les éléments constitutifs d'un contrat valide a pour objectif de contrer toute action en demande d'annulation des *articles* entraînant l'annulation de la *Company* et de protéger les tiers (notamment les créanciers) pour qui la *Company* existe du fait des informations du *Companies Registry* et qui commercent ou contractent avec celle-ci.
236. De plus, cette disposition de l'Ordonnance fait barrage à la jurisprudence de l'annulation des sociétés qui existe en droit français. L'objectif du droit hongkongais est donc également de contenir le volume du contentieux en droit des sociétés et d'éliminer les litiges pouvant naître de questions liées à la procédure de constitution de la *Company*. Une procédure de liquidation de la *Company* sera préférée en *Common Law* à une procédure ayant pour but de déclarer que la société n'a jamais existé⁵⁸³ quelque que soit les effets de cette annulation, par exemple la non rétroactivité comme en droit français.
237. L'institution de la *Company* est formaliste et ce formalisme a d'ailleurs été renforcé par la rédaction de la section 67 de l'Ordonnance par rapport à la définition de la *Company* donnée par la section 4 de l'ancienne *Companies Ordinance (Cap.32)*. Ce formalisme présente l'avantage de rendre la *Company* certaine. Les éléments constitutifs de celle-ci sont simples à maîtriser et ne présentent pas de caractère ambigu pouvant laisser le champ ouvert à une interprétation défavorable à la solidité et à la pérennité de la *Company*.
238. Ces caractéristiques fondent probablement le succès que connaît la *Company* à Hongkong par rapport aux autres véhicules juridiques pouvant héberger une entreprise et à l'international par rapport aux autres ordres juridiques de la région Asie-Pacifique permettant à Hongkong⁵⁸⁴ d'entretenir sa position de centre de services stratégique en Asie attirant de nombreuses entreprises multinationales dans des secteurs variés pour y développer leurs activités ou pour y implanter leur société-mère à partir de laquelle structurer leurs investissements asiatiques et implanter leurs structures juridiques en Asie. L'image de simplicité, de pérennité et de sécurité ainsi véhiculée de la *Company* assure le succès juridique et l'efficacité économique de la société outil.

B. La disparition de la construction prétorienne française de l'*affectio societatis*

⁵⁸² À titre de comparaison, le droit britannique applique aux statuts le droit des contrats standards (*standard contract law*) pour utiliser ou non certaines interprétations ; par exemple, la théorie de l'interprétation des stipulations expresses du contrat en référence aux termes implicites du contrat résultant de la volonté des parties manifestée lors des négociations ne s'applique pas, GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012, page 70, item 3-19.

⁵⁸³ Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, [1968] JO L 65/8, Article 12.2 "Nullity shall entail the winding up of the company, as may dissolution."

⁵⁸⁴ La simplicité du système fiscal est également mise en avant par les pouvoirs publics hongkongais. Tout d'abord, le système fiscal hongkongais est indépendant du système fiscal chinois. Ensuite, le système fiscal ne présente que trois impôts (profits tax, salaries tax et property tax), peu de taxes (stamp duty, estate duty, betting duty, business registration duty et hotel accomodation duty). Enfin, le système fiscal et la procédure y afférente sont organisés par une loi (Inland Revenue Ordinance (Cap.112)) et font état de pragmatisme et de simplicité (A brief guide to taxes administered by the Inland Revenue Department, 2015-2016).

239. Au vu de la culture juridique française, il est nécessaire de dépasser les termes de la définition légale qui fournit les éléments constitutifs matériels d'une société et néglige l'élément constitutif d'ordre psychologique ou intentionnel. "Le droit, pour cerner la réalité, peut rarement s'en tenir aux éléments matériels, qui sont apparents. Il a également besoin de s'attacher à l'intention qui se trouve derrière."⁵⁸⁵ Cet élément psychologique ne peut découler que de l'intention des personnes qui ont contracté dans le but d'instituer la société. Cette intention, qui doit animer les associés, est celle de collaborer sur un pied d'égalité⁵⁸⁶ ; cette intention dénommée *affectio societatis* a été dégagée sur la base de l'article 1832 du Code civil par la Cour de cassation dans un arrêt de 1953 : l'*affectio societatis* est "la volonté de participer sans subordination à une entreprise commune"⁵⁸⁷. Au gré du développement de la jurisprudence postérieurement à l'arrêt de 1953, le contenu de la notion d'*affectio societatis* s'est étoffé pour principalement impliquer, non seulement un pied d'égalité entre associés et un esprit de collaboration au sein de la société⁵⁸⁸, mais également le droit d'exercer un contrôle sur les actes des organes assurant la gestion quotidienne de l'entreprise⁵⁸⁹. À la lumière des avantages résultant pour la *Company* de l'absence d'élément intentionnel nécessaire à sa constitution, il serait plausible d'envisager la suppression de l'exigence de l'*affectio societatis* au titre des conditions de fond d'une société (1) au vu des conséquences que cette suppression emporterait (2).

1. L'absence de consécration légale de l'*affectio societatis*

240. L'*affectio societatis*, en tant qu'élément constitutif d'ordre psychologique de la société, n'est pas listé par l'article 1832 du Code civil au titre des conditions de fond d'une société. Cette condition a été ajoutée aux éléments d'ordre matériel de l'article 1832 par la jurisprudence au début des années 50, soit plus de 150 ans après la rédaction de celui-ci, sans que le législateur n'identifie le besoin d'ajouter un tel élément ou ne choisisse de modifier cet article pour y intégrer celui-ci avant l'interprétation jurisprudentielle.

Si le législateur avait vu cette jurisprudence d'un mauvais œil, il aurait probablement modifié l'article 1832 en ce sens ; la difficulté réside dans le choix d'une rédaction visant à infirmer l'exigence de l'*affectio societatis* et cette difficulté pourrait constituer un obstacle pour le législateur. L'adage "qui ne dit mot ne consent pas" ne serait donc pas applicable

⁵⁸⁵ GRUA François, CAYROL Nicolas, Méthode des études de droit, Dalloz, Collection Méthode du Droit, 2^{ème} édition, 2011.

⁵⁸⁶ Nous avons déjà soulevé le paradoxe que constitue l'exigence prétorienne de l'*affectio societatis* au titre d'une composante du contrat de société et l'absence d'exigence de cette volonté de s'associer dans le cadre d'une cession de droits sociaux au terme de laquelle un tiers va devenir associé. Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 juin 2013, n°12-22.296, F-P+B, Adjemian contre Arnodinot, épouse Chasserieu, Jursidata n°2013-011988, MORTIER Renaud, Indifférence de l'*affectio societatis* dans une cession de droits sociaux, Droit des sociétés, n°11, novembre 2013, commentaire 175.

⁵⁸⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 octobre 1953, Recueil Dalloz Sirey 1954, 1, page 149, note ROBERT.

⁵⁸⁸ "Depuis un arrêt rendu le 3 juin 1986 (Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 juin 1986, n°85-12.118, Roth contre Reynaud : JurisData n°1986-701264 ; Bull. civ. 1986, IV, n°116), la Cour de cassation a donné sa propre définition de l'*affectio societatis*. Elle considère que l'*affectio societatis* suppose que "les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes".", GUYON Yves, *Affectio Societatis*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, § 12, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013. "Quel qu'ait été, en l'espèce, l'objectif immédiat ou lointain de deux des trois associés ayant fondé entre eux une société civile, l'existence de l'*affectio societatis* est suffisamment constatée par une Cour d'appel qui retient que ces mêmes associés ont manifesté leur volonté de se grouper pour mettre en valeur et gérer une partie de leur patrimoine", Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 mai 1974, Association La Demeure Historique contre Commerçants Mercier et Voisin, Droit des sociétés 1974, page 85.

⁵⁸⁹ GUYON Yves, *Affectio Societatis*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013, § 4.

au silence du législateur ; si celui-ci avait voulu anéantir cette œuvre prétorienne, il en aurait eu tout le temps et la difficulté rédactionnelle n'aurait pas été un empêchement.

Si le législateur avait voulu consacrer légalement l'œuvre prétorienne, il lui aurait été facile d'ajouter l'exigence de l'*affectio societatis* dans le corps de l'article 1832 ; dans ce cas, l'absence de modification de cet article en ce sens nous semblerait utile afin de couper court à une partie de la doctrine soutenant que l'absence de consécration légale pourrait voir cette jurisprudence renversée. À moins que le législateur se laisse l'opportunité de contrer cette jurisprudence au moment opportun, qui pourrait être celui où la forme sociale aurait besoin de gagner en solidité et de perdre cet élément constitutif d'ordre psychologique.

241. Au-delà de cette reconnaissance légale et dans le cadre de la création d'une société, la question se pose sur le point de savoir comment de futurs associés pourraient ne pas vouloir s'associer et cependant préparer ou effectuer toutes les démarches et formalités nécessaires à l'institution d'une société et à son immatriculation. L'*affectio societatis* pourrait être utile pour déterminer d'autres aspects de la société ou de ses acteurs⁵⁹⁰. À la lumière du droit hongkongais, il nous semble qu'il serait pertinent de ne pas conserver, voire de ne pas consacrer légalement, l'élément psychologique constitutif de l'*affectio societatis* pour s'en tenir au fait de l'existence d'une société : la société a-t-elle été enregistrée auprès du greffe dans le respect de la procédure ? La certitude de l'existence de la *Company* participe à son succès et à l'image de simplicité et de sécurité qu'elle dégage ; l'absence d'élément psychologique constitutif, qui est par essence difficile à définir et à prouver du fait qu'il résulte d'un sentiment humain, sert alors la *Company* et pourrait de même servir au développement et à la promotion auprès des entrepreneurs, et surtout auprès des petits entrepreneurs, qui pourraient choisir d'instituer une SARL ou une SAS, de l'utilisation de la forme sociale.
242. En outre, la reconnaissance de la société unipersonnelle est un élément en faveur du retrait de l'exigence de l'*affectio societatis*. Comme nous l'avons expliqué, la reconnaissance de la société unipersonnelle est une reconnaissance d'exception ; le fait que la société pluripersonnelle soit le principe et la société unipersonnelle l'exception permet le maintien de l'*affectio societatis* au titre d'élément constitutif de la société. Cependant, si, comme nous le suggérons, la société unipersonnelle est élevée au rang de principe permettant à toutes les formes de société d'être instituée par une seule personne, l'exigence de l'*affectio societatis* pourrait devenir inutile au titre d'une condition de fond de la formation d'une société. En ce sens, la Cour de cassation s'est prononcée sur le fait que "l'*affectio societatis* n'est pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant cession de droits sociaux"⁵⁹¹. Si l'*affectio societatis* n'est pas une condition de validité d'une cession de droits sociaux au terme de laquelle un tiers à la société en devient associé, il nous semble que l'exigence de l'*affectio societatis* au titre d'une condition de fond spécifique à l'institution d'une société puisse être sérieusement questionnée. Nous nuancerons notre propos en ajoutant que l'*affectio societatis* pourrait être associé à l'existence du consentement et rejoindre les conditions générales communes aux actes juridiques selon le droit des obligations.
243. De surcroît, la perte de l'*affectio societatis* n'est pas retenue par la jurisprudence au titre de justes motifs permettant la dissolution anticipée d'une SARL et d'une SAS. La Cour de

⁵⁹⁰ Par exemple pour retenir la qualification d'associé à certaines personnes qui auraient signé les statuts sans effectuer d'apports ou effectué des apports sans signer les statuts.

⁵⁹¹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 juin 2013, Adjemian contre Arnodinot, épouse Chasserieu, n°12-22.296 (F-P+B), JursiData n°2013-011988, note MORTIER Renaud, *Indifférence de l'affectio societatis dans une cession de droits sociaux*, Droit des sociétés, n°11, novembre 2013, commentaire 175.

cassation, dans sa décision du 16 mars 2011⁵⁹², a déclaré que "la mésentente existant entre les associés et par suite la disparition de l'*affectio societatis* ne pouvaient constituer un juste motif de dissolution qu'à la condition de se traduire par une paralysie du fonctionnement de la société". Cette position est de jurisprudence constante, comme le rappelle l'auteur de la note qui soulève le point intéressant de cet arrêt relatif à l'*affectio societatis*. L'argument du pourvoi selon lequel la disparition de l'*affectio societatis*, élément constitutif de la société, suffirait à justifier à elle seule la dissolution de la société, a retenu notre intérêt à deux titres. Premièrement, si la Cour de cassation ne retient pas la disparition de l'*affectio societatis* au titre d'un des justes motifs de la dissolution anticipée de la société alors que l'article 1844-7, 5° du Code civil n'est pas limitatif ("notamment en cas de..." puis deux cas distincts sont successivement proposés) et laisse les tribunaux libres de recourir à d'autres justes motifs et que les autres points de l'article 1844-7 du Code civil renvoient à des conditions de fond de la société, l'*affectio societatis* pourrait ne plus constituer une condition de fond de la société. Deuxièmement, si la Cour de cassation est attachée à la condition de fond de l'existence de l'*affectio societatis*, il nous semble qu'elle aurait pu abonder dans le sens des arguments du pourvoi et reconnaître que la disparition de l'*affectio societatis* constitue un juste motif de dissolution anticipée de la société en lui-même car l'article 1844-7, 5° du Code civil n'est pas limitatif et car les autres points de l'article 1844-7 du Code civil listant les situations dans lesquelles la société prend fin renvoient aux autres éléments constitutifs de la société. Se poserait alors la question sur le point de savoir si cette disparition de l'*affectio societatis* doit toucher tous les associés pour entraîner la dissolution anticipée de la société prononcée par le tribunal sur demande d'un associé en application de l'article 1844-7, 5° du Code civil. Nous imaginons deux alternatives. La disparition de l'*affectio societatis* touchant tous les associés pourrait en elle-même conduire à la dissolution de la société en vertu des justes motifs mentionnés à l'article 1844-7, 5° du Code civil. La dissolution demandée par un associé dont le juste motif est constitué par la disparition de l'*affectio societatis* ne touchant que celui-ci des associés qui demandent la dissolution pourrait être refusée par les juges du fond au profit d'une exclusion de l'associé, même si les statuts ne prévoient pas un tel mécanisme. Une telle exclusion serait mise en œuvre par un rachat des droits sociaux de l'exclu par la société ou par les autres associés toujours animés de cette volonté de participer à la société. Cette substitution pourrait être demandée par les autres associés liés par l'*affectio societatis* ou décidée par les juges du fond dans le but de promouvoir l'intérêt social et de poursuivre l'exploitation et le développement de l'entreprise existante. La jurisprudence est divisée sur cette question de l'exclusion d'un associé et nous reviendrons sur celle-ci dans les développements ultérieurs de cette étude.

2. La portée de la suppression de l'*affectio societatis*

244. La portée de la suppression de l'exigence de l'*affectio societatis* au titre des conditions de fond de l'institution d'une SARL et d'une SAS (et d'une société en générale) serait étendue. Une première conséquence d'importance serait la suppression de cet élément intentionnel du raisonnement juridique de l'institution de la société. La société pourrait être créée sans que la volonté de collaborer sur un pied d'égalité ne doive être vérifiée. Une seconde conséquence serait le renversement du principe et de l'exception de l'unipersonnalité de toutes les sociétés. L'arrangement actuel d'un *affectio societatis* présent dans les sociétés pluripersonnelles et absent dans les sociétés unipersonnelles serait oublié et le régime des SARL et SAS pluripersonnelles et unipersonnelles serait unifié. Une troisième conséquence serait que la suppression de cette exigence n'entraînerait pas, selon nous, le délitement des liens entre les

⁵⁹² Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 16 mars 2011, n°10-15459 (n°FSPB), SCI LAJG, note LUCAS François-Xavier, *La disparition de l'affectio societatis n'est pas en elle-même un motif de dissolution de la société*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 2011, n°6, page 471.

associés et entre les associés et la société comme nous pourrions le déduire de l'analyse de Monsieur le professeur Yves Guyon pour qui "*L'affectio societatis* paraît donc constituer le fondement tant des obligations que des droits des associés"⁵⁹³. Le droit des obligations au terme duquel l'associé doit donner son consentement lors de l'institution de la société devrait être suffisant. Serait-ce à dire que les droits et obligations de l'associé dans une société unipersonnelle seraient dépourvus de fondement ? Le consentement est donné par l'associé unique lors de la signature de l'acte unilatéral d'institution de la société. La parole donnée et exprimée par la signature des statuts de la société puis par l'accomplissement de la procédure d'enregistrement de la société conduisant à la création de la personne morale est nécessaire et suffisante et devrait l'être aussi bien pour une société unipersonnelle que pour une société pluripersonnelle.

245. Une quatrième conséquence de la suppression de *l'affectio societatis* au titre des éléments matériels constitutifs d'une société serait la simplification des motifs à l'annulation du contrat de société et la réduction du volume du contentieux y afférent. Même si l'article 1844-15 du Code civil pose le principe de la non rétroactivité de l'annulation d'une société, une telle annulation, qui pourrait refléter la réalité de l'associé non volontaire (il considère n'avoir jamais voulu s'associer et juge donc que la société pourtant instituée ne peut que n'avoir jamais existé), demeure lourde à mettre en œuvre. Les tribunaux seraient moins sollicités et la réduction des délais d'attente en résulterait. Au lieu de traiter deux types de contentieux de manière successive, l'annulation et la dissolution de la société, seul le contentieux de la dissolution pourrait demeurer. Faute de pouvoir engager une action en nullité du contrat de société pour défaut d'*affectio societatis*, les futurs associés porteraient une plus grande attention à l'institution de la société. Que l'associé non volontaire souhaite l'annulation dans la mesure où il juge n'avoir pas voulu s'associer est compréhensible. Néanmoins, le résultat de l'opération devrait primer et la dissolution de la société sans le préalable de l'annulation⁵⁹⁴ devrait être préférée. D'ailleurs, dans un but de clarification du droit positif, l'article L. 235-1 du Code de commerce, qui dispose que les SARL et SAS notamment ne peuvent être annulées au motif d'un vice de consentement, pourrait être étendu au défaut de consentement.

⁵⁹³ GUYON Yves, *Affectio Societatis*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013, § 77.

⁵⁹⁴ Cette réduction du contentieux pourrait être rapproché de la réduction du nombre de moyens en matière de divorce ; le conjoint lésé tend à être moins reconnu avec la réduction du nombre de divorce pour faute et le résultat du prononcé du divorce prime sur la reconnaissance de la faute ; or, psychologiquement, cette reconnaissance peut être nécessaire ou utile au conjoint lésé pour que celui-ci se reconstruire. L'aspect psychologie a cependant été mis au second plan de la réforme du régime des divorces. Il pourrait en être également le cas en matière de droit français des sociétés, d'autant que cet élément psychologique, présent voire fort, ne peut être comparé à celui résultant d'un divorce.

Section 2. La simplification de la procédure administrative lors de l'institution de la société fermée à risque limité

246. En France, la simplification des procédures administratives et des relations entre les citoyens et les pouvoirs publics et la volonté de densifier le tissu des PME apportant dynamisme, innovation et emploi sont à l'ordre du jour⁵⁹⁵. Ainsi, il est opportun d'envisager ces questions à la lumière du droit hongkongais des sociétés.
247. À Hongkong, la procédure administrative d'immatriculation d'une *Company* est unique et simple. Par exemple, les questions afférentes à la preuve de l'existence de la *Company* avant son immatriculation, à l'existence d'une société de fait, à l'existence et au sort des actes pris par la société en formation et à la distinction entre une société en formation et une société de fait n'existent pas. La *Company* et sa personnalité juridique existent au jour de son immatriculation et cette règle est appliquée de manière stricte aussi bien par l'administration que par les tribunaux et elle est entièrement comprise par les entrepreneurs et acteurs de la future *Company*. La réalité économique de l'entreprise n'en est pas moins prise en compte ; les *members*, voire les *directors*, de la future *Company* peuvent effectuer des actes nécessaires à l'entreprise préalablement à l'immatriculation de la *Company*. Ces actes, généralement peu nombreux au vu de la rapidité avec laquelle la procédure d'immatriculation d'une *Company* est réalisée peuvent être aisément repris par la *Company* dans certaines conditions de forme et de fond simplement posées. De manière alternative, les futurs *members* peuvent acquérir une *shelf-Company* immatriculée à une date antérieure à ces actes de l'entreprise, Ainsi, le droit hongkongais concilie les intérêts, d'une part, des acteurs de la *Company* et de la *Company* (dont l'intérêt serait de faire reprendre les actes antérieurs par la *Company*) et, d'autre part, des tiers créanciers (dont l'intérêt serait de conserver plusieurs créanciers potentiellement solvables au lieu d'un) qui peuvent tous se référer à l'immatriculation de celle-ci et connaître alors simplement le régime de responsabilité applicable aux actes conclus antérieurement ou postérieurement à la date de l'immatriculation.
248. Quant à la procédure de constitution des SAS et des SARL, le droit français a fortement simplifié les informations et documents préparatoires nécessaires et il est à noter que ces simplifications tendent à rapprocher les procédures françaises et hongkongaises (§1). Quant aux étapes constitutives et aux formalités de publicité, les procédures hongkongaises et françaises présentent de nombreuses différences ; la simplicité hongkongaise assurant une sécurité primordiale aux acteurs de la société et aux tiers pourrait être une source d'inspiration pertinente (§2).

§1. Une grande similitude de la préparation de l'institution de la société

249. Les procédures d'institution et d'immatriculation d'une SARL et d'une SAS et d'immatriculation d'une *Company* présentent de nombreux points communs qui permettent de proposer des mesures de simplification des règles françaises à la lumière des règles hongkongaises quant aux informations (A) et documents (B) nécessaires à la mise en œuvre de ces procédures.

⁵⁹⁵ Encore récemment dans l'exposé des motifs de la proposition de loi visant à développer l'entrepreneuriat étudiant présentée par Monsieur Claude KERN, sénateur : "Ambition phare des gouvernements successifs depuis 20 ans, l'entrepreneuriat étudiant est plus que jamais au coeur des préoccupations françaises. Aujourd'hui, 88 % des étudiants en fin de cursus ayant exprimé le souhait d'entreprendre en sont dissuadés à l'idée de la peur de l'échec, d'une pression sociale ou tout simplement à cause de la complexité administrative. Ainsi, seuls 9 % des créateurs d'entreprises en France ont moins de 25 ans.", document n°564 enregistré à la Présidence du Sénat le 26 juin 2015, source : www.senat.fr.

A. Quant aux informations nécessaires à l'immatriculation

250. Les informations fournies au *Companies Registry* pour immatriculer une *Company* sont beaucoup moins nombreuses que celles qui doivent être fournies aux pouvoirs publics français (1) ; nous retenons les trois éléments principaux de l'immatriculation d'une *Company* aux fins de comparaison avec la France et de simplification des règles applicables aux SARL et SAS (2).

1. Les informations fournies au *Companies Registry*

251. Les informations qui doivent être préparées pour instituer une *Company* résultent de la section 67(1)(b) de l'Ordonnance. Les documents à déposer sont un exemplaire des *articles* et un exemplaire du formulaire d'immatriculation fourni par le *Companies Registry* complété et signé.

252. En dehors de l'insertion des règles du fonctionnement interne de la *Company* dans les *articles*, les informations obligatoirement mentionnées dans le texte des *articles-type*⁵⁹⁶ d'une *Company* sont (i) la dénomination sociale, (ii) la mention de la responsabilité limitée, (iii) la mention de la responsabilité limitée des *members* à la somme restant à payer sur la valeur de leurs parts sociales et (iv) les éléments du capital social⁵⁹⁷, c'est-à-dire (a) le nombre total de parts sociales qui seront émises à l'immatriculation de la *Company*, (b) le montant total du capital social qui sera souscrit par le ou les *founder member(s)* à l'immatriculation de la *Company*, (c) le montant qui sera effectivement payé par le ou les *founder member(s)* pour les parts sociales émises et le montant restant à payer à l'immatriculation de la *Company*, (d) s'il y a plusieurs classes de parts sociales et pour chaque classe, le nombre de parts sociales qui seront émises à l'immatriculation de la *Company*, le montant total du capital social qui sera souscrit par le ou les *founder member(s)* à l'immatriculation de la *Company* et le montant qui sera effectivement payé par le ou les *founder member(s)* pour les parts sociales émises et le montant restant à payer à l'immatriculation de la *Company* et (e) pour chaque *founder member*, le nombre de parts sociales qui seront émises et le montant total du capital social qui sera souscrit à l'immatriculation de la *Company*.

253. Ces quatre informations sont reprises et complétées par celles du formulaire d'immatriculation⁵⁹⁸, c'est-à-dire (i) la dénomination sociale en Anglais ou en Chinois traditionnel ; (ii) le caractère de *public company* ou de *private company* ; (iii) l'adresse du siège social ; (iv) l'adresse électronique de la *Company* (mention facultative) ; (v) le nom et l'adresse du déposant ; (vi) la ou les classe(s) des parts sociales émises, le nombre de parts sociales émises, la devise dans laquelle celle-ci sont émises, le montant total du capital social souscrit par les *founder members*, le montant qui sera effectivement payé par les *founder members* pour les parts sociales émises et le montant restant à payer ; (vii) la description de la ou des classe(s) des parts sociales émises ; (viii) le nom et l'adresse des *founder members* ainsi que la répartition des parts sociales attribuées à chacun d'eux ; (ix) le nom, l'adresse postale hongkongaise, l'adresse électronique (mention facultative) et le numéro du document d'identité du *company secretary* (carte d'identité hongkongaise ou passeport ou numéro d'immatriculation auprès du *Companies Registry*) ; (x) le nom, l'adresse postale, l'adresse électronique (mention facultative) et le numéro du document d'identité du ou des *director(s)*

⁵⁹⁶ Sections 81 à 85 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁹⁷ Schedule 2, Section 8 (except subsection (1)(d)(iv), (v), (vi) and (vii)) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁵⁹⁸ Section 68 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

(carte d'identité hongkongaise ou passeport ou numéro d'immatriculation auprès du *Companies Registry*).

254. Le point commun entre toutes ces informations est, d'une part, la liberté dont disposent les *founder members* et, d'autre part, la sécurité attachée à celles-ci. Nous souhaitons ici préciser certains éléments attachés à la dénomination sociale (a), au siège social (b) et au capital social (c), pouvant être utiles à la simplification du droit français des sociétés .

a. Une dénomination sociale distincte

255. La dénomination sociale est libre, elle peut être en Anglais ou en Chinois ou dans les deux langues et peut contenir des lettres ou des chiffres. Seuls certains termes pouvant porter les tiers à confondre la *Company* avec une autorité ou administration gouvernementale chinoise ou hongkongaise sont interdits, ainsi que des termes constituant un délit ou une atteinte à l'intérêt public⁵⁹⁹ .

256. Le terme *Limited* doit impérativement être ajouté à la suite des mots choisis pour la dénomination sociale de la *Company*⁶⁰⁰. Cette exigence permet de distinguer une *Company* d'une société d'une autre forme ou d'une autre entité juridique.

257. La dénomination sociale ne peut cependant être identique ou fortement similaire à celle d'une autre *Company* ou d'une autre société ou d'une autre personne morale enregistrée sous l'empire de l'Ordonnance ou d'une autre *Ordinance*⁶⁰¹. Cette exigence vise à permettre la distinction des sociétés entre elles : parmi les 1,3 millions de sociétés hongkongaises immatriculées au 30 juin 2014⁶⁰², il n'existe donc pas deux sociétés hongkongaises ni *Companies* immatriculées dénommées de la même manière ; il est en revanche possible de choisir la même dénomination sociale que celle d'une *Company* dissoute. Cette exigence emporte une grande certitude sur l'identification de la *Company* sans avoir besoin de reproduire le numéro d'immatriculation ou l'adresse du siège social à la suite de la dénomination. En pratique, la vérification de la disponibilité de la dénomination sociale envisagée pour la future *Company* est effectuée en trois clics sur le portail du *Companies Registry* et l'existence d'une *Company* est également confirmée ou infirmée en quelques clics sur le même portail. Il est à noter que la dénomination sociale n'est pas protégée en vertu de l'application de la loi sur les marques (*Trade Marks Ordinance Cap. 559*).

b. Le siège social hongkongais

258. Le siège social de la *Company* doit être situé à Hongkong ; il s'agit de l'unique exigence posée par l'Ordonnance⁶⁰³ quant au siège social.

259. Une fois cette exigence posée garantissant la possibilité à tout tiers et à l'administration hongkongaise de contacter la *Company* sur le territoire de Hongkong⁶⁰⁴, les *founder members* ont toute latitude pour choisir le lieu du siège social de leur *Company* où seront adressées toutes les correspondances officielles émanant des autorités hongkongaises, que cette

⁵⁹⁹ Section 100 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁰⁰ Section 102 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁰¹ Section 100 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁰² Statistique du *Companies Registry* publié dans un communiqué de presse du 12 juillet 2015, <http://www.cr.gov.hk/>.

⁶⁰³ Section 658 (1) de la *Ordinance* "Registered office of company - A company must have a registered office in Hong Kong to which all communications and notices may be addressed."

⁶⁰⁴ Notamment, section 827 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

adresse soit celle où la *Company* effectue ses activités ou qu'elle soit une adresse de pure domiciliation. Il n'est donc pas rare qu'une *Company* de taille moyenne soit domiciliée à l'adresse de l'avocat ou de l'auditeur ou du comptable externe qui traite les courriers officiels reçus à l'attention de la *Company*. Dans des petites *Companies*, le siège social sera traditionnellement situé au seul bureau commercial occupé par celle-ci. Pour les très petites *Companies*, individuelles notamment, le siège social peut être situé à l'adresse du domicile⁶⁰⁵ du *sole member* qui est de manière fréquente également *sole director* de la *Company*.

260. Le changement de l'adresse du siège social d'une *Company* relève ensuite de la compétence du *director* (à moins que les *articles* n'en décident autrement) dans la mesure où ce changement ne peut être effectué que dans les limites du territoire hongkongais.

c. Le capital social

261. Le capital social est libre : la devise, le montant, le nombre de parts sociales et leur valeur nominale sont libres. Les caractéristiques du capital social mentionnées dans les documents d'immatriculation de la *Company* et choisies en toute liberté par les *founder members* seront mises en place au jour de l'immatriculation.
262. La date du paiement du capital social est également libre. Aucun paiement du capital social n'est exigé avant l'immatriculation, la *Company* n'ayant pas d'existence, les futurs *founder members* n'étant pas *members* de la *Company* et, en pratique, aucun compte bancaire ne pouvant être ouvert. Aucun délai de paiement du capital social par les *founder members* n'est imposé par l'Ordonnance une fois la *Company* immatriculée : il appartient aux *directors* d'effectuer les démarches d'ouverture du compte bancaire ; une fois celui-ci ouvert, les *founder members* peuvent effectuer les apports en numéraire.
263. La sécurité du financement de la *Company* tient aux pouvoirs des *directors* de contrôler le respect de leurs engagements par les *founder members* et d'obtenir le paiement du capital social par la procédure du *call on shares*.

2. La comparaison avec les règles françaises, réflexions de simplification

264. Les informations à réunir pour préparer le dossier de demande d'immatriculation d'une SAS ou d'une SARL sont plus nombreuses que celles pour une *Company*. Parmi les informations communes [la dénomination sociale (a), le siège social (b) et le capital social (c)], nous souhaitons proposer quelques remarques comparatives montrant que le droit français des sociétés a mis en œuvre des modifications simplifiant le droit, visant peut-être à devenir compétitif au regard des droits étrangers (notamment britannique⁶⁰⁶), communes à des dispositions législatives hongkongaises.

a. Les éléments relatifs à la dénomination sociale

265. La mention obligatoire du mot *Limited* combinée à l'exigence d'une différenciation totale de la dénomination sociale entre deux *Companies* emportent une conséquence pratique de taille.

⁶⁰⁵ À moins que le contrat de bail du domicile du *sole member* et du *sole director* n'interdise cette domiciliation.

⁶⁰⁶ La compétitivité du droit français des sociétés par rapport au droit britannique des sociétés est une problématique constante des débats entourant la simplification du droit français. Par exemple, un récent rapport porte sur cette problématique : rapport d'information n°534 enregistré à la Présidence du Sénat le 18 juin 2015 fait au nom de la délégation aux entreprises relatif aux environnements britannique et français du point de vue des entreprises rencontrées à Londres par la délégation aux entreprises par Monsieur Olivier CADIC et Madame Élisabeth LAMURE, sénateurs.

Il est très simple de faire référence à la *Company* sur les documents émis par celle-ci, seule sa dénomination sociale complète doit être obligatoirement mentionnée⁶⁰⁷ car celle-ci est unique et car toutes les informations publiques faisant l'objet d'une publicité par le *Companies Registry* peuvent être obtenues à partir de celle-ci (que ce soit la démission d'un *director*, une sûreté grevant le patrimoine de la *Company* ou la mise en liquidation de la *Company*).

266. La portée de cette double exigence est une faible responsabilité pénale de la *Company* et des *responsible persons*⁶⁰⁸ ne portant que sur la dénomination sociale et que sur certains documents alors qu'en droit français, la responsabilité pénale des représentants légaux pouvait être engagée avant le 1^{er} août 2003⁶⁰⁹ en cas d'omission de la dénomination et des informations sociales⁶¹⁰ d'une SARL et d'une SAS sur l'ensemble des documents émis par celles-ci⁶¹¹. Cette responsabilité pénale a été remplacée par l'ouverture d'une injonction de faire, éventuellement sous astreinte, ouverte à tout intéressé ou au ministère public⁶¹².
267. La responsabilité pénale des représentants légaux⁶¹³ peut toujours être engagée du fait de l'absence de la mention "société en liquidation" et des informations y afférentes⁶¹⁴ ; cette exigence et la responsabilité pénale y afférente n'existe pas en droit hongkongais des sociétés mais il nous semble, qu'au vu de l'impact financier pour les tiers commerçant avec la *Company*, l'insertion de cette exigence pourrait être étudiée au regard du test de nécessité, dit test *enabling/regulatory*, appliqué par les pouvoirs publics hongkongais⁶¹⁵.
268. Du fait de la modernisation électronique, les informations afférentes à une SARL ou à un SAS sont disponibles sur le portail d'Infogreffe. Il serait probablement pertinent d'imposer l'unicité des dénominations sociales, tout comme cette unicité est exigée en matière de propriété intellectuelle. La mention obligatoire du capital social à la suite de la dénomination et de la forme pourrait ainsi être abrogée.

b. Les éléments relatifs au siège social

269. En droit français, le siège social statutaire peut être discuté car il ne correspond pas au siège social réel, qui est le lieu du principal établissement de la société (c'est-à-dire le lieu où celle-ci est gouvernée et où se situe sa direction administrative et financière). De cette distinction, les tiers peuvent choisir⁶¹⁶ le siège social qui leur est le plus favorable, par exemple lorsqu'il

⁶⁰⁷ Sections 659 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; la responsabilité civile est encourue par un *officer* de la *Company* ou par une personne habilitée dans le cas où la dénomination sociale complète de la *Company* n'est pas indiquée sur les documents suivants : "any bill of exchange, promissory note, endorsement, cheque or order for money or goods", section 661 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶⁰⁸ Sections 659 et 660 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* organisent cette responsabilité pénale en cas de manquement à la mention de la dénomination sociale complète de la *Company* ; une amende de niveau 1 à 3 est encourue.

⁶⁰⁹ L'article 9 de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique abolit les articles L. 241-7 du Code de commerce pour une SARL et L. 244-2 alinéa 1 du Code de commerce pour une SAS.

⁶¹⁰ Article L. 223-1 du Code de commerce pour les SARL ; Article L. 227-1 du Code de commerce pour les SAS.

⁶¹¹ ROBERT Jacques-Henri, Droit pénal des sociétés, dépenalisation saupoudrée, Droit des sociétés n°11, Novembre 2003, Chronique 11 et Tableau récapitulatif des dépenalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions, Droit des sociétés n° 3, Mars 2005, étude 3.

⁶¹² Article L. 238-3 du Code de commerce.

⁶¹³ Article R. 247-4 du Code de commerce.

⁶¹⁴ Articles L. 237-2 alinéa 1^{er} et R. 237-1 du Code de commerce.

⁶¹⁵ Cette exigence pourrait entrer en vigueur suite à une décision du *Financial Secretary* sur la base de la section 659 (1) *Companies Ordinance (Cap.622)* et ne nécessiterait pas forcément la modification de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁶¹⁶ Article 1837 alinéa 2 du Code civil.

s'agit de choisir la compétence territoriale d'un tribunal⁶¹⁷ ou d'adresser une notification⁶¹⁸ ou d'effectuer les formalités de publicité. La portée de cette distinction relève surtout de la "nationalité"⁶¹⁹ de la société qui emporte la loi applicable à celle-ci. Cette distinction n'existe pas en droit hongkongais des sociétés.

270. Le changement du siège social sur le territoire français relève d'une décision des associés d'une SARL ou d'une décision du gérant⁶²⁰ ratifiée par les associés⁶²¹; l'élargissement du pouvoir du gérant nous semble pertinent dans le but de fluidifier les mouvements et les opérations d'une société. Dans une SAS, le changement du siège social dépend des termes des statuts et pourrait relever d'une décision des représentants légaux ; en tout cas, cette prérogative n'est pas listée à l'article L. 227-9 au titre des attributions dévolues exclusivement aux associés. Du fait de la grandeur du territoire français, il nous semble pertinent que les associés ait un droit de regard quant à l'adresse du siège social, que ce soit par décision ou ratification d'une décision du représentant légal ; en droit hongkongais, la pertinence va à une décision du *director*.
271. Le transfert du siège social en dehors du territoire français relève d'une décision unanime des associés⁶²² pour la SARL et pour la SAS du fait du changement de droit applicable que ce transfert emporte. Ce transfert hors du territoire de Hongkong n'est pas possible en droit hongkongais car l'Ordinance dispose clairement et expressément qu'une *Company* doit avoir un siège social sur le territoire de Hongkong⁶²³. Une *Company* ne peut avoir qu'un seul siège social et le droit hongkongais déduit de l'adresse de celui-ci le régime juridique applicable à la *company* : si le siège social est situé sur le territoire de Hongkong, la *private company limited by shares* peut s'immatriculer auprès du *Companies Registry* et elle est soumise au régime juridique des *Companies* défini par l'Ordinance ; si le siège social n'est pas situé sur le territoire de Hongkong, la *private company limited by shares* ne peut être immatriculée auprès du *Companies Registry* en qualité de *Company*, elle n'est pas soumise au régime juridique des *Companies* défini par l'Ordinance mais, si elle a un établissement d'affaires ou un établissement commercial (traductions proposées pour le vocable *place of business*) situé sur le territoire de Hongkong, cette *non-Hong Kong company* doit s'enregistrer auprès du *Companies Registry* pour être soumise au régime juridique des *Registered non-Hong Kong Companies* défini par l'Ordinance. Le déplacement du siège social en dehors du territoire de Hongkong n'est pas envisagé par l'Ordinance. Si la *Company* envisage un tel déplacement dans le but de ne plus être immatriculée sur le territoire de Hongkong, il est probable que la démarche serait la suivante : constituer une nouvelle société sur le territoire étranger envisagé

⁶¹⁷ Articles 42 et 43 du Code de procédure civile.

⁶¹⁸ Article 690 du Code de procédure civile.

⁶¹⁹ Plutôt que de "nationalité" des sociétés, nous préférons le terme "de droit français" ou "de droit hongkongais". En ce sens, BEGUIN Jacques, L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966, *Revue des sociétés*, 1996, pages 513 et suivantes.

⁶²⁰ Article L. 223-18 du Code de commerce, modifié par l'article 212 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques publiée au Journal officiel de la République française n°0181 du 7 août 2015, page 13537. GALLOIS-COCHET Dorothee, Transfert du siège social par le gérant de SARL, *Droit des sociétés*, Novembre 2015, n°10, commentaire 172.

⁶²¹ Dans le cas du déplacement du siège social par le gérant de SARL, la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises "a assoupli les conditions de ratification de cette décision par les associés en instaurant une ratification dans les conditions de l'article L. 223-29, texte qui autorise une ratification par l'assemblée de la décision du gérant sur première consultation, à la majorité des parts sociales, ou sur seconde consultation, à la majorité des votes émis (quel que soit le nombre de votants)", GALLOIS-COCHET Dorothee, *Loi de simplification de la vie des entreprises : dispositions relatives aux SARL et aux fusions*, *Droit des sociétés*, Mars 2015, n°3, commentaire 48.

⁶²² Article L. 222-9 du Code de commerce.

⁶²³ Section 658 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

; céder la totalité du patrimoine de la *Company* à cette nouvelle société étrangère ; désenregistrer la *Company*.

272. Concernant l'adresse du siège social, les associés d'une SARL ou d'une SAS ont le choix de domicilier leur société à l'adresse du lieu de son établissement, que celui-ci soit un local commercial ou le domicile de son représentant légal (pour une durée déterminée dans certains cas⁶²⁴) ou à l'adresse d'un domiciliataire d'entreprises⁶²⁵. Sur le principe, les droits français et hongkongais proposent les mêmes options aux associés quant au choix de l'adresse du siège social ; cependant, le droit hongkongais offre moins de contraintes quant à la mise en œuvre de ces options.

Aucune preuve de la jouissance des locaux où elle installe son siège social n'est demandée par le *Companies Registry*. L'enregistrement des succursales⁶²⁶ d'une *Company* n'est pas effectué auprès du *Companies Registry* mais auprès de l'*Inland Revenue Department*.

Le siège social peut être domicilié à l'adresse d'un des *members* ou d'un des *directors* sans distinction et aucune restriction de durée n'est imposée aux *Companies*.

Le prestataire de services domiciliant les *Companies* n'a pas à obtenir d'agrément préalable du *Companies Registry*, ni à s'enregistrer auprès du *Companies Registry* en qualité de domiciliataire de *Companies* ni de justifier d'équipements ou de services spécifiques. Le droit français pourrait s'inspirer de cette simplicité de la domiciliation d'une *Company* pour deux raisons. Les pouvoirs publics auront toujours une adresse située sur le territoire français à laquelle contacter la société. La domiciliation effectuée par un avocat, un commissaire aux comptes, un expert-comptable ou tout autre prestataire de service qualifié permettrait un traitement professionnel des courriers adressés par les pouvoirs publics à une société. Ainsi, le taux de réponse aux courriers officiels serait plus élevé et la qualité de cette réponse pourrait être meilleure.

273. Les raisons qui expliquent cette grande liberté du droit hongkongais sont de plusieurs ordres : le territoire de Hongkong est restreint et le lieu du siège social n'emporte pas de conséquence majeure en terme de compétence territoriale des tribunaux ; l'esprit de la législation hongkongaise est de laisser la plus grande liberté possible aux acteurs de la *Company* pour gérer leur entreprise dans l'intérêt de celle-ci et le lieu du siège social bénéficie de cette liberté au vu du résultat du test *enabling/regulatory* ; le but de l'enregistrement d'une adresse pour le siège social est celui de la communication entre les autorités administratives du Gouvernement et la *Company*, seul le siège social est enregistré auprès du *Companies Registry* et les établissements annexes ne sont enregistrés qu'auprès des autorités fiscales au titre d'un lieu de profits supplémentaire ; le siège social n'est pas forcément le lieu où sont conservés les registres de la *Company* ni le lieu où sont tenus les réunions des Assemblées générales ou des *board of directors* de la *Company*, notamment car les registres sont en général conservés par le *company secretary* qui peut être situé à une adresse différente de celle du siège social (ce qui n'est généralement pas le cas, l'adresse du siège social sera souvent celle du *company secretary* et cette adresse sera différente de l'adresse commerciale réelle de la *Company*) et les réunions des Assemblées générales ou des *board of directors* de la *Company* sont tenues physiquement au lieu où les *members* ou *directors* le jugent le plus pertinent ou sont tenues par oral via des moyens de communication téléphonique ou électronique ou sont remplacées par la signature par les personnes concernées d'un acte

⁶²⁴ Article L. 123-11-1 du Code de commerce.

⁶²⁵ Articles L. 123-11 et L. 123-11-1 du Code de commerce.

⁶²⁶ Une *Company* n'a qu'un seul siège social mais peut avoir plusieurs succursales sur le territoire de Hongkong et celles-ci sont enregistrées auprès des autorités fiscales hongkongaises, l'*Inland Revenue Department* ; une succursale est un établissement commercial situé à une adresse distincte de celle du siège social de la *Company* et à l'adresse duquel la *Company* mène une activité commerciale potentiellement source de profits ; la succursale n'est pas juridiquement distincte de la *Company*.

dénommé *written resolution* (le siège social ne revêt alors pas l'importance française du lieu principal de gestion et d'administration d'une société, importance qui a pour conséquence d'interdire l'utilisation d'une boîte postale pour le siège social et qui encadre fortement les services de domiciliation de sociétés).

c. Les éléments relatifs au capital social

274. Concernant la devise, le montant du capital social est libellé en euro, tout comme les documents comptables⁶²⁷. Dans la mesure où la zone euro est dynamique et où la compétitivité française se joue principalement sur le territoire de cette zone, la restriction de la mention du capital social en euro ne porte probablement pas atteinte à l'attractivité des formes sociales françaises. Hongkong étant une cité-État dynamique dans la zone asiatique et visant à attirer les multinationales du monde entier pour y installer leur société-mère asiatique, la liberté de la formulation de la devise d'une *Company* est un élément de souplesse et de flexibilité supplémentaire. La devise dans laquelle le capital social est libellé peut être modifiée au cours de la vie sociale⁶²⁸. Cette flexibilité est souvent utilisée dans le contexte de société-mère et de filiale implantées dans des territoires différents. Par exemple, la société-mère française de la filiale hongkongaise souhaite que le capital social de la *Company* soit libellé en euro afin de pouvoir plus facilement identifier les transactions afférentes aux apports en capital et consolider les comptes annuels⁶²⁹ ; une *Company* qui crée une filiale en République Populaire de Chine peut souhaiter libeller son capital social en USD dans la mesure où le capital social de la filiale chinoise sera libellé dans cette devise et que toutes les transactions qui seront effectuées entre les deux entités juridiques seront effectuées en USD et non en devise chinoise.
275. Concernant la libération du capital de la SARL, l'article L. 223-7 du Code de commerce, modifié par la loi du 15 mai 2001 dans le but de "faciliter la création des entreprises"⁶³⁰, dispose que les apports en numéraire peuvent n'être libérés que du cinquième lors de la constitution de la SARL et que le solde pourra être libéré en une ou plusieurs fois, sur décision du gérant, dans un délai ne pouvant excéder cinq ans suivant l'immatriculation de la société. Cette liberté offerte aux associés a cependant une limite posée par l'alinéa 2 de l'article L. 223-7 du Code de commerce au terme duquel "le capital doit être intégralement libéré avant toute souscription de nouvelles parts sociales à libérer en numéraire, à peine de nullité de l'opération". Le droit hongkongais offre une totale liberté aux *members*, il n'existe pas de limite temporelle légale à la libération du capital social par les *members*. L'Ordonnance ne prévoit pas de mécanisme permettant d'encadrer cette liberté. Les *articles* de la *Company*, comme le propose le modèle d'*articles*-type, peuvent prévoir l'interdiction de l'émission de nouvelles parts sociales alors que les parts sociales émises ne sont pas entièrement libérées⁶³¹.

⁶²⁷ Article L. 123-22 du Code de commerce.

⁶²⁸ Une *Company* peut, par une décision ordinaire de ses *members*, modifier la devise de son capital social plusieurs fois au cours de son existence, voire seulement des parts sociales d'une classe ; il s'agit de la procédure de *redenomination* détaillée aux sections 172 et 173 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). La *Company* doit notifier au *Companies Registry* toute modification de la devise de son capital social par le dépôt du formulaire NSC13 complété et signé.

⁶²⁹ Les comptes annuels d'une *Company* peuvent être effectués dans la devise dans laquelle la plupart des transactions commerciales sont réalisées ; ainsi, les comptes annuels d'une *Company* filiale d'une société française peuvent être en Euro ; la conversion en Hong Kong Dollars sera effectuée dans la déclaration fiscale de la *Company* au taux de change publié par l'*Inland Revenue Department* sur son portail internet.

⁶³⁰ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Point 32, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁶³¹ Article 56 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H) : "No share is to be issued unless the

276. Concernant le montant minimum du capital social, la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique cherchant "à faciliter l'exercice de la liberté d'entreprendre"⁶³² supprime l'exigence d'un capital minimum pour les SARL en modifiant l'article L. 223-2 du Code de commerce. La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie réforme les articles applicables à la SAS dans le même sens, les statuts de la SAS fixent le montant du capital social⁶³³. L'absence de capital social minimum est aussi une caractéristique de la *Company* laissant la liberté aux *members* de décider le montant réel des besoins de leur entreprise en terme d'investissement en capital et la répartition des apports financiers dont l'entreprise a besoin entre les apports en capital ou sous forme de prêt des *members* ou des institutions bancaires.
277. Concernant la valeur nominale des parts sociales d'une SARL et d'une SAS, la loi n°98-546 du 2 juillet 1998 portant DDOEF dispose que "les statuts n'ont plus obligatoirement à mentionner la valeur nominale des actions, ceci dans le souci de faciliter la "lisibilité" du capital social converti en euros"⁶³⁴. Il est évident que la lecture du montant de la valeur nominale d'une part sociale après conversion peut être laborieuse et que le résultat de cette conversion peut s'avérer incongru. L'abandon de cette exigence est cependant surprenante, notamment pour une SARL où l'article L. 223-2 du Code de commerce dispose que "*Il [le montant du capital de la société] est divisé en parts sociales égales*". En dehors de la valeur nominale des parts sociales, nous ne voyons pas par quel moyen les associés peuvent s'assurer que le montant du capital social est divisé en parts sociales égales à moins de supprimer cette exigence également, comme c'est le cas en droit hongkongais des sociétés depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance. En effet, l'Ordonnance a posé le principe d'application rétroactive de l'absence de valeur nominale pour les parts sociales des sociétés hongkongaises⁶³⁵. Dans le cadre de l'institution de la *Company*, ce nouveau principe semble saugrenu car tous les éléments mentionnés dans les *articles* et dans le formulaire d'immatriculation de la *Company* permettent de déduire une valeur nominale des parts sociales au jour de la naissance de la *Company*. Cependant, cette liberté prend tout son sens lors de la cession ou de l'émission de parts sociales en laissant l'évaluation du prix des parts sociales cédées ou émises à la discrétion des *members*, voire des *directors* lorsque ceux-ci disposent du pouvoir d'émettre de nouvelles parts sociales dans certains cas prédéfinis. Il pourrait sembler judicieux que le droit français achève son élan de simplification des règles applicables aux SARL et abroge la deuxième phrase de l'article L. 223-2 du Code de commerce exigeant la division du capital en parts sociales égales. Cette abrogation aurait pour conséquence de permettre à une SARL d'émettre des parts sociales de préférence si l'exigence de parts sociales égales est levée mais elle ôterait une des différences cardinales entre la SARL et la SAS et rapprocherait le régime applicable à ces deux formes sociales.

B. Quant aux documents nécessaires à l'immatriculation

278. Les documents fournis au *Companies Registry* pour immatriculer une *Company* sont beaucoup moins nombreux que ceux qui doivent être fournis aux pouvoirs publics français

share is fully paid." Ce modèle d'articles-type est disponible gratuitement sur le portail suivant sous la référence de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : <http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/index.html>

⁶³² GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Point 53, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009.

⁶³³ Articles L. 227-1 et L. 227-2 du Code de commerce.

⁶³⁴ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Réformes contemporaines du droit des sociétés, Evolution de 1966 à 1999, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-10, Point 69, Date de fraîcheur : 1 janvier 2012.

⁶³⁵ Section 135 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

(1) ; cette différence révèle le fossé qui sépare les procédures hongkongaise et française, la première étant une procédure déclarative simple basée sur une relation de confiance et la deuxième étant une procédure laborieuse en cours de simplification basée sur la vérification systématique des informations remises par les administrés (2).

1. Les documents fournis au *Companies Registry*

279. La section 67 de l'Ordonnance est limpide : les deux documents nécessaires à l'immatriculation d'une *Company* sont une copie des *articles* et le formulaire d'immatriculation pré-imprimé par le *Companies Registry*.

Une copie du texte des *articles* de la future *Company* sans la signature des *founder members* suffit si l'exemplaire original des *articles* signés par les *founder members* est conservé par la *Company*. Les *articles* peuvent simplement reprendre le modèle d'*articles*-type proposé par l'Ordonnance adapté en deux modèles par le *Companies Registry* (un modèle court et un modèle long) et, en cas de défaut de dépôt d'*articles* organisant le fonctionnement interne de la *Company*, le modèle d'*articles*-type proposé par l'Ordonnance est appliqué par défaut.

Un exemplaire du formulaire d'immatriculation complété et signé au minimum par le ou un des *founder member(s)* suffit ; idéalement et afin de réduire les formalités d'immatriculation, ce formulaire est également signé par tous les *directors* qui y confirment (i) leur accord pour agir en qualité de *director* de la *Company* et (ii) le fait qu'ils ont plus de dix-huit ans. Il est important de mentionner que ces documents n'ont pas besoin d'être notariés ni d'être signés devant témoin. Aucun document de preuve n'est demandé en support du dépôt de ces deux documents.

280. Dans l'éventualité où certains *directors* ne pourraient pas compléter et signer le formulaire d'immatriculation de la *Company*, ceux-ci disposent de quinze jours à compter de la date de l'immatriculation de la *Company* pour compléter et signer un formulaire de consentement (formulaire pré-imprimé par le *Companies Registry*⁶³⁶). Un exemplaire original non notarié signé sans témoin suffit.

281. Aucun document de preuve n'est demandé et les raisons de l'absence d'une telle exigence sont multiples. Tout d'abord, l'esprit du droit hongkongais est basé sur un rapport de confiance entre les pouvoirs publics et les administrés et l'influence de la théorie juridique dite *enabling law* renforce la mise en œuvre de cette confiance en simplifiant généralement les échanges entre les administrations hongkongaises et ses utilisateurs aux seuls documents pré-imprimés. Le rapport de confiance entre les administrés et l'administration est accepté par les acteurs de la *Company*. L'état d'esprit, dans un ordre juridique de grande liberté, laisse moins de place à l'erreur ou à la malveillance que dans un ordre juridique de restrictions et d'exceptions. Ensuite, le formulaire d'immatriculation contient une déclaration de conformité et un consentement des *directors* qui illustrent le rapport de confiance existant entre les administrations et leurs administrés et l'importance que revêt la parole donnée. Le caractère déclaratoire des formulaires déposés auprès des administrations hongkongaises joue sur la valorisation de l'honneur du déclarant⁶³⁷ et sa responsabilisation. Enfin, peu d'exigences légales restreignent l'institution d'une *Company* laissant alors peu de documents de preuve à fournir. Dans le doute, le *Companies Registry* peut communiquer avec les autres

⁶³⁶ Formulaire intitulé Form ND2A est reproduit à l'annexe 7.

⁶³⁷ L'image que donne l'administration hongkongaise d'elle-même reflète ce choix : les personnels du service public qui ont un contact avec les administrés portent fréquemment l'uniforme ou, par la distance physique et l'apparence, inspire le respect.

administrations hongkongaises qui sont peu nombreuses ou rapidement exiger des acteurs de la *Company* visée les documents de preuve nécessaires.

282. En vertu de la *Business Registration Ordinance (Cap.310)*⁶³⁸, une *Company* qui dépose un formulaire d'immatriculation et ses *articles* auprès du *Companies Registry* doit également déposer un formulaire fiscal pré-imprimé complété indiquant la durée pour laquelle le certificat d'enregistrement auprès des autorités fiscales sera émis. Ce formulaire fiscal est disponible sur le portail du *Companies Registry* et est téléchargeable à partir du même onglet que le formulaire d'immatriculation (ainsi que du portail des autorités fiscales), ce qui rend sa connaissance quasiment automatique malgré le fait qu'il soit émis par et destiné à une autre administration. Ce formulaire fiscal est déposé au *Companies Registry* en même temps que les deux documents nécessaires à l'immatriculation de la *Company* et le *Companies Registry* le fait suivre au service des autorités fiscales concerné. Aucun document de preuve n'est demandé en support du dépôt de ce formulaire fiscal. De notre point de vue, l'existence de ce formulaire fiscal est critiquable. D'une part, ce formulaire fiscal n'a pas toujours été exigé séparément du formulaire d'immatriculation qui, à une certaine époque, incluait en dernière page ce formulaire fiscal. Nous pensons que cette solution était préférable ; elle était organisée sans modification de la *Companies Ordinance* ou de la *Business Registration Ordinance* sur le mode d'un arrangement entre administrations. D'autre part, le contenu de ce formulaire nous a toujours semblé étrange au point de s'interroger sur son utilité réelle. Ce formulaire offre à la *Company*, au jour de son immatriculation, une option entre l'émission d'un certificat d'enregistrement auprès des autorités fiscales, dénommé *business registration certificate*, pour une période d'une année ou de trois années. Le choix pour une des deux options de durée entraîne le paiement d'une taxe d'un montant variable correspondant à la durée choisie. Cette option demeure un mystère : les *Companies* ont une obligation annuelle à la date anniversaire de leur immatriculation de compléter, de signer et de déposer un *annual return* auprès du *Companies Registry* et le renouvellement du *business registration certificate* peut tout à fait être effectué en même temps. En outre, les baux hongkongais ont fréquemment une durée de deux ans, ce qui ne justifie pas l'émission d'un *business registration certificate* pour une période de trois ans (même si le changement d'adresse du siège social au cours de la période de validité de trois années n'emporte pas paiement d'une nouvelle taxe, celle-ci est payée pour la période choisie et non pour l'adresse du siège social renseignée). Cette formalité mériterait simplification et le *business registration certificate* pourrait simplement être émis pour une période de douze mois.

2. Comparaison avec les règles françaises et réflexions de simplification

283. Il est indéniable que la liste des documents à fournir ne souffre pas la comparaison, la liste hongkongaise est bien plus courte. Surtout, celle-ci est résumée dans une seule section de l'Ordinance alors que les articles des parties législative, réglementaire et arrêté du Code de commerce sur ce point sont nombreux et il faut démontrer une attention particulière pour en comprendre le sens et l'articulation⁶³⁹. Nous ne ferons pas ici une liste exhaustive des

⁶³⁸ Sections 5A(1), 5D(2) et 6 de la *Business Registration Ordinance (Cap.310)*.

⁶³⁹ Le sort de l'enregistrement au Centre de formation des entreprises et de l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés pour les personnes physiques et les personnes morales est traité dans les mêmes divisions, cela crée une confusion des genres et les propositions de créer un code des sociétés nous semble ici fortement justifiées permettant la séparation nette des deux genres ; la différence entre l'enregistrement au Centre de formation des entreprises et l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés n'est pas expliquée, il n'y a pas de vue d'ensemble de la démarche des pouvoirs publics expliquant les formalités à effectuer privant ces articles d'accessibilité ; le nombre d'articles, leur longueur et les renvois incessants à d'autres articles du Code de commerce, à des articles d'autres Codes ou pire, à des "dispositions législatives [ou stipulations contractuelles] contraires" comme à l'article L. 123-11-1 du Code de commerce, sont déprimantes.

documents à fournir pour procéder à l'immatriculation d'une SARL ou d'une SAS, cette liste pouvant devenir inexacte du jour au lendemain au gré des réformes.

284. Malgré un point commun qui est celui de l'application par défaut⁶⁴⁰ du modèle de statuts-type⁶⁴¹ de la SARL unipersonnelle dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance, cette liste permet de dégager une différence majeure entre les procédures française et hongkongaise : l'esprit de la procédure française n'est pas basé sur le rapport de confiance et révèle un besoin de vérification minutieuse.
285. Cette différence d'esprit entre les cultures hongkongaise et française peut être illustrée par la modification apportée à la loi du 24 juillet 1966 par la loi n°94-126 du 11 février 1994 dite "initiative et entreprise individuelle" et le décret n°95-374 du 10 avril 1995 supprimant la déclaration de conformité. Pour rappel, cette déclaration émanant des associés fondateurs et des premiers membres des organes de gestion de la société affirmait "*que cette constitution [celle de la société] a été réalisée en conformité de la loi et des règlements*"⁶⁴² ; l'absence de dépôt de cette déclaration au Registre du commerce et des sociétés entraînait l'irrecevabilité de la demande d'immatriculation de la société. Cette déclaration de conformité engageant la responsabilité des associés fondateurs et des premiers membres des organes de gestion a été remplacée par un contrôle administratif effectué par le greffier du Tribunal de commerce qui est chargé de vérifier la régularité formelle de la constitution de la société au moment de son immatriculation⁶⁴³, aussi bien des déclarations que des pièces produites ; il résulte de ce changement un alourdissement des tâches du greffier. L'objet de cette déclaration de conformité telle qu'elle avait été mise en place par la loi du 24 juillet 1966 était "d'éviter les nullités pour vice de constitution et ainsi de protéger les droits des tiers traitant avec une société"⁶⁴⁴. Le choix français porté sur cette déclaration de conformité méritait de concilier des intérêts contradictoires en donnant la préférence à la simplicité de la procédure d'immatriculation pour les associés fondateurs et pour le service de l'administration en charge de recevoir et de traiter les demandes d'immatriculation. En comparaison du dépôt de cette déclaration de conformité, les autres méthodes de contrôle de la régularité de la constitution d'une société présentent des désavantages pour les pouvoirs publics. Un contrôle administratif formel alourdit la charge de travail de l'administration réceptrice des demandes d'immatriculation de société, un contrôle judiciaire alourdit le rôle des tribunaux et le recours à un acte notarié, qui présente l'avantage de ne pas alourdir le travail de l'administration, revêt un coût plus élevé pour les associés fondateurs⁶⁴⁵.

⁶⁴⁰ La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite "LME", complète l'article L. 223-1 du Code de commerce en précisant qu'en cas d'absence de dépôt de statuts par l'associé unique lors de l'immatriculation d'une SARL dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance, le modèle de statuts-type s'applique et qu'un exemplaire de ce modèle doit être remis au déposant le cas échéant. Le décret n°2008-1419 du 19 décembre 2008 (Journal officiel de la République française du 27 décembre 2008) modifie l'article D. 223-2 du Code de commerce par l'adoption d'un nouveau modèle de statuts-type pour une SARL dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance.

⁶⁴¹ Article L. 223-1 du Code de commerce modifié par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 (Journal officiel de la République française du 3 août 2005) en faveur des PME (loi PME) et du décret n°2006-301 du 9 mars 2006 (Journal officiel de la République française du 16 mars 2006) relatif au modèle de statuts-type de la société à responsabilité limitée à associé unique assumant personnellement la gérance.

⁶⁴² GERMAIN Michel, Réformes contemporaines du droit des sociétés (1966 à 2011), JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-20, Point 35, Date de fraîcheur : 1 octobre 2011.

⁶⁴³ Article L. 210-7 du Code de commerce.

⁶⁴⁴ GERMAIN Michel, Réformes contemporaines du droit des sociétés (1966 à 2011), JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-20, Point 53, Date de fraîcheur : 1 octobre 2011.

⁶⁴⁵ La mise en place du contrôle administratif assure la conformité de la loi nationale au droit communautaire ; en vertu de la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 (Journal officiel des Communautés européennes, 14 Mars 1968 ; JCP CI 1968, 83390), en vue précisément de la protection des tiers, les Gouvernements intéressés à prévoir dans leur législation un contrôle de la régularité de la constitution d'une société, pouvaient mettre en

286. Après presque trente ans, le droit français a changé de procédure, a aboli l'exigence de la déclaration de conformité et a opté pour un contrôle administratif de la régularité de la constitution de la société effectué par le greffier. Ce changement pourrait révéler l'état d'esprit dans lequel le droit français se situe comparé à celui du droit hongkongais : en vue de garantir la régularité de la procédure d'immatriculation d'une société et la sécurité des tiers, la déclaration de conformité ne suffisait pas ou ne suffisait plus et un contrôle administratif a dû être mis en place. Ce changement pourrait donc révéler l'échec du droit français à faire confiance aux acteurs de la société et à présenter un droit suffisamment lisible et certain pour permettre aux associés fondateurs et aux premiers membres des organes de gestion d'immatriculer leur société sans contrôle administratif ou judiciaire. Le choix du contrôle administratif nous semble préférable en termes d'image (un contrôle judiciaire pourrait faire naître la société dans un climat contentieux) et d'engorgement des tribunaux français. Le choix pour l'immatriculation d'une société par un acte notarié préalable au dépôt du dossier aurait présenté l'avantage de préserver l'administration mais de faire peser sur les associés fondateurs le coût financier de cet acte.
287. Pour certains auteurs⁶⁴⁶, la déclaration de conformité n'avait que "peu de sens et de portée" et, "à certains égards, on a pu dire qu'elle rendait peu crédible le système français de constitution des sociétés". Cependant, ces mêmes auteurs précisent que le contrôle administratif mis en place par le nouvel article L. 210-7 du Code de commerce reste formel et que le greffier n'a pas le pouvoir de contrôler la régularité substantielle des déclarations et pièces émanant des associés fondateurs de la SARL ou de la SAS ; en conséquence, le "système français de constitution des sociétés [qui] demeure essentiellement déclaratif"⁶⁴⁷. De la comparaison des deux méthodes de contrôle de la régularité de l'immatriculation des sociétés, antérieure et postérieure à loi n°94-126 du 11 février 1994, aucune des deux ne vérifie effectivement la substance des déclarations et des documents produits ; seule l'image change avec l'introduction du terme "vérification" de l'article L.210-7 du Code de commerce et le rôle du greffier. Il en résulte que les objectifs poursuivis par la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968⁶⁴⁸ de réduire l'annulation des sociétés et de protéger les droits des tiers pourraient s'avérer non atteints.
288. Nous comprenons l'image que peut donner la déclaration de conformité par son caractère auto-déclaratif. Nous ne voyons pas comment un contrôle administratif formel pourrait s'avérer plus efficace à lutter contre les vices de constitution. Or, pour un résultat équivalent (c'est-à-dire l'absence de contrôle effectif de la substance des documents et informations produits lors du dépôt de la demande d'immatriculation), l'avantage de la déclaration de conformité qui n'emporte pas de coût financier nous semble plus pertinent que l'avantage de l'image du contrôle administratif du système français. Le caractère solennel de la déclaration de conformité attaché à la responsabilité des acteurs de la société qui la signent présente

place soit un contrôle judiciaire, soit un contrôle administratif, soit tout au moins une constitution par acte notarié - GERMAIN Michel, Réformes contemporaines du droit des sociétés (1966 à 2011), JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-20, Point 53, Date de fraîcheur : 1 octobre 2011 & GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Réformes contemporaines du droit des sociétés, Evolution de 1966 à 1999, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-10, Point 7, Date de fraîcheur : 1 janvier 2012.

⁶⁴⁶ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Conditions de forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Points 12 et suivants, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

⁶⁴⁷ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée, Conditions de forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Points 12 et suivants, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

⁶⁴⁸ Directive n°68/151/CEE du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers : Journal officiel des Communautés européennes, L. 65 du 14 mars 1968, page 8.

également les avantages de responsabiliser ces acteurs et d'augmenter leur attention quant au contenu de la déclaration et donc probablement de réduire les erreurs ou omissions alors qu'un contrôle administratif pourrait engager ces acteurs à ne pas fournir un dossier complet pensant que l'administration saura bien leur signifier ces erreurs ou omissions, d'autant que le délai franc d'un jour ouvrable pour la réponse du greffier⁶⁴⁹ au dépôt du dossier d'immatriculation est court.

289. De notre point de vue, la mise en place d'un contrôle effectif sur la forme et sur le fond de la procédure d'immatriculation serait souhaitable pour atteindre l'objectif de réduire conséquemment les vices de constitution pouvant entraîner la nullité de la société, d'autant plus que le droit français établit une procédure laborieuse (nombreux documents en nombreux exemplaires, nombreuses administrations et guichets) et que les marges d'erreur ou d'omission en sont d'autant plus larges. L'expérience hongkongaise combinant peu de documents et d'informations à produire, une déclaration de conformité solennelle, un contrôle administratif formel effectué par le *Companies Registry* et offrant une procédure de constitution de la *Company* et d'immatriculation de la personne morale en une seule étape réduit ces marges d'erreur ou d'omission⁶⁵⁰.

§2. Des affinités entre les procédures distinguées par une plus grande simplicité à Hongkong

290. En France, la simplification des procédures administratives et des relations entre les administrés et les pouvoirs publics et la volonté de densifier le tissu des PME apportant dynamisme, innovation et emploi sont des principes directeurs de la réforme du droit des sociétés. Ainsi, il est opportun d'envisager les formalités procédurales et de publicité (A) ainsi que les administrations impliquées dans cette procédure et les coûts liés à celle-ci (B) à la lumière de ces caractères de la procédure hongkongaise.

A. Quant aux étapes de la procédure et aux formalités de publicité

291. Le dépôt du dossier d'immatriculation et les formalités de publicité sont des éléments de procédure communs aux procédures hongkongaise et française. Cependant, le caractère abondant des étapes du déroulement chronologique de la procédure d'institution d'une société (1) et de la publicité afférente à cette institution (2) distingue les deux ordres juridiques en défaveur de la procédure française. L'importation de certaines règles hongkongaises pourrait alléger la procédure française.

1. Une *Company* : une étape, un jour, un Hongkong Dollar

292. La procédure hongkongaise est caractérisée par sa simplicité et sa rapidité : une *Company* peut être instituée par une personne agissant en qualité de *member* et de *director* avec un capital social minimum d'un montant d'un Hongkong Dollar en une seule étape correspondant au dépôt du dossier d'immatriculation auprès du *Companies Registry* et à la délivrance du certificat d'immatriculation dans l'heure qui suit le dépôt dudit dossier⁶⁵¹. La *Company* dégage une image très positive et la procédure d'immatriculation d'une *Company* contribue à

⁶⁴⁹ Article R. 123-97 du Code de commerce.

⁶⁵⁰ Il en résulte que l'émission du certificat d'immatriculation vaut preuve de la régularité de l'institution de la *Company* et de la personne morale.

⁶⁵¹ Source : <http://www.cr.gov.hk/en/public/services.htm> ; en cas de dépôt du dossier de demande d'immatriculation par voie électronique, le certificat d'immatriculation est généralement adressé par retour de courriel dans le délai d'une heure ; en cas de dépôt du dossier de demande d'immatriculation en version papier, le certificat d'immatriculation est généralement disponible dans le délai de quatre jours ouvrés.

ce succès : l'efficacité de la procédure combinant les caractères d'accessibilité et d'intelligibilité ne la dispense pas de répondre aux objectifs de sécurité juridique, à la fois pour les acteurs de la *Company*, pour les pouvoirs publics et pour les tiers. La procédure combine le dépôt de documents signés par les acteurs de la *Company*, dont le contenu reprend les informations essentielles relatives à la *Company* et à ses acteurs, et les formalités de publicité requises pour dater de manière certaine la naissance de la *Company* et de sa personnalité morale et pour garantir l'information des tiers.

293. La procédure française permet de constituer une SARL avec un associé unique et un seul gérant ou une SAS avec un associé unique et un seul président, dont le capital social peut être d'un euro. Le fait que la procédure française se déroule en plusieurs étapes est à notre avis la première différence majeure avec la procédure hongkongaise ; le fait que ces différentes étapes soient difficiles à identifier, aussi bien dans leur chronologie que dans leur contenu, est la deuxième différence majeure. Ainsi, il est compréhensible que la proposition de Monsieur Jean-Pierre Raffarin, alors Premier ministre, dans son discours du 7 octobre 2002⁶⁵², ait pu à la fois séduire et faire sourire. Cette proposition visant à permettre de procéder à l'institution d'une société (la forme de la SARL aurait été privilégiée pour cette réforme) en une seule fois et en une seule journée aurait nécessité un énorme travail de simplification quant aux formalités d'institution, d'immatriculation⁶⁵³ et de publicité à effectuer et quant aux administrations impliquées. D'autres propositions de ce discours impliquant peu de remaniements administratifs ont cependant été mises en œuvre, telle que la réduction du montant du capital social d'une SARL et d'une SAS à un Euro.
294. La difficulté de simplifier la procédure française en une seule étape réside dans la différence entre l'institution de la société et la naissance de la personne morale, qui sont deux moments obligatoirement séparés par une période de publicité⁶⁵⁴. L'origine de cette distinction entre la date de la naissance de la société et de celle de la personne morale remonte à la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 codifiée à l'article L. 210-6 du Code de commerce ; depuis, cette distinction n'a pas été remise en cause. Avant la loi de 1966, la société et sa personnalité morale naissaient en même temps à la signature de l'acte constitutif par les associés fondateurs, sans autre formalité ou publicité ; cette forme de constitution présentait les inconvénients d'une possible incertitude quant à la date de cette naissance en l'absence de signature des statuts par un acte authentique et d'un manque de publicité quant à cette naissance et à ses effets et l'avantage de faire coïncider les deux. La modification de la loi de 1966 a ainsi créé la question du sort des engagements pris pour le compte de la société en formation avant son immatriculation⁶⁵⁵ et peut poser le problème de l'absence de capacité d'ester en justice pour la société⁶⁵⁶. À notre avis, la modification de la loi de 1966 apporte une

⁶⁵² RAFFARIN Jean-Pierre, *Intervention du Premier ministre lors de la présentation du plan gouvernemental d'aide en faveur de la création d'entreprises*, 7 octobre 2002, source : <http://archives.internet.gouv.fr/archives/article93b1-54468.html>

⁶⁵³ Même si le délai d'un jour franc est imposé au Registre du commerce et des sociétés pour traiter les formalités, notamment celle de l'immatriculation d'une société (article R. 123-97 du Code de commerce) ; ce délai pouvant être porté à cinq jours lorsque la complexité du dossier exige un examen particulier de celui-ci, à condition d'en aviser l'assujéti. Ces délais expirés, celui-ci peut saisir directement le juge commis, de sa demande d'inscription. Ce délai est un des trois délais existants en matière d'immatriculation d'une société, BAHANS Jean-Marc, *Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 65, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁵⁴ La question fiscale de la double mutation relative à la création de la société et à la naissance de la personne morale serait également à traiter de manière à permettre une procédure d'institution d'une société dotée de la personne morale plus rapide.

⁶⁵⁵ GERMAIN Michel, *Réformes contemporaines du droit des sociétés (1966 à 2011)*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-20, Point 30, Date de fraîcheur : 1 octobre 2011.

⁶⁵⁶ BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 3, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

date certaine à la naissance de la personnalité morale de la société et le droit aime les certitudes⁶⁵⁷ ; cependant, la modification de la loi de 1966 nous semble incomplète car il n'existe plus de corrélation entre la naissance de la société et de sa personnalité juridique⁶⁵⁸. Nous jugerions opportun de compléter cette modification en faisant également naître la société à la date de son immatriculation : une date de constitution à laquelle naissent la société et sa personnalité morale marquée au jour de l'immatriculation permet de rendre certaine cette date et de simplifier la procédure de constitution d'une SARL et d'une SAS. La recherche de cette corrélation pourrait être bénéfique pour amener la simplification des éléments de procédure dans le but de permettre une immatriculation rapide voir immédiate après la signature de l'acte constitutif de la SARL ou de la SAS par les associés fondateurs.

295. Cette simplification pourrait cesser de faire couler l'encre sur la distinction entre une société en formation et une société créée de fait⁶⁵⁹, notamment en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁶⁰ qui adopte une interprétation restrictive de la nature des actes qui peuvent être effectués pour une société en formation afin de ne pas être requalifiée en société créée de fait. Contrairement au commentaire de Madame Raphaëlle Besnard-Gouret jugeant cette décision de "grave retour en arrière et une solution exempte de toute prise en compte des réalités économiques"⁶⁶¹, nous pensons que le fait que la Cour de cassation "laisse entendre qu'un simple acte préparatoire à l'exploitation future réalisé par un associé pourrait faire dégénérer la société en formation en société créée de fait"⁶⁶² et que la Cour n'encourage donc pas la qualification de société en formation permettraient de pousser à la réduction du délai courant entre le moment où la société est formée et le moment où celle-ci dispose de la personnalité morale. La réduction de ce délai serait bénéfique aux futurs associés d'une SARL ou d'une SAS dans la mesure où la qualification de société de fait entraîne une responsabilité illimitée des associés fondateurs⁶⁶³. Cet encouragement à réduire la procédure

⁶⁵⁷ Par exemple et malgré le fait que la société naisse à compter de la signature des statuts, la durée de la société court à compter de son immatriculation (article R. 210-2 du Code de commerce) ; le point de départ du délai de l'action en régularisation des statuts qui ne contiendraient pas toutes les mentions exigées se prescrit par trois ans à compter de la date de l'immatriculation de la société (article 1839 du Code civil et article L. 210-7 du Code de commerce) alors que les statuts, objet de l'action en régularisation, ont été signés avant cette date.

⁶⁵⁸ L'espèce attachée à la décision de la Cour de cassation (Cour de Cassation, Chambre civile, 8 octobre 2014, 13-21.879) illustre les litiges pouvant naître du laps de temps écoulé entre la naissance de la société et son immatriculation faisant naître sa personnalité morale : avant son mariage, le futur époux a institué une société avec son frère et souscrit des parts sociales qu'il a libéré après son mariage et la société a été immatriculée plus de trois mois après la date de l'institution de la société. La question posée à la Cour de cassation relevait de la date à laquelle le futur époux est propriétaire des parts sociales, à la date de la souscription et les parts sociales sont propres pour leur valeur ou à la date de la libération et les parts sociales sont communes pour leur valeur ou à la date de l'immatriculation de la société et les parts sociales sont communes pour leur valeur. La Cour de cassation retient qu'elles sont communes et la date d'immatriculation pourrait prévaloir, ce qui nous semble pertinent au regard de notre démonstration. Si tel est le cas, la naissance de la société à la signature des statuts n'entraînerait pas la qualité d'associé et la distinction entre naissance de la société et de la personnalité morale dans le temps deviendrait obsolète. MORTIER Renaud, *Le mystère de la naissance des droits sociaux*, La semaine juridique notariale et immobilière, 5 juin 2015, numéro 23, 1183.

⁶⁵⁹ Sur cette question, BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Points 67 et suivants, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

⁶⁶⁰ Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 mai 2009 : JurisData n° 2009-048376 ; JCP E 2010, 1235, note BESNARD GOUDET Raphaëlle ; *Droit des sociétés 2009*, commentaire 197, COQUELET Marie-Laure.

⁶⁶¹ BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 75, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

⁶⁶² BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 75, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

⁶⁶³ Le régime des articles L. 210-6 du Code de commerce et 1843 du Code civil limite la responsabilité des associés qui auraient accompli des actes au nom et pour le compte de la société en formation, alors que dans les sociétés sans personnalité morale, tous les associés sont indéfiniment et solidairement (pour les sociétés commerciales) responsables ce qui est contraire à l'intention des parties lorsqu'elles choisissent d'instituer une

d'institution d'une société serait une des solutions visant à clore la difficile définition aux multiples critères évolutifs du champ d'application des sociétés en formation et créées de fait⁶⁶⁴. En outre, cette décision ne méconnaîtrait pas les réalités économiques comme le soulève cette auteure (effectivement, la définition de l'entreprise, de ses activités commerciales principales et leur démarrage précèdent la formation de la société, notamment du fait de la logique selon laquelle sans entreprise, il n'y a pas besoin de constituer une société) et pourrait remédier à une confusion qui existe à notre avis entre l'exploitation d'une entreprise ou d'une activité commerciale et le choix d'un véhicule juridique destiné à héberger et à accompagner le développement de cette entreprise selon des règles juridiques fixées par la loi et par les parties dans le cadre de la forme sociale.

296. La réduction de la période entre la formation de la société par la signature des statuts et son immatriculation par le Registre du commerce et des sociétés (dite période grise) doit être effectuée par une réforme du Code de commerce car la jurisprudence ne peut s'appuyer sur aucune base légale pour imposer une telle réduction ; en effet, "les textes ne soumettent l'immatriculation à aucune condition de délai"⁶⁶⁵. Aucun délai n'est imposé pour l'insertion de l'avis de constitution de la société dans un journal d'annonces légales⁶⁶⁶ et aucun délai n'est mentionné pour le dépôt de la demande d'immatriculation de la société auprès du Registre du commerce et des sociétés qui doit être postérieur à la publication de l'avis de constitution (l'article R. 123-36 du Code de commerce prévoit que l'immatriculation doit être demandée au plus tôt après l'accomplissement des formalités de constitution et notamment des formalités de publicité⁶⁶⁷).
297. L'avantage de réduire cette période grise entre la signature des statuts instituant la société et le dépôt de la demande d'immatriculation de celle-ci est la réduction du nombre d'actes pris par la société en formation où la conciliation des intérêts des tiers créanciers, des associés fondateurs, des futurs acteurs des organes de la société et la société elle-même est délicate. La réduction de cette période grise entraînerait également la réduction du problème de la preuve de l'existence de la société qui ne se pose plus à compter du jour où la société est immatriculée et est revêtue de la personnalité morale ; en effet, l'existence de cette dernière exige un écrit⁶⁶⁸ et le respect de conditions de forme impératives⁶⁶⁹.

SARL ou une SAS, dans BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 74, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

⁶⁶⁴ Ces critères font l'objet d'hésitations de la part des juridictions qui ne retiennent pas toutes la même acception, ils sont nombreux et difficiles à déterminer indépendamment les uns des autres (par exemple la définition des termes "durable" et "importante" dans la phrase "une société en formation puisse exercer son activité, à condition que cette activité ne soit pas durable et importante" ("[...] qu'ils aient participé à l'activité d'une société en formation qui aurait pris, au regard des tiers, l'apparence d'une société de fait pour avoir développé de manière durable et importante une activité dépassant l'accomplissement de simples actes nécessaires à sa constitution [...]"), Cour de cassation, Chambre commerciale et financière, 9 novembre 1987, pourvoi n°86-14356 Monsieur Rosenkranz contre Monsieur Moulette, syndic à la liquidation des biens de la société anonyme Crouzil et pourvoi n°86-14357 Monsieur Crouzil contre Monsieur Moulette, syndic à la liquidation des biens de la société anonyme Crouzil, Bulletin civil 1987, Quatrième Partie, page 176, n°236 - Cour de cassation, Chambre commerciale, 17 mai 1989 : Revue des sociétés 1990, pages 32 et suivantes - Cour de cassation, Chambre sociale, 20 novembre 1990 : Bulletin Joly 1991, page 204, § 66, note LE CANNU Paul - Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 avril 1992 : Bulletin Joly 1992, page 622, §202, note LE CANNU Paul).

⁶⁶⁵ A l'appui de cette affirmation, voir la réponse ministérielle suivante : Réponse ministérielle n°9520, Journal officiel de la République française, Assemblée nationale, Question, 22 mai 1989, page 2351.

⁶⁶⁶ Articles R. 210-3 et 201-4 du Code de commerce.

⁶⁶⁷ BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 16, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁶⁸ Article 1835 du Code civil.

⁶⁶⁹ Articles L. 210-6 alinéa 1^{er} du Code de commerce et article 1842 alinéa 1^{er} du Code civil.

298. Il est intéressant de noter que l'article R. 210-2 du Code de commerce n'aura pas à être modifié suite à cette réforme simplificatrice : celui-ci dispose que la durée de la société court à dater de l'immatriculation de celle-ci au Registre du commerce et des sociétés. Or, la société naît de la signature de son acte constitutif par les associés fondateurs comme l'énoncent l'article 1832 du Code civil et une jurisprudence concordante⁶⁷⁰ et la personnalité juridique de la société naît le jour de l'immatriculation. En vertu dudit article R. 210-2, la durée de vie et le point de départ de la société et de sa personnalité juridique seraient donc identiques. La terminologie de cet article serait alors simplement erronée ou tout au contraire visionnaire : le choix du terme de "société" de l'article R. 210-2 est erroné et il devrait être remplacé par celui de personnalité morale ; ou l'utilisation de ce terme est correcte et fait coïncider la naissance de la société et de sa personnalité morale, elle contredit néanmoins la jurisprudence et la doctrine qui considèrent que la société naît de la signature de son acte constitutif. Il pourrait résulter du caractère exact et visionnaire de cette terminologie une simplification nette de la procédure d'institution d'une société et de naissance de sa personnalité morale résultant uniquement de l'immatriculation. La période grise entre la naissance de la société et son immatriculation serait supprimée ; la portée de la notion de société en formation pourrait être fortement réduite limitant les litiges potentiels sur la capacité d'une société en formation à s'engager et sur le champ d'application des actes fait en son nom et pour son compte ; la question de la capacité de la société en formation d'ester en justice aurait une réponse négative nette.

2. Les formalités de publicité

299. La procédure hongkongaise d'immatriculation de la *Company* étant organisée en une seule étape, une seule formalité de publicité est prévue et elle est effectuée par le *Companies Registry* qui inscrit au registre des noms de sociétés (dénommé *Index of Company Names*⁶⁷¹) le nom de la nouvelle *Company* puis publie celui-ci et la date de son immatriculation sur son site internet⁶⁷². Cette publicité ne s'apparente pas à un avis publié chaque jour par le *Companies Registry* listant les *Companies* immatriculées dans la journée mais à la mise à jour quotidienne de la liste des dénominations sociales de toutes les *Companies* immatriculées par le registre mais aussi des *Companies* dissoutes ou mises en sommeil. L'immatriculation d'une *Company* n'est pas publiée dans la gazette du Gouvernement de Hongkong et aucune autre formalité de publicité liée à la naissance de la *Company* n'est à la charge des *members* ou des *directors* de la *Company* ni de la *Company* elle-même.

300. Les formalités de publicité des procédures hongkongaise et française sont donc distinctes : la formalité de publicité est unique à Hongkong, une seule formalité effectuée par une seule

⁶⁷⁰ Cour d'appel de Lyon, 6 mai 2004, M. Bouarfa c/ Sté AS2K SARL : Juris-Data n°2004-247859 "Sur les demandes de l'appelant : -Attendu que le contrat de société se forme par la signature des statuts qui marque l'échange des consentements entre les associés : - que c'est en conséquence à compter de cette signature que la société est constituée ; - que dans l'acte authentique reçu le 30 juin 1999 par Me Rebut-Ruscher, Notaire à Chavanay (Loire) comportant constitution de la société AS2J, seuls sont mentionnés en qualité d'associé les noms de Messieurs Antoine Perra, José Gonzales et José Cortes." ; commentaire de Joël MONNET, Droit des sociétés n° 11, novembre 2004, commentaire 193. Voir aussi BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 4, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

⁶⁷¹ Ce registre est défini à la section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et les modalités de sa tenue sont précisées à la section 30.

⁶⁷² Le site à partir duquel toute personne peut gratuitement vérifier l'immatriculation d'une *Company* est le suivant : www.icris.cr.gov.hk. Ce site est également celui que consultent les prestataires immatriculants des *Companies* dans le but de les revendre et les *founder members* dans le but de s'assurer de la disponibilité d'une dénomination sociale avant de préparer les documents nécessaires au dossier d'immatriculation de la *Company*.

administration ; les formalités de publicité sont multiples en France, plusieurs formalités étalées dans le temps et effectuées par plusieurs moyens de publicité et par plusieurs administrations. La simplification des formalités françaises de publicité pourrait être conduite dans deux directions : la suppression de certaines formalités (a) et l'homogénéisation de celles-ci (b).

a. La simplification des formalités de publicité : la suppression de la publicité de l'institution de la société dans un journal d'annonces légales

301. Pour une SARL et une SAS, les formalités de publicité sont identiques : une première formalité de publicité vise à informer les tiers de la constitution de la société⁶⁷³ ; une deuxième formalité vise à informer les tiers de l'immatriculation de la société entraînant création de sa personnalité morale⁶⁷⁴. Du fait de la séparation nette entre l'institution de la société et la naissance de la personnalité morale et du temps qui peut s'écouler entre les deux événements, deux publicités distinctes doivent être effectuées, ce qui alourdit la procédure de constitution d'une SARL ou d'une SAS qui ne peut donc, à ce jour, être effectuée en une seule journée.
302. Même si la légitimité de la première publicité touchant à l'information de l'institution de la société peut être discutable, la perte de temps qui en découle et l'image négative de lourdeur administrative qui s'en dégage nous semblent difficilement acceptables. À l'image du mariage, la société et sa personne morale naissent en deux temps : l'acte instituant la société est signé par les associés fondateurs, cet acte est alors publié à l'image de la publication des bans ; puis, l'immatriculation de la société entraînant création de la personnalité morale est effectuée puis publiée, à l'image de la célébration du mariage et de sa publicité. Même si la formation d'une société pourrait être comparée à un mariage en affaires, l'institution de celle-ci ne justifie pas, à notre avis, deux formalités de publicité successives. Il n'existe d'ailleurs pas d'action en opposition à l'immatriculation d'une société comme il existe une opposition au mariage. Il n'est pas interdit pour une même personne d'instituer deux sociétés et il n'existe pas d'action visant à empêcher les associés fondateurs à immatriculer leur SARL ou leur SAS.
303. La publicité de l'institution de la société pourrait être justifiée par le laps de temps long qui existe entre l'institution et l'immatriculation de la société donnant naissance à la personne morale. Les acteurs de la société entament fréquemment au cours de cette période grise des démarches nécessaires ou utiles à la conduite de l'activité commerciale de leur entreprise. En l'absence d'une telle publicité, ces acteurs pourraient faire face au refus des tiers de contracter avec la société formée en cours d'immatriculation. Cependant, cette publicité a un effet pervers d'allonger cette période grise.
304. D'un œil hongkongais, cette publicité post-institution et pré-immatriculation est étrange. La réduction de la durée de la période grise pourrait permettre la disparition de cette publicité à l'avantage des acteurs de la SARL et de la SAS et pourrait encourager la constitution de la forme sociale pour héberger une entreprise. La disparition de cette publicité favoriserait la rapidité de l'institution d'une SARL et d'une SAS et entraînerait la réduction de la fréquence des problématiques liées aux contrats signés au nom de la société en formation et aux

⁶⁷³ L'avis de constitution doit être publié dans un journal d'annonces légales dans le département du lieu du siège social de la SARL ou de la SAS, conformément à l'article R. 210-3 du Code de commerce.

⁶⁷⁴ Le greffier procède à l'insertion au BODACC de l'avis d'immatriculation ; à moins qu'il ne s'agisse d'une SARL ou d'une SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement respectivement la gérance ou la présidence, conformément aux articles R. 123-155, R. 123-157 et R. 123-161 du Code de commerce.

relations entre associés fondateurs. La réduction de cette période grise pourrait également être effectuée par la suppression de l'obligation d'enregistrer les statuts auprès du service des impôts des entreprises compétent avant le dépôt du dossier d'immatriculation, d'autant plus que la procédure de constitution d'une SARL et d'une SAS devrait répondre au principe de la transmission des informations par un guichet unique aux autres administrations concernées par cette procédure. En ce sens, cette obligation a été partiellement abolie par la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015 dont l'article 24 a supprimé le terme "la formation" à l'article 635-1-5° du Code général des impôts : dans le délai d'un mois à compter de leur date, les sociétés doivent enregistrer les actes constatant leur prorogation, leur transformation ou leur dissolution⁶⁷⁵, les actes constatant l'augmentation, l'amortissement ou la réduction de leur capital⁶⁷⁶ et les actes portant cession d'actions ou de parts sociales⁶⁷⁷ ; ainsi, l'obligation perdure dans le cas où l'acte de constitution de la société est réalisé par un notaire ou l'acte de constitution de la société comporte des apports d'actifs⁶⁷⁸.

305. Il est par ailleurs étonnant que la publicité de l'avis de constitution dans un journal d'annonces légales, qui n'emporte pas de conséquences en terme de naissance de la société, ait été conservée par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite LME alors que les SARL et les SAS composées d'un associé unique personne physique assumant personnellement la gérance ou la présidence de celles-ci sont dispensées de la formalité de la publicité de l'avis d'immatriculation au BODACC⁶⁷⁹, que cette publicité informe les tiers de l'immatriculation de ces sociétés et que la date d'immatriculation emporte naissance de leur personnalité morale. Il nous semble que la simplification opérée n'a pas choisi de dispenser ces sociétés de la publicité la plus pertinente ; d'autant plus que la simplification de l'institution d'une SARL composée d'un associé unique personne physique assumant personnellement la gérance par la proposition de modèle de statuts-type ou par l'adoption de ce modèle de statuts-type par défaut pourrait raccourcir et simplifier la procédure d'institution et d'immatriculation de cette SARL et faire converger les dates de naissance de la société et de la personnalité morale, prélude à une convergence applicable à toutes les SARL et SAS. Il est d'autant plus surprenant que la publicité de l'avis de constitution dans un journal d'annonces légales ait été conservée alors qu'elle est payante⁶⁸⁰ et que l'un des objectifs visant à promouvoir l'institution de sociétés affiché par les pouvoirs publics soit la gratuité de cette constitution.

b. La simplification des formalités de publicité : l'homogénéisation de la publicité de l'immatriculation de la société au BODACC

306. Le point commun entre les formalités de publicité hongkongaise et française est l'existence d'un site internet permettant un accès et une consultation des données par ordre chronologique par l'intermédiaire d'une plate-forme électronique centrale⁶⁸¹. L'existence du BODACC permet à la législation française d'être conforme à l'article 3 §4 de la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 qui prescrit la publicité dans un bulletin national des actes et indications relative à la naissance, à la vie et à la mort des sociétés énumérés par l'article 2 de

⁶⁷⁵ Article 635-1-5° du Code général des impôts.

⁶⁷⁶ Article 635-1-5° du Code général des impôts.

⁶⁷⁷ Article 635-2-7° du Code général des impôts.

⁶⁷⁸ Article 635 du Code général des impôts.

⁶⁷⁹ Cette dispense est organisée par les articles L. 123-1 et L. 127-1 du Code de commerce respectivement pour les SARL et les SAS dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance ou la présidence et par l'article R. 123-155 du Code de commerce.

⁶⁸⁰ "Il incombe aux préfets de fixer chaque année la liste des journaux habilités à recevoir des annonces légales dans le département ou dans un ou plusieurs de ses arrondissements ainsi que le tarif des insertions." dans BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 12, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁸¹ Le portail du *Companies Registry* est www.cr.gov.hk/en/home/ ; celui du BODACC est www.bodacc.fr.

ladite directive. À défaut de procéder à cette publicité, ces actes et indications ne sont pas opposables aux tiers par la société sauf si celle-ci prouve que ces tiers en avaient connaissance⁶⁸².

307. Cependant, à la différence du portail unique du *Companies Registry*, les formalités de publicité des sociétés sont effectives sur plusieurs portails : celui d'Infogreffe, celui du BODACC et ceux des journaux d'annonces légales. Selon le décret n°2012-1547 du 28 décembre 2012⁶⁸³ et un arrêté du 3 février 2014⁶⁸⁴, un portail commun d'accès à l'ensemble des publicités légales⁶⁸⁵ géré par un groupement d'intérêt public devrait voir le jour à l'adresse www.pple.fr (à la date du 22 décembre 2015, ce portail n'est toujours pas ouvert) et permettrait d'accéder directement aux informations des sites d'Infogreffe, du BODACC et des journaux d'annonces légales. Cette réunion des informations légales sur un seul site est judicieuse. À ce jour, deux éléments ont cependant attiré notre attention quant à l'efficacité de cette simplification : les autres sites existent toujours et il s'agit donc de la superposition de portails pouvant créer la confusion auprès des intéressés ; le délai dans lequel les informations sont disponibles sur ce futur portail est de sept jours selon le décret n°2012-1547 du 28 décembre 2012 et ce délai nous semble particulièrement long comparé à la quasi-immédiateté de la mise en ligne des informations légales par le *Companies Registry*.
308. Depuis le décret n°2008-1488 du 30 décembre 2008 ajoutant un alinéa 2 à l'article R. 123-155 du Code de commerce, les SARL et les SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence sont dispensées de la publication de leur immatriculation au BODACC⁶⁸⁶. La publicité afférente à l'immatriculation de ces sociétés est effectuée en ligne sur le portail du Registre du commerce et des sociétés qui met à jour le fichier des personnes immatriculées. Cette simplification a été effectuée sous l'impulsion de la directive 2003/58/CE du 15 juillet 2003 (Journal Officiel de l'union européenne 4 Septembre 2003), modifiant la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968, qui prévoit désormais que les États membres peuvent décider de remplacer la publication au bulletin national par une consultation des données en cause par l'intermédiaire d'une plate-forme électronique centrale permettant un accès aux données par ordre chronologique. Il en résulte un gain de temps pour ces SARL et SAS.
309. Cette publicité des SARL et SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence ressemble à la publicité effectuée pour toutes les *Companies* à Hongkong, quel que soit le nombre d'associés. Il en résulte une discrimination entre les SARL et les SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence et celles qui ont plusieurs associés ou celles dont l'associé unique personne physique ou personne morale n'assume pas personnellement la gérance ou la présidence ; la publicité de ces dernières est plus longue et les effets de celle-ci sont donc plus tardifs. Suite au fait que la publicité au BODACC ait été jugée inutile pour certaines SARL et SAS, il serait logique, dans le but de réparer la discrimination faite aux autres SARL et SAS et d'homogénéiser le régime applicable à la publicité de ces deux formes sociales, que

⁶⁸² Article L. 210-5 du Code de commerce ; article 3 §5 de la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968.

⁶⁸³ Journal officiel de la République française du 31 décembre 2012, Décrets, arrêtés et circulaires, Textes généraux, texte 112 sur 168.

⁶⁸⁴ Journal officiel de la République française du 5 février 2014, Décrets, arrêtés et circulaires, Textes généraux, texte 1 sur 115.

⁶⁸⁵ Projet Portail numérique de Publicité Légale des Entreprises ou PPLE détaillé à la page 21 du rapport d'activité pour l'année 2012 de la Direction de l'information légale et administrative.

⁶⁸⁶ BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 25, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

la publicité de leur immatriculation soit également effectuée par la mise à jour du portail du RCS, "registre de publicité légale productif d'effets de droit"⁶⁸⁷, voire que cette simplification de la publicité soit étendue à toutes les sociétés, sauf à ce qu'elles procèdent à une offre au public nécessitant alors une publicité active au BODACC (en opposition à une publicité passive par mise à jour du registre des personnes immatriculées consultable en ligne).

310. Cette dispense au BODACC a pour effet positif de réduire le délai dans lequel est opposable aux tiers la naissance de la personnalité morale⁶⁸⁸ ; le point de départ n'étant plus la publicité du BODACC effectuée par le greffier dans les huit jours de la notification du numéro d'immatriculation par l'INSEE⁶⁸⁹ mais simplement la publicité au Registre du commerce et des sociétés. Il serait judicieux d'élargir cette mesure de simplification à toutes les SARL et SAS et à d'autres sociétés.

B. Quant aux administrations impliquées et les droits ou taxes dus

311. Plusieurs principes communs régissent les deux procédures de constitution : le principe du guichet unique, le principe de la transmission des informations par le guichet unique aux autres administrations concernées par l'institution d'une société et le principe d'un faible coût voire de la gratuité du service d'immatriculation (1). Un fois ces points communs dégagés, la mise en œuvre de ces principes est différente entre la France et Hongkong : Hongkong tend à respecter ces principes alors que la France tend à brouiller les pistes (2).

1. Des principes directeurs communs aux deux procédures de constitution

312. À Hongkong, le *Companies Registry* est le guichet unique de toutes les sociétés. Il a compétence à recevoir toutes les demandes d'immatriculation quelle que soit la forme de la société et quel que soit le lieu d'établissement de son siège social sur le territoire de Hongkong.
313. Le formulaire d'immatriculation d'une *Company* contient une page destinée à être transférée par le *Companies Registry* à l'*Inland Revenue Department*. Le *Companies Registry* reçoit le document destiné aux autorités fiscales, il perçoit le règlement de la taxe afférente à l'enregistrement de la *Company* auprès de celles-ci et leurs fait suivre le document et le règlement.
314. Le coût de l'immatriculation d'une *Company* est composé du paiement de deux sommes : la taxe d'enregistrement auprès des services fiscaux due sur une base annuelle ou trisannuelle versée au *Companies Registry* lors de l'immatriculation de la *Company* puis directement à l'*Inland Revenue Department* dès le premier anniversaire de son immatriculation (cette taxe s'élève à la somme de 2.250 Hongkong Dollars au 1^{er} avril 2014, soit approximativement 265 euros au taux de change moyen du mois de décembre 2015) ; et, les frais du *Companies Registry* d'un montant de 1.720 Hongkong Dollars au 3 mars 2014⁶⁹⁰ (soit approximativement 205 euros au taux de change moyen du mois de décembre 2015). Aucune autre administration

⁶⁸⁷ BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 66, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁸⁸ De cette publicité au BODACC découle l'opposabilité aux tiers des informations qui y sont soumises (article L. 210-5 du Code de commerce), en l'espèce l'avis d'immatriculation.

⁶⁸⁹ Articles R. 210-8 et R. 123-157 du Code de commerce.

⁶⁹⁰ Il est à noter que sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, l'immatriculation d'une *Company* était sujette au paiement au *Companies Registry* d'une taxe calculée sur le montant du capital social ; cette taxe dénommée *capital duty* s'élevait à 0.01% du capital social par tranche de 1.000 Hong Kong Dollars.

hongkongaise n'est impliquée dans l'immatriculation d'une *Company* et aucun autre frais n'est dû au titre d'une publicité éventuelle.

315. Ces trois principes se retrouvent dans le cadre de la procédure française mais leur respect n'est pas aussi facile que leur énonciation.

2. Une mise en œuvre différente selon les deux procédures de constitution

316. Le principe du guichet unique a été consacré législativement par la loi du 11 février 1994. Cette loi donne une compétence générale d'attribution aux Centres de formalités des entreprises, créés par le décret n°81-257 du 18 mars 1981, pour "permettre aux entreprises de souscrire en un même lieu et sur un même document les déclarations auxquelles elles sont tenues par les lois et les règlements, dans les domaines juridique, social, administratif et fiscal, afférentes à leur création, à la modification de leur situation et à la cessation de leurs activités"⁶⁹¹. Or, malgré son objectif de simplification, le décret de 1981 ajoute un service nouveau alors que le service qui aurait pu jouer ce rôle sans modifier l'habitude des entrepreneurs est le Registre du commerce et des sociétés, dont la compétence territoriale est simple. De plus, le Registre du commerce et des sociétés demeurant habilité à recevoir notamment les demandes d'immatriculation⁶⁹², il y a "double" guichet unique : cette superposition est toute française ! Il est à ce sujet étonnant de noter que le dépôt direct de la demande d'immatriculation auprès du Registre du commerce et des sociétés⁶⁹³, qui transmet ensuite la demande au Centre de formalités des entreprises compétent⁶⁹⁴, permet une immatriculation plus rapide de la société que le dépôt auprès dudit Centre. En outre, le Centre de formalités des entreprises est dispersé entre plusieurs entités⁶⁹⁵ ce qui ajoute à la complexité de la procédure de constitution d'une société. Ces éléments permettent de relever l'efficacité toute relative du Centre dans le cas d'une demande d'immatriculation d'une société même si son action de transmission d'une copie du dossier auprès des nombreuses administrations concernées est appréciable en remplacement de multiples dépôts par l'entrepreneur.
317. Le principe de la transmission des informations par le guichet unique aux autres administrations concernées par l'immatriculation d'une société est plutôt appliqué par la procédure française. La différence avec la procédure hongkongaise réside dans le nombre d'institutions visées par cette transmission : une seule à Hongkong, une quinzaine en France⁶⁹⁶. Le Centre de formalités des entreprises fait suivre les documents et informations principalement au Registre du commerce et des sociétés (transmission la plus importante quant à la naissance de la personnalité morale de la société) et notamment aux services fiscaux et sociaux, à l'inspection du travail, à l'Insee et aux chambres des métiers qui transmettent alors à l'Institut national de la propriété intellectuelle (la raison pour laquelle le Centre ne transmet pas le dossier directement à l'Institut national de la propriété intellectuelle

⁶⁹¹ BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 45, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013 ; et article R. 123-1 du Code de commerce tel que modifié par le décret n°2010-210 du 1er mars 2010.

⁶⁹² Article R. 123-5 du Code de commerce dans sa rédaction résultant du décret n° 2006-679 du 9 juin 2006.

⁶⁹³ Article R. 123-5 du Code de commerce.

⁶⁹⁴ BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 58, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁹⁵ Voir l'article R. 123-3 du Code de commerce pour le détail de ces institutions.

⁶⁹⁶ La liste précise de ces institutions est à jour à l'annexe 1-1 de l'article R. 123-30 du Code de commerce ; ce qui est également étonnant est la liste mentionnée à cet article R. 123-30 des dix ministres qui peuvent compléter cette annexe 1-1 par arrêté.

demeure mystérieuse) ; le Registre du commerce et des sociétés effectue la publicité au bulletin officiel des affaires civiles et commerciales⁶⁹⁷ (BODACC) ainsi que la transmission de la demande visée par ses soins au Registre national du commerce tenu par l'Institut national de la propriété industrielle⁶⁹⁸ et "envoie dans le même délai à l'Institut national de la propriété industrielle les redevances perçues à ce titre pour le compte de cet établissement"⁶⁹⁹.

318. Nous avons cependant identifié deux exceptions au principe de la transmission des informations par le guichet unique aux autres administrations concernées par l'immatriculation d'une société. La société est toujours chargée d'effectuer la démarche de publicité de son avis de constitution auprès d'un journal d'annonces légales (publicité dont nous ne sommes pas certains de la pertinence voire de l'utilité) et l'enregistrement de ses statuts auprès du service des impôts des entreprises compétent (même si cet enregistrement a été partiellement aboli, certaines sociétés y sont toujours soumises⁷⁰⁰). Cet enregistrement fiscal présente l'avantage de devoir être effectué dans le délai d'un mois à compter de la date des statuts⁷⁰¹, l'existence de ce délai diffère de l'absence de délai dans le reste de la procédure⁷⁰². Cet enregistrement présente néanmoins de nombreux inconvénients : il ajoute une démarche à la procédure d'immatriculation ; il n'a aucun impact sur l'existence de la société ni de sa personnalité juridique ; il ne correspond à aucune formalité de publicité ; le Centre de formalités des entreprises fait suivre le dossier de demande d'immatriculation de la société aux services fiscaux, il en résulte que la justification de cet enregistrement de faire connaître l'existence d'une société aux services fiscaux vient en doublon et vise néanmoins à faire connaître une société qui ne se ferait pas immatriculer par la suite (dans notre proposition de simplification de la procédure de constitution en une seule étape combinant la création de la société et de sa personnalité juridique, cette formalité devrait être supprimée) ; cet enregistrement pourrait avoir pour but de donner une date certaine à la signature des statuts instituant la société, notamment pour les sociétés dont les statuts sont signés sous seing privé, mais cet enregistrement n'est pas exigible du greffier du Registre du commerce et des sociétés dans l'éventualité où le dossier de demande d'immatriculation de la SARL ou de la SAS est déposé auprès de celui-ci dans le délai inférieur à un mois à compter de la date de signature des statuts⁷⁰³.

⁶⁹⁷ Le délai de transmission du Registre du commerce et des sociétés au BODACC des avis à publier est de huit jours (article R. 123-161 du Code de commerce). Ce délai est un des trois délais existants en matière d'immatriculation d'une société, BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 65, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁹⁸ Le délai de transmission du Registre du commerce et des sociétés à l'Institut national de la propriété intellectuelle est de quinze jours maximum (articles A. 123-31 et A. 123-32 du Code de commerce). Ce délai est un des trois délais existants en matière d'immatriculation d'une société, BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 65, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁶⁹⁹ Article A. 123-31 du Code de commerce ; BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 37, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁷⁰⁰ Article 635 du Code général des impôts.

⁷⁰¹ Article 635-1-5° du Code général des impôts.

⁷⁰² A moins que le délai de six mois à compter du premier dépôt de fonds à la société dans lequel les apporteurs peuvent individuellement demander en justice l'autorisation de retirer le montant de leurs apports (article L. 223-8 du Code de commerce) puisse être un délai indicatif dans lequel la société créée devrait être immatriculée auprès du Registre du commerce et des sociétés.

⁷⁰³ "En principe, si un acte juridique est soumis à la formalité de l'enregistrement, les greffiers ne peuvent le recevoir en dépôt sans constater que l'enregistrement a bien été effectué, alors même que le délai pour y procéder ne serait pas expiré (CGI, art. 862, al. 1er). Toutefois, s'agissant des actes constatant la formation des seules sociétés commerciales qu'ils reçoivent en dépôt en vue de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés, les greffiers ne sont pas astreints au respect de cette règle (CGI, art. 862, dern. al.). Ainsi, il est

319. Nous identifions enfin un tempérament au principe de la transmission des informations par le guichet unique. Les futurs associés ne sont pas libres de choisir la forme de l'écrit pour les statuts de leur future société⁷⁰⁴ "en cas d'apport d'immeuble, de droit au bail sur un immeuble supérieur à douze ans et de façon générale chaque fois qu'il y a lieu à publicité au bureau des hypothèques⁷⁰⁵: l'acte authentique est alors obligatoire". Cette exigence entraîne l'intervention de deux nouveaux acteurs extérieurs, le notaire et le bureau des hypothèques du lieu de la situation de l'immeuble apporté au capital social de la future société. Au regard du droit français, l'intervention du notaire dans ce cas ne peut être contournée ; la publication au bureau des hypothèques pourrait cependant être transférée à la charge du Registre du commerce et des sociétés et les effets de cette publicité pourraient rétroagir à la date de l'accomplissement de l'apport comme le prévoit l'article 1843-1 du Code civil.
320. Le principe selon lequel "tout assujetti doit pouvoir bénéficier d'une prestation gratuite"⁷⁰⁶ est posé par la loi du 11 février 1994 n'ayant pas instauré de taxation dans le cadre des missions confiées aux Centre des formalités des entreprises. Leur prestation de base gratuite comprend la réception de la déclaration et des pièces justificatives, la délivrance d'un récépissé, la transmission des pièces aux organismes concernés et l'information du déclarant lorsque le dossier est incomplet, tout comme la prestation du Registre du commerce et des sociétés⁷⁰⁷. Comme à Hongkong où il n'existe plus de droit d'enregistrement lié au montant des apports⁷⁰⁸, les apports sont en principes exonérés de droit d'enregistrement. Le régime des droits d'enregistrement pour la constitution d'une société est uniforme pour toutes les sociétés et respecte le principe de la gratuité de la création d'une société : les apports purs et simples sont en principe exonérés de droit d'enregistrement, dès lors qu'ils confèrent à l'apporteur de simples droits sociaux exposés à tous les risques de la société. Toutefois, "les apports d'immeuble ou droits immobiliers, de fonds de commerce, clientèle ou droit au bail seront passibles du droit de mutation lorsqu'ils sont faits à une personne IS par une personne non IS"⁷⁰⁹, ce qui n'est pas le cas à Hongkong.

Conclusion du Chapitre 2. L'attractivité de la société outil pour l'hébergement de l'entreprise

possible aux fondateurs d'une société commerciale de faire immatriculer celle-ci au plus tôt, en vue de la jouissance de la personnalité morale, avant même que les statuts ne soient enregistrés", BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 36, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁷⁰⁴ Article 4 du décret du 4 janvier 1955.

⁷⁰⁵ BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 57, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

⁷⁰⁶ BAHANS Jean-Marc, Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Point 48, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

⁷⁰⁷ L'article R. 123-93 du Code de commerce prévoit : "Lorsque le dossier de demande d'immatriculation est complet, le greffier, saisi en application du deuxième alinéa de l'article R. 123-5, délivre gratuitement le récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise institué par l'article L. 123-9-1, dans les conditions prévues aux articles R. 123-10 et R. 123-11."

⁷⁰⁸ Le gouvernement hongkongais a aboli les droits d'enregistrement liés au montant du capital social (droits dénommés *capital duty*). Cette abolition est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2012 conformément au règlement pris par le Secretary for Financial Services and the Treasury intitulé Companies Ordinance (Amendment of Eighth Schedule) Order 2012. Avant l'entrée en vigueur de cette abolition, le montant des droits d'enregistrement était le suivant : 1 Hong Kong Dollar était dû par tranche de 1.000 Hong Kong Dollars sur le montant du capital social lors de l'immatriculation de la Company ou de l'augmentation du capital social et le montant de ces droits était plafonné à 30.000 Hong Kong Dollars.

⁷⁰⁹ Droit de 5 %, sauf pour le fonds de commerce qui a un droit progressif de 0 % jusqu'à 23 000 euros, 3 % de 23 000 euros à 200 000 euros et 5 % au-delà, BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 28, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

321. Nous avons démontré que les règles du droit hongkongais applicables aux *Companies* répondent au principe d'efficacité où les futurs associés peuvent rapidement disposer d'une société outil caractérisée à la fois par sa souplesse et sa sécurité juridique. Ce mécanisme d'immatriculation est rapide et sûr : il est attractif. Nous avons identifié plusieurs éléments des SARL et des SAS qui pourraient être modifiés à la lumière de la culture pragmatique et de la théorie juridique dite *enabling law* du droit hongkongais pour encourager les entrepreneurs à instituer une telle forme sociale pour héberger leur entreprise.

Conclusion du Titre 1. Le droit des sociétés, un droit support à la création de la société

322. Le droit des sociétés doit fournir un support aux entrepreneurs pour héberger leurs entreprises. Le droit des sociétés ne doit pas constituer un frein à protéger une entreprise. Le droit des sociétés constitue un frein ne serait-ce que par la création de solution alternative à la société par le droit français résultant d'une réaction simple : le droit des sociétés est un frein donc développons des alternatives en dehors de ce droit des sociétés. Mais, ce droit des sociétés existe et est pertinent pour de multiples raisons ; ne pas y recourir serait une erreur. Ce droit des sociétés peut être simplifié pour répondre aux attentes actuelles des entrepreneurs qui souhaitent légèreté, souplesse et sécurité. Ce droit des sociétés peut être modernisé pour devenir attractif et compétitif et faire de la SARL et de la SAS des formes sociales attractives et compétitives.

323. L'attractivité de la forme sociale des SARL et des SAS se mesure pour les associés lors de sa création ainsi qu'au regard de la liberté, de la souplesse et de la sécurité que lesdits associés peuvent attendre des règles attachées à l'attribution, à la sauvegarde voire à la perte de la qualité d'associé. Nous allons poursuivre cette étude comparative en envisageant les qualités d'associé et de *member* qu'acquière les entrepreneurs une fois la SARL et la SAS instituée et la *Company* immatriculée. Nous allons également comparer les mécanismes offerts aux associés et *members* pour jouer sur la géographie du capital social de leur entité.

Titre 2. La modernisation de la qualité d'associé des sociétés fermées à risque limité

324. La mode des études portant sur la gouvernance des SA, des sociétés cotées et des *public companies* a, d'une part, répandu l'idée selon laquelle le contrôle des actionnaires sur les dirigeants devait être renforcé jusqu'au point de créer un lien de subordination entre actionnaires majoritaires actifs et dirigeants⁷¹⁰ et, d'autre part, a éludé l'étude des acteurs des PME et de leurs relations⁷¹¹ tout en influençant les règles qui leur sont applicables⁷¹². L'étude de ces relations au sein des PME pourrait cependant soutenir l'élan de communication initié dans les sociétés anonymes, sociétés cotées et *public companies* pour que celles-ci soient équilibrées et que les obligations imposées aux dirigeants puissent être contrebalancées par des obligations imposées à la charge des actionnaires, comme celle par exemple de participer aux Assemblées générales afin de bénéficier des informations sur la gestion interne de la société. Dans une SARL, une SAS ou une *Company*, les associés seront généralement moins négligents et participeront davantage aux contrôles annuels organisés dans le cadre de l'Assemblée générale. La taille de l'entreprise et la volonté de la développer, les sommes investies représentant un enjeu matériel concret pour les associés, la proximité professionnelle ou personnelle entre les associés et les représentants légaux sont sans doute les moteurs d'un tel contrôle. Il pourrait être intéressant de déterminer plusieurs obligations qui pourraient constituer une charte de l'actionnaire ou de l'associé comme il existe un code de conduite des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés cotées ou *A Guide on Directors' Duties* pour les sociétés hongkongaises. Ainsi, l'étude des acteurs de la SARL, de la SAS et de la *Company* pourrait être bénéfique aux sociétés anonymes, sociétés cotées et *public companies*.
325. La promotion de la simplicité et la sécurité du régime des acteurs des SARL, SAS et *Company* et de leurs relations par une comparaison des règles et mécanismes mis en œuvre pour soutenir le dynamisme et l'efficacité économique d'une entreprise hébergée au sein d'une SARL, SAS ou *Company*⁷¹³. À l'aune de la nouvelle Ordinance qui a simplifié et rationalisé, parfois par codification, les règles applicables aux *members* et aux *directors* des *Companies*, nous étudierons les caractéristiques des *members* afin d'en tirer des exemples et idées pouvant inspirer les règles applicables aux SARL et développer l'attractivité de cette forme de société commerciale et aider au développement de la pratique et de la jurisprudence afférentes aux SAS dont les règles applicables aux associés et à leurs relations avec les représentants légaux

⁷¹⁰ Ce lien de subordination peut être illustré par la transparence accrue de la rémunération versée aux dirigeants exigée par une communication et un contrôle par les actionnaires.

⁷¹¹ À Hongkong, les recherches conduites par les universitaires ne portent quasiment que sur les *public companies* et les *listed public companies* (par exemple, "Remuneration and riots: rethinking corporate governance reform in the age of entitlement" conférence donnée par le Professeur Alan Dignam le 31 mai 2013 organisée par l'Asian Institute of International Financial Law de la Faculté de droit de l'Université de Hongkong ; "Images of the shareholder, the regulatory implications of shareholder power and powerlessness" conférence donnée par la Professeure Jennifer Hill le 12 mars 2014 organisée par l'Asian Institute of International Financial Law de la Faculté de droit de l'Université de Hongkong). Le secteur des *Companies* n'est que parcellement étudié ; les études ou conférences données à Hongkong sur ce sujet relève plutôt de la sociologie économique et de la tradition des familles chinoises de s'associer dans les affaires ("Chinese family companies un Hong Kong: a regulatory dilemma or delight?" conférence donnée par Docteur Angus Young le 7 avril 2014 organisée par le Centre for Financial Regulation and Economic Development de la Faculté de droit de l'Université chinoise de Hongkong).

⁷¹² À Hongkong, cette influence est illustrée par exemple par l'applicabilité du contrôle des contrats de service signés pour une durée supérieure à trois ans entre la *Company* et le *director* alors que cette mesure vise l'amélioration de la gouvernance des *public companies*.

⁷¹³ Par exemple en permettant l'exclusion d'un *member* ou d'un associé dont le désintérêt manifeste pour la *Company* ou la société entrave le bon fonctionnement de celle-ci.

peuvent être lacunaires du fait de la liberté statutaire caractérisant cette forme sociale⁷¹⁴. La compétitivité du droit français a précédemment été améliorée à l'aune du droit anglo-saxon des sociétés comme en témoigne la modification de l'article L. 223-2 du Code de commerce par la loi n°2003-721⁷¹⁵ du 1^{er} août 2003 dite "loi Dutreil"⁷¹⁶ ou loi pour l'initiative économique réduisant le montant minimum du capital social exigé pour une SARL à un euro sur le modèle de la *private company limited by shares* anglaise pouvant être immatriculée avec un capital social minimum d'une livre sterling. Le droit hongkongais constitue, à notre avis, une autre source riche d'enseignements.

326. Le fort interventionnisme étatique dans les règles applicables à la SARL et la grande liberté statutaire offerte aux associés de la SAS (l'interprétation des articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce est restrictive et les mécanismes mentionnés à ces articles organisant la cession de parts sociales au sein de la SAS ne peuvent être insérés que dans les statuts même si la rédaction de ces articles du Code de commerce ne semble pas si restrictive et même si l'article L. 227-15 du Code de commerce dispose que "toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle", cet article n'exclut pas qu'une cession effectuée dans le silence des statuts soit nulle) sont particulièrement révélés dans la capacité des associés à disposer du capital social de la manière dont ils le souhaitent. Le succès de la *Company* réside dans la souplesse dont disposent les *members* pour établir les règles afférentes au régime du capital social et des parts sociales dans les *articles* ou dans un document extrastatutaire comme le *shareholders' agreement*. Les dispositions de la section 134 (2) de l'Ordonnance "A share or other interest of a member in a company is transferrable in accordance with the company's articles" pourraient sembler restreindre aux *articles* les modalités dans lesquelles une cession de parts sociales peut être réalisée. Cependant, l'interprétation des dispositions de cette section à retenir au vu de la culture juridique hongkongaise et de la Common Law ne semble pas être une interprétation restrictive dans la mesure où la phrase ne mentionne pas "only in accordance with the company's articles". Les *members* peuvent tout à fait prévoir les modalités dans lesquelles les parts sociales pourront ou seront cédées dans leur *Company* en dehors des termes des *articles*. La connaissance et la compréhension de ces deux modèles sur ces questions de géographie du capital social et des parts sociales permet d'établir une comparaison nette : la *Company* et la SAS ont des régimes très proches plutôt éloignés de celui de la SARL du fait de la différence de portée du principe de l'égalité des associés⁷¹⁷ (Chapitre 1). Dans le cadre d'une entreprise de *joint-venture* (c'est-

⁷¹⁴ VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Date de fraîcheur : 1er octobre 2011, Point 18 : "[la loi] du 12 juillet 1999 libéralisant le régime des sociétés par actions simplifiées en appliquant le principe de la liberté contractuelle."

⁷¹⁵ Journal officiel de la République française du 5 août 2003.

⁷¹⁶ VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011, Point 53.

⁷¹⁷ Des trois références suivantes, nous aurions posé la question de la fusion des régimes applicables aux SAS et aux SARL pour donner naissance à une SARL moderne. Cependant, au vu de la différence des outils mis à la disposition des associés de la SAS, cette fusion n'est peut-être pas la seule à envisager. La fusion de la SAS avec la SA sans offre au public est une alternative de simplification et d'allègement du paysage des sociétés commerciales à responsabilité limitée. (i) VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011, Point 76 : la loi LME réforme le régime de la SAS pour en accentuer son caractère hybride société de personnes et société de capitaux, au même titre que la SARL. (ii) VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Date de fraîcheur : 1er octobre 2011, Points 92 et 96 : de nouvelles législations sur les sociétés par actions ne s'appliquent pas à la SAS. (iii) GERMAIN Michel, Réformes contemporaines du droit des sociétés (1966 à 2011), JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-20, Point 53, Date de fraîcheur : 1 octobre 2011 : Les SARL et SAS sont réformées comme des lignes de fuite, la SARL est qualifiée d'adaptable et la distinction entre les SA et SARL/SAS pourrait évoluer vers une distinction similaire à celle du droit hongkongais, où la SA avec offre au public

à-dire une entreprise qui n'est pas gérée par une société familiale), les mécanismes offerts par l'Ordonnance visent à permettre aux *members* prévenants d'insérer ces mécanismes dans les *articles* et dans le *shareholders' agreement* afin de prévenir ou de résoudre les différends et les situations de blocages pouvant survenir au cours de la vie de la *Company* hébergeant l'entreprise de *joint-venture* dans le respect de l'intérêt de cette dernière (Chapitre 2).

pourrait être comparée aux *public companies* et les SARL et SAS/SA sans offre au public pourraient être comparées aux *private companies*.

Chapitre 1. L'attribution et la sauvegarde de la qualité d'associé et de member façonnées par les notions de liberté et d'égalité

327. Le droit hongkongais révèle son pragmatisme et ses objectifs d'efficacité et de sécurité en ce qui concerne la qualité de *founder member* et de *member* d'une *Company*. Les éléments factuels constitutifs de la preuve de la qualité de *member* sont simplement définis et mis en œuvre dans le cadre de l'administration interne de la *Company* afin de réduire toute marge d'erreur ou d'incertitude. Cette matérialité attachée à la possession de la qualité de *member* est également notable en droit français. Le support écrit à la preuve de la qualité d'associé et de la propriété des parts sociales est différent : une grande place est réservée aux statuts des SARL et des SAS et l'affirmation d'un élément intentionnel peut devoir être reconnu alors que le recours à une documentation légale interne à la *Company* et la notification au *Companies Registry* par l'utilisation de formulaires *ad hoc* sont favorisées (Section 1). Quant au capital social et aux parts sociales, l'égalité est un principe commun aux *Companies*, SARL et SAS. La liberté conventionnelle offerte aux associés de la *Company* et de la SAS est un point commun fort permettant à ces deux formes sociales de tempérer le principe d'égalité pour attirer un plus grand nombre de financements et une plus grande variété d'investisseurs. Toutefois, l'attractivité de la SAS est entachée par un repli dirigiste des pouvoirs publics français qui, à la lumière du régime protecteur applicable aux parts sociales rachetables d'une *Company*, ne semblerait pas justifié (Section 2).

Section 1. De nombreux points communs entre la qualité de *member* et celle d'associé

328. La qualité de *member* au sein d'une *Company* est clairement définie par l'Ordonnance et laisse peu de place à l'incertitude tant du point de vue de l'acquisition de la qualité de *member* que du point de vue du mode de preuve de cette qualité (§1). En comparant ces éléments à ceux des SARL et des SAS, il est possible de dégager une grande communauté des principes régissant les qualités de *member* d'une *Company* et d'associé d'une SARL et surtout d'une SAS malgré l'absence d'élément intentionnel attaché à la qualité de *member* en droit hongkongais (§2).

§1. L'essence unique de la qualité de *member* en droit hongkongais : des éléments factuels

329. La notion de *member* est en droit hongkongais définie par des éléments uniquement matériels et les modes de preuve sont relativement simples, tout en faisant fortement appel à l'intervention et à la responsabilité de la *Company* (A). La qualité de *member* doit être distinguée de qualités désignées sous d'autres termes parfois utilisés à tort de manière interchangeable et précisée à la lumière de la qualité *beneficial owner* résultant de l'existence d'une relation de trust entre ce dernier et le *nominee member* (B).

A. La définition de *member* dans l'Ordonnance

330. La section 2 de l'Ordonnance définit les termes de *member* et de *founder member*, le deuxième étant une sous-catégorie du premier⁷¹⁸. Un *founder member* est, dans le cas d'une *company* immatriculée sous l'empire de l'Ordonnance, une personne qui signe les *articles* de ladite *company* conformément à la section 67(1)(a) et, dans le cas d'une *company* immatriculée sous l'empire d'une *Companies Ordinance* antérieure, une personne qui a souscrit ou signé les *memorandum of association* de ladite *company*⁷¹⁹. Il résulte de la définition du terme de *member* de la section 2 de l'Ordonnance que le nom d'un *founder member* doit être inscrit en qualité de *member* dans le registre des *members* de la *company* dès l'immatriculation de celle-ci⁷²⁰. Un *member* peut alors être défini de la manière suivante : un *member* est un *founder member* et tout autre personne qui accepte de devenir *member* de la *company* et dont le nom est inscrit en cette qualité dans le registre des *members* de la *company*⁷²¹.

331. La preuve de la qualité de *founder member* résulte de la présentation d'une copie des *articles* ou de la présentation d'une copie du registre des *members*⁷²². La preuve de la qualité de *member* résulte de la présentation d'une copie du registre des *members*⁷²³. En conséquence, les informations contenues dans le registre des *members* conformément à l'Ordonnance, dont la qualité de *member*, sont tenues pour véridiques sauf preuve contraire⁷²⁴. Il résulte de l'importance du registre des *members* que l'Ordonnance (i) précise que celui-ci doit être tenu en Anglais ou en Chinois⁷²⁵, (ii) détaille les informations qui doivent y être compilées⁷²⁶, (iii) indique que les informations afférentes à un *member* doivent être conservées au moins dix

⁷¹⁸ Section 112(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷¹⁹ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²⁰ Section 112(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²¹ Sections 2 et 112(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²² Section 112(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²³ Section 112(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²⁴ Section 635 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²⁵ Section 627 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²⁶ Sections 627 (2), (3) et (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

ans à compter de la date à laquelle celui-ci cesse d'être un *member*⁷²⁷ et (iv) impose la notification du lieu où est conservé ce registre par la *Company* au *Companies Registry*⁷²⁸. La tenue et la conservation du registre des *members* est une responsabilité importante assumée par la *Company*⁷²⁹ et seuls les tribunaux sont compétents pour ordonner la rectification du registre des *members* sur demande de tout intéressé et notamment d'un *member*⁷³⁰. La consultation du registre des *members* sur demande est libre et gratuite pour tous les *members* de la *Company*⁷³¹ et est libre et payante pour toute autre personne⁷³². Il est à noter que cette consultation libre à titre gratuit ou onéreux peut être suspendue sur décision de l'Assemblée générale pendant une période de trente jours renouvelable une seule fois au cours d'une année⁷³³.

332. La preuve de la propriété de parts sociales d'une *Company* par un *member* est matérialisée par un certificat de parts sociales (dénommé *share certificate*) émis par les *directors*. Ce document vaut preuve de la possession des parts sociales par un *member* jusqu'à preuve contraire⁷³⁴. Le formalisme attaché à la forme du *share certificate* a été simplifié par l'Ordinance : une *Company* n'étant plus obligée de posséder un *common seal*⁷³⁵, l'application de celui-ci sur le *share certificate* est alors optionnelle⁷³⁶. Le formalisme attaché à l'émission du *share certificate* demeure néanmoins présent et la responsabilité pénale de la *Company* et de ses organes peut être engagée : dans les deux mois de l'attribution de parts sociales de la *Company* à un *member* par émission de nouvelles parts ou par cession de parts sociales existantes, la *Company* doit pouvoir adresser le *share certificate* aux *members*⁷³⁷. L'Ordinance détaille la procédure de remplacement d'un *share certificate* perdu au sein d'une *listed public company* mais ne détaille pas cette procédure dans le cadre d'une autre société ; les *directors* d'une *Company* peuvent alors suivre cette procédure dans la mesure où les règles applicables aux *public companies* sont applicables par défaut aux *Companies* sauf dispositions contraires de l'Ordinance, sur le modèle de l'articulation entre le droit général et le droit spécial. Le formalisme attaché au contenu du *share certificate* permet de regrouper diverses informations utiles sur le capital social, notamment du fait de l'absence de valeur

⁷²⁷ Sections 627 (5) et (6) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²⁸ Sections 628 (1) à (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷²⁹ Sections 627 (7), 628 (5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷³⁰ Section 633 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷³¹ Section 631 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷³² Section 631 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷³³ Section 632 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) ; cette suspension de la libre consultation du registre des *members* doit faire l'objet d'une publicité dans un journal diffusé sur le territoire de Hongkong ; cette option est généralement utilisée par les *listed public companies* au cours de périodes courtes de prise de décision du montant des dividendes, BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second Edition, page 288, item 9.048.

⁷³⁴ Section 137 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). La jurisprudence ancienne *Re Bahia and San Francisco Railway Company* (1868) LR 3 QB 584 (Court of Queen's Bench) pose le principe selon lequel "A share certificate is prima facie evidence of a person's title", cité dans SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, pages 537 et 538, point [10.10].

⁷³⁵ Section 124 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷³⁶ L'application de celui-ci n'est recommandée que pour les *public companies* ayant un *common seal*, ce qui est optionnel, et en en faisant usage sur le *share certificate* matérialisant les *securities* émises par ladite *public company*, section 126 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷³⁷ Sections 144 pour l'émission de nouvelles parts et 155 pour la cession de parts existantes de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Dans le cas où ce délai n'est pas respecté et sauf délai autre mentionné dans les *articles*, la *Company* et les *responsible persons* sont passibles d'amendes et d'astreintes (mêmes sections 144 et 155). Le propriétaire de parts sociales n'ayant pas reçu de *share certificate* dans le délai imparti par la *Companies Ordinance* (Cap.622) ou par les *articles* et malgré sa demande adressée à la *Company* est en droit de saisir les tribunaux pour obtenir une injonction d'émettre ledit *share certificate* [sections 145 pour l'émission de nouvelles parts et 156 pour la cession de parts existantes de la *Companies Ordinance* (Cap.622)].

nominale des parts sociales définie dans les *articles* et de la présence de différentes classes de parts sociales : le *share certificate* mentionne traditionnellement le nom et l'adresse du *member*, le nombre et la numérotation de parts sociales détenues, la valeur nominale des parts sociales ; en vertu de l'Ordinance, les informations relatives aux droits de vote attachés aux parts sociales détenues doivent être indiquées si la *Company* a émis plusieurs classes de parts sociales⁷³⁸.

B. Les notions proches de celle de *member* en droit hongkongais

333. Le terme de *member* est celui retenu par l'Ordinance, contrairement à la *Companies Ordinance (Cap.32)* qui utilisait de manière interchangeable ceux de *members* et de *shareholders*. La rédaction de l'Ordinance est alors plus claire dès sa deuxième section où seuls les termes de *member* et de *founder member* sont définis jusqu'au modèle d'*articles*-type pour une *Company* qui ne retient également que le terme de *member* pour l'équivalent d'associé de la SARL ou de la SAS, marquant bien la rupture avec la pratique antérieure de la *Companies Ordinance (Cap.32)* (1). Le droit hongkongais dédoublant la propriété des parts sociales entre le *legal interest* et le *beneficial interest*, une relation de trust peut être mise en place entre deux personnes dans le but de détenir les parts sociales d'une *Company*. Ces deux personnes, le *nominee member* et le *beneficial owner*, doivent être distinguées (2).

1. La clarification effectuée par l'Ordinance préférant le terme de *member*

334. La distinction peut être faite entre les notions proches de *member* et de *shareholder*. La qualité de *member* est applicable à toutes les formes hongkongaises de société ; celle de *shareholder* est limitée aux formes hongkongaises de société ayant un capital social divisé en parts sociales, ou *shares*, c'est-à-dire aux *public* et *private companies limited by shares* et aux *public* et *private unlimited companies with a share capital*. Dans le cas d'une *Company*, ces deux termes sont alors interchangeables, d'autant plus qu'une *Company* ne peut émettre de parts sociales au porteur⁷³⁹ et que le nom d'un *shareholder* est alors généralement toujours inscrit dans le registre des *members*. Notons toutefois que l'Ordinance utilise le terme de *member* pour faire référence au propriétaire à titre personnel de parts sociales ou *shares* d'une *Company*⁷⁴⁰. Le terme de *shareholder* n'est utilisé que dans les cas très précis applicables uniquement aux *companies limited by shares*⁷⁴¹, notamment aux situations de blocage ou d'abus résultant de rapports de force entre associés majoritaires et minoritaires⁷⁴².

⁷³⁸ Section 179 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; la mention de l'existence de parts sociales de classes différentes doit être ajoutée sur le *share certificate* et si le propriétaire des parts sociales n'a pas de droit de vote à l'Assemblée générale, la mention *non voting* doit être ajoutée également.

⁷³⁹ Section 139(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; il est curieux de noter que le droit hongkongais des sociétés a supprimé les parts sociales aux porteurs afin d'augmenter la sécurité et la transparence des sociétés hongkongaises dans un souci d'image et de compétitivité internationales alors que les sociétés françaises cotées et non cotées peuvent émettre des actions au porteur afin notamment d'attirer des émetteurs internationaux sur le marché non réglementé (article L. 211-4 du Code monétaire et financier) - VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Point 57, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011.

⁷⁴⁰ Section 134(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁷⁴¹ Par exemple la définition des *redeemable shares* mentionne le *shareholder* et non le *member* ; section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* "*redeemable shares means shares that are to be redeemed, or are liable to be redeemed, at the option of the company or the shareholder*".

⁷⁴² Dans le cas d'un *squeeze-out*, les sections 693, 694, 695 et 696 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* sont un exemple, respectivement intitulées "*Offeror may give notice to buy out minority shareholders*", "*Notice to minority shareholders*", "*Offeror's right to buy out minority shareholders*" et "*Obligations of offeror with right to buy out minority shareholders*".

335. Le terme de *shareholder* est parfois confondu avec la notion de *stockholder*, tout en sachant qu'un *stockholder* est un sous-ensemble de la notion de *shareholder*⁷⁴³. Un *shareholder* est propriétaire de *shares* ou parts sociales, il est l'associé, alors qu'un *stockholder* est propriétaire de *stocks* ou actions, il est l'actionnaire. Les deux valeurs mobilières, *shares* et *stocks*, constituant l'intérêt de leur propriétaire dans une société. Cependant, les actions ne peuvent être émises que si elles sont entièrement payées alors que les parts sociales peuvent être émises et partiellement payées par l'associé propriétaire. En outre, la conversion de parts sociales en actions ne peut être effectuée que si les parts sociales sont préalablement totalement payées et l'actionnaire détient une valeur monétaire en actions (par exemple, 100 euro d'actions) alors qu'il détient un nombre de parts sociales (par exemple, 100 parts sociales). L'Ordonnance ne fait aucunement référence aux *stocks* en tant que tel, excepté dans la définition du terme *share*⁷⁴⁴ et dans l'énoncé du principe nouveau selon lequel une *company* ne peut, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Ordonnance, émettre ni convertir ses *shares* en *stocks*⁷⁴⁵. En conséquence, le terme de *stock* et cette valeur mobilière est destinée à disparaître en droit hongkongais. L'Ordonnance utilise le mot *stock* pour désigner les notions suivantes : *debenture stock* entrant dans la définition de *debenture*⁷⁴⁶ ou obligation, *recognised stock market* entrant dans la définition d'une *listed company*⁷⁴⁷ et d'*unlisted company*⁷⁴⁸.

2. L'établissement d'une relation de *trust* entre le *member* d'une *Company* et son bénéficiaire

336. Le droit hongkongais distingue la propriété légale d'une part sociale (fréquemment dénommée *legal interest*) et le bénéfice d'une part sociale (fréquemment dénommée *beneficial interest*) ; l'associé fiduciaire (fréquemment dénommé *legal owner* ou *nominee member* ou *nominee shareholder*) est alors distingué du bénéficiaire (fréquemment dénommée *beneficial owner*). L'intérêt pour un investisseur de choisir de ne pas être associé peut être de ne pas apparaître en tant que tel sur le registre des *members* ou sur les informations publiées par le *Companies Registry* pour des raisons variées (commerciales, personnelles, professionnelles, etc...). Un autre exemple du recours au service d'un *nominee member* est qu'un entrepreneur seul peut aussi souhaiter ne pas être *sole member* de sa *Company* en prévision de son décès pour assurer la gestion continue et sans interruption de la *Company* au cours de la période du traitement de la succession et nommer un *nominee member*.

337. En vertu de l'Ordonnance, seul le *nominee member* a la qualité d'associé et seul son nom est renseigné dans le registre des *members* et auprès du *Companies Registry*. Le nom du

⁷⁴³ La section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose : "*share (a) means a share in a company's share capital; and (b) if any of the company's shares is converted into stock, includes stock.*"

⁷⁴⁴ La section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose "*share (a) means a share in a company's share capital; and (b) if any of the company's shares is converted into stock, includes stock.*"

⁷⁴⁵ La section 138 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulée "Repeal of power to issue stock" dispose "A company does not have power to convert its shares into stock. Note – Sections 174 and 175 contain provisions relating to the reconversion of stock into shares." Il résulte de la lecture du titre et du contenu de cette section 138 qu'une société hongkongaise ne peut ni émettre (*issue*) de *stock* ni convertir (*convert*) ses *shares* en *stocks* et que la notion de *stock* est vouée à disparaître.

⁷⁴⁶ La section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose "*debenture, in relation to a company, includes debenture stock, bonds and any other debt securities of the company, whether or not constituting a charge on the assets of the company.*"

⁷⁴⁷ La section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose "*listed company means a company that has any of its shares listed on a recognized stock market.*"

⁷⁴⁸ La section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* dispose "*unlisted company means a company that does not have any of its shares listed on a recognized stock market.*"

bénéficiaire n'est pas mentionné dans le registre des *members*. La *Company* ignore tout de cette relation de *trust* et doit l'ignorer⁷⁴⁹ (les termes de *fiduciary relationship* sont également utilisés en *Common Law*). L'existence de cette relation n'est pas non plus notifiée au *Companies Registry*⁷⁵⁰. Le bénéficiaire n'est pas autorisé à siéger aux Assemblées générales, ni à recevoir les dividendes, ni à bénéficier des droits attachés aux parts sociales⁷⁵¹ et ne peut se prévaloir d'aucun droit vis-à-vis de la *Company* au sein de laquelle l'associé fiduciaire détient des parts sociales. La relation entre l'associé fiduciaire et le bénéficiaire est une relation d'ordre privée organisée par un contrat signé sous seing privé. Un exemplaire de ce contrat est conservé par chacune des parties et, aux fins de preuve de l'existence de la relation de *trust* et de la date d'entrée en vigueur de cette relation, les exemplaires de ce contrat sont présentés au Stamp Duty Office de l'*Inland Revenue Department* (sans que ces services fiscaux n'en conservent une copie) et les parties s'acquittent d'un droit de timbre d'une valeur nominale dérisoire (approximativement cinquante cents d'euro).

§2. La double essence de la qualité d'associé en droit français : des éléments factuels et un élément intentionnel

338. Le droit hongkongais présente l'avantage d'organiser les règles afférentes à l'acquisition de la qualité d'associé de manière à offrir le plus de certitude, de sécurité et de stabilité juridique, notamment en limitant la définition de l'associé à des éléments factuels, contrairement au droit français (A). En comparant les règles hongkongaises et françaises relatives à l'acquisition de la qualité d'associé et les modes de preuve y afférentes, nous remarquons que les règles existantes sont fortement similaires entre la *Company* et la SAS. Certaines règles hongkongaises pourraient influencer les règles françaises afin d'améliorer la sécurité juridique de la possession de la qualité d'associé tout en modernisant et en responsabilisant davantage l'associé (B).

A. L'ajout prétorien d'un critère intentionnel à la qualification d'associé

339. Il convient d'étudier l'exigence documentaire permettant de qualifier une personne d'associé de la SARL ou de la SAS (1) et l'élément intentionnel permettant de compléter cette exigence documentaire qui n'est pas pour autant défailante à permettre d'identifier un associé (2).

1. La preuve documentaire de la qualité d'associé d'une SARL ou d'une SAS

340. L'associé d'une SARL ou d'une SAS est le propriétaire d'au moins une part sociale ; en d'autres termes et d'une manière plus générale, "est associé celui qui est propriétaire de titres sociaux, qu'il les ait acquis par voie de souscription ou par voie d'acquisition, à titre gratuit ou à titre onéreux"⁷⁵².

Cet associé doit être distingué du fondateur qui a eu l'idée d'instituer la société et qui va généralement "réunir les éléments nécessaires à la mise en place de celle-ci et accomplir les formalités constitutives"⁷⁵³. La notion de fondateur est utile dans la société anonyme avec offre au public dans la mesure où "le législateur lui a imparti véritablement un

⁷⁴⁹ Article 58 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁷⁵⁰ Section 634 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁷⁵¹ BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 111, item 5.057.

⁷⁵² COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 193, point 328.

⁷⁵³ BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 14, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

rôle⁷⁵⁴. Cette notion devient généralement superflue dans les SARL et les SAS où le fondateur devient fréquemment l'associé, où le nombre d'associés est limité et où l'intuitu personae est un caractère fort, tout comme dans la *Company*. Cependant, même si au sein d'une SARL et d'une SAS le fondateur devient fréquemment associé et qu'il est alors associé fondateur de la société, le fondateur n'est pas toujours un associé fondateur alors que dans la *Company*, the *founder member* est toujours un *member*. Cette certitude distingue ces notions dans les deux droits. Cette certitude est rassurante en droit hongkongais sachant qu'aux qualités de *founder member* ou d'associé fondateur sont attachées des obligations spécifiques, notamment en termes de libération du capital social et de responsabilité tenant au respect des procédures d'immatriculation d'une *Company* et d'institution d'une SARL et d'une SAS.

L'associé doit être distingué des tiers à la société qui lui ont prêté des moyens financiers sans obtenir en échange des titres sociaux. En effet, "les obligataires qui participent d'assez près à la société ne sont pas des associés car ils n'ont pas fait d'apport"⁷⁵⁵. Le droit hongkongais établit également cette distinction : le *debenture holder* est distinct du *member*⁷⁵⁶.

341. En ce qui concerne la SARL et la SAS, la loi paraît énoncer une définition simple pour identifier l'associé lors de l'institution de la forme sociale qui ne mentionne pas d'élément intentionnel : "Tous les associés doivent intervenir à l'acte constitutif de la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial."⁷⁵⁷ et "Les statuts sont signés par les actionnaires, soit en personne, soit par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial, [...]"⁷⁵⁸. Ainsi, la preuve initiale de la qualité d'associé d'une SARL⁷⁵⁹ et d'une SAS résulterait des termes des statuts et de la signature de ceux-ci par les associés fondateurs. La présentation d'un exemplaire original ou d'une copie certifiée conforme des statuts⁷⁶⁰ suffirait à prouver la qualité d'associé. Au sein d'une SAS, la preuve de la qualité d'associé résulterait également des modalités d'enregistrement de l'identité du propriétaire des actions auprès de la société par action ; en d'autres termes, "l'inscription en compte [...] vaut preuve de la qualité d'associé"⁷⁶¹ et ce compte-titres⁷⁶² est généralement tenue par la SAS elle-même dans la

⁷⁵⁴ BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 14, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011 ; les fondateurs sont chargés d'établir le projet de statuts de la société anonyme avec offre au public en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-2 du Code de commerce.

⁷⁵⁵ VIANDIER ALain, La notion d'associé, Thèse, Paris 1979, cité dans BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Point 14, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011, point 38.

⁷⁵⁶ Part 7 intitulée "Debentures", Sections 307 à 332 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁷⁵⁷ Article L. 223-6 du Code de commerce.

⁷⁵⁸ Article L. 225-15 du Code de commerce.

⁷⁵⁹ La décision suivante de la Cour d'appel de Paris confirme que les trois personnes physiques ayant signé les statuts de la SARL Raf Raf Pilo ont bien la qualité d'associé : "Considérant, à cet égard, que la signature même des statuts de la société Raf Raf Pilo par Messieurs Perriot et Zarrouk manifeste sans conteste leur volonté de s'associer à l'entreprise commune en vue de partager les bénéfices et de participer aux pertes", Cour d'appel de Paris, 10 mars 2004, A. Perriot et R. Ben, Mehrez Zarrouk c/ Dhib Main Ben Hasine, Juris-Data n°2004-237210. La décision suivante de la Cour d'appel de Lyon confirme qu'une personne n'a pas la qualité d'associé du fait de l'absence de signature des statuts "Attendu que le contrat de société se forme par la signature des statuts qui marque l'échange des consentements entre les associés", Cour d'appel de Lyon, 6 mai 2004, M. Bouarfa c/ Sté AS2K SARL : Juris-Data n° 2004-247859. Décisions commentées par MONNET Joël, Droit des sociétés n°11, novembre 2004, commentaire 193.

⁷⁶⁰ Articles R. 223-1 et R. 223-14 du Code de commerce.

⁷⁶¹ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 48, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

⁷⁶² Article L. 211-3 du Code monétaire et financier et articles R. 228-7 "La société tient à jour la liste des personnes titulaires d'actions nominatives, avec l'indication du domicile déclarée par chacune d'elles" et R. 228-8 du Code de commerce.

mesure où les actions d'une SAS sont des valeurs mobilières nominatives⁷⁶³. Ces règles sont fortement similaires à celles de la *Company*, notamment en ce qui concerne la SAS.

342. En dehors de la souscription au capital social, la loi détermine également des éléments de preuve écrits et la possession de la qualité d'associé ne devrait pas avoir besoin d'un élément intentionnel. Dans le cadre d'une SARL, la qualité d'associé devrait être déterminée grâce à la présentation d'un acte de cession effectué par écrit⁷⁶⁴ ; en l'absence d'un tel document écrit, tout autre document écrit probatoire peut être pris en compte par les juges du fond⁷⁶⁵ dont l'appréciation est souveraine⁷⁶⁶. Dans le cadre d'une SAS, les mouvements de titres nominatifs sont mentionnés dans le compte-titres⁷⁶⁷ ; cette inscription vaut présomption simple de propriété⁷⁶⁸ et la personne inscrite sur le compte-titre est associé de la SAS⁷⁶⁹ jusqu'à preuve contraire. Ces règles sont similaires à celles de la *Company*.
343. La jurisprudence distingue ensuite le titre et la valeur des parts sociales, distinction qui n'existe pas en droit hongkongais, notamment du fait de l'absence d'implication des régimes matrimoniaux en droit dans sociétés. Cette distinction développée par la Cour de cassation⁷⁷⁰ confirme que le titre des parts sociales est détenu par l'associé et que la qualité d'associé est bien acquise au jour de la signature des statuts mais que les parts sociales acquises peuvent être propres ou communes pour leur valeur au vu de la situation matrimoniale de l'associé. La date qui doit être prise en compte dans le cadre de la détermination du caractère commun ou non de la valeur des parts sociales est encore non arrêtée par la jurisprudence⁷⁷¹. Il semblerait que cette date ne soit pas celle de la signature des statuts et de l'acquisition de la qualité d'associé. Cette date pourrait être la date de libération des parts sociales ou de l'immatriculation de la société⁷⁷². Dans l'espèce commentée par le Professeur Renaud Mortier, la Cour de cassation ne tranche pas en faveur de l'une ou de l'autre. Nous pencherions pour que la date de l'immatriculation soit retenue contre celle de la libération car la date d'immatriculation est certaine et confirmée par la preuve de l'immatriculation au

⁷⁶³ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Points 51 et 53, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

⁷⁶⁴ Article L. 223-17 renvoyant à l'article L. 221-14 du Code de commerce.

⁷⁶⁵ Par exemple, confirmation de la qualité d'associé par l'étude des correspondances échangées entre les parties, Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 mars 1992 : JurisData n° 1992-000455 ; Bulletin civil 1992, IV, n°109 ; JCP G 1992, II, 21962, note Y. Guyon ; Revue des sociétés 1992, page 732, note R. Libchaber ; "Les juges du fond peuvent déclarer irrecevable l'action formée par une des parties en qualité d'associé d'une société à responsabilité limitée après avoir décidé par une appréciation souveraine des éléments de preuve produits par le défendeur, que le demandeur n'avait été qu'un associé fictif", Cour de cassation, Chambre commerciale et financière, 2 juin 1969, Veuve Monier contre Servonnat et autres, n°68-10053, Bulletin civil 1969, Quatrième Partie, n°202, page 195.

⁷⁶⁶ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 45, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

⁷⁶⁷ Article R. 228-9 du Code de commerce.

⁷⁶⁸ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 50, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

⁷⁶⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 octobre 2002 : JurisData n°2002-016193 ; Bulletin July 2003, §9, page 59, note H. Le Nabasque ; Revue trimestrielle de droit commercial 2003, page 324, n°1, chronique J.-P. Chazal et Y. Reinhard. - Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 juin 1997 : JurisData n°1997-002675 ; Bulletin July 1997, §311, page 859, note DAIGRE Jean-Jacques ; Droit des sociétés 1997, commentaire 134, note H. Hovasse ; Dalloz 1999, jurisprudence page 89, note H. Causse.

⁷⁷⁰ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 4 juillet 2012, n°11-13.384, FS-P+B+I, Jurisdata n°2012-014917, cité par MORTIER Renaud, Le mystère de la naissance des droits sociaux, La semaine juridique notariale et immobilière, n°23, 5 juin 2015, 1183.

⁷⁷¹ MORTIER Renaud, Le mystère de la naissance des droits sociaux, La semaine juridique notariale et immobilière, n°23, 5 juin 2015, 1183.

⁷⁷² En ce sens, Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 3 décembre 1985, n°84-16.085, P+B, Jurisdata n°1985-003288.

Registre du commerce et des sociétés (contrairement à la date de libération qui peut être incertaine du fait des divers moyens de libération et de preuve documentaire), qu'à cette date la société acquiert la personnalité morale et que cette date est la même pour tous les associés (contrairement à la date de libération qui peut être différente pour chaque associé et que la libération en numéraire peut être effectuée par plusieurs transactions successives éloignées dans le temps). Au vu des avantages nés de l'unicité temporelle de l'institution de la société et de la naissance de sa personnalité morale à la date d'immatriculation de la *Company* arrêtée par le *Companies Registry*, il pourrait être pertinent de faire coïncider dans le temps le titre et la valeur des parts sociales en simplifiant la procédure d'enregistrement d'une société auprès du Registre du commerce et des sociétés au point que la société soit revêtue de la personnalité morale le jour où elle est instituée par les associés.

2. L'acquisition de la qualité d'associé résultant de l'ajout prétorien d'un critère intentionnel

344. Au-delà des éléments factuels définissant l'associé d'une SARL ou d'une SAS, un élément intentionnel complémentaire doit être pris en compte, il s'agit de l'*affectedio societatis*⁷⁷³. La définition de l'associé peut alors être étendue à celle-ci : l'associé est "celui qui a fait des apports pour participer aux bénéfices et aux pertes et qui a la volonté de s'associer."⁷⁷⁴ La jurisprudence a développé la notion d'associé en y introduisant une variable importante, l'*affectedio societatis*, comme élément constitutif notamment pour "distinguer la situation de l'associé de celle des personnes qui se trouvent liées à la société sans volonté de s'associer"⁷⁷⁵ ou à l'inverse, dans une SAS, pour donner la qualité d'associé à une personne sur la base de l'apparence⁷⁷⁶ et d'éléments factuels afférents au fonctionnement de ladite SAS.
345. L'élément intentionnel peut également être dégagé de la jurisprudence pour un associé qui est entré dans la SARL ou la SAS après l'immatriculation de la forme sociale. L'élément intentionnel peut aussi être appliqué par les juges du fond pour qualifier d'associé de complaisance ou encore d'associé prête-nom, un associé ayant pourtant acquis des parts

⁷⁷³ Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 juin 1994, n°92-12.571, Behrens c/ SCA Gromand d'Évry : Revue de jurisprudence de droit des affaires, 9/1994, n°943 : où la chambre commerciale a pu considérer comme dépourvue d'*affectedio societatis* et refuser la qualité d'associée à l'héritière d'une associée, qui avait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire et demandé en justice la nullité de la société. B. Saintourens, L'héritier de l'associé, mélanges Bernard Bouloc : Dalloz, 2006, page 1025. Cour d'appel de Paris, 16e chambre, section A, 10 mars 2004, Perriot c/ Dhib Main Ben Hassine, JurisData n° 2004-237210 ; Droit des sociétés 2004, commentaire 193, note J. Monnet ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 8-9/2004, n°1002, page 914 ; Revue des sociétés 2004, page 733, observation I. Urbain-Parleani : où l'on retient la qualité d'associé à deux personnes même si celles-ci demeurent débitrices de leur apport du moment qu'elles se prévalent du bon fonctionnement de la société en convoquant une Assemblée générale), ou tout du moins comme "instrument de classification des associés en deux catégories, à savoir ceux animés par l'*affectedio societatis* et ceux qui ne le sont pas" (Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 octobre 1997, n°94-19.016, Le Cristal c/ Groc : JurisData n°1997-000406 ; Les Petites Affiches, 11 février 1999, page 15, note P. Etain) ; GUYON Yves, "Affectedio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 70, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁷⁷⁴ Citation extraite de la thèse d'Alain VIANDIER, La notion d'associé, Thèse, Paris 1979, et citée dans GUYON Yves, "Affectedio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 38, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁷⁷⁵ GUYON Yves, "Affectedio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 70, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁷⁷⁶ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 50, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009 "Cette notion a été consacrée par la cour d'appel de Lyon le 13 août 1993 (CA Lyon, 13 août 1993 : RTD com. 1995, p. 142, note C. Champaud) au vu des indices suivants : attestation d'inscription en compte des titres ; versement régulier de dividendes à l'actionnaire apparent ; mention de celui-ci sur les listes d'actionnaires et feuilles de présence aux assemblées ; convocation régulière aux assemblées."

sociales d'une SARL. Dans cette espèce, l'élément intentionnel a permis d'écarter un associé pourtant officiellement propriétaire de parts sociales en le qualifiant d'associé prête-nom et pour qualifier un tiers à la société de maître de l'affaire⁷⁷⁷.

B. La modernisation de la qualité d'associé par le renforcement de sa participation à la gestion d'une SARL et d'une SAS

346. La certitude et la sécurité juridique qui résultent de la possession de la qualité de *member* d'une *Company* tend à promouvoir l'absence d'élément intentionnel dans l'acquisition de la qualité d'associé d'une SARL et d'une SAS, d'autant plus que l'étude des éléments matériels tend à démontrer une forte proximité de ces éléments entre la *Company* et la SAS et la SARL (1). La promotion de l'élaboration d'un code de conduite des associés pourrait permettre une meilleure implication de ceux-ci dans la surveillance de la vie sociale et un contrôle plus effectif de la gestion financière des représentants légaux évitant le recours à l'élément intentionnel, qui pourrait pourtant être pertinent pour exclure un associé (2).

1. La promotion de l'acquisition de la qualité d'associé dépourvue d'élément intentionnel

347. Il ressort de la jurisprudence hongkongaise que la définition matérielle de *member* est appliquée à la lettre : seuls les éléments matériels sont pris en compte en dehors de tout élément intentionnel. Cette application rigoureuse de la définition matérielle emporte un faible volume de litige sur la qualité de *member*, à moins que la cession ait résulté de la formation et de l'utilisation de faux documents ou d'une fraude⁷⁷⁸. Il n'existe pas de courant jurisprudentiel qui pourrait requalifier un tiers à la *Company* de *member* ou inversement, déqualifier un *member*, sur la présence ou l'absence d'un élément intentionnel.

348. En France, la jurisprudence utilise l'*affectio societatis* pour distinguer l'associé des non-associés et ne pas s'en tenir aux apparences : "il existe des associés fictifs qui ne sont pas animés en réalité par l'*affectio societatis* et, à l'inverse, on peut trouver des personnes apparemment étrangères à la société, mais qui se comportent comme des associés"⁷⁷⁹. Ensuite, les courants doctrinaux faisant état de plusieurs catégories d'associés, pourtant propriétaire de la même catégorie de parts sociales ou d'actions, selon la forme de la société⁷⁸⁰ ou selon le degré d'implication dans la société⁷⁸¹, nous semblent peu pertinents dans la mesure où la classification qui en découle n'engendre pas de différence de régimes.

⁷⁷⁷ Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section A, 13 juillet 1993, n°92-0222037, Naudin contre Delibes ès-qualités, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 1993, n°12, page 250, note LE NABASQUE Hervé.

⁷⁷⁸ Re Bahia and San Francisco Railway Company (1868) LR 3 QB 584 ; Balkis Consolidated Co v Tomkinson [1893] AC 396 (House of Lords) ; Ruben v Great Fingall Consolidated [1906] AC 493 (House of Lords) ; SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, Sealy's Cases and Materials in Company Law, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, pages 537 to 541, points [10.10] to [10.12].

⁷⁷⁹ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 70, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁷⁸⁰ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 71, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013 "certains auteurs classaient les associés "en fonction du type et de la forme de la société à laquelle ils appartenaient (V. notamment, A. Viandier, La notion d'associé, thèse Paris 2 : LGDJ, 1978, n° 86 s., p. 87 s.)". En effet, la nécessité d'un important affectio societatis de la part des associés était variable selon qu'il s'agissait d'une société de personnes ou d'une société de capitaux."

⁷⁸¹ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 71, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013 : "Elle [la classification des associés en deux catégories] doit reposer sur les associés eux-mêmes, en tant que personne animée d'un sentiment de collaboration. Il y aurait ainsi ceux dont le comportement consisterait à participer à l'œuvre commune et les autres qui refuseraient tout sentiment de collaboration. Ainsi, un auteur a proposé cette distinction "entre les associés politiques et les associés investisseurs".

Un associé, qu'il s'implique ou non dans la gestion de la société, demeure un associé responsable à hauteur de ses apports et est motivé par l'essor de l'entreprise et les dividendes qu'il peut en retirer. Nous partageons ainsi l'avis de la doctrine qui considère que "la collaboration active au sein de la société ne devrait pas intégrer la définition de *l'affectio societatis* ni être prise en compte pour déterminer la qualité d'associé. Seule la propriété des titres sociaux serait déterminante. Les motifs ayant conduit à leur acquisition de même que la plus ou moins grande préoccupation pour les affaires sociales importeraient peu"⁷⁸².

349. Nous n'allons alors pas proposer une classification entre associés politiques et associés investisseurs⁷⁸³ ; nous pensons que cette distinction ne sert pas au fonctionnement de la société (en dehors de la signature d'un pacte d'associés qui donnerait davantage de pouvoir d'implication dans la gestion de l'entreprise ou de la vie sociale à un associé politique plutôt qu'à l'associé financier). Les associés qui instituent une société ou qui entrent au capital d'une société pour y jouer un rôle actif de gestion ou pour y apporter uniquement des fonds nécessaires au développement et au fonctionnement de l'entreprise sont tous égaux (à moins que les droits attachés aux parts sociales ou actions détenues soient distincts). Ils connaissent les raisons pour lesquelles ils participent à la société et leur implication dans la vie sociale par l'exercice des prérogatives qui sont attachées à la qualité d'associé peut ne pas dépendre que de la qualité de l'apport (intellectuel ou financier) effectué⁷⁸⁴.

350. Du fait de l'absence d'élément intentionnel et de l'existence de la responsabilité pénale encourue par la *Company* et les *responsible persons*, le droit hongkongais présente l'avantage de la simplicité et de la certitude quant à la preuve de la possession de la qualité de *member* par rapport au droit français qui offre une plus grande liberté aux associés d'une SARL et d'une SAS pouvant nuire à la certitude de la possession de la qualité d'associé.

Dans le cas de l'immatriculation de la *Company*, de la SARL et de la SAS, la preuve de la qualité de *founder member* ou d'associé est apportée respectivement par les *articles* ou les statuts ; cette communauté du mode de preuve nous semble pertinente et démontre la commune importance de l'acte constitutif d'une société dans les deux ordres juridiques. L'entrée des *founder members* d'une *Company* et des associés d'une SAS respectivement sur le registre des *members* et sur le compte-titres constitue la preuve de la qualité de *member* et d'associé au sein de ces deux sociétés, ce qui les rapproche ; cette communauté de fonctionnement interne est probablement due au fait que la SAS est une société par actions et que les règles de droit général applicables à la *Company* sont tirées des règles applicables aux *public companies* hongkongaises.

Dans le cas d'une cession de parts sociales entre vifs, l'acte de cession écrit acquitté du droit de timbre est en droit hongkongais la preuve de la cession de parts sociales au sein d'une *Company* et la modification du registre des *members* puis l'émission d'un *share certificate* par la *Company* constituent les éléments de preuve de la qualité de *member* ; dans le cadre de la SARL, la preuve de la qualité d'associé résulte de l'acte de cession constaté par écrit et acquitté des droits d'enregistrement ; dans le cadre de la SAS, la preuve de la qualité d'associé résulte de l'inscription du cessionnaire sur le compte-titres, inscription pouvant résulter de la présentation d'un acte de cession constaté par écrit et

⁷⁸² GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 71, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁷⁸³ ETAIN P., Affectio societatis, fraude et catégorie d'associés, note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 janvier 1997, n°94-19.016, SARL Cristal c/ Groc, Les Petites Affiches, 11 février 1999, page 15.

⁷⁸⁴ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 72, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013 : "l'exercice des droits sociaux peut varier selon la personnalité de chaque associé, la loi reconnaît à chacun d'eux la possibilité de participer aux décisions sociales afin de réaliser l'objectif commun".

acquitté des droits d'enregistrement. La proximité de la *Company* et de la SAS est ici aussi importante, notamment du fait de l'existence d'un registre des *members* et d'un compte-titres.

Dans le cas de l'émission de parts sociales nouvelles, la décision d'augmenter le montant du capital social et d'attribuer les nouvelles parts sociales émises aux *members* existants ou à des tiers à la *Company* appartient aux *members* et les *directors* effectuent les démarches afférentes à cette augmentation de capital social, cette émission de nouvelles parts sociales et leur attribution conformément aux instructions données dans la décision des *members*⁷⁸⁵. Dans le délai d'un mois à compter de la décision des *members*, la *Company*, par le biais de ses *directors*, doit notifier l'augmentation du capital social, l'émission des parts sociales nouvelles et leur attribution au *Companies Registry* par le dépôt d'un formulaire pré-imprimé⁷⁸⁶. Au plus tard dans le délai de deux mois à compter de la décision des *members*, la *Company*, par le biais de ses *directors*, doit renseigner le nom des personnes devenues *members* suite à cette modification de la structure du capital social de la *Company* dans le registre des *members*⁷⁸⁷ ainsi qu'émettre les *share certificates* y afférents⁷⁸⁸. Cette inscription dans le registre des *members* constitue la preuve de la qualité de *members* de ladite *Company*⁷⁸⁹. Il est important de noter qu'en cas d'augmentation du montant du capital social, les *articles* sont modifiés quant au montant total du capital social et la copie de la décision d'augmentation du capital social est annexé aux *articles* mais les noms des nouveaux *members* et la nouvelle répartition des parts sociales entre les *members* existants et les nouveaux *members* n'est pas ajouté. Seul le registre des *members* est mis à jour. Ainsi, la preuve de la qualité de *members* et d'associé entre une *Company* et les SARL et SAS est à distinguer sur ce point, les *articles* hongkongais n'ont pas l'importance des statuts français : la décision des associés d'une SARL ou d'une SAS augmente le montant du capital social (tout comme la décision des *members*) et les statuts doivent alors être modifiés pour refléter l'augmentation du capital social et l'attribution des nouvelles parts sociales émises (contrairement aux *Companies*) puis l'inscription au compte-titres de la SAS (comme la *Company* mais la SARL ne dispose pas d'un tel registre). La *Company* et la SAS sont également proches du fait de la possibilité pour les associés d'une SAS, par l'application des articles du Code de commerce applicables à la société anonyme, de déléguer le pouvoir de décider du principe de l'augmentation de capital et de la répartition des titres⁷⁹⁰ ; à noter que cette délégation peut durer vingt-six mois dans le cas de la SAS alors qu'elle n'est valable qu'au plus douze mois au sein de la *Company*.

351. Il est curieux de noter que dans aucun des deux ordres juridiques la preuve de la qualité d'associé suite à une cession entre vifs n'est apportée par le dépôt d'une preuve écrite au *Companies Registry* ou au Registre du commerce et des sociétés ou à la Caisse des dépôts et consignations ou auprès d'un notaire⁷⁹¹. La publicité effectuée suite à une cession de parts sociales d'une SARL ou d'actions d'une SAS par la mise à jour des statuts et par la publicité y afférente a pour but de rendre opposable ladite cession à la société⁷⁹² et aux tiers⁷⁹³. Mais, la

⁷⁸⁵ Sections 140 et 141 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷⁸⁶ Section 142(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷⁸⁷ Section 143(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷⁸⁸ Section 144(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷⁸⁹ Section 112(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷⁹⁰ Articles L. 225-129 et suivants du Code de commerce.

⁷⁹¹ Article R. 225-6 du Code de commerce applicable aux SAS disposant que la liste des souscripteurs est déposée auprès de la Caisse des dépôts et consignations, d'un notaire, d'un établissement de crédit ou un intermédiaire ; il est probable qu'une SAS ait plutôt recours à la Caisse des dépôts et consignations ou au notaire.

⁷⁹² Articulation des articles L. 223-7 et L. 221-14 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

⁷⁹³ Articulation des articles L. 223-7 et L. 221-14 alinéa 2 du Code de commerce.

preuve de la propriété de parts sociales et de la possession de la qualité d'associé relève d'une transaction purement privée qui se distingue de la publicité qui peut ensuite y être attachée. L'autorité devant impérativement intervenir dans les deux ordres juridiques est le *Stamp Duty Office* de l'*Inland Revenue Department* auprès duquel les cédant et cessionnaire doivent s'acquitter d'un droit de timbre calculé sur la base du prix de cession ou sur la base du chiffre d'affaires⁷⁹⁴ et le service des impôts des entreprises⁷⁹⁵ auprès duquel les parties à l'acte doivent s'acquitter d'un droit d'enregistrement. Ni le *Stamp Duty Office* ni le service des impôts des entreprises n'effectuent de publicité des actes qu'ils reçoivent. Le *Stamp Duty Office* ne conserve même pas un exemplaire ou une copie de l'acte de cession. Il est alors nécessaire d'attendre une mise à jour des statuts notifiée au greffe⁷⁹⁶ pour obtenir une liste à jour des associés et de la répartition des parts sociales entre ceux-ci ; la liste des associés n'est étonnamment pas indiquée sur l'extrait Kbis. IL est également nécessaire d'attendre la mise à jour annuelle⁷⁹⁷ et impérative de l'*annual return* listant tous les éléments relatifs à la structure de la *Company* : la liste des *members* est mise à jour à la date anniversaire de la *Company* et les cessions et transferts ayant été enregistrés par la *Company* au cours des douze mois écoulés (noms, adresses et nombre de parts sociales détenues voire cédées) sont alors indiqués. Il nous semble qu'aucune de ces deux méthodes ne soit optimum.

La procédure hongkongaise présente l'inconvénient de laisser incertaine la liste publique des *members* pendant une période de douze mois alors que cette liste publique est disponible et consultable à tout moment sur le portail du *Companies Registry*. Il existe probablement trois raisons à cela. La première raison est que la liste des *members* n'emporte pas les mêmes conséquences que la liste des *directors* dans la mesure où ce sont ces derniers qui engagent la *Company* et que ce sont ces derniers que les tiers doivent être capables d'identifier. La deuxième est que le registre des *members* est impérativement mis à jour sous peine pour les *responsible persons* de la *Company* de voir leur responsabilité engagée⁷⁹⁸ et ce registre est consultable sur demande d'un tiers de manière libre et néanmoins payante⁷⁹⁹. La troisième est qu'une cession n'emporte pas de modification du montant du capital social et n'a pas d'effet sur la responsabilité financière des *members* quant à la structure du capital social (contrairement à la cession de parts, toutes les opérations sur le capital social ayant pour effet de modifier les droits attachés aux parts sociales ou d'altérer le montant du capital social et donc d'intéresser les créanciers de la *Company* doivent être notifiées au *Companies Registry* par un formulaire pré-imprimé sous la responsabilité des *directors*, voire du *company secretary*). Au regard de ces raisons et du test *enabling/regulatory*, les pouvoirs publics n'ont pas jugé utile d'imposer une notification supplémentaire aux *Companies*. Il pourrait néanmoins être bénéfique en terme d'opposabilité aux créanciers de la *Company* et des *members* de connaître plus régulièrement que tous les douze mois la répartition du capital social d'une *Company* via le portail du *Companies Registry*, d'autant plus que le droit hongkongais est soucieux de transparence, de certitude et de sécurité. À cette fin, un formulaire pré-imprimé pourrait

⁷⁹⁴ http://www.gov.hk/en/residents/taxes/stamp/stamp_duty_rates.htm.

⁷⁹⁵ Article 635-2-7° du Code général des impôts.

⁷⁹⁶ Dans sa délibération du 25 mars 2004, le Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés (Bull. du registre du commerce et des sociétés, n°25, janvier-février-mars 2004, délibération 03-43) mentionne que le dépôt d'un acte de cession constituerait un acte modificatif des statuts. Le commentaire de cette décision proposé par Joël MONNET tend à suggérer que dans l'attente de l'acte modificatif des statuts (adopté par l'Assemblée générale ou par le gérant de SARL ou le président de SAS), l'acte de cession suffirait de manière à ne pas faire peser une trop grande lourdeur administrative sur les sociétés si l'interprétation de la position du Comité quant au contrôle des opérations de cession est limitative (contre une interprétation stricte) ; MONNET Joël, Cession de parts sociales, Droit des sociétés n°11, novembre 2004, commentaire 192.

⁷⁹⁷ Cette information transmise au *Companies Registry* n'emporte pas preuve de la qualité de *member*.

⁷⁹⁸ Section 627 (7) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁷⁹⁹ Section 631 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

être établi par le *Companies Registry*⁸⁰⁰ et la notification d'une modification de la répartition du capital social ou de la propriété de parts sociales suite à une cession pourrait être effectuée par le *company secretary* ou par un *director*.

La méthode française nous semble revêtir de nombreux inconvénients dont la lenteur et l'incertitude. Tout d'abord la lenteur, qui est inhérente à la procédure de mise à jour des statuts et à la notification de ceux-ci au greffe. Ensuite l'incertitude, qui pour un tiers accompagne la consultation des documents notifiés ou non au greffe découlant de l'image d'un important défaut de notification par les sociétés au greffe des éléments attachés à leur évolution. Enfin l'incertitude, qui naît de l'absence de mention de la liste des associés dans l'extrait Kbis et cette mention pour les extraits kbis des SARL et des SAS augmenterait la transparence de ces formes sociales. Ainsi, nous préconiserions une évolution du greffe et des notifications par les sociétés au greffe sur le modèle des procédures hongkongaises enfermées dans des délais courts (le dépôt de l'acte de cession de parts sociales d'une *Company* doit être effectué dans les vingt-quatre heures de l'exécution de l'acte afin d'éviter l'application de pénalités et d'amendes contre un mois en France) qui renforcent la sécurité et la transparence de la *Company* et l'efficacité du droit hongkongais revêtu d'une image d'effectivité et de simplicité.

352. La certitude des procédures internes à la *Company*, et notamment celle de la mise à jour du registre des *members*, est renforcée par la présence du *company secretary*. Cet acteur de la *Company*, obligatoirement nommé dans le formulaire d'immatriculation puis en cas de changement au cours de la vie sociale, par les *directors*, assume plusieurs missions dont la tenue des registres de la *Company*. Son caractère professionnel aura un impact direct sur la qualité de la tenue des registres, le respect minutieux des procédures y afférentes et le respect des dispositions de l'Ordonnance et des termes des *articles* de la *Company*. Sa présence au sein de toutes les *Companies* permet de pallier "le danger inhérent aux sociétés unipersonnelles qui serait la difficulté d'assurer la manifestation indubitable des actes juridiques concernant la société et d'assurer une distinction claire et nette entre la société et le seul associé"⁸⁰¹. Le *company secretary* assiste les acteurs de la *Company* pour s'assurer que les règles de fonctionnement de celle-ci et que le formalisme des actes sociaux soient respectés. L'Ordonnance n'impose pas que la personne qui assume la fonction de *company secretary* soit un professionnel. Pour les moyennes et grandes entreprises, le *company secretary* sera souvent un professionnel et le respect du droit des sociétés sera garanti alors que dans une petite entreprise, le coût d'un *company secretary* professionnel ne sera le plus souvent pas engagé, une personne de la famille ou un ami assumera cette mission et le respect du droit des sociétés pourrait être plus aléatoire. Cependant, tout comme l'Ordonnance exige le recours aux services d'un auditeur pour toutes les *Companies*, nous pourrions recommander que celle-ci exige également le recours au service d'un *company secretary* professionnel ; le coût lié à ses services pourrait varier tout comme celui d'un auditeur⁸⁰² et chaque société pourrait trouver le

⁸⁰⁰ Du fait du caractère privé d'une cession de parts sociales en droit hongkongais et des informations relatives au prix de cession notamment indiquées sur l'instrument de cette cession, la préparation d'un formulaire pré-imprimé est préférable au dépôt dudit instrument auprès du *Companies Registry*. La préparation d'un tel formulaire répond à la culture du *Companies Registry* auprès duquel ne sont notifiées que les informations nécessaires et ne sont généralement pas communiqués les documents matérialisant les modifications structurelles effectuées.

⁸⁰¹ Citation de HORN N., L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : l'expérience allemande, Revue trimestrielle de droit commercial et économique, 1984, page 12, extraite de DAIGRE Jean-Jacques, La société unipersonnelle en droit français, Revue internationale de droit comparé, volume 42, n°2, avril-juin 1990, page 672.

⁸⁰² Nous avons observé que les frais afférents à la préparation de l'audit annuel d'une *Company* par un auditeur peuvent couvrir une gamme très large de 100 euros à 35.000 euros.

company secretary au prix le plus adapté⁸⁰³. Comme nous le verrons dans les développements ultérieurs, nous suggérons que les SARL et SAS adoptent le recours à un *company secretary* ou qu'un des *directors* s'engage à effectuer certaines missions pour garantir la régularité des procédures internes à la société.

2. La promotion de l'implication des associés dans la surveillance de la vie sociale et financière

353. L'absence de participation effective d'un associé à la vie sociale, surtout dans une SARL et une SAS dont le caractère est fortement *intuitu personae*, devrait relever, d'une part, de l'intérêt des autres associés qui devraient s'interroger sur l'opportunité de conserver cet associé qui n'est plus intéressé par la société et son entreprise et, d'autre part, de l'intérêt de l'organe de gestion qui devrait s'assurer de la bonne communication des informations sociales à tous les associés pour assurer une gestion optimale des affaires dévolues à l'Assemblée générale. La question de savoir si l'on peut reprocher à un associé de ne pas user des droits attachés à sa qualité et de ses prérogatives devient alors pertinente ; "par son silence, l'associé participerait à la société puisqu'il acquiescerait tacitement aux décisions prises"⁸⁰⁴. Nous sommes d'avis que l'implication des autres associés sur l'opportunité de conserver un associé silencieux et la vigilance de l'organe de gestion à s'assurer que l'associé silencieux reçoive les informations relatives à la chose sociale devraient constituer la réponse au silence de cet associé afin de déterminer les motifs de celui-ci et les remèdes à apporter s'il y en a (d'où l'importance de la possibilité de mettre en place une procédure d'exclusion car un associé peut souhaiter ne plus participer à la société et ne pas vouloir céder ses parts sociales ou actions et, par ce comportement, bloquer le fonctionnement de celle-ci). Alors, le raisonnement suivant pourrait être tenu : une personne détient des parts sociales d'une SARL ou des actions d'une SAS et cette personne est alors qualifiée d'associé de ladite société (aucun élément intentionnel n'est pris en compte dans la définition positive de l'associé), son silence ou son refus de participer à la gestion de la vie sociale démontre l'absence d'intention de demeurer associé et, au motif de cette absence d'intention, les autres associés ou représentants légaux⁸⁰⁵ pourraient déclarer son exclusion pour le bien de la société. L'intention ne devrait pas permettre de doter une personne de la qualité d'associé mais, au fil du temps, l'intention devrait pouvoir permettre, dans le cadre de la relation privée entre les associés, l'exclusion de l'un des leurs.
354. Il est en effet impossible de forcer un associé à se déplacer pour participer à une Assemblée générale, comme il est impossible de forcer un électeur à se déplacer aux urnes le dimanche des élections. Or, le vote de l'associé est tout aussi important pour la société que le vote de l'électeur pour les institutions publiques. La participation à une Assemblée générale est

⁸⁰³ Les *company secretaries* professionnels proposent généralement un forfait annuel incluant la désignation en qualité de *company secretary* sur une période de douze mois, la préparation de l'annual return et la préparation du procès-verbal de l'Assemblée générale annuelle. Nous avons observé que les frais pour ce forfait annuel varient de 40 euros à 1.000 euros. En sus de ce forfait, ces *company secretaries* professionnels présentent une liste de démarches habituelles à laquelle correspond une liste de tarifs forfaitaires. Par exemple, la préparation des documents relatifs au changement de l'adresse du siège social ou à une cession de parts sociales ou à une augmentation de capital social ou à la tenue d'une Assemblée générale extraordinaire ou au désenregistrement peut être facturée de 30 euros à 780 euros la démarche, voire facturée au temps passé variant de 100 euros à 700 euros de l'heure.

⁸⁰⁴ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 71, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

⁸⁰⁵ La procédure est alors à définir : un associé ou un actionnaire ou un gestionnaire d'une SARL ou d'une SAS pourrait demander la convocation d'une Assemblée générale visant à approuver l'exclusion d'un associé passif nuisant au fonctionnement de la société et en conséquence au développement de l'entreprise.

cependant un droit⁸⁰⁶ et non un devoir. Il devrait être possible de faciliter la participation des associés aux décisions sociales. Des alternatives à la tenue d'une Assemblée générale ont été mises en place à Hongkong pour favoriser le vote des *members*. Une Assemblée générale organisée par des moyens de communication téléphonique ou numérique (comme par vidéoconférence) est tout à fait légale. Une décision qui aurait pu être votée lors d'une Assemblée générale peut être adoptée par écrit par l'envoi par la *Company* à tous les *members* d'une copie de la proposition de décision pour approbation⁸⁰⁷ ; la proposition de décision est adoptée si tous les *members* l'ont approuvée par retour⁸⁰⁸ dans un délai de vingt-huit jours⁸⁰⁹ (ce délai peut être plus court ou plus long au vu des termes des *articles*) ; en cas de retour de la proposition non approuvée ou en cas de silence du *member* à l'expiration dudit délai, le vote est considéré négatif⁸¹⁰. Nous pourrions imaginer un vote obligatoire des associés assorti de sanction financière en cas d'absence à l'Assemblée générale annuelle ou en cas d'Assemblée générale dont l'agenda porte sur une décision devant être adoptée à une majorité supérieure à la majorité simple⁸¹¹.

355. Le *Companies Registry* publie et met à jour un guide destiné aux *directors* de *Company* détaillant leurs obligations vis-à-vis de ladite *Company*, intitulé *A Guide on Directors' Duties*. Ce guide mis à jour au mois de mars 2014 suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle *Companies Ordinance* liste les onze principes, droits et obligations, que doivent connaître les *directors* et auxquels ils sont sujets dans l'exercice de leurs fonctions au sein d'une *Company*. Un deuxième guide de ce type est publié et mis à jour par l'*Hong Kong Institute of Directors*, il s'agit du *Guidelines for Directors*. La quatrième édition de ce guide a été publiée à l'été 2014 et elle est plus détaillée que le guide émis par le *Companies Registry*. L'existence de ces guides est primordiale pour les *directors* notamment du fait de l'absence de codification des devoirs et obligations des *directors* nés de la *Common Law*. La reconnaissance dont bénéficient ces guides, en dehors de tout caractère impératif donné par la loi, pourrait être un exemple pour éditer un guide similaire pour les *members* d'une *Company* visant à aider ceux-ci à comprendre leurs engagements vis-à-vis de la *Company* et de l'entreprise hébergée au sein de celle-ci et à mieux utiliser leurs droits à l'information, de contrôle et de surveillance sur l'évolution structurelle de la *Company* ainsi que sur la gestion financière effectuée par les *directors*. Nous sommes d'avis qu'une meilleure connaissance de leurs droits de contrôle serait un bénéfice pour l'économie et un gage d'efficacité pour la *Company*. Il serait même possible d'envisager que ce droit évolue vers un devoir de contrôle au sein des SARL, SAS et *Company* éventuellement sanctionné *in fine* par l'exclusion justifié par la promotion et la protection de l'intérêt social et de l'entreprise hébergée au sein de la société.

⁸⁰⁶ Article 1844 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁸⁰⁷ Section 548 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁰⁸ Section 556 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁰⁹ Section 558 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸¹⁰ Sections 556 et 558 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸¹¹ Comme est assortie de sanction pécuniaire l'absence de vote par les électeurs en Belgique ou en Bolivie (dans les trois mois suivant l'élection, les citoyens boliviens doivent présenter le justificatif de leur carte d'électeur pour accéder à leur salaire), il serait possible de prévoir dans les *articles* d'une *Company* ou dans les statuts d'une SARL et d'une SAS qu'un associé qui n'a pas participé à l'Assemblée générale votant les comptes annuels et la déclaration de dividendes ne peut recevoir tout ou une partie des dividendes qui lui revient.

Section 2. L'égalité des associés et des *members*, un principe commun aménagé

356. D'une part, les associés sont indépendants les uns des autres⁸¹², ce qui implique une égalité de principe⁸¹³ et l'absence de lien de subordination entre eux⁸¹⁴. D'autre part, les associés forment ensemble un organe de la société qui dispose du pouvoir de définir la géographie et la structure du capital social. Dans certains cas, le principe de l'égalité entre associés prévaut et les associés vont ensemble contrôler la géographie du capital social dans le respect de cette égalité. Dans d'autres cas, les associés vont conjointement faire usage de ce pouvoir pour, librement et volontairement, faire naître une inégalité entre eux sur certains aspects uniquement en attachant des droits différents à certaines actions détenues par différents associés (§1). La modulation de ces droits peut poursuivre plusieurs objectifs dont le premier est d'attirer une plus grande variété de financements aux entreprises hébergées au sein d'une SAS ou d'une *Company*, les actions rachetables en sont un exemple. L'attractivité des SAS au regard du mécanisme des actions rachetables a été réduite du fait des évolutions successives du régime de ces actions. Le régime hongkongais protecteur des intérêts catégoriels de la *Company*, des *members* et des créanciers pourrait inspirer le renouveau des actions rachetables au sein d'une SAS (§2).

§1. L'attractivité de la discipline commune attachée au capital social composé de parts sociales ordinaires et d'actions de préférence

357. Le capital social a trois fonctions pour les associés : il leur sert à acquérir et à posséder des éléments d'actifs, il permet de préciser l'étendue de leur responsabilité et il permet de déterminer leurs droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux et leurs obligations. Ces trois fonctions communes aux sociétés sont interprétées de manières différentes entre les formes sociales. L'égalité entre associés est un premier principe guidant l'interprétation de ces trois fonctions. Ce principe d'égalité induit alors une certaine discipline dans l'organisation de la structure de la géographie du capital social et une grande simplicité du fait de l'absence de variation des droits attachés aux parts sociales détenues par les associés. Ce principe de l'égalité est un principe directeur attaché au capital social de la SARL⁸¹⁵ où tous les associés sont égaux à la mesure du nombre de parts sociales détenues par chacun d'eux ; ce principe constitue la base de l'organisation du capital social des SAS et des *Companies* (A). Le principe de la liberté conventionnelle des associés peut tempérer le principe de l'égalité entre associés au sein des SAS et des *Companies*. Les associés de ces deux formes sociales sont présumés égaux et ont toutefois la possibilité de différencier les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux attachés aux actions détenues en prévoyant l'émission d'actions de préférence destinées à attirer de nouveaux apports (B).

⁸¹² GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 27, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013 ; "Les juges du fond peuvent décider qu'il a existé une société de fait pour l'exploitation d'une entreprise de maçonnerie entre un entrepreneur et son beau-frère, [...], qu'ainsi l'existence d'apports, le partage des bénéfices et la collaboration sur un pied d'égalité établissent l'*affectio societatis*", Cour de cassation, Chambre commerciale et financière, 1^{er} mars 1971, Furlan contre Milano, n°70-10.178, Bulletin civil 1971, Quatrième Partie, n°66, page 62.

⁸¹³ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 27, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013 ; "Attendu qu'en statuant de la sorte sans constater la volonté des époux Céola de s'associer sur un pied d'égalité et de participer aux bénéfices et aux pertes, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision", Cour de cassation, Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 27 novembre 1985, Consorts Céola contre Société Voréal, n°84-10.805, JurisData n°1985-003352, Bulletin civil 1985, Première Partie, page 286, n°323.

⁸¹⁴ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 58, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013 : "Le parallélisme des intérêts ne suffit pas pour qu'il y ait *affectio societatis* car la société, à la différence de nombreux autres contrats, est incompatible avec la subordination de l'un des contractants à l'autre".

⁸¹⁵ Article L. 223-2 du Code de commerce.

A. *L'égalité des associés, un principe communément applicable aux Company, SARL et SAS*

358. Le capital social est divisé en parts sociales égales. Ce principe pourrait constituer la base ou le pilier de la géographie du capital des *Company*, SARL et SAS en l'absence du recours aux actions de préférence par les associés des *Company* et SAS. Par défaut, les associés d'une *Company* et d'une SAS sont égaux, tout comme les associés d'une SARL le sont par principe. Il en résulte que, lors de l'émission de nouvelles parts sociales, les mêmes étapes simples (émettre, attribuer et libérer les parts sociales et actions) sont accomplies par les associés (1) puis par l'organe de gestion (2). Nous notons ici une base commune aux trois formes sociales étudiées. Ainsi, certaines règles relatives à l'émission de parts sociales en numéraire par les *Companies* pourraient inspirer les règles applicables aux SARL afin de leur offrir une capacité de financement par les associés plus solide et une grande similitude des règles applicables aux *Companies* et aux SAS.

1. Le pouvoir décisionnel des associés quant à l'émission de nouvelles parts sociales

359. Le droit hongkongais distingue trois étapes : *allotment*, *issue* and *payment*.

L'étape de l'*allotment* peut être traduite par l'émission des parts sociales par la *Company* et à laquelle le *member* donne son accord car cette étape impose que soient décidés les éléments suivants : les caractéristiques des parts sociales, la contrepartie de l'émission des parts sociales (en numéraire, en nature ou en industrie), l'absence de libération ou la libération partielle ou totale des parts sociales (cette information est notamment importante pour les créanciers) et le nom et l'adresse du bénéficiaire de l'émission et ces informations doivent être notifiées au *Companies Registry* dans le mois qui suit l'émission⁸¹⁶. La traduction de souscription pourrait être retenue dans la SAS étant une société par actions. Dans les deux mois de l'émission de parts sociales, la *Company* doit enregistrer le *member* en cette qualité dans le registre des *members*⁸¹⁷ et émettre un *share certificate* et le tenir à la disposition du *member* concerné, à moins que les conditions d'attribution ne mentionnent le contraire⁸¹⁸.

L'étape de l'*issue* pourrait être traduite par l'attribution ; cette étape peut être concomitante ou postérieure à l'émission des parts sociales car elle implique que l'associé ait rempli ses obligations conformément aux conditions dans lesquelles les parts sociales ont été émises⁸¹⁹. La différenciation de ces étapes est surtout pertinente dans le cas d'une contrepartie en nature de l'émission des parts sociales où le *member* peut mettre du temps à accomplir la transaction par exemple par l'apport d'un bien immobilier à la *Company* en contrepartie de l'émission des parts sociales⁸²⁰. Au cours du laps de temps écoulé entre les deux étapes, les parts sociales demeurent émises mais ne sont pas attribuées à l'associé. L'Ordonnance dispose que les *articles* peuvent prévoir que les parts sociales soient attribuées même en l'absence de libération totale⁸²¹. L'article 56 du modèle d'*articles-type* interdit expressément à une *Company* d'attribuer des parts sociales qui n'ont pas été libérées en totalité. Dans l'éventualité où la *Company* indique que les parts sociales sont

⁸¹⁶ Section 142 de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

⁸¹⁷ Section 143 de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

⁸¹⁸ Section 144 de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

⁸¹⁹ Exemple notamment à l'article 56 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, schedule 2 de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

⁸²⁰ Exemple tiré de BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, page 101, items 5.034 et 5.035.

⁸²¹ Section 200 (a) de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

attribuées alors qu'elles n'ont pas été libérées, entièrement ou partiellement, les *directors* disposent du pouvoir d'adresser des mises en demeure de libérer les parts sociales sans aucune autre forme d'exigence aux *members* défaillants⁸²². Ainsi, au vu des effets de l'attribution de parts sociales et malgré l'absence de délai légal dans lequel la libération des parts sociales doit intervenir, les *members* vont généralement libérer les parts sociales dans un court délai après l'émission.

L'étape du *payment* peut être traduite par la libération des parts sociales ; il s'agit de l'étape au cours de laquelle les *members* versent à la *Company* la contrepartie des parts sociales émises. Les parts sociales sont alors attribuées.

360. Par principe, le pouvoir d'émettre des parts sociales au sein d'une *Company* appartient à l'Assemblée générale⁸²³. Cependant, ce pouvoir est quasiment toujours délégué aux *directors* par l'Assemblée générale, que l'autorisation préalable soit donnée d'une manière générale ou spécifique avec ou sans conditions⁸²⁴. L'autorisation préalable de l'Assemblée générale peut déterminer toutes les modalités et conditions d'une telle émission ou laisser les *directors* choisir d'une telle opportunité, émettre de nouvelles parts sociales et les attribuer aux *members* ou à des tierces personnes. La durée de l'autorisation donnée par les *members* aux *directors* peut être mentionnée dans la décision et ne doit pas excéder douze mois. En cas de silence de la décision des *members* sur ce point, l'autorisation expire automatiquement à la date de la tenue de l'Assemblée générale annuelle suivante ou à la date à laquelle celle-ci aurait dû se tenir si elle avait eu lieu, ou en l'absence de durée déterminée dans l'autorisation, à la fin du douzième mois qui suit la date de l'autorisation⁸²⁵. Cette autorisation peut en tout état de cause être révoquée par une décision de l'Assemblée générale⁸²⁶.

361. L'articulation du principe de l'émission de nouvelles parts sociales par l'Assemblée générale et de son tempérament de la délégation de ce pouvoir aux *directors* présente des exceptions légales listées et détaillées par l'Ordonnance. En effet, les *directors* peuvent émettre des nouvelles parts sociales en dehors de toute autorisation préalable de l'Assemblée générale dans plusieurs cas de figure.

Les *directors* peuvent émettre de nouvelles parts sociales et les proposer aux *members* dans le respect de leur actionariat⁸²⁷. Cette exception est pragmatique : dans la mesure où les *directors* constituent l'organe de gestion de la *Company*, ils décident des moyens à mettre en œuvre pour financer l'entreprise et son développement. Ils peuvent être amenés à décider de proposer aux *members* d'apporter des moyens supplémentaires tout en respectant leur égalité, tout en leur laissant le choix d'accepter ou de refuser d'augmenter leur responsabilité au sein de la *Company* par l'acquisition de nouvelles parts sociales et tout en n'offrant pas de nouvelles parts sociales à des tiers à la *Company*. Cette décision des *directors* peut proposer des parts sociales émises qui seront effectivement payées par les *members*⁸²⁸, qui peuvent en réponse à la décision des *directors* proposer un apport en numéraire ou en nature ou en industrie. Cette décision peut aussi proposer une émission de

⁸²² Ce mécanisme est expressément prévu aux articles 70 à 78 du modèle d'articles-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *public company limited by shares, schedule 1* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*. Il peut tout à fait être également prévu dans les *articles* d'une *private company* conformément à la section 200 de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

⁸²³ Section 140 (1) de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

⁸²⁴ Section 141 de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

⁸²⁵ Section 141 (3) de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

⁸²⁶ Section 141 (4) de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

⁸²⁷ Sections 140 (2) (a) et (b) de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

⁸²⁸ Sections 140 (2) (a) de la *Companies Ordinance (Cap. 622)*.

nouvelles parts sociales sans paiement effectif mais par la capitalisation de réserves ou de bénéfiques qui auraient pu autrement être distribués au titre de dividendes⁸²⁹.

Les *directors* émettent automatiquement les parts sociales à l'immatriculation de la *Company* conformément à la volonté des *founder members*⁸³⁰. La géographie du capital social, c'est-à-dire les éléments attachés aux parts sociales et la répartition de celles-ci entre les *founder members* et l'identité de ceux-ci, est mentionnée dans les *articles* signés par tous les *founder members* et dans le formulaire d'immatriculation signé par un des *members* et déposé auprès du *Companies Registry*. Personne ne peut modifier ces éléments en dehors d'une restructuration du capital intervenant après l'immatriculation de la *Company* alors soumise à l'approbation préalable de l'Assemblée générale.

Les *directors* peuvent émettre des parts sociales nouvelles conformément à un droit de souscription de parts sociales et à un droit à la conversion de valeurs mobilières en parts sociales si ces droits ont été préalablement approuvés par l'Assemblée générale.

362. Dans le délai d'un mois à compter de l'émission des nouvelles parts sociales, les *directors* doivent la notifier au *Companies Registry*⁸³¹. Dans les deux mois de l'attribution des nouvelles parts sociales, les *directors* doivent mettre à jour le registre des *members* et remettre aux *members* le *share certificate* correspondant⁸³². La responsabilité pénale des *directors* peut être engagée en cas de non-respect des dispositions de l'Ordonnance mais le non-respect de ces dispositions ne peut affecter la validité des émissions de nouvelles parts sociales par les *directors*⁸³³.

363. Au vu de ces développements sur le droit hongkongais, il semble que les règles applicables en la matière aux *Companies*, SARL et SAS sont fortement comparables. Le point commun fort entre les *Companies* (en l'absence d'émission de parts sociales de préférence dans la *Company*) et les SARL est la prégnance du principe de l'égalité entre associés⁸³⁴. Au vu de ce postulat, l'assouplissement des règles d'émission de nouvelles parts sociales dans les SARL pourrait être envisagé à l'instar du pouvoir autonome des *directors*. Le pouvoir d'émettre de nouvelles parts sociales appartient uniquement à l'Assemblée générale extraordinaire selon les règles applicables aux décisions extraordinaires⁸³⁵ ; ce pouvoir ne peut être délégué à l'organe de gestion. Pourtant, la gestion des finances d'une SARL entre dans les compétences de l'organe de gestion. Celui-ci peut emprunter de l'argent au nom et pour le compte de la SARL. Or, augmenter les engagements des associés pour financer le développement de l'entreprise hébergée par ladite SARL relève d'une grande solennité alors que cette augmentation permettrait de conserver une certaine indépendance financière de la société au lieu de contracter des emprunts bancaires grevant son patrimoine par des garanties exigées par les établissements de crédit (voire le patrimoine des associés qui doivent fréquemment apporter eux-aussi des garanties personnelles) et alourdissant ses charges financières par le paiement d'intérêts. L'organe de gestion est à même de pouvoir estimer l'opportunité d'un besoin de financement et son montant pour proposer aux associés de la SARL d'augmenter le capital social tout en respectant le principe de leur égalité et tout en respectant le fait qu'ils peuvent refuser de se voir attribuer de nouvelles parts sociales⁸³⁶, qui seront alors proposées

⁸²⁹ Section 140 (2) (b) de la *Companies Ordinance* (Cap. 622) ; article 79 (2) du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, schedule 2 de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

⁸³⁰ Section 140(2)(c) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸³¹ Section 142 de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

⁸³² Sections 143 et 144 de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

⁸³³ Sections 140 (4), (5) et (6) de la *Companies Ordinance* (Cap. 622).

⁸³⁴ Les articles L. 223-2 et L. 223-34 du Code de commerce illustrent ce principe intangible caractérisant les relations entre associés de la SARL et distinguant ainsi la SARL des sociétés par actions.

⁸³⁵ Article L. 223-30 du Code de commerce.

⁸³⁶ Dans le respect de l'article 1836 du Code civil.

aux autres associés tout en respectant le pro rata lors de ce deuxième tour de table. Ce pouvoir de décider d'une augmentation de capital social dans le respect de l'égalité des associés et dont seuls les associés peuvent bénéficier délégué à l'organe de gestion pourrait être inséré à l'article L. 223-18 ou à l'article L. 223-30 du Code de commerce. Nous penchons plutôt pour une insertion à l'article L. 223-18 dans la mesure où la question déterminante n'est pas tant la modification des statuts par augmentation du capital social mais le pouvoir donné au gérant. Un nouvel alinéa pourrait être inséré à la suite des alinéas 8 et 9 autorisant le gérant à modifier les statuts dans deux cas de figure précis et à la condition qu'une telle modification soit ensuite ratifiée par la prochaine Assemblée générale.

364. Le point commun fort entre la *Company* et la SAS est le principe de la compétence de l'Assemblée générale pour décider d'une augmentation de capital en numéraire (en vertu de l'article L. 227-9 du Code de commerce, le pouvoir d'émettre de nouvelles parts sociales au sein d'une SAS est dévolu aux associés) couplé à la possibilité donnée à cette Assemblée de déléguer le pouvoir d'augmenter le capital social par l'émission de nouvelles actions à l'organe de gestion (en application par défaut du régime de la SA à la SAS et des articles L. 225-129, L. 225-129-1 et L. 225-129-2 du Code de commerce). Cependant, le pouvoir donné aux *directors* pour décider d'une émission de parts sociales dans le respect de l'égalité des *members* ou conformément à une option de souscription d'actions n'est pas présent dans le régime des SAS. Étant donné la grande liberté dont bénéficient les associés d'une SAS, il serait imaginable que les rédacteurs des statuts d'une telle forme sociale prévoient un tel pouvoir à l'organe de gestion dans le respect des règles d'ordre public, comme celle de l'intangibilité des engagements des associés en dehors de l'accord de celui-ci.

2. Le pouvoir dévolu à l'organe de gestion de contrôler les apports des associés

365. Tout comme en droit français, le droit hongkongais autorise les apports en numéraire, les apports en nature et les apports en industrie. Cependant, l'Ordonnance ne catégorise pas les types d'apports en trois catégories. Tout comme les parts sociales auxquelles des droits différents de ceux attachés à des parts sociales ordinaires sont regroupées sous l'appellation "de préférence", les apports sont tous des apports autrement dit "*consideration*".

Les *articles* d'une *Company* et le formulaire d'immatriculation ne détaillent aucunement le type d'apport effectué par tel ou tel *founder member*. Cette information doit être documentée par les *directors* et conservée par eux pour tenir la comptabilité de la *Company* puis adressée à l'auditeur qui préparera les premiers comptes annuels de la *Company*.

Lors d'une émission de nouvelles parts sociales, augmentant ou non le montant du capital social, la *Company* doit notifier une telle émission au *Companies Registry* par le dépôt d'un formulaire pré-imprimé qui détaille alors les types d'apports des *members*, un apport en numéraire (*cash consideration*) ou non (*non-cash consideration*) ou mixte. Dans le cas d'un apport en nature ou en industrie, la *Company* doit détailler les éléments caractéristiques de l'accord entre le *member* et la *Company* indiquant le type et le montant de l'apport⁸³⁷ dans ledit formulaire (par exemple par l'apport d'un bien immobilier ou par l'apport de services rendus ou à rendre à la *Company*).

366. Le droit hongkongais marque sa différence avec le droit français qui est très pointilleux sur les apports. Les mécanismes légaux français démontrent la défiance des pouvoirs publics à l'égard des associés qui pourraient souhaiter la sous-doter ou la sur-doter et illustrent le fort interventionnisme étatique au sein de la sphère privée sociétale.

⁸³⁷ Section 142 (2) (d) (iii) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

Le droit hongkongais n'exige pas l'intervention d'un expert pour confirmer l'évaluation des apports en nature. Le recours à un tel expert relève de l'accord entre la *Company* et le *member* et le coût en sera fréquemment partagé entre eux. En tout état de cause, l'évaluation de l'apport arrêtée par le *member* et la *Company* sera contrôlée par l'auditeur lors de l'établissement de l'audit annuel. À cette occasion, l'auditeur pourra influencer l'évaluation fournie puis retenue pour être inscrite dans le bilan annuel et il formera son opinion sur celle-ci dans son rapport. Le droit français imposant le recours à un commissaire aux apports et la préparation d'une certaine documentation⁸³⁸ alourdit l'institution de la forme sociale ou la procédure d'augmentation du capital social en termes de temps et d'argent. Il est intéressant de noter, lors de l'augmentation de capital avec des apports en nature, que la responsabilité du gérant peut être retenue si l'évaluation de l'apport en nature n'a pas été effectuée par un commissaire aux apports ou si l'évaluation effectuée par celui-ci n'a pas été retenue⁸³⁹. Ainsi, le gérant a un réel pouvoir d'influence, voire de contrôle, et de négociation, voire de décision, quant à la valeur arrêtée pour l'apport en nature, d'autant plus qu'il a le pouvoir de saisir les tribunaux s'il juge nécessaire de faire appel à un commissaire aux apports.

Le droit hongkongais ne distingue pas non plus une catégorie spécifique de parts sociales si l'apport est en industrie. En droit français, les apports en industrie⁸⁴⁰ sont récents et "ne concourent pas à la formation du capital social", même s'ils "donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes."⁸⁴¹ Sauf clause contraire dans les statuts, la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. Les parts sociales ou actions attribuées à un apport en industrie sont inaliénables, ce qui s'explique assez par le caractère *intuitu personae* de l'apporteur. Cependant, il serait possible d'imaginer que l'apporteur en industrie souhaitant quitter la société suggère à ses coassociés un tiers pouvant prétendre à un apport en industrie similaire (à défaut de pouvoir être identique). Dans ce cas, l'associé apporteur en industrie ne pourrait céder ses parts ou actions à ce tiers, même avec l'agrément de ses coassociés. Il naît de cette restriction, en sus des autres attributs des apports en industrie destinés à en réduire l'importance au sein d'une société, une inégalité et une défiance qui nous semble, au vu de notre pratique du droit hongkongais, injustifiée, sauf à protéger les créanciers qui ne peuvent pas être induits en erreur sur le montant du capital social qui constitue leur gage. Les restrictions apportées aux apports en industrie révèlent une différence importante entre les cultures juridiques hongkongaise et française : l'interventionnisme de l'État marque fortement les règles spéciales attachées à ces apports contrairement au caractère privé marquant les relations entre les *members* et la *company* quant à la nature et à l'évaluation des apports.

367. Quel que soit le formalisme attaché aux apports en nature ou les règles dérogatoires encadrant les apports en industrie, la responsabilité des acteurs de la *Company*, de la SARL et de la SAS pourra être engagée sur la base des *fiduciary duties* et *duties of care and diligence* pour les *Companies* et des articles du Code de commerce pour les sociétés françaises (notamment l'article L. 241-3 du Code de commerce). Il est vrai que la responsabilité des associés et des

⁸³⁸ Article L. 223-9 du Code de commerce pour les SARL et article L. 225-14 pour les SAS en application du droit général de la SA. En droit hongkongais, la documentation écrite, si elle existe car elle n'est pas obligatoire, est conservée par les *members* et la *Company* ; la notification de la nature et de l'évaluation des apports lors de l'augmentation du capital social au *Companies Registry* n'implique pas de modification des *articles* ni de fournir une copie de la documentation car les informations sur l'apport sont renseignées dans le formulaire pré-imprimé. Ces formulaires afférents à la notification d'opérations sur capital sont reproduits à l'annexe 7 et sont intitulés Form NSC1, NSC2, NCS11, NSC 15, NSC 17, NSC19 et NSC20.

⁸³⁹ Article L. 223-33 du Code de commerce pour les SARL et article L. 241-3 pour les SARL et SAS.

⁸⁴⁰ Article L. 223-7 du Code de commerce pour les SARL et article L. 227-1 pour les SAS.

⁸⁴¹ Article 1843-2 du Code civil.

gérants semble écartée si la SARL a eu recours à un commissaire aux apports et que l'évaluation proposée par celui-ci a été retenue⁸⁴². Malgré ces dispositions, la question de la pertinence de faire encourir aux SARL un tel coût en temps et en argent pour faire établir un rapport d'évaluation des apports en nature par un commissaire aux comptes agissant en qualité de commissaire aux apports nous semble devoir être posée. La possibilité d'éviter de recourir au commissaire aux apports marque une différence qui peut être importante pour les associés entre une SARL et une SAS⁸⁴³. La marge de manœuvre dont disposent les associés d'une SARL peut jouer en faveur du choix de cette forme sociale, dont la souplesse sur cette question la rapproche de la souplesse attachée à une *Company*.

368. L'organe de gestion, étant en charge de la gestion de l'entreprise hébergée au sein de la société, est l'organe compétent pour prendre les décisions afférentes aux finances de la société. Ainsi, nous pouvons noter que les *Company*, SARL et SAS attribuent le même pouvoir à cet organe pour contrôler la libération des parts sociales et actions de numéraire et pour participer à et s'assurer de l'évaluation des parts sociales et actions d'apport en nature ou en industrie. L'organe de gestion décide de l'opportunité de la libération des apports en numéraire aussi bien dans les *Companies* par la procédure du *call on shares* que dans les SARL en vertu des articles L. 223-7 et L. 223-32 du Code de commerce et dans les SAS en vertu des articles L. 225-3 et L. 225-144. La souplesse est plus grande dans les *Companies* du fait de l'absence de limitation légale dans le temps pour la libération totale des apports, contrairement aux cinq années mentionnées aux quatre articles précités.

B. L'égalité des associés, un principe communément tempéré au sein des Company et SAS

369. L'objectif d'optimisation du financement des sociétés et le souci de promouvoir l'attractivité et la compétitivité des sociétés par action françaises ont conduit à une unification du régime des actions de préférence sous cette terminologie, en remplacement de la multitude des dénominations antérieures destinées à caractériser chaque type d'action privilégiée. Le système hongkongais est une illustration du système souple, unifié, lisible et pragmatique des classes d'actions (1). Ainsi, il est pertinent de le comparer au système des actions de préférence mis en œuvre dans les SAS depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 codifiée aux articles L. 228-11 à L. 228-35-11 et R. 228-15 à R. 228-26 du Code de commerce consacrant une grande liberté conventionnelle dans les SAS (2). Le capital social d'une SARL est divisé en parts sociales égales⁸⁴⁴, ce qui implique que les associés d'une SARL sont indépendants et égaux et que cette société ne peut émettre d'éventuelles parts sociales de préférence rompant l'égalité des associés. Les associés des SAS et *Company*⁸⁴⁵ demeurent égaux et l'émission de parts sociales de préférence ne les différencie qu'au niveau des préférences attachées aux actions.

1. La simple différenciation des parts sociales d'une *Company* en classes

370. Les *members*, par décision ordinaire⁸⁴⁶, peuvent décider d'émettre des parts sociales dont les droits, qui y sont attachés, sont différents⁸⁴⁷, les parts sociales sont alors réparties en

⁸⁴² Lecture *a contrario* des articles L. 223-9 et L. 223-33 du Code de commerce.

⁸⁴³ Du fait de l'application des règles des SA, l'exigence de la désignation d'un commissaire aux apports est applicable aux SAS en vertu des articles L. 227-1 alinéa 3 et L. 225-14 du Code de commerce.

⁸⁴⁴ Article L. 223-2 du Code de commerce.

⁸⁴⁵ *Birch v Cropper* (1889) 14 App Cas 525 (House of Lords), cité dans SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 522, point [10.02].

⁸⁴⁶ En vertu de l'articulation des sections 140 et 141 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

différentes classes ("class A", "class B", "class C", etc...). Dans la mesure où le pouvoir d'émettre des parts sociales peut être délégué par les *members* aux *directors*, ceux-ci peuvent émettre des parts sociales appartenant à une nouvelle classe ou à une classe préexistante dans le respect des instructions données par les *members*, s'il y en a. L'attribution de droits différents créant une nouvelle classe de parts sociales peut être effectuée lors de l'émission de nouvelles parts sociales. La modification des droits attachés aux parts sociales d'une classe peut également être effectuée conformément aux termes des *articles* ou, en l'absence de mention dans les *articles*, par une décision spéciale des *members* visés (c'est-à-dire adoptée par soixante-quinze pour cent des droits de vote des *members* propriétaires des parts sociales de la classe visée par la modification)⁸⁴⁸. La mention des droits attachés aux différentes classes de parts sociales est indiquée sur les *share certificates* et le détail des droits attachés doit également y figurer⁸⁴⁹.

371. La dichotomie entre parts sociales ordinaires et parts sociales de préférence nous semble trompeuse en droit hongkongais et les termes classes de parts sociales, parts sociales ordinaires et parts sociales de préférence sont souvent utilisés de manière interchangeable par erreur. Parmi les classes de parts sociales, les parts sociales sans droits différenciés constituent une classe, elles sont généralement désignées sous le vocable "ordinary shares" et constituent la seule classe en l'absence de différenciation des droits attachés aux parts sociales de la *Company*. L'Ordinance n'utilise pas les termes "ordinary share" et ne fait usage de l'expression "preference or preferred share" que deux fois⁸⁵⁰. Le modèle d'*articles*-type ne fait pas mention des termes "ordinary share" et "preference or preferred share". Les formulaires pré-imprimés du *Companies Registry* (par exemple les formulaires NSC11, NSC15 et NSC19) utilise la dichotomie entre parts sociales ordinaires et parts sociales de préférence mais cette présentation n'est pas restrictive. Les termes "ordinaire" et "de préférence" sont suivis de l'abréviation "etc..." dans la catégorie "Classes of shares". Cette présentation pourrait recouper la doctrine qui tend à présenter les parts sociales de préférence comme une catégorie de parts sociales donnant priorité à leur propriétaire par rapport aux détenteurs de parts sociales ordinaires. Les droits attachés aux parts sociales de préférence ne sont pas définis par l'Ordinance et ont été développés par la jurisprudence et la doctrine et, en l'absence de mention contraire dans les *articles* ou dans les décisions sociales qui ont créé des parts sociales dites de préférence, celles-ci ouvre un droit de priorité quant aux paiements de dividendes voire un pourcentage fixe aux dividendes payés avant le calcul des dividendes auxquels ont droit les associés propriétaires de parts sociales ordinaires⁸⁵¹. Ainsi, la dichotomie entre parts sociales ordinaires et parts sociales de préférence est restrictive et ne reflète pas la variété des droits qui peuvent être différenciés ; la terminologie pertinente est celle de classes de parts sociales.

⁸⁴⁷ Sections 176 à 179 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁴⁸ Sections 180 à 184 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) afférentes à la procédure de modification des droits attachés aux parts sociales d'une classe, à la notification de cette modification aux *members* de cette classe dans les quatorze jours de la décision, à la procédure judiciaire qui peut être déclenchée par au moins 10% des *members* de cette classe pour obtenir l'infirmité de cette modification et à la notification au *Companies Registry* d'une telle modification.

⁸⁴⁹ Par exemple, la mention *non-voting shares* doit être indiquée sur le *share certificate* de parts sociales sans droit de vote, selon la section 179 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁵⁰ Ces deux occurrences sont à la section 179(3) relative à la mention "non-voting rights" sur les *shares certificates* et à la section 272(5) relative à l'ordre de priorité de remboursement des parts sociales au vu des droits qui y sont attachés lors de la liquidation d'une *company*.

⁸⁵¹ STOTT Vanessa, Hong Kong Company Law, Pearson Education Asia Limited, 14th Edition, 2015, pages 97 et 98.

372. Les droits attachés aux parts sociales qui peuvent être différenciés, de manière préférentielle ou restrictive, pour chaque classe de parts sociales sont sans limite⁸⁵². Ils peuvent être par exemple les suivants⁸⁵³ : le droit de vote peut être altéré de manière générale ou dans certaines circonstances (par exemple, un *member* peut disposer de cinq voix lors de l'approbation des comptes sociaux, un *member* peut ne pas avoir de droit de vote d'une manière générale) ; le droit aux dividendes peut être altéré de manière générale ou mis en œuvre de manière conditionnelle (par exemple, un *member* peut bénéficier d'un pourcentage des dividendes supérieur à son actionnariat ou un *member* peut être privé de son droit aux dividendes dans la cas où le chiffre d'affaires de la *Company* est inférieur à un certain seuil) ; le droit au capital peut être altéré lors de distribution ou lors de la dissolution de la *Company* ; les parts sociales de la classe visée peuvent être ou non rachetables (ou *redeemable shares*) ; le droit à l'information peut être étendu par rapport au droit minimal à l'information légal ou statutaire.
373. Avec l'entrée en vigueur de l'Ordonnance et la suppression de la valeur nominale des parts sociales⁸⁵⁴, l'émission de parts sociales ordinaires remplace l'émission de parts sociales avec prime d'émission et les sommes versées par un *member* au titre d'une telle prime sous l'empire d'une *Companies Ordinance* antérieure devient partie intégrante du capital social de la *Company* sans différenciation⁸⁵⁵. L'abolition de la valeur nominale simplifie la géographie du capital social d'une *Company*, la gestion des sommes versées au titre du capital social du fait de leur unité et offre une immense liberté aux *members* créatifs.
374. L'alternative pratiquée par les *members* dans une *Company* à la création de classes de parts sociales est l'organisation du pouvoir décisionnel des *members* dans le *shareholders' agreement*⁸⁵⁶. Par exemple, les *members* minoritaires qui représentent moins du quart des *members* ne peuvent faire obstacle à une décision spéciale des *members* ; le *shareholders' agreement* peut stipuler que les *members* minoritaires ont un droit de veto quant à la modification des *articles* sans avoir besoin de créer une classe spécifique de parts sociales. Toutefois, ce choix d'organiser les modalités de vote des *members* dans le *shareholders' agreement* peut poser les questions de l'opposabilité des stipulations du *shareholders' agreement* à la *Company* et des moyens d'assurer le respect de ces modalités par les *members* et par la *Company*.

⁸⁵² Article 57 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁸⁵³ Ces éléments sont listés à la section 201(3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* au titre des droits qui doivent être mentionnés si la *Company* doit déposer au *Companies Registry* un état de son capital social. Il nous semble que les éléments listés ici ne sont pas restrictifs quant aux éléments qui peuvent faire l'objet de droits différenciés attachés à une part sociale. A titre d'exemple, le droit à l'information ou au contrôle peuvent également être différencié.

⁸⁵⁴ Section 135 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; cette disposition de la *Companies Ordinance (Cap.622)* entre en vigueur de manière rétroactive, les parts sociales émises avant le 3 mars 2014 bénéficie de la suppression de leur valeur nominale.

⁸⁵⁵ Section 37 de la *Schedule 11 "Transitional and Saving Provisions"* de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁸⁵⁶ "Rights or benefits which are conferred on the person concerned in his capacity as a member or shareholder of the company are for this purpose rights attached to a class of shares (*Cumbrian Newspapers Group Ltd v Cumberland & Westmorland Herald Newspaper and Printing Co Ltd* [1987] Ch 1, [1986] 2 All ER 816). A right conferred on an individual unrelated to any shareholding cannot be described as a class right (*Re Blue Arrow plc* [1987] BCLC 585 at 590). A right granted to a holder of particular shares imposed by a shareholders' agreement for the protection of a minority shareholder was a class right and had the same effect as if the right had been set out as class rights in the articles (*Harman v BML Group Ltd* [1994] 1 WLR 893, [1994] 2 BCLC 674, CA (Eng); a shareholders' meeting was not quorate without the presence of the holder of 'B' shares or his proxy)", *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.239.

2. Le potentiel d'influence du régime des classes de parts sociales de la *Company* sur les actions de préférence de la SAS

375. La proximité des *Company* et SAS est alors forte sur la question des classes de parts sociales et actions de préférence. Il est possible pour une SAS d'émettre des actions dont les droits qui y sont attachés diffèrent d'un associé à l'autre. La définition et la structure du capital social d'une *Company* peuvent alors comporter de nombreux points communs avec celles du capital social d'une SAS. Nous remarquons également que les pouvoirs publics hongkongais et français ont suivi le même chemin de simplification des formes de parts sociales.

Par la suppression de la valeur nominale des parts sociales, la *Company* peut émettre des parts sociales ordinaires (la prime d'émission a également été abolie) et des parts sociales de classes différentes avec des droits variés d'une classe à l'autre. Par absence de terminologie spécifique aux parts sociales suivant les droits attachés, chaque *Company* émet des classes de parts différentes et il existe autant de classes que de différences entre les droits attachés aux parts sociales.

La réforme du droit français créant la notion unique d'action de préférence⁸⁵⁷ dont le régime regroupe tous les types de parts sociales préférentielles⁸⁵⁸ est similaire à la distinction de classes de parts sociales (distinction qui ne doit donc pas être confondue avec les parts sociales de préférence hongkongaises) et apporte une plus grande lisibilité de la loi et de la géographie du capital social d'une SAS. Cette catégorie unique d'action de préférence propose un régime souple tout en augmentant la liberté contractuelle des associés d'une SAS⁸⁵⁹ : ceux-ci vont déterminer la faculté d'émettre des actions de préférence dans les statuts de leur SAS et vont décrire les droits politiques ou financiers ou patrimoniaux préférentiels ou restrictifs.

376. Deux éléments majeurs nous semblent différencier les systèmes hongkongais et français.

La hiérarchie entre les associés et l'organe de gestion n'est pas marquée de la même manière. Les *members* peuvent donner pouvoir aux *directors* d'émettre différentes classes de parts sociales et les laisser maître des conditions et des modalités d'émission de ces parts. L'Ordonnance est assez lacunaire sur l'émission des classes de parts sociales et la pratique développée au sein des *Companies* va permettre de clarifier cette procédure qui est théoriquement la même que celle de l'émission de parts sociales ordinaires. Ce parallélisme des formes apporte un élément de simplicité et d'intelligibilité de la règle de droit. Il apporte aussi un questionnement sur la pertinence de laisser une potentielle totale liberté aux *directors* pour émettre des classes de parts sociales au vu des conséquences qu'une telle émission pourrait emporter pour les *members* existants et pour le fonctionnement futur de la *Company*, même si cette liberté n'est que théorique et que les *directors* doivent toujours agir conformément à l'intérêt social (dont le principe et l'application sont forts de sens en droit hongkongais). Le droit français détaille la procédure d'émission d'actions de préférence (qui est identique pour leur rachat et leur conversion) et chaque organe trouve sa place sur le modèle d'un va-et-vient (l'organe de gestion propose une émission accompagnée d'un rapport du commissaire aux comptes, l'Assemblée générale vote sur une telle émission et l'organe de gestion met en œuvre l'émission si elle a été approuvée).

⁸⁵⁷ L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 (Journal officiel de la République française du 26 Juin 2004), portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, est adoptée conformément à la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 ; VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Point 57, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011.

⁸⁵⁸ VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Point 57, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011.

⁸⁵⁹ Article L. 228-11 du Code de commerce.

La procédure d'émission de classes de parts sociales au sein d'une *Company* n'est pas polluée par d'autres procédures antérieures ou assimilables. La SAS est potentiellement face à une procédure d'émission de parts sociales de préférence alourdie par la procédure des avantages particuliers (cette procédure devrait être suivie pour émettre des actions de préférence dans certains cas⁸⁶⁰ mais l'octroi d'avantages particuliers n'obligerait pas la société à émettre des actions de préférence⁸⁶¹). Il nous semble que la procédure des avantages particuliers pourrait purement et simplement être écartée du régime des actions de préférence de la SAS au vu de sa lourdeur et de l'interférence qu'elle apporte à la liberté des associés d'une SAS⁸⁶². Étant donné que le risque né de l'articulation actuelle est la nullité de l'opération⁸⁶³, il serait nécessaire de modifier les dispositions applicables à la SAS afin de libérer cette forme sociale du poids financier et de la perte de temps attachés à l'application double de la procédure des actions de préférence et des avantages particuliers. Cette évolution pourrait tout à fait voir le jour dans le cadre de l'évolution des formes sociales, telle que nous la proposons (conservations de la SA avec offre au public et de la SARL et fusion des régimes des SAS et SA sans offre au public).

§2. La perte d'attractivité des SAS suite à la réforme dirigiste du régime des actions de préférence rachetables

377. Nous avons vu que les droits français et hongkongais proposent la distinction entre classes de parts sociales et actions ordinaire et de préférence offrant de la souplesse aux associés pour organiser la géographie du capital de leur SAS et *Company*. Parmi les préférences pouvant être aménagées, le droit hongkongais prévoit depuis plusieurs décennies que les parts sociales d'une *Company* peuvent être rachetables à l'initiative du *member* ou de la *Company*. Ce caractère permet aux *members* d'institutionnaliser au sein de la *Company* (et non seulement dans le cadre d'un pacte d'associés) le rachat de parts sociales d'une catégorie d'associés. En droit français, les actions de préférence rachetables sont récentes et ont été instaurées dans le but de développer l'attractivité des sociétés par action françaises. Toutefois, la nouveauté du régime et les multiples modifications de celui-ci jouent nettement en défaveur des SAS par rapport aux formes sociales équivalentes des autres États membres de l'Union européenne. À l'étude des mécanismes des parts sociales rachetables hongkongaises et des actions rachetables françaises, le droit hongkongais présente des caractéristiques d'unité, de simplicité et de sécurité (A) dont la pratique ancienne pourrait encourager le redéploiement du mécanisme des actions rachetables au sein des SAS (B).

A. Les parts sociales rachetables d'une Company, un mécanisme ancien et encadré

378. Le caractère rachetable doit être attaché à une part sociale pour que la *Company* puisse mettre en œuvre la procédure de rachat (ou *redemption*). L'Ordonnance, entrée en vigueur le 3 mars 2014, a clarifié la notion de parts sociales rachetables qui constituent une classe de parts sociales (1) ainsi que le mécanisme de leur création et de leur rachat (2).

⁸⁶⁰ Article L. 228-15 du Code de commerce.

⁸⁶¹ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009, point 50.

⁸⁶² GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 Juin 2009, points 50 à 52.

⁸⁶³ BRIGNON Bastien, GRANIER Thierry, Actions de préférence, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, Fascicule 1803, Date du fascicule : 12 mars 2013, Date de fraîcheur : 29 octobre 2013, point 31.

1. La définition de ce mécanisme généralisé à toutes les formes de *companies* disposant d'un capital social

379. La section 2 de l'Ordinance définit les parts sociales rachetables de la manière suivante : "*redeemable shares means shares that are to be redeemed, or are liable to be redeemed, at the option of the company or the shareholder*". Il est intéressant de noter que la *Companies Ordinance (Cap.32)* ne proposait pas une telle définition dans sa section 2 et de relever le travail du législateur hongkongais dans le but de clarifier les notions d'éléments fondamentaux et structurels des *companies* au début de l'Ordinance. Tout comme dans les *Companies Ordinances* antérieures, le mécanisme des parts sociales rachetables est unitaire, il peut être mis en place dans toutes les formes de sociétés hongkongaises, à partir du moment où elles disposent d'un capital social divisé en parts sociales⁸⁶⁴. Contrairement aux dispositions de la *Companies Ordinance (Cap.32)* qui exigeaient que les *articles* de la *company* émettrice de parts sociales rachetables mentionnent expressément le recours à ce mécanisme⁸⁶⁵, l'Ordinance autorise toutes les *companies* à émettre des parts sociales rachetables dans le respect des dispositions détaillées de l'Ordinance, à moins que les *articles* de la *company* interdisent ou restreignent expressément l'émission de telles parts⁸⁶⁶. L'Ordinance généralise et facilite ainsi le recours aux parts sociales rachetables au sein d'une *company* : ce mécanisme s'applique par défaut, à moins que les *members* en aient décidé autrement, ce qui élargit l'offre des mécanismes offerts aux *Companies* et à leur *members* pour agir sur la géographie du capital de manière flexible.
380. Le mécanisme des parts sociales rachetables doit être distingué de celui du rachat des parts sociales par la *Company*. Les parts sociales rachetables constituent une classe de parts sociales et seules celles-ci peuvent être rachetées dans les conditions prévues lors de leur émission. Le rachat des parts sociales par la *Company* est un mécanisme qui peut viser toutes les parts sociales composant le capital et qui est organisé dans le cadre d'une réduction dudit capital. Lors du rachat des parts sociales par une *Company*, des parts sociales rachetables et non rachetables peuvent faire l'objet de l'opération sur le capital alors que lors du rachat de parts sociales rachetables, seules celles-ci peuvent faire l'objet de l'opération. Lorsque le pouvoir de racheter des parts sociales rachetables appartient à la *Company*, le propriétaire de celles-ci n'a que peu ou pas de choix à partir du moment où il a souscrit à de telles parts. Lorsque le propriétaire des parts sociales rachetables peut, de sa propre initiative, faire racheter ses parts sociales rachetables par la *Company*, les conditions dans lesquelles ce rachat est effectué ont été arrêtées préalablement à la souscription de telles parts et ledit propriétaire ne dispose d'aucune liberté quant au rachat (le degré de liberté au moment du rachat dépend des conditions dans lesquelles le rachat peut avoir lieu, tout en sachant que la liberté de l'associé est entière au moment de la souscription aussi bien sur l'opportunité d'y souscrire que sur les modalités du rachat). Le pouvoir de racheter des parts sociales non rachetables appartient finalement à leur propriétaire car celui-ci a toujours la possibilité de refuser l'offre de la *Company* quel qu'en soient les termes. Le rachat résulte d'un accord convenu entre la *Company* et le *member* au moment du rachat et non préalablement à l'émission des parts sociales. Il nous semble non pertinent de comparer le mécanisme des parts sociales rachetables à celui de l'exclusion d'un *member* : même si ce dernier est effectivement forcé de se plier à ce mécanisme, il a donné son accord lors de la souscription de ces parts.

⁸⁶⁴ La section 233 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pose bien ce principe ; les *companies limited by guarantee* sont donc exclues de ce mécanisme.

⁸⁶⁵ Section 49(1) de la *Companies Ordinance (Cap.32)*.

⁸⁶⁶ Sections 234(1) et 234(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

2. La mise en œuvre du mécanisme des parts sociales rachetables

381. Toute *Company* peut émettre des parts sociales rachetables. Une première condition tient à la géographie du capital social : lors de l'émission, de la conversion ou du rachat de ce type de parts sociales, le capital social doit toujours être composé d'au moins une part sociale non rachetable⁸⁶⁷ (il peut s'agir d'une part sociale ordinaire ou non). Dans l'éventualité où cette condition n'est pas remplie, l'opération est expressément nulle⁸⁶⁸. L'Ordonnance pose une deuxième condition quant à la libération des parts sociales rachetables qui ne peuvent faire l'objet d'un rachat que si et seulement si elles ont été entièrement libérées⁸⁶⁹.
382. Les conditions dans lesquelles les parts sociales sont rachetables doivent être indiquées dans les *articles*⁸⁷⁰. L'alternative à cette mention statutaire est que les *directors* soient autorisés à arrêter ces conditions. En effet, les *articles* ou une décision ordinaire des *members* (les *articles* peuvent exiger que cette décision soit adoptée selon les modalités d'une décision spéciale) peut autoriser les *directors* à arrêter ces conditions⁸⁷¹. L'Ordonnance précise, comme pour éviter toute interprétation erronée de la section 235(2) ou pour couper court à l'imagination des commentateurs sur une potentielle erreur lors de la rédaction de l'Ordonnance, qu'une décision ordinaire des *members* est suffisante, même si cette décision modifie le contenu des *articles*. Seule la majorité des *members* peut donner le pouvoir aux *directors* de prévoir les termes et les conditions du rachat des parts sociales rachetables. Les *directors* maîtrisent les finances de la *Company* et sont ici mis dans une position dominante quant à la définition de la géographie du capital social et à l'opportunité de la faire évoluer au gré des besoins en financement de la *Company* et des perspectives financières et commerciales de l'entreprise en développement. Si les *directors* sont autorisés à arrêter les conditions dans lesquelles les parts sociales rachetables seront rachetées, ils doivent le faire avant que lesdites parts soient souscrites⁸⁷². En pratique, l'émission de parts sociales rachetables entre dans une nouvelle classe de parts sociales au regard des formulaires de notification déposés au *Companies Registry* (NNC1 et NCS1), dont la caractéristique est d'être rachetables.
383. Il n'est pas fait mention dans l'Ordonnance de la conversion de parts sociales en parts sociales rachetables et vice-versa. Cette conversion n'est ainsi peut-être pas possible mais nous en doutons pour plusieurs raisons. Ainsi, nous ne partageons pas la position de certains auteurs⁸⁷³ qui indiquent que les parts sociales qui n'ont pas été émises avec le caractère rachetable ne peuvent pas être converties en parts sociales rachetables.

Nous imaginons tout d'abord que les *directors* pourraient bénéficier des mêmes pouvoirs pour convertir des parts sociales d'une classe à une autre que pour émettre des nouvelles classes de parts sociales au vu de la culture juridique hongkongaise et du respect du principe du parallélisme des formes. Ce mécanisme permettrait à la majorité de la totalité des associés (toutes classes confondues) de décider de la conversion puis d'autoriser les *directors* à la mettre en œuvre.

⁸⁶⁷ Sections 234(3) et 236(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁶⁸ La section 210(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) pose clairement qu'une *Company* ne peut réduire le montant de son capital social si la conséquence de cette réduction est que seules des parts sociales rachetables composent le capital social. Cette section est complétée par les sections 236(3) et 236(4). Quant à la nullité de l'opération lors de l'émission, et par extension de conversion, de ces parts sociales rachetables, la section 234(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) prévoit "A company must not issue redeemable shares at a time when there are no issued shares in the company other than redeemable shares".

⁸⁶⁹ Section 268 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷⁰ Section 235(4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷¹ Sections 235(1) et 235(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷² Section 235(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷³ STOTT Vanessa, Hong Kong Company Law, Pearson Education Asia Limited, 14th Edition, 2015, page 99.

Nous imaginons ensuite, en l'absence d'application d'une interprétation qui conduirait à doter les *directors* de ce pouvoir par une décision ordinaire des *members*, qu'une telle conversion pourrait être effectuée en vertu des sections 180 et suivantes de l'Ordonnance relatives à la modification des droits attachés à une classe de parts sociales. Ce mécanisme nous semble plus pertinent dans la mesure où le caractère rachetable de parts sociales constitue un droit aménageable des classes de parts sociales. Une telle conversion pourrait alors être adoptée par une décision votée lors d'une Assemblée générale regroupant les *members* propriétaires des parts sociales de cette classe par au moins 75% des droits de vote attachés aux parts sociales de cette classe ou par le consentement écrit d'au moins 75% des droits de vote attachés aux parts sociales de cette classe⁸⁷⁴. Cette modification sera effective dans le délai de vingt-huit jours à compter de la date de la décision adoptant cette modification étant donné que l'Ordonnance offre un tel délai aux *members* propriétaires des parts sociales de cette classe représentant au moins 10% des droits de vote attachés aux parts sociales de cette classe de saisir les tribunaux pour demander le rejet de la décision de modification des droits⁸⁷⁵. Ce mécanisme nous semble d'autant plus pertinent que la *Company* doit notifier au *Companies Registry* la modification des droits attachés à des parts sociales par le dépôt du formulaire NCS15 intitulé "Notice of variation of rights attached to shares" (accompagné d'une copie de la décision de modification dans le délai d'un mois à compter de la date de prise d'effet de cette modification⁸⁷⁶) qui mentionne le caractère rachetable au titre des droits attachés à la classe de parts sociales avant et après la conversion.

384. La *Company* ou le *member* peut déclencher la procédure de rachat de parts sociales rachetables. L'opération de rachat est alors effectuée conformément à l'Ordonnance⁸⁷⁷, aux *articles* ou à une décision des *members*, et elle doit être notifiée au *Companies Registry* par le dépôt du formulaire NSC2 dans les quinze jours de la date à laquelle les parts sociales sont remises à la *Company*⁸⁷⁸. Lors du rachat de parts sociales rachetables (tout comme lors du rachat de parts sociales non rachetables), le paiement doit être effectué en utilisant des fonds disponibles au titre de bénéfices disponibles et distribuables ou le fruit de l'émission et de l'attribution de parts sociales nouvelles libérées dans le but de financer le paiement du prix des parts sociales rachetées ou de fonds du capital social⁸⁷⁹. L'effet de l'opération de rachat de parts sociales rachetables par la *Company* est expressément spécifié : ces parts sociales sont réputées annulées au jour du rachat en vertu de la section 269 de l'Ordonnance et l'auto-détention des parts sociales est prohibée par la section 267(1)⁸⁸⁰. La *Company* doit réduire le montant de ses bénéfices distribuables si l'opération a été financée à partir de ces fonds, le montant de son capital social si l'opération a été financée par des fonds prélevés sur le capital

⁸⁷⁴ Section 180 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷⁵ Section 182 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷⁶ Section 184 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷⁷ Section 267 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Dans le cas du non-respect des dispositions de l'Ordonnance, la *Company* et toute personne responsable de la *Company* peut encourir une amende à hauteur de 1.250.000 Hong Kong Dollars et 5 ans de prison.

⁸⁷⁸ Section 270 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁸⁷⁹ Section 257 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Dans le cas où la *Company* choisit de payer le prix des parts sociales rachetées en utilisant le capital social, une décision spéciale des *members* est nécessaire et une procédure spécifique est déclenchée en vertu des sections 258 à 266 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) nécessitant une décision spéciale de l'Assemblée générale, une déclaration des *directors* confirmant la solvabilité de la *Company* à l'issue de cette opération (formulaire NSC17 du *Companies Registry* reproduit à l'annexe 7), une notification de l'opération au *Companies Registry* et une publicité de cette opération dans la Gazette du Gouvernement de Hongkong.

⁸⁸⁰ La situation française est similaire à la situation hongkongaise qui est cependant expresse. Malgré le silence de la loi, les actions de préférence rachetables sont également annulées suite au rachat. MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), *JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658*, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 117.

ou les deux si l'opération a été financée à partir de ces deux types de fonds. Dans le cas où cette opération de rachat entraîne la réduction du montant du capital social, la *Company* doit le notifier au *Companies Registry* par le dépôt du formulaire NSC19.

385. Il est ici intéressant de noter que l'Ordonnance prévoit que la procédure de réduction du capital de droit commun prévue aux sections 209 à 232 ne s'applique pas à la procédure de réduction du capital social dans le cas du rachat de parts sociales rachetables⁸⁸¹, qui serait alors la procédure de droit spécial prévue aux sections 257 à 266. La procédure exigée par l'Ordonnance dans le cas du rachat de parts sociales rachetables est simplifiée⁸⁸² et reste contrôlée par la *Company* car la décision spéciale des *members* adoptée sur la base de la déclaration de solvabilité des *directors*⁸⁸³ est la seule procédure ouverte (la procédure de confirmation de cette décision spéciale par les tribunaux ne semble pas être une alternative contrairement aux dispositions de la section 211 relative à la procédure de réduction du capital social d'une *Company*). Si cette procédure de droit spécial est la seule applicable, comme nous le comprenons, la portée de la mise en œuvre d'une telle procédure est de potentiellement limiter le financement du rachat des parts sociales rachetables. Si les *directors* ne peuvent établir une déclaration de solvabilité dans les conditions requises par l'Ordonnance à cause de la situation financière de la *Company*, il n'est alors pas possible de financer le rachat des parts sociales en utilisant des fonds du capital social. Le rachat de ces parts sociales ne peut alors être financé que par des fonds disponibles au titre de bénéfices disponibles et distribuables ou par le fruit de l'émission et de l'attribution de parts sociales nouvelles. L'opportunité de ce rachat est alors soumise à la santé financière de la *Company* ou au bon vouloir des *members* qui demeurent dans la *Company* et qui pourraient devoir acquérir et libérer des parts sociales nouvellement émises par une *Company* pour financer le rachat alors que la santé financière de ladite *Company* n'est pas bonne. Il semblerait cependant, qu'aux termes de la section 212(3), la réduction du capital social finançant le rachat de parts sociales puisse être réalisée en application de la procédure de droit commun. La section

⁸⁸¹ Articulation des sections 212 (3) et 257 (2) (c) de la *Companies Ordinance* (Cap.622)

Section 212 (3) : "An offence is not committed under this section if the reduction of share capital occurs as a result of a share redemption or buy-back in accordance with Division 4 [à noter, la Division 4 vise expressément "Share Redemptions and Buy-backs"] or as otherwise provided in this Ordinance".

Section 257 (2) (c) : "Subject to subsections (3) and (4), a company may make a payment in respect of a redemption or buy-back of its own shares (a) out of the company's distributable profits; (b) out of the proceeds of a fresh issue of shares made for the purpose of the redemption or buy-back; or (c) out of capital in accordance with this Subdivision."

⁸⁸² Les étapes de cette procédure de droit spécial sont les suivantes, détaillées aux sections 257 à 266 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) : les *directors* émettent une déclaration de solvabilité de la *Company*, les *members* (excepté les *members* dont les parts sociales sont rachetées) votent sur la décision spéciale visant à réduire le capital social sur la base de cette déclaration de solvabilité, la décision spéciale fait l'objet d'une publicité à la Gazette du Gouvernement et dans deux journaux locaux et au *Companies Registry* est adressée à tous les créanciers de la *Company*, la décision spéciale et la déclaration de solvabilité sont librement consultables à l'adresse du siège social (ou à tout autre adresse mentionnée dans la décision spéciale), un *member* qui a voté contre la décision spéciale ou un créancier peut déposer une demande en annulation de la décision spéciale auprès des tribunaux dans le délai de cinq semaines à compter de la date de la décision spéciale, en l'absence de procédure contentieuse, la réduction du capital social fait l'objet d'une notification au *Companies Registry*. Les droits des créanciers sont ainsi protégés, tout comme en France - MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 117.

⁸⁸³ Cette déclaration de solvabilité émise par les *directors* confirme qu'au lendemain de la transaction envisagée (i.e. la réduction du capital social) il n'existera aucune raison au titre de laquelle la *Company* pourrait se trouver dans l'incapacité de payer ses dettes (section 205 de la *Companies Ordinance* (Cap.622)). Les sections 206 et 207 disposent que les *directors* doivent s'enquérir de l'état des affaires de la *Company* et des perspectives de développement et prendre en compte les dettes existantes et le passif éventuel et potentiel de la *Company* et que la responsabilité des *directors* peut être engagée en cas de manquement à cette obligation de renseignement à hauteur de 150.000 Hong Kong Dollars et de 2 ans de prison.

212(3) disposerait alors que "ne constitue pas une violation de la procédure de droit commun la réduction du capital social en vertu du droit spécial des parts sociales rachetables" et son interprétation ne serait pas limitative et laisserait aux *directors* et aux *members* l'alternative de la procédure de droit commun. Or, la section 257(2)(c) mentionne expressément que le paiement des parts sociales rachetées peut être effectué en utilisant des fonds du capital social en accord avec la procédure de droit spécial. L'étude de l'articulation de ces deux dispositions de l'Ordonnance nous amène à confirmer l'articulation entre une procédure de droit commun et une procédure de droit spécial exclusive au cas du rachat de parts sociales rachetables par réduction du capital social.

B. Les actions rachetables d'une SAS, un mécanisme récent et limité

386. Les règles applicables à la SAS en matière d'actions rachetables relèvent l'article L.228-12 du Code de commerce relevant du Chapitre VIII intitulé "Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions". Ces règles sont récentes et ont déjà été modifiées plusieurs fois de manière dirigiste par les pouvoirs publics en réduisant la liberté conventionnelle des associés, ce qui démontre probablement la défiance des pouvoirs publics français face à ce mécanisme (1). Les règles hongkongaises démontrent que ce mécanisme peut être organisé de manière à respecter et à protéger les intérêts catégoriels opposés qui se manifestent lors du rachat de ces actions, qui pose la question du financement de ce rachat, ne privant ainsi pas les *members* et la *Company* d'un mécanisme souple pouvant permettre d'augmenter les sources de financement nécessaires au développement de l'entreprise (2).

1. L'apport récent et l'évolution incertaine du régime des actions rachetables en droit français

387. Les actions rachetables ont été ajoutées dans le Code de commerce par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004⁸⁸⁴ modifiant de manière "timide"⁸⁸⁵ l'article L. 228-12⁸⁸⁶, accompagné de la modification de l'article L. 228-20⁸⁸⁷ permettant le rachat d'une action de préférence à l'initiative de la société par actions ou de l'actionnaire. L'article L. 228-20 du Code de commerce a été abrogé par l'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008⁸⁸⁸. Les actions rachetables instaurées en droit français en 2004 sont une catégorie d'actions de préférence ce qui répond, à notre avis, aux soucis de lisibilité de la loi, de simplification du régime des valeurs mobilières et de l'utilisation intelligible des outils apportant de la flexibilité à la géographie du capital social. Tout comme en droit hongkongais, la SAS ou l'associé

⁸⁸⁴ Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, Journal officiel de la République française n°147 du 26 juin 2004 page 0, texte n°11.

⁸⁸⁵ MORTIER Renaud, Proposition de réforme des actions rachetables (articles L. 228-12-1 et L. 228-12-2 du Code de commerce proposés), La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°19, 8 mai 2014, act. 336.

⁸⁸⁶ Article L. 228-12 du Code de commerce en vigueur au 24 juin 2004, alinéa 1^{er} "L'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider l'émission, le rachat et la conversion des actions de préférence au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes. Elle peut déléguer ce pouvoir dans les conditions fixées par les articles L. 225-129 à L. 225-129-6." et alinéa 2 "Les modalités de rachat ou de conversion des actions de préférence peuvent également être fixées dans les statuts."

⁸⁸⁷ Article L. 228-20 tel que modifié par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 "Lorsque les actions de préférence sont inscrites aux négociations sur un marché réglementé, elles peuvent être rachetées ou remboursées, à l'initiative de la société ou du porteur, si le marché n'est pas liquide, dans les conditions prévues par les statuts."

⁸⁸⁸ Ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence, JORF n°0260 du 7 novembre 2008, page 17070, texte n°31.

pouvaient déclencher la procédure de rachat. Une procédure de rachat effectuée à l'initiative de l'associé d'une SAS a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence⁸⁸⁹.

388. L'article L. 228-12 a été remanié par l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014⁸⁹⁰. La réécriture de l'article L. 228-12 nous semble, au premier abord, positive dans la mesure où cet article est structuré par plusieurs subdivisions dont la troisième est spécifique aux actions rachetables (distinctes des actions de préférence qui peuvent être rachetées selon l'article L. 228-12-II), c'est-à-dire à "une catégorie d'actions de préférence [pour lesquelles les statuts] ont prévu, préalablement à leur souscription, le principe du rachat et en ont organisé les modalités" et où cet article mentionne certaines conditions et modalités relatives au mécanisme des actions rachetables. Cependant, l'ajout de l'article L. 228-12-1 au Code de commerce par l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 apporte une certaine confusion. Le paragraphe II de cet article reprend la référence aux articles L. 225-210 à L. 225-212 déjà effectuée à l'article L. 228-12, il ajoute la référence aux articles L. 225-213 et L. 225-214 et il autorise dans certaines conditions le rachat et l'annulation des actions rachetables par une réduction du capital social pourtant interdite à l'article L. 228-12. L'articulation de ces deux articles du Code de commerce nous semble alors délicate.

389. Les pouvoirs publics français nous semblent indécis face à ce mécanisme instauré en 2004 puis modifié en 2008 et en 2014. La grande différence entre les mécanismes antérieur et postérieur à la réforme du 31 juillet 2014 est le déséquilibre créé du fait que les associés d'une SAS ne peuvent plus déclencher le rachat de leurs actions rachetables. Cette disposition limite les possibilités de financement intermédiaire⁸⁹¹ des SAS (dont le régime initial visait justement le développement d'entreprises créées par de jeunes entrepreneurs et financées par un investisseur institutionnel) et réduit la liberté statutaire dont bénéficiaient jusqu'alors les associés de SAS. Par cette réforme ôtant le rachat à l'initiative de l'associé, le gouvernement fait acte de dirigisme envers les SAS alors que leur régime est justement développé sous le principe de la liberté statutaire. Cette réforme est d'autant plus étonnante qu'elle n'est pas en ligne avec les directives européennes organisant la matière⁸⁹² ni avec les dispositions légales des autres États membres de l'Union européenne⁸⁹³, ce qui ne renforce pas l'attractivité du droit français. Comme le souligne le Professeur Renaud Mortier⁸⁹⁴, les arguments justifiant cette modification primordiale du mécanisme des actions rachetables fournies dans le rapport

⁸⁸⁹ Décision de la Cour d'appel de Nancy, 1^{ère} Chambre civile, 16 juin 2014, n°1462/2014, n°13/01988, SAS Groupe Chanoinesses c/ Monsieur Emmanuel Risse, JurisData n°2014-017790, commentée par MORTIER Renaud, Consécration jurisprudentielle des actions rachetables à l'initiative de l'associé, Droit des sociétés, n°4, avril 2015, commentaire 62.

⁸⁹⁰ Ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JORF n°0177 du 2 août 2014, page 12820, texte n° 11.

⁸⁹¹ MORTIER Renaud, Une originalité tristement française : l'interdiction des actions rachetables sur l'initiative de l'actionnaire, Droit des sociétés, numéro 5, mai 2015, alerte 19.

⁸⁹² Article 43 de la directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, Journal officiel de l'Union européenne, 14 novembre 2012, L 315/74.

⁸⁹³ Le *Companies Act 2006 (Chapter 46)* dispose à sa section 648(1) "A limited company having a share capital may issue shares that are to be redeemed or are liable to be redeemed at the option of the company or the shareholder ("redeemable shares"), subject to the following provisions" ; l'article 49-8 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales modifié par la loi du 24 avril 1983 n'interdit pas l'émission d'actions rachetables à l'initiative de la société ou de l'actionnaire ;

⁸⁹⁴ MORTIER Renaud, Consécration jurisprudentielle des actions rachetables à l'initiative de l'associé, Droit des sociétés, n°4, avril 2015, commentaire 62.

au Président de la République touchent à la protection des fonds propres d'une SA et d'une société cotée, ce qui est compréhensible au vu de leurs régimes. Dans ce cas, l'évolution des formes sociales que nous suggérons (vers la conservation de la SARL et de la SA avec offre au public et la fusion des SAS et des SA sans offre au public) accompagnée d'une autonomisation des régimes juridiques applicables à chacune de ces trois formes (au lieu du régime de la SA applicable par défaut à la SAS) permettrait de mettre à la disposition des actionnaires et associés des outils juridiques dont la souplesse et la flexibilité seraient adaptées.

2. Les apports du mécanisme hongkongais au mécanisme applicable à la SAS

390. En droit français, les actions rachetables sont des actions de préférence⁸⁹⁵ et le seul caractère rachetable n'est pas suffisant pour que l'action soit une action de préférence. Nous en déduisons qu'une action, pour être rachetable, doit être une action dont les droits sont aménagés, c'est-à-dire une action "avec ou sans droit de vote, assortie[s] de droits particuliers de toute nature"⁸⁹⁶. Nous comprenons que la lettre du Code du commerce vise à éviter que tout type d'action puisse être rachetable⁸⁹⁷. La pratique est bien différente à Hongkong où une classe de parts sociales doit être créée si des parts sociales sont rachetables et où l'Ordinance n'exige pas qu'une autre préférence aménage les droits attachés à cette classe de parts sociales. Ainsi, le caractère rachetable constitue une préférence *per se* et les *members* d'une *Company* ont moins de conditions préalables à l'émission de parts sociales rachetables que les associés d'une SAS.
391. Les actions rachetables doivent être émises par la SAS⁸⁹⁸. En d'autres termes, il ne serait pas possible d'effectuer une conversion d'actions ordinaire ou d'actions de préférence en actions de préférence rachetables ou vice-versa. Cette impossibilité de convertir des actions en actions de préférence rachetables offrirait la possibilité à la SAS d'exclure les associés propriétaires de ces actions converties⁸⁹⁹. À Hongkong, l'Ordinance n'interdit ni n'autorise expressément la modification des droits attachés à une classe de parts sociales en ajoutant ou en retirant le caractère rachetable. La section 234 autorise l'émission de parts sociales rachetables ; la section 235 précise que les *directors* autorisés par les *articles* ou par une décision ordinaire des *members* doivent préciser les conditions du rachat des parts sociales rachetables avant leur émission ; aucune section n'interdit expressément la conversion en parts sociales rachetables ou inversement. Les sections 180 à 184 relatives à la modification des droits attachés à une classe de parts sociales ne mentionnent pas que lesdits droits excluent le caractère rachetable des parts sociales. Ainsi, il ne semble pas contraire à l'Ordinance de pouvoir convertir des parts sociales en parts sociales rachetables en respectant la procédure de modification des droits attachés à une classe⁹⁰⁰. Les *members* peuvent décider de modifier les droits attachés à une classe de parts sociales dans le respect des termes des *articles* et, dans le silence de ceux-ci, par une décision des *members* propriétaires des parts sociales de la classe objet de la modification adoptée aux trois quarts des droits de vote desdits *members* ou par une décision spéciale de l'Assemblée générale. Le droit des *members* dont les parts sociales deviennent rachetables suite à cette modification sont protégés par

⁸⁹⁵ Article L. 228-12 alinéa 2 du Code de commerce

⁸⁹⁶ Article L. 228-11 du Code de commerce.

⁸⁹⁷ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 114.

⁸⁹⁸ Article L. 228-12 III du Code de commerce.

⁸⁹⁹ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 115.

⁹⁰⁰ La section 180 (5) vise l'ajout de droits préférentiels aux parts sociales ordinaires auxquelles aucun droit n'est attaché et la modification des droits attachés aux parts sociales non-ordinaires existantes.

l'Ordonnance dans la mesure où ceux-ci bénéficient d'un droit d'information renforcé⁹⁰¹ et d'un délai avant que ladite modification entre en vigueur au cours duquel ils peuvent saisir les tribunaux pour que ladite modification soit refusée⁹⁰². Les règles légales hongkongaises unifient la conversion et la modification des droits attachés aux parts sociales sous la même procédure. Les règles hongkongaises laissent aux *members* la liberté de prévoir dans les *articles* ou dans un accord spécifique des procédures limitant les modifications des classes de parts sociales ; l'Ordonnance mentionne expressément cette possibilité⁹⁰³. Ainsi, les règles légales, tout en souhaitant protéger les associés minoritaires qui pourraient se voir exclus de la *Company* du fait de la modification des droits attachés à leurs parts sociales par un dispositif préventif, laissent également les *members* maîtres d'organiser et de restructurer la géographie du capital social de leur *Company*. La *Company* est du ressort de la sphère privée et non de la sphère publique et de l'interventionnisme étatique. Ainsi, la règle légale hongkongaise propose une alternative différente de conception moins institutionnelle⁹⁰⁴ à l'équilibre et à la conciliation des intérêts catégoriels des associés majoritaires et minoritaires qui ne sont pas communs tout au long de l'existence de la *Company*. L'interprétation de la procédure de conversion d'actions de l'article L 228-14 pourrait être revue à la lumière de l'interprétation de la modification des droits attachés à une classe de parts sociales d'une *Company*.

392. Tout comme en droit hongkongais, le mécanisme français instauré par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 permettait à la SAS et aux associés propriétaires d'actions de préférence rachetables de déclencher la procédure de rachat dans les conditions prévues à l'émission. Cette configuration a évolué et le rachat à l'initiative de l'associé est expressément interdit à l'alinéa 4 de l'article L. 228-12-III du Code de commerce. Les deux craintes expliquant ce retrait de l'initiative de l'associé visent à éviter la variabilité du capital social et à protéger les fonds propres. Le premier argument ne nous semble pas pertinent pour la SAS qui peut avoir un capital variable. Le deuxième argument pourrait être éludé au vu de la procédure de rachat des actions. La procédure détaillée dans l'Ordonnance en cas du rachat de parts sociales rachetables à partir de fonds du capital social permet de protéger les *members* et les créanciers de la *Company* du fait des obligations d'information et de publicité qui sont exigées. Cette procédure permet de concilier les intérêts de la *Company* qui a souhaité attirer des investisseurs intermédiaires à un moment où son entreprise avait besoin de financement, des *members* qui veulent quitter la *Company* et récupérer leur investissement dans des conditions préalablement convenues, des *members* qui demeurent dans la *Company* et les créanciers qui doivent être payés. Il ne nous semble donc pas impossible de protéger les intérêts des créanciers publics ou privés de la SAS et la discipline attachée aux règles de gestion du capital social même en présence d'actions de préférence rachetables à l'initiative de l'associé. Dans la configuration du régime actuel applicable aux actions de préférence rachetables, il nous semble, une fois de plus, que les pouvoirs publics ont cherché à protéger le régime des SA voire des SA avec offre au public au détriment du régime de la SAS.

Conclusion du Chapitre 1. Pragmatisme et anticipation, la prévention des litiges judiciaires entre members

⁹⁰¹ Section 181 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁹⁰² Sections 182 et 183 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁹⁰³ Exemple sous section 180 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "a company could make an agreement with the holders of shares in a class that imposes restrictions on the variation of class rights".

⁹⁰⁴ Nous souhaitons rappeler que la conception institutionnelle ou *regulatory law* s'oppose à la conception contractuelle ou *enabling law* et que ces deux conceptions pourraient représenter les extrémités d'une échelle graduée où l'interventionnisme étatique est plus ou moins important par l'édition de règles impératives pour l'organisation de la gestion d'une société.

393. Le pragmatisme du droit hongkongais prend une grande ampleur en ce qui concerne l'attribution et la sauvegarde de la qualité de *member* d'une *Company*. L'attribution de la qualité de *member* résulte d'éléments matériels tangibles qui ne peuvent que rarement faire l'objet d'une dispute sérieuse. Les attributs de la qualité de *member* sont identiques à ceux de la qualité d'associé de SARL et de SAS. Ces attributs peuvent être modelés en vertu des classes de parts sociales au sein d'une *Company*. Ce mécanisme des classes correspond à une étape supplémentaire dans la simplicité du mécanisme d'organisation des attributs de la qualité d'associé par rapport à celui des actions de préférence (toutes les actions qui ne sont pas ordinaires ne sont pas forcément des actions de préférence et la réforme française, qui a fait un grand pas en terme de simplification, n'est pas aboutie). La sauvegarde de la qualité de *member* peut être organisée entre eux dès l'immatriculation de la *Company* ou au cours de la vie sociale en créant autant de classes de parts sociales qu'il y a de modelages possibles des attributs de la qualité de *member*. Cette flexibilité, cette adaptabilité au cours de la vie sociale de la géographie du capital social est une source de prévention des litiges judiciaires dans la mesure où l'Ordonnance fournit au préalable aux *members* les mécanismes utiles à mettre en œuvre au cas où.

394. La liberté des associés de disposer de leurs parts sociales dont ils sont propriétaires, l'intérêt social et l'ordre public⁹⁰⁵ peuvent être difficiles à concilier au sein d'une société. Les rapports et arbitrages entre ces notions ne sont pas appréhendés de la même manière en droit français et en droit hongkongais. Le droit hongkongais soumet par défaut toute cession de parts sociales au sein d'une *Company* à l'approbation des *directors* faisant prévaloir l'intérêt social sur l'intérêt individuel des *members*. En parallèle, les *members* négocient fréquemment un *shareholders' agreement* qui stipulent des règles et des mécanismes relatifs aux cessions de parts sociales. Dans le cas de la SARL, le droit français impose un agrément des coassociés lors d'une cession à un tiers et dispose une libre cession des parts sociales dans les autres situations, à moins que les statuts ne prévoient autrement. Dans le cas de la SAS, le droit français offre aux associés une liberté totale quant à l'organisation des mécanismes encadrant les cessions de parts sociales dans la mesure où cette liberté s'exprime dans les statuts. Il est ici intéressant de pouvoir comprendre le mécanisme hongkongais résultant d'un arbitrage différent de celui des mécanismes français (Section 1). Au sein d'une *Company*, les *members* peuvent organiser leurs relations librement dans le cadre de la signature d'un *shareholders' agreement* et ils peuvent ainsi stipuler une procédure d'exclusion d'associé dans les conditions qu'ils jugent utiles en dehors de toute considération de règles d'ordre public. La jurisprudence française semble avoir posé le principe de l'interdiction de l'exclusion d'un associé⁹⁰⁶. Dans l'éventualité où les associés souhaitent prévoir un tel mécanisme, la loi et la jurisprudence imposent la mention de telles clauses d'exclusion spéciales dans les statuts : la dépossession d'un associé de son droit de propriété sur les parts sociales est protégée par les règles d'ordre public (Section 2) démontrant l'interventionnisme volontaire de l'État dans les affaires d'une société limitant la liberté des associés d'exclure l'un d'entre eux et écartant la volonté des associés exprimée sur la gestion de leur association et de la géographie du capital social de leur forme sociale.

⁹⁰⁵ En visant l'article 6 du Code civil et l'article L. 225-206 du Code de commerce, un arrêt a cassé l'arrêt d'appel qui avait ordonné l'exécution forcée d'une promesse de rachat par une société de ses propres actions ; arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 15 novembre 2010, Ballereau contre Clinique Saint Charles SA, arrêt cité dans MORTIER Renaud, Rachats d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 108. En se référant à l'article 6 du Code civil, la Cour confirme qu'une réglementation impérative d'ordre public ne peut être ignorée du fait de la volonté des associés exprimée dans une convention.

⁹⁰⁶ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 209, §363 : ces auteurs commentent l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 mars 1996 dans le sens où "c'est donc un droit fondamental pour l'associé de le demeurer, quoi qu'il arrive". D'autres auteurs ne sont pas si catégoriques, par exemple MORTIER Renaud, Rachats d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 45.

Section 1. L'intérêt social, notion protectrice du caractère *intuitu personae* commun aux trois sociétés fermées à risque limité

395. La *Company* est une société à caractère fermé notamment car la libre cession de parts sociales par un *member* est encadrée (§1). Une cession de parts sociales au sein d'une *Company* intervient alors en deux étapes. Cette dichotomie consacre, d'une part, la libre cession de parts sociales par un *member* et, d'autre part, l'approbation de cette cession par une décision des *directors*, avant inscription du cessionnaire sur le registre des *members*. Ce pouvoir donné aux *directors* par défaut par l'Ordonnance est dans un esprit bien différent de celui de l'agrément préalable donné par l'Assemblée générale des associés d'une SARL dans le cas d'une cession à un tiers. Par contre, au vu de la liberté offerte aux associés d'une SAS d'intégrer dans les statuts une clause d'agrément et au vu de la liberté offerte aux *members* d'une *Company* de mettre en place d'autres mécanismes encadrant les cessions dans les *articles* (même si ce n'est pas la pratique usuelle à Hongkong) et dans un *shareholders' agreement*, la SAS et la *Company* présentent un point commun fort (§2).

§1. Le rôle de la notion d'intérêt social dans le cadre de cession de parts sociales

396. La notion d'intérêt social est une notion très large et mouvante. La notion d'intérêt social est pourtant résolument attachée à la société dotée de la personnalité morale qui constitue une entité distincte de ses associés et des personnes qui en assurent la gestion quotidienne. Les acteurs de la société doivent agir dans le respect des intérêts de la société, à la différence que les associés sont intéressés à agir dans le respect de ces intérêts car ils ont institué la société dans le but d'en retirer des bénéfices ou de profiter d'économie alors que les personnes désignées pour gérer ladite société pourraient être tentées d'agir dans leur intérêt personnel ou dans un autre intérêt que celui de la société. Cette position est retenue par la jurisprudence hongkongaise qui fait appel à la notion évolutive d'intérêt social pour encadrer les pouvoirs étendus des *directors* (A). Cette position semble restrictive par rapport à la position du droit français, tant du point de vue du champ d'application de la notion d'intérêt social que du contenu de celle-ci (B).

A. La notion jurisprudentielle de l'intérêt social liée au devoir fiduciaire des directors vis-à-vis de la Company

397. La notion d'intérêt social n'est pas mentionnée en tant que telle dans l'Ordonnance. Celle-ci ne fait référence à la notion "the best interest of the Company" que dans le cadre de l'exception à l'interdiction⁹⁰⁷ faite à toute *Company* de fournir une assistance financière pour l'acquisition de ses propres parts sociales ou de parts sociales de sa société-mère⁹⁰⁸. La notion d'intérêt social résulte des développements jurisprudentiels consacrant le devoir fiduciaire des *directors* d'agir dans "the best interests of the Company" (1). Le contenu de cette notion est composé de plusieurs groupes d'intérêts dont la prise en compte par les *directors* répond à un ordre de priorité impératif et évolutif, l'intérêt de la *Company* étant premier (2).

1. L'encadrement jurisprudentiel des larges pouvoirs de gestion des directors par "the best interests of the Company"

⁹⁰⁷ Sections 275 et 276 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁹⁰⁸ Sur décision des *directors*, une *Company* peut approuver une telle assistance financière si celle-ci est effectuée dans l'intérêt de la *Company* (intérêt apprécié par les *directors*) en vertu des sections 283 à 289 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

398. Les relations entre les *members* et les *directors* au sein d'une *Company* sont basées sur une distinction qui relève d'un "évident sens commun"⁹⁰⁹. Lors de l'immatriculation de la *Company*, les *members* ont consenti à la structure fondamentale de celle-ci, à leur droit aux bénéfices, à la désignation des *directors* agissant en leurs noms et aux pouvoirs délégués à ces *directors*. Il en résulte que les *directors* exercent lesdits pouvoirs de manière entièrement autonome vis-à-vis des *members* en faisant usage de leur sens des affaires⁹¹⁰. Les *directors* ont la responsabilité d'assurer plusieurs dispositions légales en matière de conformité⁹¹¹ et ont la responsabilité de la gestion des affaires de la *Company*. À ce titre, les *directors* exercent un pouvoir de gestion quasi-illimité, qui est encadré par le devoir d'agir de bonne foi dans les intérêts de la *Company* (l'expression hongkongaise est la suivante : *to act in the best interests of the Company*) et par l'interdiction d'exercer ces larges pouvoirs dans un but illicite, impropre ou détourné. En outre, les *directors* doivent exercer ces pouvoirs avec "*care, skill and diligence*" tout en évitant les conflits d'intérêts avec la *Company*. Ces quatre éléments forment traditionnellement les devoirs ou obligations fiduciaires des *directors* (ou *fiduciary duties*⁹¹²) établis par la *Common Law*⁹¹³ et partiellement codifiés dans l'Ordonnance⁹¹⁴, codification partielle qui constitue une grande nouveauté du droit des sociétés hongkongais inspiré du mouvement de codification opéré par le *Companies Act 2006 (Cap.46)*⁹¹⁵. Une fois désigné, le *director* doit agir dans les meilleurs intérêts de la *Company* et doit faire primer cette loyauté à la *Company* sur ses intérêts relevant d'autres fonctions⁹¹⁶ qu'il pourrait exercer

⁹⁰⁹ BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 181, item 7.022.

⁹¹⁰ La conséquence de cette séparation nette des pouvoirs est la suivante : les *members* ne peuvent usurper les pouvoirs des *directors* que dans le cas où ceux-ci ne sont pas effectifs. Deux décisions de jurisprudence peuvent ici être citées : la célèbre jurisprudence *Foos v Harbottle* (1843) 2 Hare 461 où la demande des associés minoritaires a été rejetée dans la mesure où l'organe de gestion était bien présent et actif ; la jurisprudence *David Ho Yuk Wah v Goa Jiaren* [1999] 3 HKLRD 862 où la Cour rappelle que l'Assemblée générale ne peut usurper les pouvoirs délégués par les *articles* à un organe de gestion effectif mais qu'en l'absence d'un tel organe, lesdits pouvoirs reviennent aux personnes qui les ont délégués, c'est-à-dire l'Assemblée générale. Ces deux décisions sont commentées par BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 182, item 7.025.

⁹¹¹ BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 182, item 7.026.

⁹¹² *Re Forest of Dean Mining Co* (1878-79) LR 10 Ch D 450, per Jessel MR at 455, cité par BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 183, item 7.029.

⁹¹³ En sus de l'encadrement des pouvoirs étendus des *directors* par les *fiduciary duties* dans le but d'éviter que ceux-ci les exercent dans leur intérêt, d'autres mécanismes peuvent être mis en œuvre tels que l'attribution spécifique de pouvoirs aux *members*, la mise en place de procédures décisionnelles au sein du Conseil d'administration et d'obligations d'information des *directors* à la *Company* et aux *members*. Exemples détaillés dans SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 299.

⁹¹⁴ *Companies Ordinance (Cap.622)*, Part 10 intitulée "Directors and Company Secretaries", Division 2 intitulée "Directors' Duty of care, skill and diligence", Sections 465 et 466. Lors des travaux de préparation de la réforme de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, le Standing Committee on Company Law Reform a clairement indiqué qu'il pouvait être utile de codifier le devoir des *directors* d'agir avec "*care, skill and diligence*" afin d'encourager l'amélioration des standards mais que la codification des autres devoirs des *directors* n'était pas nécessaire au vu de la grande certitude attachée à la liste de ces devoirs et à leur contenu. Six autres arguments ont été avancé par ce comité : § 1.02, page ix, *Corporate Governance Review by the Standing Committee on Company Law Reform, Consultation paper on proposals made in phase I of the review, July 2001* ; source : www.cr.gov.hk. Le rapport de 1997 proposait une codification des devoirs fiduciaires des *directors* (*Consultancy Report*, March 1997, § 73 à 75, page 20 et recommandation 6.13, page 22), le Rapport du Committee a rejeté cette recommandation en bloc (Rapport du Committee, Chapter 6, § 6.57 à 6.72, pages 75 et 76); la *Companies Ordinance (Cap.622)* a codifié le devoir d'agir avec "*care, skill and diligence*" mais non le devoir d'agir avec honnêteté et loyauté dans les meilleurs intérêts de la *Company*.

⁹¹⁵ *Companies Act 2006 (Cap.46)*, Part 10 intitulée "A Company's Directors", Chapter 2 intitulé "General Duties of Directors", Sections 170 à 181.

⁹¹⁶ Ce principe de loyauté des *directors* en faveur de la *Company* explique notamment le fait que le droit hongkongais n'interdit pas qu'un *director* puisse également être un employé de la *Company*. Pour une illustration

au sein de ladite *Company*. L'intérêt social intervient pour protéger la *Company* et le développement de ses affaires commerciales, de son entreprise.

399. La notion d'intérêt social en droit hongkongais va alors apparaître dans la jurisprudence en relief des pouvoirs exercés par les *directors* : la violation des meilleurs intérêts de la *Company* suppose une décision des *directors* qui a porté préjudice à la *Company*. Le jugement sur le point de savoir si une décision relative à la gestion des affaires de la *Company* est adoptée dans les meilleurs intérêts de la *Company* relève des seuls *directors* : "They must exercise their discretion bona fide in what they consider – not what a court may consider – is in the interests of the company, and not for any collateral purpose"⁹¹⁷. Les meilleurs intérêts de la *Company* constituent alors une notion subjective dans laquelle plusieurs groupes peuvent avoir un intérêt.
400. La règle la plus ancienne est que les devoirs fiduciaires des *directors* relèvent de la relation entre les *directors* et la *Company*. La jurisprudence a parfois associé la *Company* et la collectivité des *members*. Ainsi, les prises de décision quant à la gestion des affaires de la *Company* doivent être effectuées par les *directors* en prenant en compte les meilleurs intérêts de la *Company* et de la collectivité de ses *members*. Cette collectivité est notamment caractérisée dans une affaire qui étend l'intérêt social à celui des employés si cet intérêt des employés peut être justifié à l'aune de l'intérêt de la collectivité des associés sur le long terme⁹¹⁸.
401. Les documents émis par le *Companies Registry*⁹¹⁹ et par le *Hong Kong Institute of Directors*⁹²⁰ à l'attention des *directors* de *Company* mentionnent leurs devoirs fiduciaires. Le guide émis par le *Companies Registry* présente onze principes que les *directors* doivent respecter dans l'exercice de leurs fonctions. Le terme *duty* et le verbe *must* ne laissent aucun doute sur le caractère impératif de ces principes. Le premier relève du respect de l'intérêt social : "A director must act in good faith in the best interests of the Company". Il définit clairement la notion de "best interests of the Company" : "This means that a director owes a duty to act in the interests of all its shareholders, present and future.". Ce principe consacre l'égalité entre les *members*, égalité que doivent respecter les *directors* dans l'exercice de leurs larges pouvoirs de gestion des affaires de la *Company* : "In carrying out this duty [duty to act in good faith for the benefit of the company as a whole], a director must (as far as practicable) have regard to the need to achieve outcomes that are fair as between its members." Le *Companies Registry* adopte une position indépendante à mi-chemin entre l'Ordonnance majoritairement silencieuse sur la notion "the best interests of the Company" relayée par l'application des principes généraux de *Common Law* et la terminologie utilisée par le *Companies Act 2006 (Cap.46)* britannique dont la section 172 dispose "A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the Company for the benefits of its members as a whole". Le deuxième principe "duty to use powers for a proper purpose for the benefit of the members" ajoute que les

de ce principe, *Re Neath Rugby Ltd* [2008] 1 BCLC 527 cité par BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 185, item 7.034.

⁹¹⁷ *Re Smith and Fawcett* [1942] Ch 304, per Lord Greene MR at 306, cité par BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 185, item 7.035.

⁹¹⁸ *Hutton v West Cork Rly Co AND Parke v Daily News Ltd.*, cité dans SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 301.

⁹¹⁹ "A Guide on Directors' Duties" publié par le *Companies Registry* au mois de mars 2014 ; source : www.cr.gov.hk.

⁹²⁰ "Guidelines for Directors", quatrième édition publiée par le *Hong Kong Institute of Directors* en 2014 ; source : www.hkiod.com.

directors doivent exercer leurs pouvoirs "*for a proper purpose*"⁹²¹ et le premier de ces objectifs est "*the benefit of the company*". L'intérêt social est l'objectif premier et primordial que doivent poursuivre les *directors* dans l'exercice de leurs fonctions. Le cinquième objectif commande aux *directors* de ne pas faire entrer en ligne de compte leurs intérêts personnels alors qu'ils exercent leurs pouvoirs dans l'intérêt de la *Company*. Le sixième principe constitue une application concrète de ce cinquième principe : "*duty not to enter into transactions to which the company is, or may be, a party, in which directors have an interest except in compliance with the requirements of the law*". Le document publié par le *Hong Kong Institute of Directors* présente les devoirs fiduciaires de la manière suivante⁹²² : "*Directors owe a fiduciary duty to their company. This means that they must at all times act honestly and diligently, showing the company their highest loyalty, acting in good faith and in the company's best interests. It is convenient to express this complex duty as falling into three categories: to act honestly, bona fide for the benefit of the company, to exercise their powers for a proper purpose and not to allow any conflict between their duties as directors and their personal interests*". Ce document utilise de manière interchangeable les notions de "*the company's best interests*" et "*for the benefit of the company*". Ce document précise que le contenu de ces deux notions est large et recouvre finalement tous les autres devoirs fiduciaires. Les meilleurs intérêts de la *Company* seraient constitués par les intérêts des *members*, présents et futurs et distincts des intérêts personnels des *directors* et des intérêts collatéraux⁹²³. L'intérêt collatéral qui est explicité par ce document est celui de la filiale au sein de laquelle un *director* de la société-mère exercerait également des fonctions de *director* : dans ce cas, le *director* ne doit pas exercer ses pouvoirs dans le cadre de la relation de groupe liant ces deux *Companies* mais il doit exercer ses pouvoirs de manière indépendante et autonome dans l'intérêt de la société-mère d'une part et dans l'intérêt de la filiale d'autre part. L'intérêt de la relation de groupe née entre la société-mère et sa filiale constitue un intérêt collatéral qui ne doit pas primer sur l'intérêt social unique de chaque société⁹²⁴.

2. La variété accrue des groupes d'intérêts entrant dans la notion complexe des "*best interests of the Company*"

402. Les meilleurs intérêts de la *Company* doivent être distingués de ceux des *members* pris individuellement et des créanciers. Les *directors* ont été désignés par gérer les affaires de la *Company* et leurs devoirs relèvent de cette relation entre les *directors* et la *Company* et non d'une relation entre les *directors* et les créanciers, présents ou futurs, ou entre les *directors* et les *members* individuellement. Au vu des développements de la jurisprudence contemporaine, cette règle présente plusieurs tempéraments.
403. Un premier tempérament révèle que les *directors*, s'acquittant de leurs devoirs vis-à-vis de la *Company*, peuvent devoir prendre en considération les intérêts des *members* individuellement dans certaines conditions restrictives. La jurisprudence a fait ressortir la prise en compte de l'intérêt des *members* individuellement principalement dans des espèces où la *Company* faisait face à un changement de contrôle⁹²⁵. La deuxième situation, où les *directors* peuvent

⁹²¹ *Hogg v Cramphorn Limited* [1967] Ch 254 ; *Howard Smith v Ampol Petroleum Ltd.* [1974] AC 821 ; *Wong Kam San v Yeung Wing Keung* [2007] 2 HKLRD 267.

⁹²² Sections 143, 144 et 145, Part II, "Guidelines for Directors", quatrième édition publiée par le *Hong Kong Institute of Directors* en 2014.

⁹²³ Cette formulation reprend la formulation de la jurisprudence traditionnelle "Smith and Fawcett" (*Re Smith and Fawcett* [1942] Ch 304, per Lord Greene MR at 306).

⁹²⁴ Section 146, Part II, "Guidelines for Directors", quatrième édition publiée par le *Hong Kong Institute of Directors* en 2014.

⁹²⁵ *Dawson International plc v Coats Paton plc* (1989) UK, *Coleman v Myers* (1977) NZ, cités par STOTT Vanessa, *Hong Kong Company Law*, Pearson Education Asia Limited, 14th Edition, 2015, page 294.

devoir prendre en compte les intérêts de la *Company* et ceux des *members* pris individuellement de manière équivalente, naît de la relation qui peut exister dans les sociétés familiales où les *directors* et les *members* sont les mêmes personnes⁹²⁶.

404. Une seconde situation pouvant tempérer la règle de la relation fiduciaire exclusive entre les *directors* et la *Company* relève de la solvabilité de cette dernière. Si la *Company* est insolvable et que les intérêts de ses créanciers ne peuvent plus être préservés, les devoirs que les *directors* ont envers la *Company* sont étendus au point d'englober, en sus des intérêts de la *Company*, les intérêts des créanciers de celle-ci⁹²⁷ ; il n'est resté pas moins que les *directors* n'ont pas de devoirs fiduciaires envers lesdits créanciers. Si la *Company* est solvable, les intérêts des *members* priment sur les intérêts des créanciers lorsque les *directors* évaluent les meilleurs intérêts de la *Company*. "Guidelines for Directors" émis par le *Hong Kong Institute of Directors* indique expressément que l'intérêt des créanciers est prioritaire à l'intérêt de la *Company* et à l'intérêt des *members* en cas d'insolvabilité de la *Company* ; dans ce cas, le devoir des *directors* est d'exercer leurs pouvoirs dans l'intérêt des créanciers⁹²⁸.
405. Une troisième situation relève de l'intérêt des employés qui peut entrer dans la notion des meilleurs intérêts de la *Company* et amener les *directors* à prendre des décisions de gestion dans l'intérêt des employés et de la *Company* car cette décision de gestion serait justifiée par l'intérêt de la collectivité des *members* sur le long terme⁹²⁹ malgré un intérêt contraire immédiat de la collectivité des *members*. Cette extension de l'intérêt social ou des groupes d'intérêts à prendre en considération pour comprendre la notion des meilleurs intérêts de la *Company* encadrant les larges pouvoirs de gestion des *directors* est aussi à l'ordre du jour des discussions tentant de développer la responsabilité sociale (ou *responsible company*⁹³⁰ ou *corporate social responsibility*) et apparaît nettement dans les "Guidelines for Directors" publié par le *Hong Kong Institute of Directors*.
406. Les clients et consommateurs, les fournisseurs, la communauté, l'environnement, des causes charitables et l'intérêt national sont des groupes d'intérêts que les *directors* peuvent être amenés à prendre en considération dans le cadre de la mise en œuvre de leurs pouvoirs étendus de gestion de l'entreprise au gré des circonstances ou pourraient être amenés à devoir prendre en compte au quotidien. Il nous semble que l'articulation de ces groupes d'intérêts avec les meilleurs intérêts de la *Company* devrait continuer de faire primer ces derniers ; le seul jugement des *directors* quant aux groupes d'intérêt à prendre en compte pour telles ou telles décisions devrait également continuer de primer afin de les protéger de la menace de

⁹²⁶ Section 107, Part I, "Guidelines for Directors", quatrième édition publiée par le *Hong Kong Institute of Directors* en 2014.

⁹²⁷ "The duties which the directors owe to the company are extended so as to encompass the interests of the company's creditors as a whole", BREWER John, *The law and practice of Hong Kong companies*, Sweet & Maxwell, Second edition, page 189, § 7.046.

⁹²⁸ Sections 265 et 266, Part II, "Guidelines for Directors", quatrième édition publiée par le *Hong Kong Institute of Directors* en 2014.

⁹²⁹ *Hutton v West Cork Rly Co AND Parke v Daily News Ltd.*, cité dans SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 301. Une décision ne retient pas la responsabilité des *directors* au motif de l'irrespect de leurs devoirs fiduciaires vis-à-vis de la *Company* ou de la collectivité des *members* car l'intérêt des employés était supérieur aux meilleurs intérêts de la *Company*. En l'espèce, la vente de l'entreprise d'une société insolvable a été négociée par les *directors* avec le moins-disant car celui-ci s'engageait à reprendre la masse salariale et les commandes en cours. L'opportunité de sauver des emplois dans un contexte de crise économique et de taux de chômage élevé explique cette décision et l'évolution de la notion d'intérêt social encadrant les pouvoirs étendus des *directors* et limitant l'engagement de leur responsabilité. Décision *Re Welfab Engineers Ltd* [1990] BDLC 833 citée par STOTT Vanessa, *Hong Kong Company Law*, Pearson Education Asia Limited, 14th Edition, 2015, page 309.

⁹³⁰ SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 302.

l'engagement de leur responsabilité potentiellement continue et leur conserver leur indépendance et leur autonomie. Un modèle d'ensembles et de sous-ensembles pourrait être proposé pour accompagner les *directors* dans leur processus de prises de décision⁹³¹ : les meilleurs intérêts de la *Company* en constitueraient le cœur ; les intérêts des *members* pris individuellement, les intérêts des créanciers et les intérêts des employés en constitueraient un premier ajout ; et, les intérêts développés dans le cadre de la responsabilité sociale en constitueraient un deuxième. Les intérêts de groupes collatéraux (la masse des clients, la masse des employés, la masse des créanciers, le gouvernement et la communauté, la masse des fournisseurs, le public) à la *Company* sont largement explicités dans le document émis par le *Hong Kong Institute of Directors*⁹³².

407. L'Ordonnance ne s'est pas inspiré de la codification anglaise effectuée dans le *Companies Act 2006 (Cap.46)* quant aux devoirs fiduciaires des *directors*⁹³³. Seul le devoir des *directors* d'exercer leurs pouvoirs avec soin, habileté, compétence et vigilance est mentionné à la section 465 de l'Ordonnance. Les meilleurs intérêts de la *Company* ou la réussite de la *Company* ne sont pas codifiés ; seule la *Common Law* peut servir de base légale. Il est pourtant intéressant de noter que la *Schedule 5* de l'Ordonnance détaillant le contenu du rapport des *directors* annexé au bilan annuel mentionne que, dans la mesure où ils le jugent nécessaire à la compréhension du développement, des performances et de la situation des affaires de la *Company*, les *directors* doivent inclure dans leur rapport "(a) an analysis using financial key performance indicators; (b) a discussion on (i) the company's environmental policies and performance; and (ii) the company's compliance with the relevant laws and regulations that have a significant impact on the company; and (c) an account of the company's key relationships with its employees, customers and suppliers and others that have a significant impact on the company and on which the company's success depends."⁹³⁴. Ces éléments, qui ne constituent pas les devoirs fiduciaires codifiés par l'Ordonnance et qui ne peuvent servir de base légale pour engager la responsabilité des *directors* dans le cadre de l'exercice de leur large pouvoir de gestion, sont néanmoins indiqués au titre d'éléments que les *directors* doivent présenter comme ayant un impact sur la réussite de la *Company* et qu'ils pourraient devoir implicitement prendre en compte dans la gestion des affaires de celle-ci. La difficulté que peut constituer la codification des devoirs fiduciaires des *directors* résultant de décennies de jurisprudence et pouvant geler leur adaptation jurisprudentielle aux évolutions

⁹³¹ "Il est intéressant de noter que le rapport paru en 2005 sur la *Company Law Reform* émis par la *Law Commission (Cm 6456)* et que les études intitulées "Modern company law for a competitive economy: a strategic framework" publiée en 1999 et "Modern company law for a competitive economy: developing the framework" publiée en 2000 (URN 00/656) par le CLR ont opté pour une approche pro-associé restrictive aux meilleurs intérêts de la *Company* considérant que les groupes d'intérêt relevant de la responsabilité sociale peuvent également être pris en considération par les *directors* (approche dénommée par le CLR "enlightened shareholder value") contre une approche pro-associé large et pluraliste au titre de laquelle les *directors* devraient prendre en compte l'intérêt de toutes les parties prenantes sans ordre de priorité et pas seulement des associés. Conformément au choix porté sur l'approche "enlightened shareholder value", il en résulte que la section 172 (1) du *Companies Act 2006 (Cap.46)* dispose que les *directors* ont le devoir de promouvoir la réussite de la société pour le bénéfice des associés pris collectivement. En cas de conflit entre l'intérêt de la société et celui de la collectivité des associés, la primauté semble être donnée à celui de la société par la section 172 (1) du *Companies Act 2006 (Cap.46)*." Traduction libre de la citation extraite de SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, pages 302 et 303.

⁹³² Sections 11 à 25 et sections 102 à 114, Part I, "Guidelines for Directors", quatrième édition publiée par le *Hong Kong Institute of Directors* en 2014.

⁹³³ CHAU Charles C. C., *Codification of Directors' Duties: The Hong Kong and British Approaches Contrasted*, Hong Kong Lawyer, March 2002. Le Comité a justifié l'absence de codification des devoirs fiduciaires des *directors* au motif que les règles de *Common Law* applicables en la matière sont acceptables et ne présentent aucune incertitude notable.

⁹³⁴ *Companies Ordinance (Cap.622)*, Schedule 5 "Contents of Directors' Report: Business Review", section 2.

du monde des affaires est ici contournée : comme une étape préliminaire, l'Ordonnance ajoute, en marge des devoirs fiduciaires, des éléments que les *directors* doivent présenter dans leur rapport annexé aux comptes annuels de leur *Company* et sur lesquels ils peuvent alors être amenés à rendre des comptes lors de la tenue de l'Assemblée générale annuelle et qu'ils peuvent également utiliser pour justifier leurs décisions de gestion qui ne feraient pas primer l'intérêt immédiat de la collectivité des *members*.

408. Dans l'éventualité où un ou plusieurs *directors*⁹³⁵ contreviennent à leurs devoirs fiduciaires, leur responsabilité peut être engagée dans le but d'obtenir réparation du dommage causé. L'action en responsabilité peut être engagée par la *Company* et dans certaines circonstances, par les *members* (indépendamment du fait que lesdits *directors* peuvent toujours être révoqués⁹³⁶) et par les créanciers. En sus des règles de Common Law applicables en matière de responsabilité civile⁹³⁷, les sections 722 à 738 de l'Ordonnance encadrent les actions en responsabilité engagées à l'encontre de la *Company* et de ses *directors* notamment. Cependant, les *members*, par une décision ordinaire, peuvent ratifier les actes commis par les *directors* en transgression de leurs devoirs fiduciaires⁹³⁸ ; les tribunaux peuvent également ne pas engager la responsabilité d'un *director* qui a agi de manière honnête et raisonnable et qui devrait, au vu des circonstances, être disculpé⁹³⁹.

B. L'intérêt social, facteur du développement économique responsable des entreprises

409. Le champ d'application de l'intérêt social est plus large en droit français qu'en droit hongkongais à plusieurs niveaux (1). Les évolutions du contenu de la notion d'intérêt social constatées aussi bien à Hongkong (et plus largement en Angleterre et dans les pays de *Common Law*) et en France laissent imaginer que cette notion pourrait être un catalyseur permettant d'inclure dans les mécanismes internes de prise de décision des éléments relevant de la responsabilité sociale, à savoir le développement de l'efficacité économique dans le respect des groupes d'intérêts gravitant autour de la forme sociale (2). La société devient alors un outil hébergeant une entreprise favorisant son développement économique dans le respect de la communauté humaine et de son environnement.

1. L'intérêt social, une notion plus largement appliquée en droit français

410. Tout comme en droit hongkongais, l'intérêt social constitue l'intérêt de la société dotée de la personne morale, SARL ou SAS, distincte de ses associés. La jurisprudence fait apparaître cette distinction entre l'intérêt social et l'intérêt de ses associés lorsqu'elle étudie le degré

⁹³⁵ L'étendue de la responsabilité des *directors* dépend des faits : un *director* ne peut être tenu responsable des actes commis par ses *co-directors* s'il n'a pas pris part à ces actes, s'il n'en avait aucune connaissance et qu'il ressort des circonstances qu'aucune suspicion n'était permise ; la responsabilité des *directors* impliqués est conjointe et collective.

⁹³⁶ Section 462 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁹³⁷ "The directors are agents of the company [They are not, without specific agreement, agents of the shareholders: *Tan Poh Lean v Hong Kong Communications Equipment Co Ltd* [1983] 2 HKC 488]. Wherever an agent is liable, they are liable, and where the liability would attach to the principal, and the principal only, the liability is the company's liability [*Ferguson v Wilson* (1866) 2 Ch App 77 at 89-90].", *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.159 "Director' position as company's agents".

⁹³⁸ Section 473 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Pour une illustration : *Bamford v Bamford* [1969] 2 WLR 1107. Dans cette décision, les *directors* avaient émis des parts sociales de leur société à une société qui distribuait leurs produits dans l'objectif de contrecarrer une offre public d'achat et parce que le distributeur avait accepté de ne pas participer à ladite offre. Les *directors* avaient donc mal exercé leur pouvoir mais les *members* ont ratifié l'émission de parts sociales car elle leur était bénéfique.

⁹³⁹ *Re Duomatic* [1969] 1 All ER 161, décision citée dans WILD Charles, WEINSTEIN Stuart, Smith and Keenan's *Company Law*, Pearson, United-Kingdom, Fifteenth Edition, 2011, page 406.

d'autonomie patrimoniale et décisionnelle entre la société et ses associés, c'est-à-dire qu'elle analyse si la société poursuit la réalisation de son objet et la satisfaction de son intérêt afin de vérifier l'absence de fictivité de ladite société. L'intérêt commun des associés est cependant également présent et proche de l'intérêt social du fait de la rédaction de l'article 1833 du Code civil qui dispose que "toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés". D'une part, l'organisation et le fonctionnement de la société ne peut s'éloigner du respect de la disposition de cet article du Code civil ; cette remarque prend surtout son sens au sein des SAS où la liberté des associés est grande quant à l'organisation interne de leur société⁹⁴⁰. D'autre part, ces dispositions restreignent le respect de l'intérêt commun des associés affectant la constitution de la société ; une fois celle-ci constituée et à compter de la naissance de la personne morale, l'intérêt commun des associés est supplanté par l'intérêt social qui constitue le compas de la gestion des affaires sociales. Ici, la notion des meilleurs intérêts de la *Company* ne paraît pas relever de l'organisation de la *Company* ce qui distingue le champ d'application de cette notion en droit hongkongais comparé au champ d'application du droit français.

411. Tout comme en droit hongkongais, l'intérêt social gouverne le fonctionnement de la société et la gestion des affaires sociales par le ou les organes de gestion de la SARL ou de la SAS. "[En effet,] quelle que soit l'organisation interne [de la SAS], l'action de ses dirigeants doit tendre à la promotion de l'intérêt social."⁹⁴¹ Contrairement au droit hongkongais qui encadre, quelle que soit la forme sociale retenue, l'organisation interne de la *company*, et qui ne fait référence aux meilleurs intérêts de la *Company* que dans le but d'instaurer un garde-fou aux pouvoirs de gestion étendus des *directors*, la notion d'intérêt social au sein d'une SARL et d'une SAS semble pouvoir s'appliquer à ces deux aspects, à l'organisation interne de la société⁹⁴² et à l'activité de la société⁹⁴³. Ce deuxième aspect appelle une remarque tenant à la distinction entre l'intérêt social et l'objet social. Cette distinction est peu révélatrice en droit hongkongais dans la mesure où peu de *Companies* mentionnent un objet social dans leurs *articles* et où la capacité d'une *Company* est générale. En droit français, cette distinction peut être importante et résulte de l'article 1833 du Code civil et de l'articulation des articles L. 221-4 alinéa 1^{er} et L. 223-18 alinéa 4 du Code de commerce pour la SARL et : "la notion d'intérêt social est distincte de celle d'objet social retenue pour les rapports du gérant avec les tiers"⁹⁴⁴. Les deux notions nous semblent alors complémentaires pour encadrer les pouvoirs étendus de gestion au sein de SAS et de SARL, comme en témoigne la citation suivante : "Le gérant est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » (C. com., art. L. 223-18, al. 5), notamment pour engager la société comme caution sans l'accord des associés, pourvu que l'opération entre dans l'objet social et réponde à l'intérêt

⁹⁴⁰ PORACCHIA Didier, Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée, *Revue des Sociétés*, 2000, page 223, §2.

⁹⁴¹ PORACCHIA Didier, Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée, *Revue des Sociétés*, 2000, page 223, §28.

⁹⁴² L'intérêt social est pris en compte lors de l'analyse des motifs de la révocation d'un gérant de SARL relevant de l'organisation interne de la forme sociale, GIBIRILA Deen, *Société à responsabilité limitée*, Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : décembre 2012, Mois de mise à jour : juin 2013, voire notamment §231 et 233. L'intérêt social est pris en compte dans la notion des fautes de gestion d'un gérant de SARL relevant du fonctionnement interne de la forme sociale, GIBIRILA Deen, *Société à responsabilité limitée*, Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : décembre 2012, Mois de mise à jour : juin 2013, §340.

⁹⁴³ PORACCHIA Didier, Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée, *Revue des Sociétés*, 2000, page 223, §30.

⁹⁴⁴ GIBIRILA Deen, *Société à responsabilité limitée*, Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : décembre 2012, Mois de mise à jour : juin 2013, voire notamment §296.

social"⁹⁴⁵. Cette complémentarité distingue alors l'application de la notion d'intérêt social entre une *Company*, d'une part, et les SARL et SAS d'autre part.

412. Contrairement au droit hongkongais où les meilleurs intérêts de la *Company* sont principalement destinés à encadrer les pouvoirs quasi-illimités des *directors* afin de protéger la *Company* et les *members*, l'intérêt social est une notion également utilisée pour encadrer les relations entre associés au sein des SARL et SAS. L'intérêt social est une notion utilisée par le juge pour protéger le droit de vote des associés au sein d'une SARL qui ne doit pas être exercé de façon discrétionnaire : "il [le droit de vote] ne doit pas contrarier l'intérêt social et être exercé dans l'unique perspective de favoriser un groupe majoritaire ou minoritaire d'associés ou d'actionnaires au détriment des autres"⁹⁴⁶. De même, au sein d'une SAS, "Des conventions de vote peuvent être conclues, dans les statuts, ou même hors des statuts, si elles ne sont pas de nature à tromper les tiers sur des questions où ils peuvent avoir un intérêt ; elles doivent obéir aux mêmes conditions du droit commun (caractères temporaire et conforme à l'intérêt social)"⁹⁴⁷. Une autre auteure confirme le caractère supérieur de l'intérêt social sur la volonté des associés : "les conventions [de vote] clairement contraires à l'intérêt social sont frappées d'une illicéité de principe. Le fondement est net, les intérêts particuliers des signataires de la convention ne pouvant en aucun cas prévaloir sur l'intérêt de la société"⁹⁴⁸.
413. La notion des meilleurs intérêts de la *Company* protège celle-ci de l'action de ses *directors*. L'utilisation de cette notion en droit hongkongais nous semble plus restreinte que le recours qui en est fait par les tribunaux français. La jurisprudence française fait appel à cette notion pour encadrer l'organisation et le fonctionnement des organes de gestion et pour encadrer les relations entre les associés. Il est probablement dommage que la jurisprudence hongkongaise n'étende pas la promotion de l'intérêt social aux relations entre *members*. La raison à l'absence d'un tel raisonnement est que la culture juridique repose sur la confiance et l'auto-régulation. Les *members* ne peuvent agir au détriment de la société qui est l'outil qui leur permet de s'enrichir. La vision à court terme que pourrait ne pas manquer d'avoir un *member* avide souhaitant collecter les fruits du développement de l'entreprise hébergée au sein de la société est contrecarrée par l'organisation interne de la *Company*. Les déclarations de dividendes intérimaires sont décidées par les *directors*⁹⁴⁹ et les déclarations de dividendes décidées par l'Assemblée générale ne peuvent être supérieures au montant proposé par les *directors*⁹⁵⁰. En sus des règles comptables qui s'appliquent au calcul des bénéfices réalisés par la *Company* à partir desquels les *directors* peuvent décider le montant des dividendes intérimaires ou suggérer le montant de dividendes à l'Assemblée générale, l'intérêt social encadre la décision des *directors* et la protection et la promotion de l'intérêt social sur le long terme est un facteur important reconnu par la jurisprudence de *Common Law*⁹⁵¹.

⁹⁴⁵ GIBIRILA Deen, Société à responsabilité limitée, Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : décembre 2012, Mois de mise à jour : juin 2013, voire notamment §302.

⁹⁴⁶ GIBIRILA Deen, Société à responsabilité limitée, Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : décembre 2012, Mois de mise à jour : juin 2013, voire notamment §536.

⁹⁴⁷ LE CANNU Paul, Société par actions simplifiée, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Mois de parution : février 2000, Mois de mise à jour : juin 2013, point 223.

⁹⁴⁸ SCHILLER Sophie, Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : février 2009 ; Mois de mise à jour : février 2013, point 105.

⁹⁴⁹ Article 73(1) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁵⁰ Article 73(2) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁵¹ *Hutton v West Cork Rly Co AND Parke v Daily News Ltd* – cf. pp136ff SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, SEALY Len, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 301.

2. L'intérêt social, le catalyseur du développement de la responsabilité sociale et environnementale

414. Les discussions sur l'élargissement du contenu de l'intérêt social à la responsabilité sociale et environnementale ont été nombreuses dans le cadre des discussions autour du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dit projet de loi Macron. Au moment des discussions entourant le projet, l'article 28⁹⁵² aurait permis au Gouvernement d'ajouter par voie d'ordonnance une phrase à l'article 1833 du Code civil : "Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental." L'interprétation de l'intérêt social évolue d'une interprétation contextuelle limitée à la lettre de l'article 1833 du Code civil limitant l'intérêt social à l'intérêt commun des associés à une interprétation sociologique intégrant la société et son entreprise dans la communauté et dans le respect de l'intérêt général. Ce projet visant à compléter l'article 1833 du Code civil aurait eu pour effet de faire basculer la responsabilité sociale et environnementale de l'obligation d'information à un instrument d'évaluation de l'organisation et du fonctionnement de la forme sociale. Nous y voyons deux conséquences critiquables : la difficulté de définir et la volatilité du contenu de la notion d'intérêt général économique, social et environnemental rendant la gestion interne des affaires sociales dans une incertitude permanente ; la porte ouverte au juge de s'immiscer dans les affaires sociétales alors que le principe de sa non-immixtion est posé. Ce recours à l'intérêt général dans l'article 28 du projet de loi Macron est différent de l'admission de mécanisme spécifique visant à protéger l'intérêt social au nom de l'intérêt général⁹⁵³. L'intérêt général est ici utilisé en amont de la définition de règles et de mécanismes applicables aux sociétés dans le but de protéger ou de promouvoir l'intérêt social ou l'efficacité ou l'utilité économique des sociétés.
415. La notion originelle des meilleurs intérêts de la *Company* se développe vers une prise en compte de l'efficacité économique de la *Company* et vers une prise de conscience de son impact sur les groupes d'intérêts gravitant autour d'elle de manière plus ou moins dépendante. L'Ordonnance mentionne "*the best interests of the Company*". Le *Companies Registry* utilise de manière interchangeable les vocables "*the best interests of the Company*" et "*for the benefit of the Company*", vocable qui dénote une connotation d'avantages, de bénéfices et de bienfaits. Le *Hong Kong Institute of Directors* lie la notion de l'intérêt social avec les éléments pris en compte dans la notion de *corporate social responsibility*. La même tendance pourrait être dégagée en France où le vocable d'intérêt social est parfois substitué aux termes de l'utilité économique pour la société⁹⁵⁴. Il nous semble que ces deux tendances sont communes et résultent effectivement de la prise de conscience de l'impact des activités des sociétés sur la

⁹⁵² Projet de loi pour la croissance et l'activité (procédure accélérée) n°2447 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 décembre 2014 présenté au nom de Monsieur Manuel Valls, Premier ministre, par Monsieur Emmanuel Macron, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique : Titre II : Investir, Chapitre I^{er} : Investissement et innovation, Section 1 : Faciliter les projets, Article 28 : Rassemble les habilitations relatives aux mesures de simplification que le Gouvernement pourrait prendre parmi celles qui sont actuellement à l'étude. Source du 21 décembre 2015 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2447.asp>

⁹⁵³ Dans son avis n°389-494 (Assemblée générale du Conseil d'Etat du 8 décembre 2014, article 73), le Conseil d'État a considéré que les dispositifs de dilution et cession forcées étaient conformes aux exigences constitutionnelles et européennes assurant la protection du droit de propriété : "la modification du capital apparaît comme la seule solution permettant d'éviter ce trouble et d'assurer la poursuite d'activité" et "compte tenu des précautions prises pour ce nouveau dispositif [...] et tenant au seuil de 150 salariés, au débat et à la décision judiciaires, à l'engagement du souscripteur ou du cessionnaire à garder ses actions pendant le plan, le Conseil d'État a considéré que cette atteinte aux droits de l'actionnaire répond à l'objectif d'intérêt général de préserver l'activité d'une entreprise d'une importance économique et sociale avérée".

⁹⁵⁴ SCHILLER Sophie, Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : février 2009 ; Mois de mise à jour : février 2013, point 108.

masse salariale, sur les consommateurs, sur le public, sur l'environnement et sur le bien-être de nos sociétés humaines. À savoir si tous ces éléments, entrant en ligne de compte dans le cadre du développement de la notion de responsabilité sociale, ou *corporate social responsibility*, devraient soumettre les prises de décision des organes de gestion des sociétés, ces éléments pénètrent aujourd'hui les organes de la société par une insertion (d'abord suggérée puis devenue impérative) dans les documents financiers annuels d'une présentation de l'impact des activités de l'entreprise hébergées par la société outil sur ces éléments. Ces éléments sont intégrés de manière impérative dans les obligations d'information. Sur le long terme, la prise en compte de ces éléments dans les rapports annuels et dans la notion d'intérêt social constitue un avantage comparatif et une avancée sociale pouvant contribuer à encourager l'institution de société pour héberger une entreprise au lieu d'une autre entité juridique dépourvue de garde-fou et d'incitation au développement économiquement responsable. Au vu des dérives qui pourraient naître d'une insertion de ces éléments dans la notion même d'intérêt social, le respect de la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, des pouvoirs publics hongkongais pourrait être préférable à une intervention dirigiste des pouvoirs publics français sur le modèle de l'article 28 tel qu'initialement rédigé dans le projet de loi Macron.

§2. La protection du caractère *intuitu personae* répondant à l'intérêt social

416. "Au niveau de la cessibilité des parts sociales, les droits allemand et italien ne connaissent pas le cas d'emprisonnement dans la société de l'associé de S.A.R.L. français."⁹⁵⁵ Les droits hongkongais et français présentent le point de commun de soumettre la cession à un agrément. La mise en œuvre de cet agrément présente de nombreuses différences : le droit hongkongais a mis en place un "agrément postérieur" à la cession donné par une décision des *directors* de la *Company* (A) ; le droit français propose un agrément préalable à la cession donné par une décision des associés de la SARL et offre aux associés de la SAS de mettre en place un mécanisme d'agrément dans les statuts (B) (du fait de la liberté offerte aux associés d'une SAS d'opter pour un agrément préalable à une cession, la SAS n'ayant pas recours à ce mécanisme est similaire à la règle "des codes allemand (15, alinéa 1) et italien (article 2479, alinéas 2 et 3) disposant du libre transfert entre vifs et entre successibles des parts sociales"⁹⁵⁶).

*A. Le point commun : le caractère *intuitu personae* des Companies, SARL et SAS*

417. Le droit hongkongais énumère trois critères cumulatifs auxquels doit répondre une *company* pour être qualifiée de *private company* et ces critères ont pour conséquence de doter ladite *private company* d'un fort caractère *intuitu personae* (1) et de limiter ainsi les modalités dans lesquelles une *Company* peut financer son entreprise (2), contrairement à une *public company*.

1. Le caractère *intuitu personae* de la *Company*

418. La section 11 de l'Ordonnance liste les trois critères cumulatifs qu'une société immatriculée auprès du *Companies Registry* de Hongkong doit remplir pour être qualifiée de *private company*⁹⁵⁷ : cette société doit restreindre le droit de ses *members* à céder⁹⁵⁸ leurs parts

⁹⁵⁵ DUCOULOUX-FAVARD Claude, Les S.A.R.L. française et italienne et la GMBH allemande : lignes de comparaison, Les Petites Affiches, PA200101702, 24 janvier 2001 n°17, page 6.

⁹⁵⁶ DUCOULOUX-FAVARD Claude, Les S.A.R.L. française et italienne et la GMBH allemande : lignes de comparaison, Les Petites Affiches, PA200101702, 24 janvier 2001 n°17, page 6.

⁹⁵⁷ Ces trois éléments doivent être mentionnés dans les *articles* de la *Company*.

sociales⁹⁵⁹ ; cette société doit compter moins de cinquante *members* ; et, cette société ne peut offrir ses obligations ou ses parts sociales au public. Ces critères constituent le caractère *intuitu personae* de la *Company*.

419. Le caractère *intuitu personae* de la *Company* vient en exception au principe posé par la jurisprudence ancienne de *Common Law*, au titre de laquelle les sociétés sont une association de laquelle les associés peuvent se libérer à tout moment et se dégager de leur responsabilité au moment choisi⁹⁶⁰. L'Ordonnance confirmant qu'une part sociale est un bien personnel⁹⁶¹ entérine cette jurisprudence car chacun dispose de ses biens personnels comme il l'entend. Ainsi, une fois qu'une personne a la qualité de *member* d'une *company*, elle peut en principe disposer de ses parts sociales et peut librement les céder à un *member* existant ou à un tiers. Tel est le cas dans une *public company limited by shares*. Le droit applicable à une *public company limited by shares* apparaît comme le droit commun. Le droit applicable à une *private company limited by shares* est alors un droit spécial restreignant la liberté de cession.
420. L'Ordonnance pose le principe d'application générale de la restriction pour un *member* du droit de céder ses parts sociales. Ce principe est rappelé dans le modèle d'*articles-type*⁹⁶². Le mécanisme restreignant ce droit est mentionné dans les *articles* et les *members* disposent théoriquement de la liberté de reprendre le mécanisme posé par le modèle d'*articles-type*, d'y ajouter d'autres mécanismes ou de le remplacer par un autre mécanisme produisant le même effet de restreindre le droit des *members* de céder leurs parts sociales. Le mécanisme mis en place doit répondre aux exigences posées par l'Ordonnance⁹⁶³ et aux exigences posées par les *articles* de la *Company*⁹⁶⁴.

2. L'étude des trois critères cumulatifs d'une *private company* à la lumière des dispositions équivalentes applicables aux SARL et SAS

421. Des trois critères cumulatifs d'une *private company*, la restriction du droit de cession des parts sociales et l'interdiction d'offrir ses parts sociales ou ses obligations au public sont ceux qui différencient le plus la *public company* de la *private company* et ceux qui établissent le caractère *intuitu personae* de la *private company*. Il résulte de l'étude comparative qui va suivre des trois critères d'une *private company* que le champ d'application de la restriction du droit de céder ses parts sociales est plus large au sein d'une *Company* que d'une SARL et une SAS.
422. Au-delà de cinquante *members*, il semblerait que le caractère *intuitu personae* soit difficile à conserver pour que les *members* se connaissent et participent activement à la surveillance, au contrôle et au développement de l'entreprise hébergée au sein de la *private company*. Cette limite décourage la *Company* d'accueillir de nouveaux *members* qui auraient pour unique objectif de financer celle-ci et d'en retirer un maximum de profits sans avoir de lien avec l'entreprise développée par celle-ci. Un tel seuil est également exigé au sein de la SARL et le

⁹⁵⁸ Le terme utilisé est celui de *transfer*, qui fait donc référence à la cession de parts sociales entre vifs, contrairement au terme *transmission* qui fait référence à une cession de parts sociales pour cause de mort.

⁹⁵⁹ A contrario, les parts sociales d'une *public company* sont librement cessibles.

⁹⁶⁰ *Weston's Case*, (1868-69), LR 4 Ch. App 20, at 27, per Page Wood LJ.

⁹⁶¹ Section 134(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, "A share or other interest of a member in a company is personal property."

⁹⁶² Article 2(1) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁶³ Section 150(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, "A company must not register a transfer of shares in the company unless a proper instrument of transfer has been delivered to the company."

⁹⁶⁴ Section 134(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, "A share or other interest of a member in a company is transferable in accordance with the company's articles."

nombre de cent associés est posé par l'article L. 223-3 du Code de commerce. Aucun seuil de ce type n'est exigé pour une SAS.

423. Les *articles* d'une *private company* doivent restreindre le droit d'un *member* de céder ses parts sociales. Il est à noter que cette restriction est d'application générale et que le mécanisme est également applicable en cas de transmission de parts sociales pour cause de décès ou de faillite du *member*⁹⁶⁵. Tout comme pour la *Company*, la restriction de la liberté de cession des parts sociales est également posée par le Code de commerce en ce qui concerne la SARL⁹⁶⁶ à la différence que cette restriction, impérative en cas de cession à un tiers à la société, est optionnelle en ce qui concerne une cession entre vifs au bénéfice d'un autre associé⁹⁶⁷, du conjoint, des ascendants et des descendants et une transmission pour cause de morts ou suite à une liquidation de la communauté de biens entre époux⁹⁶⁸. La SAS se distingue fortement de la *Company* étant donné qu'une clause d'agrément statutaire peut prévoir la restriction de la libre cessibilité des actions. Il s'agit ici d'une clause optionnelle insérée librement par les associés du fait de la grande liberté statutaire consacrée au sein de la SAS. La SAS est une forme de société par actions et les actions y sont librement cessibles ; cependant, les propriétaires des actions ne sont pas des actionnaires mais des associés, ce qui fait pencher la SAS vers la SARL et introduit un potentiel caractère *intuitu personae*.
424. L'offre des parts sociales et des obligations au public aurait pour conséquence de faire entrer au capital de la *private company* des tiers inconnus des *members* et dont l'intérêt pourrait ne pas être le développement de l'entreprise hébergée par la *private company* mais la spéculation financière portant sur les parts sociales ou obligations et le profit tiré des distributions de dividendes. Cette interdiction du financement de la *private company* par l'offre au public limite le financement d'une *private company* aux apports des *members* par l'attribution de parts sociales (ou *share capital*) ou par prêts (ou *loan capital*, que ce soit un prêt d'un *member*, d'un établissement de crédit ou de tout autre tiers prêteur). Une interdiction similaire est posée par le Code de commerce à la SARL aux articles L. 223-11 pour les obligations et L. 223-12 pour les parts sociales et à la SAS à l'article L. 227-2.

B. La différence : la protection du caractère *intuitu personae*

425. Même si l'Ordonnance n'indique pas le mécanisme que la *Company* doit mettre en œuvre afin d'assurer que le droit de ses *members* de céder leurs parts sociales est restreint, le modèle d'*articles-type* retient le même mécanisme que celui existant sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)*. Ce mécanisme respecte le principe de la liberté des *members* de disposer de leurs parts sociales et donne à l'organe de gestion le pouvoir de refuser d'enregistrer ladite cession dans le registre des *members* et de la rendre opposable à la *Company*. L'organe de gestion doit pouvoir justifier son refus auprès du cédant. L'intérêt social et la protection de l'entreprise sont les éléments qui peuvent justifier un tel refus des *directors* selon une jurisprudence hongkongaise confirmant la décision des *directors* de refuser d'enregistrer la cession, que le cessionnaire ait ou non un intérêt à l'entreprise⁹⁶⁹ (1).

⁹⁶⁵ Section 158 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, première section de la *subdivision 2* intitulée *Transmission of shares by operation of law*.

⁹⁶⁶ Article L. 223-14 du Code de commerce.

⁹⁶⁷ Article L. 223-16 du Code de commerce.

⁹⁶⁸ Article L. 223-13 du Code de commerce.

⁹⁶⁹ *Simon Fireman v Golden Rice Bowl Limited* [1987] HKLR 981, at 984B per Jones J. "In my judgment where persons agree to form a private company for a particular purpose, the directors cannot be expected to approve a transfer of shares which a member has charged as security for a loan to a complete stranger who has no interest in the business..."

Traditionnellement, la protection du caractère *intuitu personae* au sein des sociétés françaises est assurée par les associés, ce qui constitue un fort contraste avec le modèle hongkongais (2).

1. Le *director*, garant du caractère *intuitu personae* de la *Company*

426. Le *director* peut refuser d'enregistrer la cession réalisée par un *member* de la *Company*. L'organe de gestion doit agir dans les meilleurs intérêts de la *Company* et dispose des informations économiques et financières nécessaires à la promotion et au développement de l'entreprise aux fins d'accepter ou de refuser une cession de parts sociales au sein de la *Company*. Le mécanisme restreignant la liberté d'un *member* de disposer de ses parts sociales au sein d'une *Company* est postérieur à la cession (a) et a pour effet de la rendre inopposable à la *Company* (b).

a. Le mécanisme mis en place par l'Ordonnance et le modèle d'*articles-type*

427. L'Ordonnance précise les modalités dans lesquelles les *articles* restreignent le droit des *members* de céder leurs parts sociales à la section 151. L'énoncé très simple du critère *intuitu personae* pourrait laisser le choix du mécanisme qui remplira ce critère de restreindre le droit du *member* de céder ses parts ; par exemple, l'insertion d'une clause d'agrément des *members* dans les *articles* pourrait être suffisante. Cependant, l'Ordonnance et le modèle d'*articles-type*⁹⁷⁰ ne retiennent pas une telle clause mettant en place un mécanisme d'approbation de la cession par les *members* existants et d'approbation du nouveau *member* (mécanisme comparable à une cooptation). En effet, traditionnellement, les *articles* n'organisent pas les relations entre les *members* et une clause d'agrément, même si elle peut être insérée dans les *articles*, est généralement conclue entre les *members* dans le cadre d'un *shareholders' agreement*. De plus, si l'Ordonnance avait mis en œuvre par défaut une procédure d'agrément entre *members*, cette procédure ne permettrait pas de différencier une *public company* d'une *private company* car les *members* d'une *public company* peuvent librement prévoir ce type de procédure. Dans l'hypothèse où l'Ordonnance aurait mis en œuvre par défaut une procédure d'agrément entre *members*, il aurait fallu interdire à une *public company* de pouvoir recourir à celle-ci sinon une *public company* et une *private company* n'aurait plus de moyen d'être différenciées par ce critère de la restriction de la cession des parts sociales.

428. Le modèle d'*articles-type* retient une toute autre solution qui résulte des relations entre les *members* et la *Company* : la *Company*, volonté de laquelle est exprimée par les *directors*, peut refuser d'enregistrer une cession de parts sociales⁹⁷¹ et ce droit est laissé à l'entière discrétion des *directors*⁹⁷². Les modalités d'expression du droit des *directors* de refuser d'enregistrer une cession effectuée par un *member* au profit d'un autre *member* ou d'un tiers sont détaillées à l'article 64 du modèle d'*articles-type*. Cet article 64 prévoit notamment que le cédant ou le cessionnaire puisse demander aux *directors* les motivations de leur refus d'enregistrer la cession effectuée⁹⁷³ et ceux-ci doivent s'exécuter dans le délai de vingt-huit jours ou enregistrer la cession⁹⁷⁴. Cet article prévoit également trois raisons formelles au titre desquelles les *directors* peuvent refuser d'enregistrer la cession, c'est-à-dire le dépôt de l'acte

⁹⁷⁰ Modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁷¹ Section 151 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁹⁷² Article 2(2) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁷³ Article 64(2) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁷⁴ Article 64(4) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

de cession à une autre adresse que celle du siège social de la *Company* ou celle indiquée par les *directors*, l'absence du dépôt de la preuve de la propriété des parts sociales cédées ou du droit du cédant de céder ses parts sociales ou la cession de plusieurs classes de parts sociales⁹⁷⁵.

429. En vertu du modèle d'*articles*-type, le pouvoir des *directors* est entièrement discrétionnaire. Cependant, en vertu de la jurisprudence développée sur les pouvoirs et obligations des *directors* (dénommés *fiduciary powers and duties*), ceux-ci sont tenus d'exercer ce pouvoir de bonne foi, dans l'intérêt de la *Company*⁹⁷⁶ et non dans un intérêt autre⁹⁷⁷. De plus, le pouvoir des *directors* doit s'exprimer dans un délai raisonnable ; celui-ci est légalement de deux mois⁹⁷⁸. En l'absence de réponse de la part des *directors* au dépôt de l'acte de cession dans ledit délai, les *directors* perdent leur pouvoir discrétionnaire de refuser ladite cession⁹⁷⁹ et celle-ci doit être enregistrée⁹⁸⁰ dans le registre des *members*.

430. Le droit de préemption entre les *members* n'est pas défini dans l'Ordonnance et une clause prévoyant un droit de préemption n'est pas proposée dans le modèle d'*articles*-type. Les *members* choisissent d'instaurer ou non un droit de préemption et ils en organisent les modalités d'exercice entre eux. D'une manière générale, le droit de préemption entre *members* pourrait être prévu dans les mêmes termes dans le *shareholders' agreement* afin que les *members* s'assurent du respect de ce droit de préemption même en présence d'une relation de *trust* conduisant à démembrer le droit de propriété (ou *legal interest*) des parts sociales et son bénéficiaire (ou *beneficial interest* ou *equitable interest*) et dans les *articles* afin que la *Company* soit tenue par cette procédure.

La faiblesse de ne mentionner le droit de préemption que dans les *articles* est qu'un *member* puisse, dans le cadre d'une relation de *trust*, céder le *beneficial interest* des parts sociales pour lesquelles il détient le droit de propriété sans céder ledit droit de propriété et sans se soumettre à la procédure de préemption dans la mesure où la *Company* ne connaît pas les relations de *trust* car celles-ci ne sont pas et ne peuvent être enregistrées dans le registre des *members*⁹⁸¹. Dans le cas où le *member* cède le *beneficial interest* de ses parts sociales à un tiers, ces deux parties peuvent être amenées à signer un acte de cession (quel qu'en soit la forme ou la dénomination, *agreement for sale of shares*, *contract of sale and purchase of shares*, *instrument of transfer*, etc...) et par la signature de ce document contrevenir au droit de préemption institué par les *articles*⁹⁸².

⁹⁷⁵ Article 64(1) du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

⁹⁷⁶ Les *directors* peuvent par exemple vérifier la solvabilité du cessionnaire qui sera en mesure d'assumer ses responsabilités vis-à-vis de la *Company* ou l'identité de celui-ci qui n'est pas un concurrent commercial de la *Company*.

⁹⁷⁷ *Re Smith & Fawcett* [1942] Ch 304 at 306.

⁹⁷⁸ Section 151(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; Article 64(3) du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*. Ce délai de deux mois à compter du jour où l'acte de cession est déposé à l'adresse du siège social de la *Company* est cohérent avec les délais de deux mois prévus dans la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour que la *Company* mette à jour le registre des *members* (section 627 (4)) et mette à la disposition du cessionnaire son *share certificate* (section 115 (2) (a)).

⁹⁷⁹ *Re Swaledale Cleaners Ltd.* [1968] 1 WLR 1710 ; *Re Inverdeck Ltd.* [1988] 2 BCLC 242.

⁹⁸⁰ Section 155 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁹⁸¹ Section 634 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* intitulée "Trusts not to be entered in register", "No notice of any trust (whether expressed, implied or constructive) may be: (a) entered in the register of members of a company; or (b) receivable by the Registrar."

⁹⁸² Le droit de préemption inclus dans les *articles* n'implique que le *legal interest* des parts sociales, *Safeguard Industrial Investments Limited v National Westminster Bank Ltd.* [1982] 1 all ER 449 ; pour une illustration de cet exemple, *Lyle & Scott Limited v Scott's Trustees* [1959] 2 All ER 661 et *Re Sedgfield Steeplechase Co*

La faiblesse de ne mentionner le droit de préemption que dans le *shareholders' agreement* est que la *Company* n'est pas tenue par les termes de ce contrat⁹⁸³. Cette faiblesse est discutée par une partie de la doctrine et des praticiens qui recommandent que la *Company* soit partie au *shareholders' agreement* dans la mesure où les stipulations de ce contrat lui sont opposables (un tempérament doit ici être mentionné : les stipulations du *shareholders' agreement* sont opposables à la *Company* à moins que lesdites stipulations aient pour objet de limiter ou de restreindre les droits et pouvoirs qui sont conférés par l'Ordinance à la *Company*). Le respect du droit de préemption n'est assuré par l'Ordinance que dans le cas d'une transmission de parts sociales par application de la loi⁹⁸⁴ (c'est-à-dire dans le cas du décès ou de la faillite du *member*). La section 160(1) dispose que, dans le cas où les *articles* prévoient un droit de préemption dans le cas précis d'une transmission de parts sociales par application de la loi, la section 160 s'applique ; la section 160(2) dispose alors que l'enregistrement de la personne, bénéficiant de la transmission de parts sociales par application de la loi, en qualité de *member* de la *Company* est sujet à ce droit de préemption. Il est à noter que cette section 160 ne reconnaît le respect du droit de préemption que si celui-ci est mentionné dans les *articles* de la *Company* et que, par raisonnement *a contrario*, un droit de préemption prévu uniquement dans le *shareholders' agreement* pourrait ne pas être opposable à la personne bénéficiant de la transmission de parts sociales par application de la loi. En outre, en l'absence de mention d'un droit de préemption dans le cas d'une transmission de parts sociales par application de la loi dans les *articles*, les *members* ne peuvent s'opposer à l'enregistrement du bénéficiaire de cette transmission. Seuls les *directors* le peuvent dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser d'enregistrer un nouveau *member* de la *Company* ; cependant, l'exercice de ce pouvoir est destiné à protéger l'intérêt social et non l'intérêt des *members* et les *members* ne peuvent ordonner aux *directors* d'exercer ce pouvoir de refuser d'enregistrer un nouveau *member*.

b. Les effets de ce mécanisme contrôlé par les *directors* sur la cession

431. Dans le cas où la cession a été régulièrement effectuée entre le cédant et le cessionnaire et où les *directors* refusent d'enregistrer la cession, la relation entre le cédant et le cessionnaire relève de leur sphère privée. D'un point de vue pécuniaire, à moins que le cédant ne se soit engagé à ce que les *directors* enregistrent la cession, le cessionnaire ne sera pas en droit de réclamer des dommages et intérêts. D'un point de vue de la propriété des parts sociales, deux situations sont à distinguer suivant la qualité du cessionnaire. Le cessionnaire est un tiers à la *Company* et le cédant détient alors les parts sociales cédées en qualité de *nominee member* au bénéfice du cessionnaire ; en d'autres termes, le cédant est toujours le propriétaire des parts sociales cédées vis-à-vis de la *Company* et le cessionnaire est le *beneficial owner* de ces parts sociales en vertu d'une relation de *trust* et la pérennité de cette relation de *trust* tient à la relation privée entre le cédant et le cessionnaire. Le cessionnaire est un *member* existant de la *Company* et les *directors* ont refusé la cession lui octroyant plus de parts sociales au sein de celle-ci suggérant l'absence de confiance mutuelle et de foi entre les *members*, le cessionnaire peut alors bénéficier de la cession sur le modèle de la relation de *trust* ou demander la dissolution de la *Company* au motif que celle-ci est devenu un *partnership*⁹⁸⁵.

(1927) Limited [2002] 2 BCLC 211. Jurisprudence citée dans BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 5.070, page 121.

⁹⁸³ *Russel v Northern Bank Development Corp Limited* [1992] BCLC 1016, jurisprudence citée dans BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 5.072, page 122.

⁹⁸⁴ Section 160 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

⁹⁸⁵ *Re Quality International Ltd.* [1964] HKLR 699.

432. Dans le cas où la cession a été irrégulièrement effectuée entre le cédant et le cessionnaire et où les *directors* refusent d'enregistrer la cession, le motif du refus de l'enregistrement de la cession est l'irrégularité de l'opération en accord avec la section 150 (1) de l'Ordinance⁹⁸⁶. Les *directors* sont effectivement investis du pouvoir de vérifier la régularité de la cession et de l'acte de cession au vu des dispositions de l'Ordinance, des termes des *articles* de leur *Company* et éventuellement des stipulations d'un *shareholders' agreement* avant d'enregistrer ladite cession. Dans le cas où la cession a été irrégulièrement effectuée entre le cédant et le cessionnaire et où les *directors* l'enregistrent tout de même, deux cas de figure peuvent être distingués. Si les irrégularités relèvent de conditions de forme ou de fond immatérielles n'entachant pas les circonstances de la cession, celle-ci est généralement confirmée considérant que la *Company* envisage le cessionnaire comme un *member* et que les parties (la *Company*, les autres *members*, le cessionnaire, les *directors*, le *company secretary*) agissent comme si la cession n'était pas entachée d'irrégularité ou considérant que la cession entachée d'irrégularité a été enregistrée par les *directors* au même titre qu'une cession régulière. La jurisprudence fournit plusieurs exemples de ces irrégularités mineures⁹⁸⁷. Si les irrégularités relèvent de conditions de forme ou de fond matérielles, l'Ordinance indique expressément que la cession ne doit pas être enregistrée par les *directors*. La jurisprudence distingue les irrégularités matérielles qui pourront être potentiellement surmontées⁹⁸⁸ de celles qui peuvent entraîner la nullité de la cession. Tout intéressé devrait pouvoir ester en justice afin d'obtenir l'annulation de l'enregistrement d'une cession entachée d'une irrégularité matérielle.

2. *L'intuitus personae*, une affaire d'associés en droit français

433. L'agrément prévu dans le Code de commerce pour une cession de parts sociales d'une SARL est un mécanisme préalable à la réalisation de celle-ci et relève de la compétence de l'Assemblée générale, ce qui distingue nettement la *Company* de la SARL (a). Comme nous l'avons vu, la SAS n'est pas tenue par le Code de commerce de prévoir un mécanisme d'agrément ou de restriction de la libre cessibilité des actions ; l'insertion d'un tel mécanisme dans les statuts et le choix des modalités applicables à ce mécanisme sont laissés à la liberté des associés. Ainsi, le mécanisme développé par le modèle d'*articles*-type pourrait être une source d'inspiration pour les SAS (b).

⁹⁸⁶ Section 150 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "A company must not register a transfer of shares in the company unless a proper instrument of transfer has been delivered to the company."

⁹⁸⁷ Des exemples d'irrégularités mineures sont l'omission de l'adresse du cessionnaire ou l'omission de la numérotation des parts sociales cédées (Re *Letheby and Christopher Ltd* [1904] 1 Ch 815) et une numérotation des parts sociales erronées (Bargate v *Shortridge* (1855) 5 HL Cas 297 ; *Straffon's Executors' Case* (1852) 1 De G M & G 576 ; *Burnes v Pennell* (1849) 2 HL Cas 497 ; *Barrow Mutual Ship Insurance Co v Ashburner* (1885) 54 LJQB 377, CA (Eng) ; *Ind's Case* (1872) 7 Ch App 485, *Feiling's and Rimington's Case* (1867) 2 Ch App 714 ; *Murray v Bush* (1873) LR 6 HL 37 ; *Re General Floating Dock Co Ltd* (1867) 15 LT 526 ; *Re Taurine Co* (1883) 25 ChD 118, CA (Eng) ; *Smellie's Trustees v Smellie* (1952) 103 L Jo 139 et l'indication d'une date erronée de la cession telle qu'indiquée dans les registres de la *Company* (*Weikersheim's Case* (1873) 8 Ch App 831). Jurisprudence citée par *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.461, Form and execution of transfer "Where the common form is required, the omission of particulars therein should not lead to a refusal to register the transfer if the omissions are immaterial in the circumstances. Irregularities in the form of transfer have often been condoned on such grounds as the lapse of time, the usage of the company, and the acceptance of the transfer as valid."

⁹⁸⁸ Par exemple, si les *articles* d'une *Company* exigent qu'un acte de cession soit signé par le cédant et le cessionnaire et que le cessionnaire ne signe par l'acte, la conséquence de cette omission est l'irrégularité de la cession et non sa nullité. Si la cession a été enregistrée par les *directors* en dépit de cette omission depuis un certain temps, la cession ne pourra être mise en doute du fait du temps écoulé (Re *Taurine Co* (1883) 25 ChD 118, CA (Eng) ; *Royal Bank of India's Case* (1869) 4 Ch App 252 ; *Cuninghame v City of Glasgow Bank* (1879) 4 App Cas 607, HL ; *Re Paradise Motor Co Ltd* [1968] 2 All ER 625, [1968] 1 WLR 1125, CA (Eng)). Exemples de nullité : *Heritage's Case* (1869) LR 9 Eq 5 ; *Fitch Lovell Ltd v IRC* [1962] 3 All ER 685 at 694, [1962] 1 WLR 1325 at 1338-1339 ; *Standing v Bowring* (1885) 31 ChD 282, CA (Eng)), jurisprudence citée par *Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.463.

a. Une différence fondamentale entre la *Company* et la SARL

434. Le mécanisme protégeant le caractère *intuitu personae* de la SARL relève d'un esprit différent de celui mis en place en droit hongkongais. Seuls les associés sont compétents pour refuser une cession de parts sociales alors que par application par défaut des *articles*-type d'une *Company*, les *directors* disposent de l'agrément. L'article L. 223-14 du Code de commerce dispose qu'une cession de parts sociales à un tiers étranger à la société ne peut avoir lieu qu'après approbation donnée par la société⁹⁸⁹. L'Assemblée générale des associés vote à la majorité des associés représentant au moins la majorité des parts sociales l'approbation ou le refus de ladite cession. En cas d'acceptation d'agrément, la cession envisagée par l'associé peut avoir lieu. En cas de refus d'agrément à la cession, les mécanismes présentés aux alinéas 3, 4 et 5 de l'article L. 223-14 sont à l'avantage de l'associé qui envisage de céder ses parts à un tiers. En effet, les associés sont tenus d'acquérir les parts sociales objet de la cession refusée ou de faire acquérir ces parts sociales ; ou, le cédant renonce à la cession des parts sociales ; ou, la SARL rachète les parts sociales objet de la cession au cédant. Le cédant peut réaliser la cession initialement prévue si aucun de ces mécanismes n'est réalisé dans le délai de trois mois de la dernière des notifications à la société ou à chacun des associés ou si la société n'a pas fait connaître sa décision dans ce délai de trois mois (ce même mécanisme est prévu en droit hongkongais : le silence d'une *Company* à l'expiration du délai de deux mois de la notification d'une cession vaut acceptation de celle-ci et enregistrement du cessionnaire⁹⁹⁰ sur le registre des *members*).
435. La différence entre les mécanismes français et hongkongais réside également dans les solutions légalement apportées. *In fine*, si aucun des mécanismes de l'article L. 223-14 du Code de commerce à la cession pour laquelle l'agrément a été refusé n'est mis en œuvre dans la SARL, le cédant peut réaliser la cession initialement prévue. En théorie, la cession ne peut être accomplie entre le cédant et le cessionnaire sans respect de la procédure de l'article L. 223-14 du Code de commerce dans la mesure où le projet de cession est adressé à la société et à chacun des associés. En pratique, toute cession de parts sociales soumise à agrément devrait être conclue, si elle est conclue avant la prise de décision de la SARL, sous condition suspensive de l'obtention de l'agrément. Cette condition suspensive serait nécessaire dans le but d'éviter que la cession soit parfaite et qu'elle ne soit pas opposable à la SARL. En revanche, en vertu de l'Ordonnance, cette porte de sortie n'est pas prévue. Les documents de la cession réalisée entre le cédant et le cessionnaire sont adressés à la *Company* et la décision d'enregistrement de cette cession parfaite votée par les *directors* est postérieure. Tout refus est définitif à moins que ce refus ne soit pas bien-fondé et que les tribunaux enjoignent la *Company* d'enregistrer la cession⁹⁹¹ ou que les *directors* n'aient pas exercé leur pouvoir dans le délai de deux mois de la notification de la cession et que celle-ci doive alors être enregistrée⁹⁹². En cas de refus, la cession est parfaite entre le cédant et le cessionnaire et elle n'est pas opposable à la *Company*. Il en résulte qu'une relation de *trust* naît entre le cédant qui

⁹⁸⁹ L'agrément préalable n'est pas légalement obligatoire (i) en cas de transmission des parts sociales par voie de succession ou par voie de liquidation de communauté de biens entre époux (article L. 223-13 du Code de commerce) et (ii) en cas de cession entre conjoints (article L. 223-13 du Code de commerce), ascendants et descendants (article L. 223-13 du Code de commerce) ou coassociés (article L. 223-16 du Code de commerce).

⁹⁹⁰ Section 155 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁹⁹¹ Section 152 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

⁹⁹² Section 151 (2) (a) de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Illustrations par la jurisprudence de Common Law : *Moodie v W and J Shepherd (Bookbinders) Ltd* [1949] 2 All ER 1044, 1950 SC (HL) 60 (right of refusal not exercised by failure to pass resolution approving transfer) ; *Re Swaledale Cleaners Ltd* [1968] 2 All ER 610, [1968] 1 WLR 1710, CA (Eng) (power lost by delay) ; *Re New Cedos Engineering Co Ltd* (1976) 120 Sol Jo 146 (no properly appointed directors so power not exercisable). Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.454.

demeure le *member* de la *Company* et le cessionnaire qui est le bénéficiaire. Cette solution juridique au refus de l'enregistrement de la cession par les *directors* et à l'opposabilité de la cession entre le cédant et le cessionnaire est différente de la solution proposée en droit français du fait de l'inexistence de la relation de *trust*. Malgré le caractère *intuitu personae* de la *Company*, le droit hongkongais n'exige pas d'approbation préalable à la cession car, par principe, le *member* est propriétaire des parts sociales et il peut en disposer à sa guise. Dans le cadre de la chronologie d'une cession de parts sociales au sein d'une *Company*, le droit de propriété du *member* semble d'un intérêt supérieur au caractère *intuitu personae* de la *Company*. Dans le cadre des effets de la cession de parts sociales articulée avec la décision des *directors* de la *Company* quant à l'enregistrement de la cession, le caractère *intuitu personae* de la *Company* semble d'un intérêt supérieur au droit de propriété du *member*. De plus, l'opposabilité de la cession à la *Company*, aux autres *members*, aux *directors* et aux tiers n'est effective qu'au jour de l'enregistrement du nouveau *member* sur le registre des *members* de ladite *Company* par les *directors* ; elle n'est pas rétroactive à la date de l'opposabilité de la cession entre le cédant et le cessionnaire.

436. Il nous semble que le mécanisme français de l'agrément préalable donné par les associés offre une meilleure sécurité juridique que le mécanisme hongkongais qui permet à une cession d'être légalement réalisée par le cédant et le cessionnaire, de donner naissance à des droits sur les parts sociales cédées entre le cédant et le cessionnaire et de ne pas être enregistrée par la *Company* vis-à-vis de laquelle cette cession n'est alors pas opposable. L'agrément donné par les associés en droit français est probablement l'agrément le plus adapté sur le principe de la cooptation ; seuls les associés peuvent se prononcer sur l'opportunité et l'envie qu'ils pourraient avoir de s'associer avec le tiers étranger cessionnaire. Comme nous l'avons vu précédemment, la mise en œuvre de la restriction de la cession des parts sociales différenciant *private* et *public companies* ne peut pas relever d'un mécanisme uniquement entre associés et fait l'objet d'un mécanisme faisant intervenir les *directors*. Cependant, chaque associé voit son intérêt dans l'approbation ou le refus de la cession ; en droit hongkongais, les *directors* sont les garants de l'intérêt social et jugent de l'opportunité de la cession. Il serait alors pertinent de suggérer que l'agrément des *directors* devienne préalable à la cession et de raccourcir le délai dans lequel ceux-ci doivent donner leur accord afin de ne pas ralentir le fonctionnement de la *Company* du fait de l'expectative de la décision des *directors* sur l'enregistrement de la cession. Un autre point de vue serait que les conditions actuelles dans lesquelles peut être refusée la cession confèrent au refus de l'enregistrement un caractère exceptionnel faisant peser une plus grande responsabilité sur les *directors* ou sur la *Company* en cas d'action en justice par les parties à la cession pour faire lever ce refus. Le refus n'est donc pas donné à la légère mais résulte d'une réflexion mûrie des *directors*. Enfin, la méthode d'une cession de parts sociales sous condition suspensive d'obtention de l'agrément de la *Company* par une décision des *directors* pourrait être mise en œuvre de manière automatique. En pratique, dans les PME hébergées par une *Company*, les refus d'enregistrement d'une cession sont rares étant donné que les *members* ont souvent un mandat de *directors*. Dans l'hypothèse de moyennes et de grandes entreprises hébergées par une *Company*, les refus se manifestent lorsqu'il y a un risque de conflit entre les *members* dont les parties à la cession sont souvent conscientes à l'avance.

b. La potentielle similitude des mécanismes mis en œuvre au sein des SAS et des *Companies*

437. Dans le cas de la SAS, le caractère *intuitu personae* ou fermé résulterait de l'interdiction faite à la SAS d'offrir ses titres au public⁹⁹³. Le caractère fermé ne résulte pas d'une disposition

⁹⁹³ Article L. 227-2 du Code de commerce.

expresse du Code de commerce car les mécanismes visant à limiter la libre cession des parts sociales⁹⁹⁴ sont laissés à la discrétion de l'unanimité des associés⁹⁹⁵. Ainsi, dans le cadre de la rédaction de statuts de la SAS incluant une clause d'agrément préalable de la société, il pourrait être possible de s'inspirer du mécanisme de la *Company* d'approbation de l'enregistrement de la cession par les *directors*. Une telle clause devrait s'inspirer du mécanisme mis en place pour la SARL mais pourrait par exemple mentionner que l'agrément préalable à la cession est donné par une décision des dirigeants ou que le refus des associés ou des dirigeants ne peut donner lieu à cession en l'absence d'alternative négociée entre les associés et les dirigeants. Un mécanisme panachant celui de l'enregistrement de la cession par les *directors* d'une *Company* et celui de l'agrément des associés d'une SARL pourrait constituer un mécanisme équilibré protégeant l'intérêt social du fait de l'intervention de l'organe de gestion et réalisé avant que la cession soit effective.

438. Dans les deux ordres juridiques, la faiblesse des mécanismes visant à protéger le caractère *intuitu personae* réside dans l'absence de contrôle de l'actionnariat des associés personne morale. Or, lorsqu'une société a des associés personnes morales, toute prise de participation dans le capital d'un de ces associés permet l'entrée indirecte d'un tiers dans la société⁹⁹⁶. Ce type de cession indirecte n'entre pas dans le champ de l'agrément prévu par défaut au sein des SARL, SAS et *Companies*. C'est aux associés de prévoir ce cas de figure en négociant un *shareholders' agreement* ou en ajoutant des clauses spécifiques dans les statuts. Les *members* d'une *Company* pourront stipuler dans un *shareholders' agreement* qu'en cas de changement de contrôle de l'actionnariat de l'associé personne morale (au-delà d'un certain seuil par exemple), celui-ci est automatiquement tenu de céder ses parts sociales aux autres associés ou à la société. Les associés pourront prévoir dans les statuts d'une SARL ou d'une SAS une clause d'exclusion pour cause de changement de contrôle au sein d'un associé personne morale ; de tels termes insérés dans les statuts ont été reconnus par la jurisprudence⁹⁹⁷. Les *members* d'une *Company* peuvent prévoir une telle clause au sein d'un *shareholders' agreement* organisant la cession forcée des parts sociales détenues par une personne morale en cas de refus d'agrément du nouveau *member* majoritaire.

⁹⁹⁴ Les articles L. 227-13 et L. 227-14 du Code de commerce commencent par l'expression "Les statuts peuvent".

⁹⁹⁵ Article L. 227-19 du Code de commerce.

⁹⁹⁶ Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, Titre III la SARL, point 34431.

⁹⁹⁷ Article L. 227-17 du Code de commerce pour une SAS. Pour une illustration en droit français des sociétés dans le cadre d'une SARL, Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 décembre 1994, n°2335, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 3/1995, n°292 : "Il en est de même, nous semble-t-il, des clauses prévoyant la cession forcée des parts ou actions détenues par une société au cas où celle-ci passerait sous le contrôle d'un tiers qui ne serait pas agréé par les autres associés". Cour d'appel de Rouen, 8 février 1974, Société Lintra Terminal N.V. contre Société Maritime de Gestion et de Transport et autre, Revue des sociétés 1974, page 507, note RODIERE René : "Que si la pérennité d'une société exige que l'introduction de nouveaux actionnaires soit soumise à agrément il est incontestable qu'elle peut également exiger que la société puisse exclure les actionnaires dont la présence apporte, par suite d'une modification importante de leur situation juridique ou économique, un risque sérieux de voir la société détournée de son but ou placée dans l'incapacité de le poursuivre ; Que l'identité de situation doit entraîner une identité de solution ; Que la validité des clauses d'agrément justifie celle des clause d'acquisition" ; "Une telle clause permet de prévenir toute fraude à une clause d'agrément en ce qui concerne les associés personnes morales".

Section 2. L'intérêt social, notion protectrice pouvant entraîner la sortie d'un associé

439. Un exemple pratique, qui ne nous a pas semblé isolé, révèle la nécessité de pouvoir prévoir des mécanismes protégeant l'entreprise et l'intérêt social en dépit de l'association formée par les entrepreneurs hébergée par une société. Quatre mois après s'être mis d'accord par oral sur un accord de *joint-venture* et avoir immatriculé une *Company* conformément à celui-ci, un désaccord fondamental est apparu entre les deux *members*, l'un détenant 70% du capital social et l'autre 30%. Le *member* minoritaire n'avait pas rempli ses obligations conformément à l'accord de *joint-venture*, il ne souhaitait plus le mettre en œuvre et ne répondait plus aux messages adressés par le *member* majoritaire. Celui-ci avait cependant rempli ses obligations conformément à l'accord de *joint-venture* et souhaitait alors récupérer les parts sociales du *member* minoritaire pour continuer d'utiliser la *Company* pour exploiter l'entreprise du fait des relations commerciales déjà établies avec fournisseurs et clients au cours des quatre mois écoulés. Que faire ?
440. Du fait du caractère fermé des SARL, SAS et *Company*, il est nécessaire de prévoir des mécanismes permettant d'éviter qu'un associé, qui a volontairement participé à l'institution de la société ou qui y a volontairement souscrit des parts sociales, et qui ne souhaite plus s'investir dans le développement de l'entreprise ne soit emprisonné au sein de celle-ci ou qu'un coassocié doive subir la présence d'un tel associé bloquant éventuellement le fonctionnement de la société. L'étude et la comparaison des mécanismes mis en œuvre par les droits hongkongais et français peuvent nous permettre de dégager des solutions à ces mécontentes entre associés qui puissent être encadrées par la loi et par les statuts (§1) ou par des documents extrastatutaires (§2) et sur lesquelles le degré du poids de l'ordre public varie.
441. La disparition de la qualité de *members* d'une *Company* peut résulter de plusieurs cas de figure⁹⁹⁸ : la dissolution de la *Company*, l'enregistrement d'une cession de toutes les parts sociales détenues par un *member*⁹⁹⁹ à un autre *member* ou à un tiers ou à la *Company*, le décès du *member*¹⁰⁰⁰, l'abandon (ou la renonciation, traduction de *surrender*) de toutes ses parts sociales par un *member* au bénéfice de la *Company* si une telle procédure est prévue dans les *articles*¹⁰⁰¹, la confiscation (traduction de *forfeiture*) de toutes les parts sociales d'un *member* qui n'a pas répondu à l'appel (traduction de *call on shares*) en paiement du montant restant à libérer pour les parts sociales détenues effectué régulièrement par les *directors*¹⁰⁰², l'enregistrement d'un *member* qui a acquis les parts sociales *under a sale to satisfy a lien*¹⁰⁰³. Le lancement d'une procédure de mise en faillite d'un *member* n'entraîne pas automatiquement la disqualification de celui-ci au titre de *member* de la *Company*¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁸ Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.423.

⁹⁹⁹ Section 151 "Transfer of shares and registration of the said transfer" de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁰⁰ Section 158 "Transmission of shares by operation of law following the death of a member" de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁰¹ Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

¹⁰⁰² Les sections 170(2)(f)(ii) et 170(6) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* prévoient que le capital social de la *Company* doit être réduit suite à la confiscation de parts sociales dans le cadre d'une procédure de *forfeiture* ; en vertu de la section 170(8) *Companies Ordinance (Cap.622)*, la procédure peut être mise en œuvre par les *directors* à moins que les *articles* d'une *Company* ne réduisent ou n'interdisent les pouvoirs donnés par cette procédure de *forfeiture* à la *Company*.

¹⁰⁰³ Le modèle d'*articles*-type pour une *private company limited by shares* ne détaille pas cette procédure de *lien* qui est par contre mentionnée dans le modèle d'*articles*-type pour une *public company limited by shares* [articles 68 et 69 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *public company limited by shares, schedule 1* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*]. La traduction française proposée pour la notion hongkongaise de *lien* pourrait être celle de nantissement au vu de l'article L. 223-15 du Code de commerce.

¹⁰⁰⁴ Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.424. L'enregistrement du liquidateur de la personne morale en faillite ou l'enregistrement du fidéicommissaire,

§1. Les procédures d'exclusion légale, de renonciation et de rachat proposées par la loi

442. Le droit hongkongais propose plusieurs techniques permettant à la *Company* d'évincer un *member* qui n'est plus intéressé par l'entreprise ou à un *member* de ne pas rester prisonnier de la *Company* sans avoir à trouver un cessionnaire. Les associés peuvent organiser les procédures de *forfeiture* et de *surrender* de parts sociales (quels que soient les attributs de la classe à laquelle elles appartiennent) dans les *articles* de leur *Company* en toute liberté (néanmoins dans le respect de l'Ordinance) et en s'inspirant des antécédents jurisprudentiels. Ces deux mécanismes sont déclenchés par la *Company* (*forfeiture*) ou par le *member* (*surrender*) dans l'intérêt social dans le cas du manquement d'un *member* à la libération de ses parts sociales (A). La procédure de *buy-back* de parts sociales (quels que soient les attributs de la classe à laquelle elles appartiennent) (ou rachat, traduction de *buy-back*), beaucoup plus pratiquée dans une *Company* que les deux procédures précédemment citées, est encadrée par l'Ordinance et le poids de l'ordre public sur cette procédure est fort étant donné que la section 267(1) restreint la possibilité pour une *Company* d'acquérir ses parts sociales autrement que dans les cas et procédures prévues par l'Ordinance (B). Cette procédure de rachat autorisée au sein d'une *Company* renforce la communauté observée des régimes applicables au capital social et aux parts sociales des *Companies* et des SAS.

A. Des procédures d'exclusion légale ou de retrait mises en œuvre dans l'intérêt social

443. Ces deux procédures présentent les points communs d'être brièvement mentionnées dans l'Ordinance et d'être insérées dans le modèle d'*articles*-type applicable aux *public companies limited by shares* sous l'empire de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Dans ce modèle, leur articulation est la suivante : la procédure de *surrender* (2) est fréquemment utilisée par un *member* dans le cadre d'une issue alternative à la procédure de *forfeiture* (1). Les *members* d'une *private company limited by shares* peuvent tout à fait prévoir des procédures dans les *articles* de leur *Company* et disposent alors d'une grande liberté.

1. L'exclusion légale (ou *forfeiture*), une procédure limitée au manquement d'un *member* de libérer ses parts sociales en totalité

444. La procédure de *forfeiture* était insérée dans le modèle d'*articles*-type proposé sous l'empire de la *Companies Ordinance* (Cap.32)¹⁰⁰⁵ ; cette procédure n'a pas été insérée dans le modèle d'*articles*-type applicable à une *private company limited by shares*¹⁰⁰⁶ sous l'empire de l'Ordinance mais les *members* peuvent tout à fait choisir de l'insérer dans les *articles* de leur *Company* sur le modèle, par exemple, des articles relatifs à cette procédure proposés dans le modèle d'*articles*-type pour une *public company limited by shares*¹⁰⁰⁷.

curateur, syndic ou administrateur de la personne physique en faillite doit être effectué selon une procédure d'approbation gérée par les *directors* en vertu de la section 158 de l'Ordinance. Contrairement au droit hongkongais, l'exclusion d'un associé qui est en redressement judiciaire n'est pas de droit ; celle-ci doit être expressément prévue par les statuts de la société – Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 mars 2005, Dalloz 2005, page 839, citée par COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 210, point 365, note 77.

¹⁰⁰⁵ Articles 34 à 40 du Table A.

¹⁰⁰⁶ Modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹⁰⁰⁷ Articles 75 à 78 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *public company limited by shares*, *schedule 1* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

445. La procédure de *forfeiture* d'un *member* d'une *Company* répond à une règle d'application générale du droit des contrats : si une des parties ne remplit pas ses obligations contractuelles, l'autre partie peut résilier le contrat. Il ressort de cette comparaison avec le droit général des contrats qu'il serait logique que la procédure de *forfeiture* puisse être applicable à la *Company* même en l'absence de mention dans les *articles*. Nous pensons que tel est le cas au vu de la section 170 (8) de l'Ordinance. La section 170 intitulée "*Permitted alteration of share capital*" liste les méthodes selon lesquelles la *Company* peut modifier son capital social¹⁰⁰⁸. Une *Company* peut modifier son capital social en procédant à l'annulation des parts sociales saisies dans le cadre de la procédure de *forfeiture* et cette modification est applicable (comme toutes les autres modifications listées à la section 170 (2)) à moins que les *articles* de la *limited company* ne l'excluent expressément ou n'en restreignent la mise en œuvre¹⁰⁰⁹. L'Ordinance ne mentionne la procédure de *forfeiture* qu'à la section 170 (2) (f) articulée avec la section 170 (3) pour préciser que l'annulation des parts sociales par la procédure de *forfeiture* ne peut être décidée que par une décision de l'Assemblée générale de la *Company* et articulée avec la section 170 (7) pour préciser que cette annulation de parts sociales n'est pas une réduction du capital social et qu'en conséquence, les dispositions de la *Part 5* de l'Ordinance ne s'appliqueraient pas. Ainsi, les dispositions de la *Part 5* de l'Ordinance intitulée "*Transactions in relation to share capital*" ne s'appliquent pas à l'annulation des parts sociales suite à la procédure de *forfeiture* (c'est-à-dire que l'annulation desdites parts est effectuée par une réduction du capital social par décision de l'Assemblée générale sans confirmation judiciaire ni déclaration de solvabilité des *directors*).
446. Ainsi, l'Ordinance mentionne la procédure de *forfeiture* mais ne la définit ni n'encadre sa mise en œuvre, qui est illustrée dans le modèle d'*articles-type* de la *public company limited by shares*. Tout comme en droit général des contrats où la partie lésée doit demander à la partie qui ne respecte pas ses obligations d'y remédier et ce n'est qu'en l'absence de réponse que la partie lésée peut alors résilier le contrat, le modèle d'*articles-type* proposé pour une *public company limited by shares* impose une procédure préalable à la procédure de *forfeiture* : le *director* doit adresser par écrit à chaque *member* n'ayant pas payé la totalité du montant des parts sociales qu'il détient¹⁰¹⁰ une mise en demeure de payer (procédure dénommée *call on shares*) et c'est en l'absence de paiement, pouvant alors être comparé à un manquement à une obligation fondamentale (ou *fundamental breach* en droit général des contrats), que le *director* est habilité à engager la procédure de *forfeiture*¹⁰¹¹ sans autre préavis ni délai ni recours au tribunal¹⁰¹². La procédure de *forfeiture* est indépendante d'une approbation ou d'une révision judiciaire ; elle est entièrement interne à la *Company* et relève de la sphère privée des affaires. Les *directors* disposent des parts sociales du *member* exclu comme ils l'entendent (les parts sociales peuvent être annulées comme le prévoit la section 170 (2) de l'Ordinance ou peuvent être cédées aux *members* ou à un tiers) et modifient le registre des *members*. Le *member* exclu cesse alors d'être *member* de la *Company* mais il demeure redevable des sommes éventuellement dues jusqu'à ce que les parts sociales confisquées aient trouvé preneur et que celui-ci les ait libérées en totalité.

¹⁰⁰⁸ Sections 170 (1) et (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁰⁰⁹ Section 170 (8) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁰¹⁰ Section 170(1)(d) de la *Companies (Winding up and Miscellaneous Provisions) Ordinance* (Cap.32) : "under which the liability of a past or present member of a company limited by shares is limited to the amount for the time being remaining unpaid on the nominal amount of his shares".

¹⁰¹¹ Articles 75 à 78 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *public company limited by shares*, *schedule 1* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H) : "Forfeiture by directors only after having made a call i.e. balling for payment of unpaid shares before winding up".

¹⁰¹² Halsbury's Laws of Hong Kong, *Companies and Corporations*, November 2013, Item 95.482.

447. Il existe plusieurs prérequis qui rendent la mise en œuvre de la procédure de *forfeiture* plutôt rare : le *member* doit ne pas avoir libéré les parts sociales dont il est propriétaire ; le *member* ne remplit pas son obligation de payer les parts sociales attribuées malgré le *call on shares* adressé par les *directors* de leur *Company*. Les *members* n'ayant pas d'autres responsabilités impératives (en droit français, nous pourrions qualifier ces obligations d'obligations d'ordre public), la procédure de *forfeiture* ne peut être mise en œuvre dans d'autres cas de figures, ce qui différencie cette procédure de la procédure d'exclusion prévue par le droit français, notamment dans le cas de la SAS. Le point commun des procédures de *forfeiture* et d'exclusion est la liberté laissée aux *members* et associés pour les organiser au sein des *articles* et statuts. Cependant, une procédure similaire à la procédure de *forfeiture* est proposée par l'article L. 228-27 du Code de commerce. Cet article prévoit qu'en l'absence de libération des actions conformément aux conditions d'émissions de celles-ci et qu'en l'absence de libération dans le délai d'un mois à compter de l'envoi d'une mise en demeure par la SAS, celle-ci peut saisir les actions et procéder à une vente aux enchères publiques. Ce mécanisme nous semble être très pragmatique, notamment en ce qu'il évite le recours aux tribunaux et en ce qu'il évite une procédure interne à la SAS posant la problématique d'un rachat par les coassociés ou par la SAS et pouvant induire une réduction du capital social accompagné des procédures et garanties y afférentes. En s'inspirant du mécanisme de *forfeiture* de parts sociales d'une *Company*, il pourrait être intéressant de proposer l'alternative du rachat des actions par la SAS ou par ses associés à la vente aux enchères publiques. Les associés, statuant en Assemblée générale et dont la majorité requise pourrait être arrêtée dans les statuts, pourraient choisir le mécanisme à mettre en œuvre. Tout comme en droit hongkongais, le droit français dispose que l'associé de la SAS défaillant et les cessionnaires successifs et souscripteurs sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action¹⁰¹³. L'Ordonnance ne prévoit pas que la *Company* puisse, de manière autonome, réduire le montant des dividendes versés au *member* défaillant ou l'exclure de l'Assemblée générale, contrairement au droit français¹⁰¹⁴. L'Ordonnance dispose qu'une *company* peut verser des dividendes proportionnellement au montant équivalent à la libération des parts sociales si les *articles* le mentionnent expressément¹⁰¹⁵. Le modèle d'*articles*-type pour une *public company* prévoit qu'en cas de parts sociales non ou partiellement libérées, la *Company* a un "*first and paramount lien*" et qu'elle peut décider de déduire du paiement de dividendes au *member* défaillant la somme due au titre de la libération des parts sociales détenues par celui-ci¹⁰¹⁶. *In fine*, la *Company* peut également décider de vendre les parts sociales du *member* défaillant sur lesquelles elle dispose d'un "lien" et elle dispose desdites parts sociales comme elle le souhaite en se substituant au *member* défaillant. Le mécanisme du "lien" était mentionné dans le modèle d'*articles*-type pour une *private company* sous l'empire de la *Companies Ordinance* (Cap.32), il n'est pas mentionné dans le modèle d'*articles*-type actuel mais il n'est pas interdit aux *members* d'ajouter dans les *articles* de leur *Company* un tel mécanisme.

2. La renonciation légale (ou *surrender*), une procédure statutaire entachée de "difficultés de fait"¹⁰¹⁷

448. Tout comme en droit hongkongais des contrats où une partie peut résilier le contrat librement (sauf stipulations expresses contraires), le droit de quitter la *Company* et de céder ses parts sociales devrait être un droit inhérent attaché à la qualité de *member*. Cependant,

¹⁰¹³ Article L. 228-28 du Code de commerce.

¹⁰¹⁴ Article L. 228-29 du Code de commerce.

¹⁰¹⁵ Section 200 (c) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁰¹⁶ Article 68 du modèle d'*articles*-type proposé par le Financial Secretary pour une *public company limited by shares*, *schedule 1 de la Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹⁰¹⁷ GUYON Yves, "Affectio Societatis", *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 20-10, Point 90, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

contrairement à une situation relevant du droit général des contrats où une partie peut décider seule de résilier le contrat (par exemple dans le cas de la prestation de service où la résiliation unilatérale du contrat entraîne cessation de la prestation de service et cessation du paiement du prix), un *member* ne peut décider seul de quitter la *Company* dans la mesure où son départ implique la cession de ses parts sociales et donc le rachat de celles-ci par les autres *members* ou par un tiers ou par la *Company*. Une procédure générale de *surrender* doit alors être mentionnée dans les *articles*¹⁰¹⁸ pour que le principe de celle-ci soit approuvé par les *members* de la *Company* et que sa mise en œuvre soit encadrée par les *articles*.

449. L'Ordonnance ne prévoit pas la possibilité de mettre en œuvre une procédure générale de *surrender*. La mention de la procédure de *surrender* vise uniquement les parts sociales émises au porteur qui sont interdites en vertu de l'Ordonnance¹⁰¹⁹ et qui doivent donc être remises par le porteur à la *Company* aux fins d'annulation et d'inscription de celui-ci sur le registre des *members*¹⁰²⁰.
450. Une procédure de *surrender* est proposée dans le modèle d'*articles*-type pour une *public company limited by shares*¹⁰²¹. Cette procédure est limitée à une issue alternative à la procédure de *forfeiture* et les effets de cette procédure sont identiques à ceux de la procédure de *forfeiture*. En d'autres termes, un *member* d'une *public company limited by shares* qui sait que ses parts sociales pourraient être saisies ou dont les parts sociales ont été saisies peut choisir d'abandonner ses parts sociales dans l'intérêt social et dans le sien car il ne souhaite pas les libérer. Cette procédure n'est pas proposée dans le modèle d'*articles*-type pour une *private company limited by shares*, il est cependant tout à fait possible que les *members* d'une telle *company* incluent cette procédure de *surrender* dans les *articles*.
451. Si les *articles* prévoient une procédure générale de *surrender*, les *directors* peuvent accepter les parts sociales auxquelles renonce un *member*. Il est à noter que les *directors* ne peuvent, en contrepartie des parts sociales auxquelles le *member* renonce, lui verser la valeur de celles-ci car ce versement reviendrait à ce que la *Company* rachète ses parts sociales¹⁰²² ; si la procédure de *surrender* conduit à une réduction du capital social de la *Company*¹⁰²³, la confirmation judiciaire ou la production d'une déclaration de solvabilité par chaque *director* est nécessaire (sauf à ce que la procédure de *surrender* soit une alternative à une procédure de *forfeiture*¹⁰²⁴ ou à la résolution de bonne foi d'un différend portant sur une émission de parts

¹⁰¹⁸ Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

¹⁰¹⁹ Section 139 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰²⁰ Sections 139 (2) à (5) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰²¹ Article 79 du modèle d'*articles*-type proposé par le Financial Secretary pour une *public company limited by shares, schedule 1 de la Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹⁰²² "Where the articles of a company so authorise, the directors may accept a surrender of shares. However, the directors of a company cannot use this power to accept a surrender for any valuable consideration paid by the company out of its own assets because this constitutes the company purchasing its own shares (*Trevor v Whitworth* (1887) 12 App Cas 409 at 438, HL ; *Kirby v Wilkins* [1929] 2 Ch 444) or in repaying the amount of his shares to a member (*Re Companies Guardian Society, Lord Wallscourt's Case* (1899) 7 Mans 235 ; *Re Walker and Hacking Ltd* (1887) 57 LT 763)", Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

¹⁰²³ *Hope v International Financial Society* (1876) 4 ChD 327, CA (Eng) ; *Bellerby v Rowland and Marwood's SS Co Ltd* [1902] 2 Ch 14 at 32, CA (Eng) ; see the dictum of Cozens-Hardy LJ at 32, that every surrender involves reduction of capital, explained and modified in *Rowell v John Rowell & Sons Ltd* [1912] 2 Ch 609 at 620 ; See also *Hopkinson v Mortimer, Harley & Co Ltd* [1917] 1 Ch 646 at 653-655, Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

¹⁰²⁴ Article 79 du modèle d'*articles*-type proposé par le Financial Secretary pour une *public company limited by shares, schedule 1 de la Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)* ; *Bellerby v Rowland and Marwood's SS Co Ltd* [1902] 2 Ch 14, CA (Eng), Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

sociales non valides¹⁰²⁵ ou à une rectification du registre des *members* suite à l'inscription erronée d'un *member*¹⁰²⁶). Ainsi et en dehors des trois cas précédemment cités, afin que la procédure de *surrender* ne déclenche une procédure judiciaire visant à confirmer la réduction du capital social de la *Company* ou la production d'une déclaration de solvabilité par chaque *director*, les *directors* recevant les parts sociales du *member* qui y renonce doivent obtenir l'accord des *members* restants pour qu'ils acquièrent lesdites parts sociales au prorata de leur participation au capital de la *Company* ou identifient un tiers *member* potentiel.

452. La même problématique se retrouve en droit français des sociétés : "lorsque l'*affectio societatis* fait défaut à un associé, la solution la plus simple et généralement la plus avantageuse pour tous, consiste à lui permettre de quitter la société."¹⁰²⁷ ; "le retrait pur et simple oblige les autres associés à un effort financier souvent considérable puisqu'ils doivent racheter les parts de celui qui quitte la société."¹⁰²⁸ Les solutions offertes pour qu'un associé puisse se retirer sont multiples mais présentent "des difficultés de fait"¹⁰²⁹ détachées de la volonté de l'associé qui souhaite se retirer, lui ôtant en pratique toute liberté de disposer de ses parts sociales. Les associés d'une SARL ou d'une SAS ont pu prévoir que le capital de leur société soit variable¹⁰³⁰ et les *members* d'une *Company* que leurs parts sociales soient rachetables ; ces solutions ne sont pertinentes que si elles ont été prévues à l'avance dans les statuts¹⁰³¹ et *articles*¹⁰³². L'associé peut céder ses parts sociales mais le problème lié à cette cession est double : l'associé souhaitant quitter la société doit identifier un acquéreur ; si l'acquéreur est un tiers l'agrément des coassociés est nécessaire dans une SARL¹⁰³³ et est fréquemment prévu dans les *Company* (dans un *shareholders' agreement*) et SAS (dans les statuts en vertu de l'article L. 227-14 du Code de commerce ou dans un pacte d'associés). Le retrait de l'associé par réduction du capital social exige l'accord de l'assemblée statuant dans les conditions exigées pour la modification des statuts¹⁰³⁴ dans le respect de l'égalité des associés¹⁰³⁵. Le retrait de l'associé peut être autorisé par décision de justice pour justes

¹⁰²⁵ Re Norwich Provident Insurance Society, Bath's Case (1878) 8 ChD 334, CA (Eng) ; Mother Lode Consolidated Gold Mines Ltd v Hill (1903) 19 TLR 341, Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

¹⁰²⁶ Re Life Association of England Ltd, Blake's Case (1865) 34 Beav 639 ; Fox's Case (1868) LR 5 Eq 118 ; Wright's Case (1871) 7 Ch App 55 ; Anderson's Case (1881) 17 ChD 373 ; approved in Re Scottish Petroleum Co (1883) 23 ChD 413, CA (Eng) ; and see Re MacDonald, Sons & Co [1894] 1 Ch 89, CA (Eng). Cases depending on whether the articles purported to give power to accept surrenders, such as Marshall v Glamorgan Iron and Coal Co (1869) LR 7 Eq 129, Snell's Case (1869) 5 Ch App 22, Hall's Case (1870) 5 Ch App 707 and Re London and Provincial Consolidated Coal Co (1877) 5 ChD 525, CA cannot be supported in the face of Trevor v Whitworth (1887) 12 App Cas 409, HL, and Bellerby v Rowland and Marwood's SS Co Ltd [1902] 2 Ch 14, CA (Eng) ; Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.480.

¹⁰²⁷ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 88, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

¹⁰²⁸ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 88, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

¹⁰²⁹ GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 90, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

¹⁰³⁰ Article L. 231-6 du Code de commerce.

¹⁰³¹ Les dispositions relatives au capital variable sont aux articles L. 231-1 à L. 231-8 du Code de commerce.

¹⁰³² Il n'est a priori pas possible de transformer une part sociale ordinaire en une part sociale rachetable car la *Companies Ordinance (Cap.622)* ne mentionne que l'émission de parts sociales rachetables et car cette transformation n'est pas prévue à la section listant les modifications du capital social qui peuvent être effectuées et car une part sociale rachetable n'est pas une part sociale de préférence dont les droits peuvent être modifiés.

¹⁰³³ Article L. 223-14 du Code de commerce et éventuellement article L. 223-13.

¹⁰³⁴ Article L. 223-34 du Code de commerce.

¹⁰³⁵ Article L. 223-34 du Code de commerce.

motifs¹⁰³⁶ mais cette procédure contentieuse implique la saisine du tribunal et le temps nécessaire à ce qu'elle aboutisse.

B. La procédure de rachat de parts sociales (ou buy-back), un pouvoir général de la Company

453. La procédure de rachat est utile à maints égards au point que ces utilités "élèvent le rachat au rang d'une technique moderne et efficace de gestion de l'entreprise sociétaire"¹⁰³⁷. Le droit hongkongais, dans la droite ligne de l'application de la théorie juridique dite *enabling law*, autorise le rachat de parts sociales par la *Company* par principe et a mis en place un cadre légal à son régime afin de pouvoir créer un équilibre entre la liberté et la souplesse souhaitées par les *members* et la crainte des créanciers de voir les richesses de la *Company* s'amenuiser (1). Le droit français, dans la crainte de voir des dérives anciennes réapparaître¹⁰³⁸, autorise le rachat et l'encadre étroitement. L'autorisation générale du rachat attachée aux SAS démontre la proximité du régime de cette forme sociale avec la *Company* (2).

1. L'encadrement légal de l'opération de rachat de parts sociales par la *Company*

454. Le rachat de parts sociales par la *Company* est un pouvoir général de celle-ci, à moins que les articles n'aménagent ou n'interdisent cette opération (a). Afin de pallier les dangers inhérents à cette opération¹⁰³⁹, le droit hongkongais encadre la procédure afin de protéger les *members*, la *Company* et ses créanciers (b).

a. La notion du rachat des parts sociales par la *Company*

455. La procédure de rachat de parts sociales par la *Company* est spécifiquement traitée dans l'Ordonnance, contrairement aux dispositions de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, dans la partie dédiée aux opérations relatives au capital social (*Part 5 – Transactions in relation to share capital*), à la suite de la division traitant des réductions du capital social (*Division 3 – Reduction of share capital*) et dans la même division que le rachat des parts sociales rachetables (*Division 4 – Share redemptions and buy-backs*).

456. Au vu de la codification effectuée par l'Ordonnance, la procédure de rachat de parts sociales par laquelle une *Company* rachète et annule des parts sociales de son capital doit être distinguée de la procédure de réduction du capital social et de la procédure de rachat de parts sociales rachetables même si ces trois procédures présentent le caractère commun de constituer un pouvoir général de la *Company*, à moins que les *articles* mentionnent le contraire¹⁰⁴⁰. Même si ces trois procédures constituent un pouvoir général de la *Company*, au

¹⁰³⁶ Article 1869 du Code civil ; pour une illustration de justes motifs, GUYON Yves, "Affectio Societatis", *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 20-10, Point 92, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

¹⁰³⁷ MORTIER Renaud, *Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités)*, *JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse*, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 18 "Utilités du rachat".

¹⁰³⁸ MORTIER Renaud, *Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités)*, *JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse*, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 3 "Histoire du rachat de droits sociaux" et point 16 "Dangers du rachat".

¹⁰³⁹ MORTIER Renaud, *Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités)*, *JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse*, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 16 "Dangers du rachat".

¹⁰⁴⁰ Section 210 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour les opérations de réduction du capital social, section 234 pour l'émission de parts sociales rachetables et la section 236 pour le rachat de parts sociales par la *Company*.

risque d'engager sa responsabilité pénale et celle de toutes les *responsible persons*¹⁰⁴¹ en cas de leur irrespect, celle-ci ne peut acquérir ses propres parts sociales en dehors desdites procédures prévues par l'Ordinance (*buy-back, redemption, subscription* ou autres)¹⁰⁴².

457. La procédure de réduction du capital social est déclenchée par une décision spéciale des *members*¹⁰⁴³ sur la base d'une déclaration de solvabilité établie par chaque *director* ou par une décision spéciale des *members* suivie d'une confirmation judiciaire¹⁰⁴⁴. Quelle que soit l'alternative choisie ou mise en œuvre par la *Company*, il est de la responsabilité de celle-ci d'en informer ses créanciers qui peuvent saisir les tribunaux en cas de désaccord. L'Ordinance a introduit la possibilité de réduire le capital social d'une *Company* sans confirmation judiciaire. La déclaration de solvabilité établie par les *directors* est une nouveauté qui constitue une autonomisation accrue des *Companies* par rapport aux pouvoirs publics et à la responsabilisation des acteurs de celle-ci. Cette responsabilisation des *directors* qui émettent la déclaration de solvabilité et des *members* qui l'approuvent renforce la prise de conscience de la chose sociale et poursuit une meilleure gouvernance des sociétés dans le but de promouvoir leur efficacité économique.
458. Les deux procédures de rachat par la *Company* de parts sociales, rachetables ou non, s'articulent avec la procédure de réduction du capital social sur la base du rapport entre droit commun et droit spécial, la procédure de réduction du capital social étant la procédure de droit commun¹⁰⁴⁵. Les procédures de rachat des parts sociales, rachetables ou non, présentent des caractères communs dans la mesure où les modalités de paiement des parts sociales rachetées sont identiques et où les principes généraux applicables à ces deux opérations sont applicables de la même manière¹⁰⁴⁶. La différence fondamentale entre ces deux procédures est que les conditions du rachat des parts sociales rachetables ont été arrêtées lors de leur création et la liberté du *member* s'exprime alors au jour de cette création alors que les conditions dans lesquelles des parts sociales sont rachetées par la *Company* sont arrêtées dans un contrat postérieur à leur création et préalable à leur rachat et la liberté du *member* s'exprime alors au jour de l'offre de rachat.

b. Le régime conciliatoire de l'opération de rachat de parts sociales par la *Company*

459. Le droit hongkongais a défini un équilibre permettant de concilier les intérêts des *members* de bénéficier d'une plus grande souplesse pour faire évoluer la géographie du capital social dans leur intérêt (le rachat de parts sociales par la *Company* peut être une réponse à la difficulté pour un *member* de quitter la *Company* dans laquelle il détient des parts sociales), des *directors* de pouvoir contrôler les intérêts financiers de la *Company* dont ils assurent la gestion et des créanciers qui ne souhaitent pas voir s'amenuiser le montant du capital social sur lequel ils pourraient avoir prise sans pouvoir intervenir. Ainsi, l'Ordinance distingue les

¹⁰⁴¹ Sections 267 (2) et (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622)

¹⁰⁴² Section 267 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁰⁴³ En vertu de la section 217, le(s) *member(s)* visé(s) par la réduction – s'il y en a un – ne peut voter ; cette règle étant écartée si la réduction vise de manière égale tous les *members*.

¹⁰⁴⁴ Section 211 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁰⁴⁵ La section 212 (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) dispose que ne constitue pas une violation des dispositions relatives à la réduction du capital social une opération de rachat de parts sociales, rachetables ou non, de laquelle une réduction du capital social résultera.

¹⁰⁴⁶ Par exemple, si la procédure de *buy-back* ou de *redemption* a pour conséquence que le capital social de la *Company* ne soit plus composé que de parts sociales rachetables, celle-ci est nulle en vertu des sections 236 (3) et (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et les procédures de *buy-back* et de *redemption* ne peuvent porter que sur des parts sociales entièrement libérées conformément à la section 268 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

modalités de la mise en œuvre de la procédure de rachat de parts sociales applicables aux *listed public companies limited by shares* et aux autres *companies* et, en ce qui concerne les autres *companies*, les modalités de paiement des parts sociales rachetées applicables aux fonds du capital social et aux autres fonds. Il est important de noter que la procédure de *buy-back* n'est pas nulle simplement parce qu'elle ne remplit pas une ou plusieurs des conditions fixées par l'Ordonnance¹⁰⁴⁷.

460. Afin de pouvoir mettre en œuvre la protection des intérêts catégoriels opposés en présence dans une *Company*, l'Ordonnance organise le rachat de parts sociales par l'exigence de la conclusion d'un contrat entre les protagonistes¹⁰⁴⁸. Ce contrat peut être oral ou écrit ; dans tous les cas, une copie du contrat écrit ou d'un memorandum reprenant les termes principaux du contrat oral doit être conservée par la *Company* et être communiquée à tous les *members*. Ce contrat doit être au préalable autorisé par une décision spéciale des *members*¹⁰⁴⁹ à laquelle ne vote pas le(s) *member(s)* visé(s) par le rachat de parts sociales à hauteur des droits de vote attachés auxdites parts¹⁰⁵⁰, ainsi que toute modification de celui-ci¹⁰⁵¹ (que ce soit la variation des termes du contrat, la résiliation de celui-ci¹⁰⁵² ou son renouvellement¹⁰⁵³), tout en sachant que les droits et obligations de la *Company* nés du contrat ne peuvent être cédés ou transférés¹⁰⁵⁴.
461. L'Ordonnance met en place des mécanismes internes à la *Company* qui dispense celle-ci de toute intervention de tiers, que ce soit de l'intervention des pouvoirs publics en vue de contrôler ou de confirmer les transactions ou de professionnels du chiffre. Les acteurs de la *Company* sont responsabilisés pour mettre en œuvre les mécanismes protecteurs des *members* et des tiers. Les *members* contrôlent la procédure de rachat car ils approuvent au préalable les termes et conditions du rachat ainsi que toute modification opérée à ces termes et conditions. Les *directors* contrôlent ensuite la mise en œuvre administrative du rachat et le paiement des parts sociales rachetées. Les *directors* sont les plus à même de contrôler ces deux éléments : ils disposent des connaissances administratives et légales avec l'aide du *company secretary* et il est de leur responsabilité de tenir à jour les informations financières et comptables de la *Company*. La notification de ces opérations est effectuée au *Companies Registry* et l'auditeur prend acte de celles-ci dans le bilan annuel suivant l'opération. En cas de paiement des parts sociales à partir de fonds du capital social, les *directors* sont fortement responsabilisés par l'obligation qui pèse sur chacun d'eux d'émettre une déclaration de solvabilité, dont les exigences de forme et de fond sont listées par l'Ordonnance ; les *members* sont alors également impliqués car ils doivent approuver les déclarations de solvabilité émises par les *directors*

¹⁰⁴⁷ Section 267 (4) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, sauf à ce que la procédure de *buy-back* ait pour conséquence que le capital social ne soit plus composé que de parts sociales rachetables.

¹⁰⁴⁸ Section 244 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁴⁹ Sections 244 (1) et (3) ; les modalités de communication des documents relatifs à la procédure de *buy-back* et aux droits de vote sur le projet de décision d'adoption du contrat sont décrites aux sections 245 et 246 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁵⁰ C'est-à-dire que le *member* ne vote pas si la totalité de ses parts sociales vont être rachetées ou qu'il vote à hauteur des droits attachés aux parts sociales qu'il détient et qui ne font pas l'objet de la procédure de rachat conformément à la section 246 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁵¹ Les modalités de communication des documents relatifs à la procédure de *buy-back* et aux droits de vote sur le projet de décision de modification, de résiliation ou de renouvellement du contrat sont décrites aux sections 248 et 249 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁵² Section 251 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; les modalités de communication des documents relatifs à l'approbation de ce contrat de libération sont décrites aux sections 252 et 253 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁵³ Sections 251 (2) et (3) et 254 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; les modalités de communication des documents relatifs à la modification, à la résiliation et au renouvellement de ce contrat de libération sont décrites aux sections 255 et 256 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁰⁵⁴ Section 250 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

ainsi que la nature et la répartition des fonds utilisés pour financer le rachat des parts sociales. Ni les pouvoirs publics ni l'auditeur de la *Company* ne sont impliqués dans ce mécanisme interne. Les pouvoirs publics et leurs administrations ne sont mis à contribution que dans le but de fluidifier ces opérations, par exemple en assurant la publicité attachée à ces opérations du capital social.

2. La proximité du régime des *Companies* et SAS au vu des opérations de rachat de leurs propres parts sociales

462. Le fait que l'achat de ses propres parts par une SARL¹⁰⁵⁵ soit interdit distingue cette forme sociale de la *Company*. Deux exceptions sont pourtant à noter : le rachat et l'annulation de parts sociales par la SARL peut résulter d'un refus d'agrément¹⁰⁵⁶ (il est à noter que contrairement à l'absence d'impact fiscal à Hongkong, le droit fiscal français n'encourage pas l'associé à accepter le rachat de ses parts par la SARL¹⁰⁵⁷) ; la réduction du capital social décidée par l'Assemblée générale et non motivée par des pertes peut entraîner le rachat et l'annulation de parts sociales par la SARL sur la mise en œuvre par le gérant de la décision des associés indiquant les parts à racheter dans le respect de l'égalité des associés¹⁰⁵⁸.
463. La grande liberté offerte à une SAS de se porter acquéreur de ses propres actions dans le but de les céder ou de les annuler¹⁰⁵⁹ confirme notre observation préliminaire de la similitude des règles applicables au capital social et aux parts sociales d'une *Company* et aux actions d'une SAS¹⁰⁶⁰. Cependant, il nous semble que la SAS ne dispose pas d'un pouvoir général de rachat de ses actions. L'article L. 225-206 II du Code de commerce applicable à la SAS en vertu du

¹⁰⁵⁵ Article L. 223-34 du Code de commerce.

¹⁰⁵⁶ Article L. 223-14 du Code de commerce, au titre duquel une SARL peut se porter acquéreur de parts sociales pour lesquelles l'agrément a été refusé ; l'effet de ce rachat est l'annulation desdites parts et la réduction correspondante du capital social. Cette opération de rachat de parts sociales par une SARL est présentée aux commentaires suivants : GIBIRILA Deen, Société à responsabilité limitée, Répertoire de droit des sociétés, Edition Dalloz, mois de parution : décembre 2012, mois de mise à jour : juin 2013, § 450, § 456 à 458 et § 481 à 483 ; et, STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Parts sociales – Cession. Transmission. Nantissement, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-20, Points 13 et suivants, Date de fraîcheur : 27 novembre 2012.

¹⁰⁵⁷ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Parts sociales – Cession. Transmission. Nantissement, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-20, Point 29, Date de fraîcheur : 27 novembre 2012.

¹⁰⁵⁸ Article L. 223-34 du Code de commerce ; opération présentée dans le commentaire de PETOT-FONTAINE Michelle, Sociétés à responsabilité limitée – Modifications du capital social, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 78-20, Point 99, Date de fraîcheur : 7 avril 2011.

¹⁰⁵⁹ Article L. 227-18 du Code de commerce ; GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, BOUGNOUX Anne, Sociétés par actions simplifiées - Organisation des rapports entre associés - Clauses statutaires relatives à la cession d'actions, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-30, Points 48 et 49, Date de fraîcheur : 15 septembre 2009.

¹⁰⁶⁰ Une SAS peut décider de racheter ses parts sociales dans les nombreux cas suivants : (a) une réduction du capital social non motivée par des pertes en vue de réduire son capital social selon l'article L. 225-207 du Code de commerce ou de faciliter certaines ; (b) une réduction du capital social non motivée par des pertes en vue de faciliter certaines opérations de restructuration selon l'article R. 225-156 du Code de commerce ; (c) une réduction du capital social non motivée par des pertes résultant d'une autre opération telle qu'une exclusion statutaire [(i) dans une SAS autorisée par les articles L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce ou (ii) dans une société à capital variable en vertu des articles L. 231-1 à 231-8 du Code de commerce] ou une exclusion légale [(i) par les articles L. 235-6 du Code de commerce et 1844-12 du Code civil organisant la suppression de l'intérêt du demandeur en annulation de la société et par le rachat de ses droits sociaux, (ii) par la suppression de l'intérêt du demandeur en dissolution de la SAS pour justes motifs et par rachat de ses droits sociaux, (iii) par le rachat consécutif à la réalisation forcée de droits sociaux nantis en vertu de l'article L. 223-15 du Code de commerce pour la SARL et de l'article L. 228-26 du Code de commerce pour la SAS] ou un retrait volontaire ou un retrait de plein droit. Cas énumérés et détaillés dans l'étude de MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, points 20 à 68.

jeu de l'article L. 227-1 limite expressément le rachat de ses propres actions aux cas énumérés par la loi et dans les conditions exposées par la loi aux articles L. 225-207 à L. 225-217 du même Code. En outre, le rachat d'actions par la SAS conduisant à l'annulation de celles-ci relève du régime commun de la réduction du capital social non motivée par des pertes qui relève de la compétence des associés¹⁰⁶¹, alors que le droit hongkongais des sociétés écarte l'application du droit commun de la réduction du capital social. Le droit hongkongais donne un message fort en faveur du pouvoir général de rachat de ses parts, qui est autonome du pouvoir de réduire le capital social car le rachat de parts sociales n'induit pas automatiquement une réduction du capital social. Le droit hongkongais n'encadre le rachat de parts sociales de manière stricte que dans les cas où le financement du rachat est tiré de fonds du capital social.

464. Les régimes du rachat de la *Company* et de la SAS se distinguent d'abord par le droit de vote du *member* ou de l'associé visé par l'opération. Le droit hongkongais pose une exception légale : le *member* propriétaire des parts sociales dont le rachat est projeté ne peut voter à proportion des droits de vote attachés auxdites parts sociales. Si la totalité des parts sociales du *member* fait l'objet de l'opération, il ne peut voter ; si seule une partie des parts sociales du *member* fait l'objet de l'opération, il peut voter au titre des droits de vote attachés aux parts sociales qui ne font pas l'objet de l'opération. Cette restriction du droit de vote est applicable au vote relatif à l'adoption du contrat de rachat et à la modification ou à la résiliation de celui-ci. Le droit français pose le droit de participer et de voter dans les décisions collectives. Ce droit posé par l'article 1844 alinéa 1 du Code civil est d'application générale et les statuts ne peuvent déroger aux dispositions de cet article que dans les cas prévus par la loi¹⁰⁶². Ce droit est applicable aux associés d'une SAS et les termes de l'article L. 227-6 du Code de commerce, "les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition"¹⁰⁶³.
465. Les régimes du rachat de la *Company* et de la SAS se distinguent ensuite par l'effet du rachat sur les parts sociales rachetées. Le rachat de parts sociales par la *Company* ne semble entrer que dans la catégorie du rachat-remboursement¹⁰⁶⁴. L'Ordonnance pose le principe de l'annulation des parts sociales rachetées et cette annulation est présumée au jour du rachat¹⁰⁶⁵. L'Ordonnance prohibe l'auto-détention de ses parts sociales par la *Company*. Cette prohibition prive la *Company* de la possibilité de récupérer les fonds utilisés pour financer l'opération de rachat et prive les *members* d'une opération complémentaire pour jouer sur la géographie du capital social. Il nous semble que les raisons qui expliquent cette absence de rachat-cession sont multiples. Tout d'abord, la *Company* n'est pas un intermédiaire entre cédant et cessionnaire et l'Ordonnance coupe court au développement de ce rôle. Ensuite, l'auto-détention des parts sociales par la *Company* pendant une période plus ou moins longue porte

¹⁰⁶¹ Cumul et articulation des articles L. 227-9 et L. 225-207 du Code de commerce.

¹⁰⁶² Même si cet article n'est pas applicable aux SARL et SAS, il est intéressant de noter, d'un point de vue général dans le cadre de notre étude comparative, que l'article L. 235-6 du Code de commerce dispose que "Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé [par la société ou par un autre associé en réponse à une action en nullité de la société] est sans influence sur la décision de la société".

¹⁰⁶³ LE CANNU Paul, Société par actions simplifiée, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Mois de parution : février 2000, Mois de mise à jour : juin 2013, point 202 en référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 octobre 2007, n°06-16.537.

¹⁰⁶⁴ Distinction entre le rachat-cession et le rachat-remboursement désignée comme la "summa divisio du rachat des droits sociaux" effectuée par MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 19 "Typologie et natures juridiques du rachat : rachats-cessions et rachats-remboursements".

¹⁰⁶⁵ Section 269 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

préjudice à l'information disponible pour les tiers sur le capital social. En outre, la période d'auto-détention (qui peut durer jusqu'à six mois dans une SAS en vertu de l'article L. 227-18 du Code de commerce) devient une période grise au cours de laquelle l'incertitude demeure sur l'avenir des parts sociales rachetées et une porte de sortie doit être aménagée par l'Ordonnance ou décidée par les organes de la *Company* et cette décision peut être source de tensions ou de conflits que la procédure de rachat a pu vouloir éviter ou résoudre. Enfin, l'objet de la procédure de rachat semble dévoyé par l'auto-détention des parts sociales par la *Company* car il nous semble que le rachat emporte "le retour du bien (ici les droits sociaux) à celui qui l'a vendu (émis)"¹⁰⁶⁶. Les effets du rachat de parts sociales par la *Company* est alors plutôt proche de ceux du rachat de parts sociales par la SARL, dans laquelle l'auto-détention de parts sociales est interdite : il résulte de l'interprétation *in fine* de l'article R. 223-34 du Code de commerce que le rachat de ses parts par la SARL "emporte annulation desdites parts". Le rachat-cession est autorisé dans la SAS. Cette période d'auto-détention offre une grande flexibilité aux associés qui peuvent décider de l'avenir des actions rachetées par leur SAS avant de devoir les annuler et de réduire le capital social passé un délai de six mois¹⁰⁶⁷. Cette période d'auto-détention distingue la *Company* de la SAS, qui offre un élément de flexibilité supplémentaire à ses associés. Le législateur a été conscient des risques inhérents à l'auto-détention d'actions et des limites ont été posées ainsi qu'un régime contraignant¹⁰⁶⁸.

466. Les procédures applicables aux *Companies* et SAS se distinguent par l'intervention du commissaire aux comptes, même dans le cas de la mise en œuvre de procédure simplifiée telle que celle offerte par l'article R. 225-156 du Code de commerce. L'Ordonnance fait peser sur les *directors*, maîtres des finances de la *Company*, l'obligation de fournir les éléments financiers adéquats nécessaires à la prise de décision des *members* sans l'intervention de l'auditeur de la *Company* ou de tout autre expert. Il nous semble que l'organe de gestion d'une SARL ou d'une SAS pourrait également fournir ces éléments financiers et que l'intervention coûteuse en temps et en argent du commissaire aux comptes pourrait être évitée. En sus de l'impact fiscal défavorable pour l'associé cédant¹⁰⁶⁹, le coût de la procédure de rachat nous invite à penser que le droit français ne souhaite pas encourager les sociétés à procéder au rachat de leurs parts sociales, qui n'est pas un pouvoir général des sociétés contrairement au droit hongkongais. L'intervention éventuelle du président du tribunal compétent nommant expert pour fixer la valeur des droits sociaux en vertu de l'article 1843-4 du Code civil est un élément à prendre en compte dans une procédure de rachat. L'Ordonnance ne prévoit pas un tel recours. En cas de désaccord entre les *members* ou entre les *members* et la *Company* sur la valeur des parts sociales dans le cadre du rachat de celles-ci, l'auditeur de la *Company* sera souvent sollicité sur une base conventionnelle ou le président de l'HKICPA pourra être sollicité pour nommer un auditeur qui n'est pas intervenu au sein de la *Company* visée pour effectuer l'expertise des droits sociaux.

§2. Les procédures de résolution des situations de blocage entre *members* promues dans l'intérêt social : la consécration jurisprudentielle des clauses d'exclusion

¹⁰⁶⁶ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 1 "Définition du rachat de droits sociaux".

¹⁰⁶⁷ LE CANNU Paul, Société par actions simplifiée, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Mois de parution : février 2000, Mois de mise à jour : juin 2013, paragraphe 203.

¹⁰⁶⁸ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point.

¹⁰⁶⁹ LE CANNU Paul, Société par actions simplifiée, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Mois de parution : février 2000, Mois de mise à jour : juin 2013, paragraphe 203.

467. D'une manière générale, les *members* négocient et concluent un *shareholders' agreement* et y insèrent les clauses répondant à leurs objectifs relatifs à la conservation ou à la perte de la qualité de *member* de la *Company* au vu des apports de chacun des *members*, de la pérennité de ces apports et du respect des stipulations du *shareholders' agreement*. Comme en droit hongkongais, le droit français des sociétés n'interdit pas l'exclusion d'un associé (A) ; l'exclusion est ici entendue comme une décision des associés d'acquiescer les parts sociales d'un autre associé contre son gré ou sans son consentement et n'inclut pas le rachat des parts sociales d'un associé contre son gré à l'initiative de la société. À la différence du droit hongkongais des sociétés, de telles clauses d'exclusion à l'initiative des associés d'une SARL ou d'une SAS doivent être insérées dans les statuts pour pouvoir être applicables (B).

A. Point commun : l'absence du droit d'exclusion dans la loi

468. Le droit d'exclure un associé n'est pas un pouvoir général des *Companies* ni des SARL et SAS. Le principe de l'exclusion d'un *member* a été posé par la jurisprudence britannique et est appliquée par les tribunaux de Hongkong (1). Le droit français n'offre pas aux organes sociaux un pouvoir général d'exclure un associé. L'exclusion est encadrée par la loi et est ainsi restreinte à des cas spécifiques (2).

1. La consécration jurisprudentielle du principe de l'exclusion d'un *member*

469. Aucune disposition de l'Ordonnance n'a traité aux clauses organisant les relations entre les *members* d'une *Company*. Ces clauses relèvent de la sphère privée des *members*, ce qui explique notamment que l'Ordonnance ne puisse retenir de telles clauses pour restreindre le droit d'un *member* de céder ses parts sociales au titre du critère de différenciation entre une *public* et une *private company*. En cas de mésentente des *members* bloquant le fonctionnement de la *Company*, l'Ordonnance et le modèle d'*articles*-type proposé pour une *Company* ne seront que d'une aide marginale. La partie de l'Ordonnance intitulée *Share Capital* définit la nature des parts sociales, l'émission et l'attribution des parts sociales, la cession et la transmission des parts sociales, les classes de parts sociales, la réduction du capital social, le rachat de parts sociales par la *Company*. En conséquence, à défaut d'entente préalable entre les *members* par l'insertion d'un article spécifique organisant l'exclusion d'un *member* dans les *articles* de la *Company* ou par stipulation d'une clause d'exclusion dans un *shareholders' agreement*, les *members* seront condamnés à trouver une entente visant à modifier la géographie du capital social et éventuellement à exclure l'un d'entre eux ou à ce que l'un d'entre eux rachète les parts sociales de tous les autres. Dans le cas où aucune entente ne peut être trouvée, l'association des entrepreneurs ayant conduit à la création et au développement de l'entreprise et à l'immatriculation de la *Company* n'est plus viable. La dissolution décidée par les *members* de la *Company* est la seule issue.

470. Cependant, la *Common Law*, par la jurisprudence *Borland's Trustee v Steel Brothers & Co Ltd [1901] 1 Ch 279 (Chancery Division)*, déclare fondés et exécutoires les termes des *articles* obligeant la cession des parts sociales dans certains cas d'un *member* à certaines personnes désignées dans les *articles* et à un prix convenable¹⁰⁷⁰. De cette jurisprudence, la définition d'une part sociale donnée justifie que la clause litigieuse soit considérée fondée : la part sociale représente l'intérêt d'un *member* dans la *Company* ; celle-ci est mesurée par une somme d'argent, afin de mesurer la responsabilité du *member*, d'une part, et, l'intérêt de celui-ci constitué de plusieurs engagements mutuels convenus entre *members* et nés des *articles*,

¹⁰⁷⁰ SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, page 462, point [8.01].

d'autre part. Il en résulte que le droit de prévoir une cession obligatoire dans les *articles* n'est pas contraire aux principes du droit des sociétés.

2. L'exclusion d'un associé, l'intérêt social justifiant des cas d'exclusion légale

471. Le droit français des sociétés ne dote pas les organes de la SARL et de la SAS d'un pouvoir général d'exclure un associé, tout comme l'Ordonnance. Cependant, contrairement à l'Ordonnance, le droit français prévoit quelques cas d'exclusion légale.
472. L'article 1867 du Code civil permet aux associés d'exclure le nouvel associé qui a acquis les droits sociaux nantis d'un associé dans le délai de cinq jours de la réalisation de la cession des droits nantis. Ainsi, le créancier de l'associé qui avait nanti ses droits sociaux est devenu associé suite à la réalisation de la cession conformément au projet de nantissement. Il est donc bien exclu de la société malgré son droit né du nantissement des parts sociales même si ledit projet de nantissement avait été accepté par les coassociés et par la société. La justification à cette exclusion légale nous semble être double : le créancier recherche le paiement de sa créance plus qu'une participation au sein d'une société ; l'intérêt social peut également justifier le fait que les associés existants ne souhaitaient pas ou ne souhaitent pas ou plus que le créancier devienne associé et puisse influencer le développement de l'entreprise.
473. L'article L. 231-6 du Code de commerce relevant du chapitre du capital variable dispose qu'il "peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société". Les associés d'une SARL ou d'une SAS à capital variable peuvent décider d'exclure l'un des leurs. Cette exclusion ne conduit pas à la cession des parts sociales ou des actions aux coassociés mais à leur rachat et à leur annulation par la société¹⁰⁷¹.
474. L'article L. 235-6 du Code de commerce dispose que la société ou un associé peut soumettre au tribunal l'exclusion d'un associé par le rachat de ses droits sociaux par ladite société en réponse à une action en nullité de la société formée par le demandeur¹⁰⁷². Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969, cet article n'est plus applicable à la SARL et à la SAS. Son application relevait, selon nous, de la protection de l'intérêt social.
475. Par une interprétation par analogie de l'article L. 235-6 du Code de commerce, dans le but de protéger l'intérêt social et l'entreprise hébergée au sein d'une SARL ou d'une SAS, la jurisprudence aurait pu reconnaître aux associés la capacité de soumettre au tribunal l'exclusion de l'associé par la cession de ses droits sociaux (et non par le rachat de ceux-ci par la SARL ou par la SAS du fait de l'absence de pouvoir général de rachat des droits sociaux¹⁰⁷³) en réponse à une action en dissolution de la société pour justes motifs formée par l'associé qui pourrait être exclu. Libre au juge de choisir entre la dissolution ou l'exclusion de l'associé demandeur à la dissolution au vu des faits de l'espèce (comme par exemple au vu de la viabilité de l'entreprise). La jurisprudence française a tranché en défaveur de la reconnaissance d'un droit d'exclusion d'un associé en réponse à une action en dissolution en

¹⁰⁷¹ Article L. 231-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁰⁷² Cette action en nullité de la société doit être fondée sur un vice de consentement ou sur l'incapacité d'un associé et le tribunal peut rendre obligatoire les mesures proposées si la régularisation de la société peut intervenir.

¹⁰⁷³ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 55 "Exclusion d'origine purement statutaire et rachat de droits sociaux".

l'absence de disposition légale¹⁰⁷⁴ : la Cour de cassation¹⁰⁷⁵ a proclamé l'interdiction de principe d'exclure un associé en consacrant le droit pour tout associé de demeurer dans la société. Ce raisonnement peut sembler logique dans la mesure où la loi prévoit des cas d'exclusion précis¹⁰⁷⁶ sans poser de principe général du droit d'exclure un associé. Il est vrai que l'exclusion d'un associé pourrait être mise en œuvre par les autres associés dans leur propre intérêt et non dans l'intérêt de perpétuer la société hébergeant l'entreprise commerciale. Cependant, la conservation d'une mésentente au sein d'une société ne peut que difficilement répondre à l'intérêt social sans pour autant mener à la dissolution de la société prononcée par le tribunal en vertu de l'article 1844-7, 5° du Code civil¹⁰⁷⁷. L'intérêt social devrait pouvoir primer sur la dissolution de la société demandée par un associé pour justes motifs si les éléments présentés aux tribunaux permettent de conclure que l'entreprise est viable et que l'intérêt social est supérieur au droit de l'associé de demeurer associé de la SARL ou de la SAS. Le pouvoir des juges serait alors discrétionnaire, tout comme dans la mise en œuvre de l'article L. 235-6 du Code de commerce.

B. Différence : la validité de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts ou dans le shareholders' agreement

476. Les jurisprudences hongkongaise et française ont posé le principe de la validité des clauses statutaires d'exclusion d'un *member* et d'un associé. La jurisprudence hongkongaise pose une validité de ces clauses également mentionnées dans le *shareholders' agreement* (1) alors que les SAS et SARL doivent impérativement mentionner ces clauses dans leurs statuts (2).

1. La validité de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les *articles* et dans le *shareholders' agreement*

477. À Hongkong, les clauses relatives aux restrictions applicables aux cessions de parts sociales sont généralement stipulées dans les *shareholders' agreement*. L'avantage est que ceux-ci lient les signataires et qu'en cas de non-respect des clauses de ce contrat, chaque partie peut en demander le respect devant les tribunaux ; généralement, l'avantage de la signature d'un *shareholders' agreement* est son caractère effectivement préventif (le *member* est tenu de respecter les termes du *shareholders' agreement* et il a alors conscience des très faibles chances d'obtenir gain de cause) contrairement aux droits protégés légalement pour les *members* minoritaires qui ouvrent des actions judiciaires et créent du contentieux. Les *members* et les clauses qu'ils peuvent inclure dans le *shareholders' agreement* doivent respecter les dispositions impératives de l'Ordonnance (par exemple dans le cas où la mise en œuvre d'une de ces clauses entraînerait la réduction du capital social de la *Company*) et les *articles* de la *Company*. Il en résulte que les clauses prévoyant, par exemple, l'exclusion d'un *member* qui n'a pas respecté diverses dispositions des *articles* ou du *shareholders' agreement* ou de la survenance d'un événement précisément décrit ou d'un *member* personne morale qui passerait sous le contrôle d'un tiers, sont tout à fait valables. La justification à cette grande liberté des *members* d'adopter des clauses d'exclusion ou de cession forcée réside dans l'intérêt social. À titre d'exemple, la mise en œuvre d'une procédure dite de *squeeze-out* visant

¹⁰⁷⁴ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 45 "Rachat paralysant l'action en dissolution de la société".

¹⁰⁷⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 mars 1996, Revue des sociétés, 1996, page 554 ; et aussi, Cour d'appel de Toulouse, 10 juin 1999, JCP E 2000, II, 103072, note DAIGRE Jean-Jacques.

¹⁰⁷⁶ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, point 364, page 210.

¹⁰⁷⁷ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, point 475, page 266.

à ce que les associés majoritaires acquièrent toutes les parts sociales des associés minoritaires peut être confirmée par la jurisprudence suivante "there was some good reason in the interests of the company for so doing, for example that the minority shareholder was in some way acting in a manner destructive or highly damaging to the interests of the company from some motives entirely of his own..."¹⁰⁷⁸.

478. Lors de la rédaction des clauses d'un *shareholders' agreement* entre *members* d'une *Company*, la situation de blocage, dénommée *deadlock* dans le cas d'une répartition égale des parts sociales entre deux *members* et d'une répartition des parts sociales inégales (associés majoritaire et minoritaire détenant une minorité de blocage), peut déclencher un mécanisme permettant la reprise des parts sociales de certains *members* par d'autres *members* dans le but d'assurer la continuité de la société et de l'exploitation de l'entreprise et d'éviter la dissolution de la société, qui n'est alors qu'une solution dans des situations de blocage pour des motifs prédéfinis. En l'absence d'accord entre les *members* sur ces clauses, aucun mécanisme de ce type n'est prévu par défaut par l'Ordonnance et ne peut être mis en œuvre par les *members* à moins d'un accord entre eux.
479. La jurisprudence française a adopté une position contraire à la position hongkongaise. La Cour de cassation¹⁰⁷⁹ a affirmé la nullité des clauses extrastatutaires d'exclusion. La justification à cette position de la Cour de cassation serait que seuls les statuts peuvent doter les organes sociaux de la société d'un pouvoir leur permettant de modifier leur fonctionnement interne¹⁰⁸⁰ et en l'espèce d'exclure un associé.

2. La validité de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts

480. En France, la jurisprudence reconnaît que les clauses d'exclusion ou de cession automatiquement déclenchée par la survenance d'un événement préalablement prévu (par exemple, une clause permettant d'éviter la dissolution de la société enclenchée par la mésentente entre les associés et de substituer à cette dissolution le rachat des parts sociales par l'associé demandeur¹⁰⁸¹) doivent être statutaires pour être applicables¹⁰⁸². Cette jurisprudence semble pouvoir s'appliquer aussi bien aux SARL qu'aux SAS. Par exemple, la jurisprudence dite "Midi-Libre" interprétée *a contrario* recoupe les développements doctrinaux en faveur de la reconnaissance d'une telle clause au nom de la protection de l'intérêt social¹⁰⁸³. Les décisions jurisprudentielles antérieures qui ont approuvé les clauses

¹⁰⁷⁸ Re Bugle Press Limited [1961] Ch 270 (Court of Appeal), per Lord Evershed Mr, SEALY and WORTHINGTON, Sealy's Cases and Materials in Company Law, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010, item 14.11 page 719.

¹⁰⁷⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 février 1982, Badach contre Teisseire, JurisData n°1982-799421 ; décision citée par MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 53 "Nullité des clauses extrastatutaires d'exclusion".

¹⁰⁸⁰ DAIGRE Jean-Jacques, La perte de la qualité d'actionnaire, Revue des sociétés, 1999, page 541.

¹⁰⁸¹ Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, Première Partie Notions fondamentales sur les sociétés, point 3415.

¹⁰⁸² La validité des clauses statutaires d'exclusion est déduite de l'interprétation *a contrario* de la décision de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 décembre 1994, Bujon et autre contre Etarci et autre (décision dite "Midi-Libre"), Revue des sociétés 1995, page 298, note RANDOUX Dominique, Domaine de l'agrément des cessions d'actions et exclusion de l'actionnaire personne morale dont le contrôle se trouve modifié en cours de vie sociale, décision citée par MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 54 "Validité des clauses statutaires d'exclusion".

¹⁰⁸³ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, point 54 "Validité des clauses statutaires d'exclusion".

statutaires d'exclusion permettent de déterminer le régime juridique de ces exclusions¹⁰⁸⁴. Les statuts doivent mentionner une telle clause, dès l'institution de la société ou lors d'une modification des statuts adoptée à l'unanimité des associés. La protection de l'associé exclu doit être assurée par l'insertion dans les statuts de la liste des événements pouvant conduire à l'exclusion, par l'indemnisation de son exclusion, par le respect du principe du contradictoire. Le non-respect de ces règles attachées au régime de l'exclusion n'entraîne cependant pas la nullité de l'opération d'exclusion. Il peut être ici opportun de comparer la position du droit français refusant de reconnaître la validité des clauses d'exclusion extrastatutaires avec la reconnaissance de la validité des clauses de préférence ou de préemption extrastatutaires¹⁰⁸⁵. Étant donné que ces clauses permettent d'éviter à des tiers d'entrer au capital de la SAS ou de la SARL, elles assurent par ce biais la pérennité de la société et promeuvent l'intérêt social. Le raisonnement de la Cour d'appel de Rouen pourrait être repris pour proposer un raisonnement similaire en vue de réduire le décalage existant entre l'absence de la reconnaissance de la validité des clauses d'exclusion ou d'acquisition extrastatutaires et de la reconnaissance des clauses de préférence, de préemption ou d'agrément extrastatutaires : "Que si la pérennité d'une société exige que l'introduction de nouveaux actionnaires soit soumise à agrément il est incontestable qu'elle peut également exiger que la société puisse exclure les actionnaires dont la présence apporte, par suite d'une modification importante de leur situation juridique ou économique, un risque sérieux de voir la société détournée de son but ou placée dans l'incapacité de le poursuivre ; Que l'identité de situation doit entraîner une identité de solution ; Que la validité des clauses d'agrément justifie celle des clauses d'acquisition"¹⁰⁸⁶

481. Les articles L 227-16, L. 227-17 et L. 227-18 du Code de commerce prévoient et organisent la validité des clauses statutaires d'exclusion pour la SAS, société marquée par la forte liberté statutaire des associés au point que les statuts peuvent fixer librement l'organe compétent pour décider de l'exclusion d'un associé. L'exclusion d'un associé de SAS n'est alors possible que si et seulement si les statuts de ladite SAS prévoient un tel mécanisme et donc que l'associé y ait consenti lors de la signature des statuts au moment de la création de la société ou en votant pour la modification de ceux-ci. L'exclusion n'est pas un pouvoir général donné par la loi mais un mécanisme dont disposent les associés d'une SAS. Il est important de noter que les termes de ces articles ne sont pas utilisés dans un sens punitif ; "les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions". Ainsi, la cession forcée n'est pas assimilée à une sanction imposée par les associés à l'un d'entre eux ce qui peut éviter d'envenimer la situation peut-être déjà houleuse entre les associés et ce qui permet de prévoir de plus nombreux événements amenés à déclencher la procédure de cession forcée. *A contrario*, la procédure de *forfeiture* prévue par l'Ordonnance est une sanction prononcée par la

¹⁰⁸⁴ MORTIER Renaud, Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités), JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014, points 50, 54 et 55.

¹⁰⁸⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 mars 1989, SA Saimgag contre Peltié et autres, JCP 1989, II - Jurisprudence, n°21316, conclusions JEOL Michel, note REINHARD Yves ; décision citée par SCHILLER Sophie, Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : février 2009 ; Mois de mise à jour : février 2013, point 42.

"Ayant relevé que les statuts de la société du journal ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire, la Cour d'appel estime à bon droit que la société du journal n'était pas fondée à ordonner la cession de ses actions détenues par ses principaux actionnaires", Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 décembre 1994, Bujon et autre contre Etarci et autre (décision dite "Midi-Libre"), Revue des sociétés 1995, page 298, note RANDOUX Dominique, Domaine de l'agrément des cessions d'actions et exclusion de l'actionnaire personne morale dont le contrôle se trouve modifié en cours de vie sociale : ainsi, il ressort d'une interprétation *a contrario* de la décision que les statuts peuvent inclure un mécanisme d'exclusion d'un associé et du respect de l'interprétation des articles du Code de commerce relatifs à la SAS que seuls les statuts pourraient prévoir d'exclure un associé.

¹⁰⁸⁶ Cour d'appel de Rouen, 8 février 1974, Société Lintra Terminal N.V. contre Société Maritime de Gestion et de Transport et autre, Revue des sociétés 1974, page 507.

Company à l'encontre d'un *member* qui ne respecte pas son engagement de contribuer à la totalité du capital social souscrit ; il s'agit d'une saisie punitive suivie d'une annulation des parts sociales prévue pour un cas de figure unique qui ne peut être étendu à d'autres événements. Dans tous les cas, l'associé exclu peut, bien entendu, saisir les tribunaux¹⁰⁸⁷ pour faire constater que les griefs ayant motivé le rachat de ses droits n'étaient pas fondés ou que la procédure statutaire d'exclusion n'a pas été respectée¹⁰⁸⁸.

482. Il est curieux que le droit français n'ait pas étendu l'application de l'article L. 227-16 à la SARL d'autant qu'un article similaire est prévu pour la société européenne¹⁰⁸⁹ ; nous pensons que l'absence de cet ajout révèle le poids de l'ordre public sur le fonctionnement de la SARL, la distinguant donc légalement encore un peu de la SAS. La SARL ne peut forcer un associé à céder ses parts sociales que dans le cas d'une SARL à capital variable¹⁰⁹⁰ ou dans le cas d'héritier à l'associé décédé¹⁰⁹¹. Cette absence de consécration légale est d'autant plus curieuse que la jurisprudence admet que les statuts d'une SARL autorisent la cession forcée des parts sociales d'un associé. Tout comme pour la SAS, une telle clause doit être insérée dans les statuts et adoptée par une décision votée à l'unanimité des associés¹⁰⁹². Tout comme dans la SAS, le contenu d'une telle clause est laissé à la discrétion des associés qui ont toute la liberté souhaitée pour prévoir les motifs de la cession forcée, l'organe compétent pour décider de la cession forcée et la procédure à suivre¹⁰⁹³ dont la détermination du prix¹⁰⁹⁴. Il ressort de la construction jurisprudentielle autorisant la cession forcée même votée par l'Assemblée générale¹⁰⁹⁵ que l'intérêt social prévaut sur l'impératif d'ordre public¹⁰⁹⁶, qui pourrait faire

¹⁰⁸⁷ Quelle que soit la forme juridique du groupement, les tribunaux sont compétents pour apprécier la réalité des motifs d'exclusion et leur gravité et vérifier que l'exclusion n'est pas abusive, le principe d'un contrôle par les juges du fond des motifs de la mesure d'exclusion est posé (Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 8 novembre 1976, A. L. Poreaux contre Coopérative de vinification union des producteurs de la Côte des blancs, *Revue des sociétés* 1977, page 285, note ATIAS Christian ; Cour de cassation, Chambre civile, 25 mai 1992, *Bulletin Joly* 1992, page 785, note M. Jeantin ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 octobre 1997, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1/1998, n°67).

¹⁰⁸⁸ Editions Francis Lefebvre, *Mémento Sociétés Commerciales*, Première Partie Notions fondamentales sur les sociétés, point 3417.

¹⁰⁸⁹ Article L. 229-12 du Code de commerce.

¹⁰⁹⁰ Article L. 231-6 du Code de commerce. Jugé, à propos d'une société civile à capital variable, mais cette décision est transposable aux sociétés commerciales, que l'intervention de l'Assemblée générale pour décider l'exclusion d'un associé (art. L 231-6) constitue pour ce dernier une garantie à laquelle les statuts ne sauraient déroger. Par suite, la tenue de cette assemblée, à laquelle l'intéressé doit pouvoir participer, est obligatoire même si le retrait forcé résulte de la cessation de l'activité professionnelle dont l'exercice est statutairement imposé pour avoir la qualité d'associé (Cour d'appel de Paris, 24 septembre 1996, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1/1997, n°70). L'exercice du droit d'exclusion ne doit pas présenter un caractère abusif (Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 octobre 1997, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1/1998, n°67).

¹⁰⁹¹ Article L. 223-13 alinéa 3 du Code de commerce. Les statuts peuvent prévoir que, en cas de décès d'un associé, la société continuera avec les seuls associés survivants et évincer ainsi par avance les héritiers s'ils ne sont pas déjà associés. Dans ce cas, l'héritier évincé a droit à la valeur des droits sociaux du défunt, qui est déterminée au jour du décès dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil, c'est-à-dire par un expert désigné par les parties ou, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés.

¹⁰⁹² Cour d'appel de Paris, 27 mars 2001, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 10/2001, n°973 ; Cour d'appel de Grenoble, 16 septembre 2010, n°10-62, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 6/2011, n°536.

¹⁰⁹³ Ces conditions de la cession forcée doivent être suffisamment déterminées ou déterminables pour éviter tout risque d'exclusion arbitraire, Cour d'appel de Grenoble, 16 septembre 2010, n°10-62, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 6/2011, n°536.

¹⁰⁹⁴ Sauf à être fixé par un expert conformément à l'article 1843-4 du Code civil.

¹⁰⁹⁵ "La jurisprudence française a jugé que l'Assemblée générale extraordinaire d'une SARL peut valablement décider, conformément aux statuts, l'exclusion d'un associé qui s'est rendu coupable de fautes graves en ne respectant pas diverses dispositions statutaires (Cour d'appel d'Orléans, 26 septembre 1989, *Droit des sociétés*, 1990, n°163). À noter cependant qu'au cas d'espèce l'intéressé avait lui-même voté en faveur de son exclusion !".

barrage à l'applicabilité de telles clauses en soulignant que la Cour de cassation a posé le principe de l'interdiction d'exclure un associé en réponse à la demande de dissolution pour justes motifs¹⁰⁹⁷. En conséquence, l'autorisation des clauses de cession forcée par la jurisprudence met en avant la société comme société outil ou "organisme institutionnel" ; nous ajoutons que la société est au service de l'entreprise commerciale, la société est un outil pour accueillir l'entreprise qui s'y développe. Nous partageons ainsi l'analyse suivante : "La licéité de ces clauses est évidente si la société est analysée comme un organisme institutionnel dont le fonctionnement harmonieux et la survie supposent une prédominance absolue de l'intérêt collectif et la subordination totale à ce dernier des intérêts individuels des membres le composant. Dans cette conception, une rupture d'égalité entre associés ou l'exclusion d'un associé est justifiée pour l'unique raison qu'elle est conforme à l'intérêt social, lequel est souverainement apprécié par la majorité des associés sous la seule réserve de l'abus du droit de vote¹⁰⁹⁸."

Conclusion du Chapitre 2. La valorisation de la continuité de l'entreprise

483. Dans l'exemple pratique brièvement décrit en introduction de la section 2 de ce chapitre, le *member* majoritaire a pu acquérir les parts sociales du *member* minoritaire sur la base de la procédure de *forfeiture*. Le *member* minoritaire n'avait jamais libéré les parts sociales dont il était propriétaire. Le *member* minoritaire n'a jamais répondu au *call on shares* effectué par l'unique *director* ni aux notifications adressées dans le cadre de la procédure de *forfeiture*. L'unique *director*, également *member* majoritaire, a approuvé la procédure de *forfeiture* mise en œuvre et la cession au *member* majoritaire des parts sociales saisies. L'acte de cession a été signé par l'unique *director* qui a inscrit le nom du *member* majoritaire sur le registre des *members* en qualité de propriétaire des parts sociales saisies. Dans ce cas pratique, la procédure de *forfeiture* était la procédure adaptée afin de permettre à la *Company* de récupérer les parts sociales non libérées et de faire prévaloir l'intérêt social sur l'intérêt du *member* minoritaire. La *Company* a pu lancer et développer son entreprise. Du fait de la multiplicité des mécanismes légaux, il est à espérer que les conflits entre *members* puissent être solutionnés avant qu'un litige soit soumis aux tribunaux et qu'ainsi l'exploitation de l'entreprise puisse prévaloir. En revanche, la protection du droit de propriété par les règles d'ordre public appliquée à la qualité d'associé ne va pas produire les mêmes effets au sein des SARL et SAS. C'est pourquoi de nouveaux concepts voient le jour afin de promouvoir la continuité et la pérennité de l'entreprise et la modernisation de la société tout en modérant l'impact de l'ordre public.

Conclusion du titre 2. De nouveaux concepts pour moderniser la qualité d'associé et libérer la gestion des sociétés fermées à risque limité

484. La modernisation de l'associé au sein des *Company*, SARL et SAS pourrait passer par deux concepts. Le concept d'intérêt social enrichi de nouvelles composantes et mis en avant par un

¹⁰⁹⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 mars 2005, Dalloz 2005, page 839, observation A. Lienhard ; JCP E 2005, 1046, n°9, observation Caussain, Deboissy et Wicker, "il est possible et licite de prévoir dans les statuts d'une SNC, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixent leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il a été ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public" (l'intérêt social étant ici cité en premier).

¹⁰⁹⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 mars 1996, Revue des sociétés 1996, page 554 ; mais aussi Cour d'appel de Toulouse, 10 juin 1999, JCP E 2000, II, 103072, note J.J. Daigre.

¹⁰⁹⁸ Notamment, si les statuts subordonnent la mesure à une décision collective, ils ne peuvent pas priver l'associé dont l'exclusion est envisagée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition, Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 octobre 2007, n°06-16.537, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2008, n°50, rapport de B. Petit page 9.

organe de gestion rénové (cette rénovation fera l'objet de développement dans la seconde partie). Au jour de l'institution de la société dotée de la personnalité morale, les associés se distinguent de la société qu'ils ont créée. Les associés sont animés d'un intérêt distinct de celui de la nouvelle société. Nous ajouterions même qu'au gré du développement de l'entreprise et de l'existence de la société, cet intérêt social se développe et la société s'autonomise par rapport à ses "propriétaires". C'est alors que l'attribution et la conservation de la qualité d'associé peuvent se heurter à l'intérêt social. Dans le but de protéger les intérêts de la *Company*, les *directors* peuvent refuser d'enregistrer une cession de parts sociales effectuée entre cédant et cessionnaire. Dans le but de protéger les intérêts de la *Company*, les *members* peuvent anticiper des situations de crise et prévoir des mécanismes pour priver une personne de la qualité de *member* en dépit de l'existence du droit de propriété. Est-ce une bonne chose que l'intérêt social soit supérieur à l'intérêt individuel des *members* ? Est-ce une bonne chose que la volonté des *members* arbitrée à l'aune de l'intérêt social soit supérieure à des principes et règles d'ordre public ? Au vu de l'efficacité économique qui en résulte dans le monde des affaires hongkongais, probablement.

485. Le concept de la responsabilité sociale des entreprises s'avère prometteur afin de mettre en avant le rôle moderne des associés d'une société fermée à risque limité, tant à Hongkong qu'en France. Ce concept récent est l'expression emblématique de la *soft law*, pourtant sa résonance en droit hongkongais¹⁰⁹⁹ nous semble être moins étendue qu'en droit français. L'Ordonnance récente est muette sur cette question. Le concept de la responsabilité sociale permettrait de moderniser la qualité d'associé des sociétés fermées à risque limité évoluant dans le monde des affaires contemporain et l'associé moderne pourrait jouer un rôle dans le développement de ce concept à géométrie variable. Ce caractère de la responsabilité sociale est intéressant car il ne s'applique pas seulement aux grandes entreprises multinationales mais aussi aux PME qui sont en prise directe avec leur environnement social local. Tout d'abord cette responsabilité sociale de l'entreprise entre en conflit avec les impératifs de gestion efficiente, productive et rémunératrice mise en œuvre par l'organe de gestion. Les associés sont alors présents pour mettre en avant un certain équilibre entre les objectifs commerciaux que doit atteindre l'organe de gestion pour la survie et le développement de l'entreprise et les intérêts plus globaux de la protection de la Société dans laquelle la société commerciale est insérée. Ensuite, ce concept touche tous les éléments de la société car ses composantes sont variées et étendues et il touche également l'image de la société commerciale. Le fait que les associés disposent d'un recul plus important que l'organe de gestion sur la gestion des affaires et la place de leur société dans son environnement économique leur permet de jouer un rôle dans la prise en compte de la responsabilité sociale par l'organe de gestion et dans la façon cohérente dont cette prise en compte est mise en œuvre par celui-ci. Enfin, le rôle des associés lors de l'évaluation et de l'approbation du rapport effectué annuellement par l'organe de gestion leur permet d'imposer la prise en compte de la responsabilité sociale.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

486. La manifestation de la volonté des entrepreneurs d'héberger leur entreprise pour la protéger au sein d'une société constitue la première étape préalable à la création d'une telle société. Pour capter cette manifestation de volonté et l'orienter vers la forme sociale (plutôt que vers un autre véhicule juridique moins protecteur et offrant moins d'applications), il nous a semblé que la *Company* présente plus d'attraits que les SARL et SAS. Son image est attirante de simplicité ; son immatriculation est convaincante de rapidité ; son organisation actionnariale est adaptable et accepte les aménagements et modifications. Les entrepreneurs ne pèsent pas

¹⁰⁹⁹ CHAN Gordon, Corporate responsibility: implications on daily legal work, Hong Kong Lawyer, August 2012.

le pour et le contre longtemps ; leur association sera accueillie et leur entreprise hébergée au sein d'une *Company*. Le droit hongkongais des sociétés rencontrent les exigences affichées des pouvoirs publics d'un droit établi au service de l'efficacité économique des acteurs commerciaux. Le droit hongkongais, en offrant aux futurs associés une société unique qui présente un caractère institutionnel et un caractère contractuel entre lesquels ils peuvent choisir, réussit à produire un droit des sociétés équilibré au vu des intérêts similaires ou opposés des catégories d'acteurs impliqués. Considérant la comparaison des deux ordres juridiques français et hongkongais, nous pensons pouvoir conclure à ce stade de l'étude que la proposition par le droit hongkongais d'une société polymorphe présentant un caractère institutionnel et un caractère contractuel est une proposition permettant de dégager, entre autres, une plus grande efficacité économique.

487. Une fois captés par la *Company*, les entrepreneurs se tournent vers l'organisation de la gestion de leur entreprise. Qui gèrent l'entreprise et la société ? Selon quelles règles posant quels droits et devoirs ? Comment les associés contrôlent ces personnes qui gèrent leur entreprise pour protéger leurs investissements ? Comment les associés contrôlent le développement de l'entreprise et l'existence de la société ? Nous avons vu que le droit hongkongais utilise plusieurs instruments pour évaluer les normes nécessaires et utiles en application de la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*. Nous avons vu que le droit hongkongais tente de créer un équilibre entre la volonté des *members* et l'intérêt social de la *Company* existante en dehors de toute référence à une notion d'ordre public. Le concept récent de responsabilité sociale des entreprises s'avère prometteur pour asseoir le rôle moderne des associés. Ce rôle moderne nous semble être celui d'associés impliqués dans la gestion des affaires de l'entreprise par la société dont ils détiennent des droits sociaux. Ces implications ne sont pas quotidiennes, le rôle moderne des associés n'est pas de remplacer ou de supplanter le rôle de l'organe de gestion. Ces implications seraient plutôt celles d'associés volontaires, participatifs et curieux de donner une impulsion responsable au développement de leur entreprise et d'en effectuer le contrôle régulier. La modernisation de ce rôle des associés soutenue par une articulation des concepts d'intérêt social et de responsabilité sociale des entreprises permettrait aux sociétés fermées à risque limité françaises et hongkongaises de mieux s'adapter au monde contemporain des affaires. Le rôle de ces associés modernes serait de promouvoir une meilleure gouvernance au sein de la société dont ils sont les propriétaires.

SECONDE PARTIE : LA GOUVERNANCE EN DROIT HONGKONGAIS DES SOCIÉTÉS, UNE SOURCE D'INSPIRATION PRAGMATIQUE POUR LE DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS

489. Le poids des traditions et de l'héritage historique constitue parfois un obstacle à une simplification aboutie du droit français des sociétés et freine de nouvelles simplifications qui pourraient être effectuées, par exemple au vu de l'efficacité juridique avérée de certaines règles du droit hongkongais des sociétés. Le législateur hongkongais tente de rester pragmatique et d'adapter les règles juridiques même anciennes pour apporter support et soutien aux acteurs économiques en dehors de toute interférence historique ou d'autres politiques publiques. Le législateur hongkongais tente de créer un équilibre entre les intérêts catégoriels des acteurs en présence et l'utilité de la règle impérative en ayant recours au test de la nécessité, dit test *enabling/regulatory*. Il résulte de ces tentatives de rester pragmatique et de créer des équilibres favorables au développement économique que le législateur hongkongais va établir des stratégies composées de règles impératives, de règles supplétives applicables par défaut portant des recommandations pour améliorer, de manière contractuelle parfois, la gouvernance au sein des *Companies*. Cette évolution du droit hongkongais des sociétés est possible car la *Company* dispose d'une grande autonomie. Elle est libre de l'interventionnisme étatique comparée à ses sœurs françaises. Elle dispose d'une capacité d'*empowerment* (ou d'autonomisation) plus importante que ses sœurs françaises qui lui permet de s'adapter plus rapidement et probablement mieux aux évolutions du monde des affaires contemporain et à ses exigences de rapidité et de réactivité et de concurrence.
490. Par conséquent, à l'image de la dynamique *Company*, la modernisation des SARL et des SAS passe par leur autonomisation par rapport aux règles qui encadrent, voire restreignent, leur fonctionnement et leur existence. Nous avons identifié plusieurs principes, règles et mécanismes qui, comparés au modèle de la *Company*, pourraient constituer des freins à l'adaptation du droit des sociétés aux besoins des entreprises¹¹⁰⁰. Il nous semble que ceux-ci peuvent être regroupés au sein du phénomène de gouvernance. Dans notre étude, la gouvernance est entendue dans son acception la plus large car elle constitue un concept double¹¹⁰¹ : elle inclut le mode de gestion de la société qui héberge une entreprise et les modalités de contrôle de la société ainsi que leur rationalisation dans le but de renforcer l'efficacité économique de la société. Étant donné que le concept de gouvernance est d'origine anglo-américaine, il est normal que l'introduction de ce concept en droit français soit postérieure à une telle introduction dans les sociétés de Common Law. Au-delà du phénomène de mondialisation et de son impact évident sur les droits nationaux des sociétés et relevé par Messieurs Paillusseau et Couret dans leurs études¹¹⁰², l'universalité du concept de gouvernance ne devrait pas répondre, à notre avis, à la seule soumission aux méthodes de grandes entreprises américaines. La gouvernance est aussi l'analyse de l'architecture des organes d'une société et l'identification de leurs interactions pour en déduire des solutions juridiques permettant de pallier des dysfonctionnements et de renforcer la sécurité juridique, la prévisibilité et la cohérence du droit et l'efficacité économique de la société. Nous pensons

¹¹⁰⁰ Selon Monsieur le professeur Jean Paillusseau, ces trois forces dominantes sont la globalisation de l'économie, la globalisation de l'entreprise et la sophistication et l'internationalisation des relations financières et économiques. PAILLUSSEAU Jean, *L'adaptation du droit des sociétés aux entreprises – Commentaire*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 368.

¹¹⁰¹ "En d'autres termes, le gouvernement d'entreprise est à la fois un concept analytique et un concept normatif.", COURET Alain, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 339.

¹¹⁰² PAILLUSSEAU Jean, *L'adaptation du droit des sociétés aux entreprises – Commentaire*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 368, et COURET Alain, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 339.

que, contrairement au postulat¹¹⁰³ idéologique de la gouvernance selon lequel l'intérêt de l'actionnaire ou de l'associé doit primer, la gouvernance est un concept analytique et normatif qui devrait permettre de comprendre et d'articuler la volonté des associés, la gestion de la société et le contrôle de celle-ci pour raffermir la société et lui donner les pouvoirs les plus larges pour héberger de manière efficiente et efficace l'entreprise et pour renforcer la communication entre ces trois acteurs (associés, organe de gestion et organe de contrôle).

491. Le concept de gouvernance imprègne certaines règles de l'Ordonnance applicables aux *companies* en général et aux *Companies* en particulier. La gouvernance n'est pas l'apanage des *listed public companies*. La gouvernance présente un intérêt pour les sociétés hébergeant des PME et des entreprises familiales¹¹⁰⁴. Le respect de la volonté des *members* répondant au postulat idéologique de la gouvernance est visible. Toutefois, le pragmatisme du droit hongkongais des sociétés permet de rendre compte que le dogmatisme d'un postulat idéologique peut être dépassé et que le concept analytique et normatif de gouvernance peut apporter modernisation et simplification et autonomisation au fonctionnement et à l'existence de la *Company*. Nous proposons dans cette seconde partie l'étude des règles hongkongaises applicables en matière de gestion interne des affaires de la *Company* qui pourraient être utilement importées et une réflexion à leur adaptation à la culture juridique française pour renforcer la gouvernance au sein des SARL et SAS, sociétés outils de PME. Nous nous attacherons à comprendre, connaître et comparer les différentes facettes de la gestion interne d'une société : la facette traditionnelle de la gestion assurée par les représentants légaux et par les dirigeants dans le cadre de leurs rôles et missions dans le respect de la volonté des associés (titre 1) ; et, celle moins évidente mais tout aussi pertinente, du support juridique technique permettant aux associés de contrôler de manière efficiente leur société, que ce soit par le contrôle de la bonne tenue des affaires juridiques, par le contrôle de la situation financière et par le contrôle de l'existence de la société et de son entreprise (titre 2).

¹¹⁰³ .", COURET Alain, La structure juridique des entreprises (corporate governance), Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 339.

¹¹⁰⁴ Voir en ce sens, SCHILLER Sophie, La gouvernance des entreprises familiales, Journal des Sociétés, n°123, octobre 2014, page 11 et du même auteur, La direction de l'entreprise familiale, Journal des Sociétés, n°123, octobre 2014, page 19.

Titre 1. L'importation de règles hongkongaises en matière de gestion interne pour la promotion de l'efficacité économique

492. Le droit hongkongais tente de ne pas retenir de concepts juridiques au contenu indéfini ou aux contours flous. Au vu de l'évolution du contenu des *Companies Ordinances* successives, le législateur hongkongais n'a codifié concepts, outils et mécanismes juridiques que dans le but de sécuriser le terrain où se développe les entreprises et de définir le cadre dans lequel la gestion de la société est assurée¹¹⁰⁵. Ainsi, le concept d'ordre public n'est pas un outil utilisé par les praticiens du droit hongkongais des sociétés pour organiser celui-ci. En effet, au-delà du défaut de reconnaissance et de volonté d'appliquer le concept d'ordre public en droit hongkongais, le rôle qu'entend jouer le Gouvernement dans l'économie écarte toute introduction d'un ordre public dans le droit des sociétés. Le Gouvernement n'envisage pas de maîtriser et de régenter les rouages de l'économie par le droit des sociétés mais de donner aux acteurs de l'économie les outils les plus efficaces possibles pour leur réussite¹¹⁰⁶. En conséquence, le droit hongkongais des sociétés n'est pas un droit dirigiste et surabondant¹¹⁰⁷ mais un droit qui offre des outils pour que s'épanouisse la liberté d'entreprendre des acteurs économiques (petits ou grands) tout en tentant de prévenir un abus de liberté qui pourrait nuire aux acteurs eux-mêmes. C'est pourquoi le concept de gouvernance est important pour comprendre l'organe de gestion et son fonctionnement et pour appréhender les relations entre les *members* et cet organe de gestion.
493. L'opposition entre la liberté des *members* d'organiser le fonctionnement et la gestion de leur *Company* dans le but de protéger leur entreprise et leurs apports et l'insécurité qui pourrait en résulter pour l'organe de gestion lui-même est analysée et normée selon le concept de gouvernance. Le droit hongkongais a adopté la stratégie suivante pour tenter de concilier les intérêts catégoriels opposés quant aux organes de gestion. La notion et le régime de l'organe de gestion constituent un tronc commun à toutes les *Companies*, le législateur hongkongais a choisi de limiter la liberté des *members* sur cette question d'organisation juridique interne dans le but de garantir une forte sécurité juridique pour les acteurs (Chapitre 1). Les pouvoirs de l'organe de gestion s'expriment dans le cadre de la gestion des affaires de la *Company* qui dispose d'une capacité générale, contrairement aux SARL et SAS. C'est en amont que les *members* peuvent organiser de manière conventionnelle les tâches des *directors* et le législateur a choisi de laisser aux *members* la liberté d'organiser la gestion des affaires par les *directors* (Chapitre 2). Cette stratégie de renforcement de l'autonomie de la *Company* et de la communication entre les *members* et les *directors* doit être expliquée et comprise avant d'en présenter une comparaison avec la stratégie française, d'autant plus que cette stratégie hongkongaise pourrait venir enrichir l'arsenal contractuel dont disposent les associés du fait de l'absence de règles relatives "aux conditions dans lesquelles la [SAS] est dirigée"¹¹⁰⁸. La rédaction de cet article L. 227-5 du Code de commerce, qui présente l'avantage de laisser une

¹¹⁰⁵ Lors de l'élaboration et de la discussion du contenu de la *Companies Ordinance* (Cap.622), la codification des *fiduciary duties* des *directors* a été évoquée puis écartée au motif qu'une codification de ces devoirs fiduciaires n'aurait pas d'impact sur leur clarté ou leur lisibilité ou leur effectivité (Rapport du Committee, §6.57 à 6.90, pages 73 à 81). Leur collecte a été effectuée par d'autres instances, toutes aussi compétentes et pertinentes que le législateur hongkongais n'a pas voulu dupliquer. Le *Companies Registry* et le *Hong Kong Institute of Directors* sont ces deux instances hongkongaises qui publient et mettent à jour un guide des devoirs fiduciaires des *directors*.

¹¹⁰⁶ Le Committee explique dans son rapport publié en février 2000 ces principes directeurs, Rapport du Committee, §4.2 à 4.32, pages 21 à 28.

¹¹⁰⁷ Chaque ajout dans la *Companies Ordinance* fait l'objet du test de la nécessité de la théorie juridique dite *enabling law*. A l'issue de ce test, la disposition est ajoutée ou non en fonction de l'arbitrage des avantages que les acteurs pourront retirer de cette codification. Une codification à l'américaine a été rejetée par le Committee (Rapport du Committee, §3.27 à 3.29, page 20).

¹¹⁰⁸ Article L. 227-5 du Code de commerce.

grande liberté aux associés, est une illustration parfaite d'une des trois sortes de problèmes juridiques¹¹⁰⁹, celle de l'absence de règles applicables. Le droit hongkongais nous montre que la liberté laissée aux *members* pour organiser la *Company* peut ne se révéler efficace qu'en présence de suggestions de mécanismes ou d'instruments juridiques de gouvernance installant une communication réelle avec les *directors* sur leurs pouvoirs notamment.

¹¹⁰⁹ GRUA François, CAYROL Nicolas, Méthode des études de droit, Dalloz, Collection Méthode du Droit, 2^{ème} édition, 2011, page 9.

494. Au gré des réformes de simplification du droit français des sociétés applicable aux sociétés à risque limité, le jeu des sept différences pourrait devenir populaire : la modification du régime des pouvoirs du gérant de la SARL se rapproche de celui des pouvoirs du Conseil d'administration d'une société anonyme¹¹¹⁰ ; les précisions et rectification du régime de la représentation de la SAS vis-à-vis des tiers disposent que cette forme sociale peut être représentée par d'autres personnes que son président, comme dans les sociétés anonymes et non comme dans les SARL alors que par d'autres aspects, les régimes des SAS et des SARL ont de plus en plus de points communs (par exemple, les SARL peuvent émettre des obligations comme les SAS). Ces rapprochements ou différenciations croisés mettent en exergue le manque, ou l'absence, de lisibilité de la singularité d'une forme sociale par rapport à une autre, à moins que cette singularité ne s'expriment que sur les principes directeurs différenciant les formes sociales les unes des autres (la SARL est marquée par un fort interventionnisme de l'État dans la définition des règles de son fonctionnement interne et le principe de l'égalité des associés ne peut être tempéré alors que la SAS est marquée par une grande liberté offerte aux associés pour organiser les règles de son fonctionnement interne et qu'elle peut émettre des actions de préférences que la SA peut également émettre et qui, du fait de sa capacité à faire des offres au public, est caractérisé par un pesant encadrement juridique). Est-ce que ces rapprochements seraient révélateurs de la remise en question de l'utilité de plusieurs formes sociales ? La diversité originelle de ces formes sociales et de leurs organes de gestion était adaptée à une époque économique charnière entre un profond corporatisme et une forte sectorisation des activités économiques où les sociétés n'existaient pas et une flexibilité des entreprises pouvant regrouper plusieurs secteurs d'activité jusqu'à constituer des conglomérats de sociétés. Désormais, la gestion efficace et effective des entreprises pourrait passer par une rationalisation des formes sociales et une simplification des organes de gestion ne privant pas pour autant les associés de leur liberté d'encadrer de manière conventionnelle une telle gestion.
495. Partant du postulat qu'en droit français plusieurs formes sociales sont proposées aux entrepreneurs, la question se pose de savoir si l'organe de gestion de ces formes sociales doit être différent. L'organe de gestion gère l'entreprise, administre et représente la société. Au vu de ces missions communes aux organes de gestion quelle que soit la forme sociale retenue, il pourrait être pertinent de réfléchir à un tronc commun unifiant ces organes au sein des SARL et SAS. Si notre interprétation est correcte, l'unification des organes de gestion de la SARL et de la SAS (et pourquoi pas de la société anonyme) pourrait être envisagée et le droit hongkongais des sociétés pourrait être une source riche d'enseignements dans la mesure où les organes de gestion et de représentation sont uniques et identiques pour toutes les *companies* et, qu'en marge de cette unicité, les *members* peuvent étoffer à leur convenance et de manière sophistiquée la gestion de leurs *Companies* (section 1). Du fait du régime applicable à leur désignation et des missions de gestion qui leur sont assignées, la séparation des pouvoirs entre les *members* et les associés, d'une part, et les *directors* et représentant légaux d'autre part, est commune aux *Company*, SARL et SAS. L'étude comparative des règles applicables aux *Companies* et aux SARL et SAS pourrait encourager une gestion plus simple et plus saine de ces formes de sociétés et permettre le renforcement du fragile équilibre des intérêts catégoriels parfois opposés entre les associés et les dirigeants (section 2).

¹¹¹⁰ VINCENT Catherine, Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011, Point 56.

Section 1. La souplesse et l'unicité du *director*, une clef du succès de la *Company*

496. La *Company* est structurée afin de fournir certitude et sécurité à ses acteurs et aux tiers : l'organe de gestion est le *director*. Ainsi, la notion de *director* est clairement définie tout en laissant une grande liberté aux *members* pour agréer la représentation et la gestion de leur *Company* (§1) et les caractéristiques du mandat du *director* permettent de connaître avec certitude à chaque instant qui représente et dirige la *Company* (§2). À l'étude de ces éléments attachés à la fonction de *director* d'une *Company*, nous remarquons que les SARL et les SAS ont de nombreux points communs avec la *Company* pour des raisons différentes : la SARL présente la même unicité d'organes de représentation et de gestion et la procédure de nomination est par certains aspects identique à celle d'un *director* ; l'esprit de souplesse et de grande liberté statutaire pour organiser la gestion de la SAS est un point commun important avec la *Company*, ainsi que l'implication des autres dirigeants dans la désignation de l'un d'entre eux.

§1. L'étude des similitudes et différences quant à la qualification des organes de gestion

497. La comparaison des organes de représentation et de gestion des *Company*, SARL et SAS montre que les règles légales mises en œuvre pour une *Company* et pour une SARL sont similaires : le *director* et le gérant représentent respectivement la *Company* et la SARL vis-à-vis des tiers et assument la gestion de l'entreprise hébergée au sein de la *Company* et de la SARL. Cette unicité fait la force de ces deux formes sociales.

498. La *Company* présente également un point commun fort avec la SAS car les *members* disposent d'une grande liberté pour organiser la gestion du fonctionnement interne de leur société sous la responsabilité du *director*, tout comme les associés d'une SAS disposent d'une liberté totale pour fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée en marge du pouvoir de représentation donné exclusivement au président et éventuellement au directeur général et directeur général délégué.

499. Nous étudierons successivement ce que recouvre la notion de *director* en droit hongkongais (A) avant de pouvoir comparer cette notion à celles des différents organes de gestion et de représentation des SARL et SAS (B).

A. La qualité de *director* en droit hongkongais des sociétés

500. Une *Company* est dirigée et son entreprise est gérée par une ou plusieurs personnes assumant le même mandat de *director* (1). La désignation d'une personne au poste de *director* est notifiée au *Companies Registry*, ainsi que la cessation de son mandat. L'unicité de cet organe de direction et de représentation qui assure sécurité et stabilité juridiques laisse également une grande marge de manœuvre aux *members* d'une *Company* pour organiser selon leurs besoins la gestion de celle-ci (2).

1. La définition du *director* et ses déclinaisons dans l'Ordinance

501. La première définition proposée par la section 2 de l'Ordinance, "*director includes any person occupying the position of director (by whatever name called)*", nous permet de constater que la dénomination de *director*, attachée à l'organe de gestion d'une *Company*, est la dénomination retenue légalement mais que l'organisation interne d'une *Company* peut

révéler une autre dénomination¹¹¹¹ ou que le juge n'est pas limité par la dénomination donnée à une personne au sein de la *Company* pour identifier le *director*. Ce sont alors les caractères et attributions d'une personne au sein de la *Company* qui permettront, en l'absence du titre de *director*, de définir si cette personne occupe le poste de *director*.

502. Cette première définition est intéressante car elle pose l'unité de la dénomination légale de l'organe de gestion de la *Company* en particulier et d'une société hongkongaise en général. Cette unité est également réalisée dans la mesure où le *director* réunit les pouvoirs de direction de la *Company* et le pouvoir de représentation de celle-ci vis-à-vis des tiers. Cette unité est source de sécurité juridique pour les tiers qui peuvent facilement identifier l'organe de gestion d'une *Company* et de simplicité pour l'administration qui n'a qu'un seul interlocuteur au sein d'une *Company* et qui est par ailleurs identifiable sur présentation de ce titre. Les *members* doivent alors faire preuve de vigilance lors de l'institution de leur *Company* sur la structure de celle-ci : le titre de *director* ne doit pas être donné à la légère afin de ne pas tromper les tiers à la *Company*. Il ressort également de cette définition qu'une personne agissant comme un *director* mais n'ayant pas été légalement nommée en cette qualité peut voir sa responsabilité engagée en qualité de *responsible person* de la *Company*¹¹¹² et pèseraient sur lui les mêmes devoirs fiduciaires que ceux encadrant l'action d'un *director*¹¹¹³ et les mêmes restrictions quant à la gestion de la *Company* et à ses relations contractuelles avec celle-ci¹¹¹⁴ ; l'Ordinance nomme un tel dirigeant de fait *shadow director*¹¹¹⁵.

503. Un *director* peut être une personne morale ou une personne physique ; dans le cas d'une personne physique, celle-ci doit avoir atteint l'âge de dix-huit ans sous peine de la nullité de la nomination de *director*¹¹¹⁶. Sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, quasiment aucune restriction n'était applicable à la nomination d'un *director* personne morale. Avec l'entrée en vigueur de l'Ordinance, une restriction de taille a été adoptée : au moins un des *directors* d'une *Company*, qui n'est pas une *Company* faisant partie d'un groupe de sociétés dont l'une des sociétés de ce groupe est une *listed company*, doit être une personne physique¹¹¹⁷. La restriction existante sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)*¹¹¹⁸ a été maintenue par l'Ordinance : une *Company* qui fait partie d'un groupe de sociétés dont l'une des sociétés de ce groupe est une *listed company* ne peut avoir de *director* personne

¹¹¹¹ L'organisation interne d'une grande entreprise hongkongaise révèle que certains *directors*, dûment mandatés, sont désignés sous un autre vocable, tel que *manager*, *general manager*, *chief officer*, *chief executive officer*, ou que des personnes non mandatées sont désignées sous le vocable *director* ou *executive director* ou *assistant director*. Le premier cas de figure est souvent dû à un souci d'image et de communication et d'organisation de grille interne des ressources humaines. Le deuxième cas de figure est notamment présent dans les entreprises françaises implantées à Hongkong. La traduction donnée pour le vocable *manager* étant fréquemment gérant, le pouvoir central de la société française en France va souhaiter désigner la personne en charge de gérer le développement de l'activité commerciale et qui n'est pas dotée du pouvoir de représentation de la société hongkongaise sous l'appellation de *director* alors que le terme de *director* n'est pas l'équivalent de la notion française de directeur qui correspond à celle d'un cadre supérieur chargé de gérer un département de l'entreprise (tels que les directeurs des ressources humaines, le directeur juridique, le directeur administratif et financier, le directeur technique ou le directeur en charge du développement et de la gestion des risques).

¹¹¹² Section 3 intitulée "Responsible Person" de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹¹³ Section 465 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹¹⁴ Part 11 intitulée "Fair Dealing by Directors" de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹¹⁵ Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : "shadow director, in relation to a body corporate, means a person in accordance with whose directions or instructions (excluding advice given in a professional capacity) the directors, or a majority of the directors, of the body corporate are accustomed to act".

¹¹¹⁶ Section 459 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹¹⁷ Section 457 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹¹⁸ Section 154A de la *Companies Ordinance (Cap.32)*.

morale¹¹¹⁹. Les conséquences de ces deux restrictions sont différentes : dans le cas de la première restriction posée de la section 457 applicable à une *Company* ne faisant pas partie d'un groupe dont l'une des sociétés est une *listed company*, la nomination d'un *director* personne morale n'est pas nulle mais le *Companies Registry* peut enjoindre la *Company* de se conformer aux dispositions de ladite section dans un délai renouvelable compris entre un et trois mois¹¹²⁰ et à défaut¹¹²¹, peut décider de mettre la *Company* et toute *responsible person* à l'amende et au versement d'une astreinte¹¹²² ; dans le cas de la restriction posée de la section 456 applicable à une *Company* faisant partie d'un groupe dont l'une des sociétés est une *listed company*, la nomination d'un *director* personne morale est nulle¹¹²³.

504. Un *director* peut être le ou la *chairperson* d'une réunion du *board of directors*. Ce terme *chairperson* a été développé à partir du vocable *chairman* afin de ne pas créer de discrimination ou de situation indélicate lorsque cette personne est une femme. Le ou la *chairperson* est un *director* : lors d'une réunion du *board of directors*, le ou la *chairperson* est choisie parmi les *directors* présents à la réunion, elle peut être choisie pour une durée déterminée ou indéterminée ou pour un nombre convenu de réunions, elle a le pouvoir d'ouvrir la réunion, de conduire les débats, d'organiser le vote et de signer le procès-verbal¹¹²⁴ ; au cours d'une réunion du *board of directors* et sauf mention contraire dans les *articles*, le ou la *chairperson* dispose d'une voix supplémentaire en cas de vote à égalité¹¹²⁵ ; en dehors de la tenue de la réunion, le ou la *chairperson* est un simple *director* et il ou elle a les mêmes pouvoirs que les autres *directors*.
505. Au sein d'une *Company*, un *reserve director*, ou suppléant, peut être nommé en vertu des sections 2 et 455(1) de l'Ordonnance par l'Assemblée générale et prendra ses fonctions dans le cas du décès du *director* qu'il supplée. Cette nomination est préconisée, même en l'absence de mention dans les *articles* de la *Company*, dans le cas de figure où le *sole member* et le *sole director* de la *Company* sont la même personne. Ce *reserve director* doit, comme un *director*, être âgé de plus de dix-huit ans et, dans ce cas de figure, ne peut être une personne morale.
506. Au sein d'une *Company* et si les *articles* l'autorisent, un *alternate director* peut être nommé par un *director* de la *Company* par une délégation expresse pour le remplacer dans ses fonctions¹¹²⁶ ; il est important de noter que le modèle d'*articles*-type restreint le remplacement du *director* par l'*alternate director* à la présence de celui-ci à la réunion du *board of directors* de la *Company*¹¹²⁷. À moins que les *articles* ne prévoient expressément ou implicitement le contraire, l'*alternate director* agit en qualité d'agent du *director* qui l'a nommé pour la tenue d'une réunion. Le *director* est responsable des délits et préjudices causés par l'*alternate director* en vertu de la délégation¹¹²⁸. L'*alternate director* est

¹¹¹⁹ Sections 456 (1) et (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹²⁰ Sections 458 (1) à (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹²¹ Section 458 (5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹²² Section 458 (6) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹²³ Section 456(3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹²⁴ Division 2 intitulée "Decision taking by directors" du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹¹²⁵ Article 14 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹¹²⁶ Section 478 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹²⁷ Article 28(2) du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹¹²⁸ Section 478 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

responsable des actes et omissions effectués pendant la période de délégation au sein de la *Company*¹¹²⁹.

507. La notion de *managing director* n'est pas définie par l'Ordonnance mais elle est mentionnée dans le modèle d'*articles-type* proposé pour une *public company*. La désignation d'un *managing director* est alors proposée par les autres *directors* et il est choisi parmi eux. Une *Company* peut tout à fait s'inspirer des articles 34 et 35 du modèle d'*articles-type* pour une *public company* pour perfectionner sa gestion administrative interne. Il est en effet à noter que les *members* de la *Company* disposent d'une grande liberté pour organiser les modalités et le fonctionnement de la gestion administrative interne de leur *Company*, dans la limite du titre de *director* qui est le seul titre reconnu vis-à-vis des pouvoirs publics et de l'administration (seule la nomination des *directors* est notifiée au *Companies Registry*). Cette unicité du mandat de *director* permet une grande transparence et une importante sécurité juridique pour les tiers. Les titres de *director* et de *managing director* laissent entendre que certains *directors* seraient impliqués au quotidien dans la gestion de la *Company* et pourraient être employés par celle-ci à cet effet. Celui d'*executive director* est parfois utilisé de manière interchangeable avec celui de *managing director* malgré l'absence de reconnaissance de ce terme par l'Ordonnance ou les *articles-type*. Les *members* sont libres de choisir la dénomination préférée à partir du moment où l'utilisation de ces titres est confirmée par une réelle désignation en qualité de *director* notifiée au *Companies Registry*.
508. La notion de *committee* est directement liée à celle de *director* et est mentionnée à la section 536 (4) (b) (ii) de l'Ordonnance dans le cadre de l'obligation faite aux *directors* de déclarer à la *Company* tout intérêt qu'ils pourraient avoir à l'adoption d'une décision par celle-ci. Il résulte de cette section et du modèle d'*articles-type*¹¹³⁰ que la création d'un *committee* est prévue par les *articles* et que les *directors* adoptent ensuite les règles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et les pouvoirs dévolus au *committee*. Le (ou les) *committee(s)* est (sont) généralement composé(s) de *directors* mais ni l'Ordonnance ni le modèle d'*articles-type* n'interdisent de désigner des personnes qui n'occupent pas les fonctions de *directors* au sein de la *Company*.

2. Les notions distinctes de celle de *director* en droit hongkongais

509. Dans l'Ordonnance, plusieurs autres notions interviennent en relation avec le titre de *director*. Au sein d'une personne morale et donc d'une *Company*, le terme *officer* englobe le *director*, le *manager* et le *company secretary*¹¹³¹.
510. Un *director* et un *manager* se distinguent par le lien d'autorité qui les lie, le *manager* remplit des fonctions de gestion au sein de la *Company* sous l'autorité immédiate des *directors*¹¹³². Le *manager* ne doit pas être confondu avec (i) l'administrateur judiciaire ou le gestionnaire spécifiquement destiné à gérer les biens immobiliers de la *Company* ou (ii) le gestionnaire des biens et de l'entreprise de la *Company* potentiellement désigné dans certaines conditions par l'administrateur judiciaire officiellement nommé pour la liquidation de la *Company* en vertu de la section 216 de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap. 32)*. Sauf autorisation expresse donnée par écrit par les *directors*, le *manager* ne peut engager la *Company* vis-à-vis des tiers. La responsabilité du *manager* peut

¹¹²⁹ Section 478 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹³⁰ Articles 5 et 6 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹¹³¹ Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹³² Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

être engagée même après la dissolution de la *Company*, au même titre que celle des *directors* ou des *members*¹¹³³.

511. La notion de *general manager*, parfois présentée de manière concurrente à celle de *director*, n'est pas définie par l'Ordonnance ni par les *articles-type* et n'a donc pas d'existence légale quant à l'organisation interne de la *Company*. Ce terme sous-entend une hiérarchisation, voire une spécialisation, entre les *directors*, le *general manager* et les *managers*. Le *general manager* est nommé par les *directors*. Les *managers* peuvent être nommés par les *directors* ou par le *general manager* avec l'aval des *directors*. Le *general manager* a vocation à gérer les affaires courantes et globales alors que les *managers* ont des compétences spécifiques en ressources humaines, en finances, en développement, etc... Le *general manager* assure la communication et le reporting entre les *directors* et les *managers*. Ces titres démontrent que les *members* d'une *Company* disposent de ressources variées pour étoffer la gestion tout en respectant le principe simple d'une gestion et d'une représentation de leur *Company* effectuées sous la responsabilité d'un *director* au moins.
512. La notion de *responsible person of a company* insérée dans l'Ordonnance entre en scène pour révéler toute personne qui pourrait agir en qualité de *director* au-delà des apparences. Cette notion englobe les *officers*, les *shadow directors* et toute autre personne qui aurait autorisé, permis ou participé aux actes de la *Company* constitutifs d'un délit ou d'un manquement en vertu de l'Ordonnance¹¹³⁴. Il en résulte que, par rapport à la *Companies Ordinance (Cap.32)* qui posait la notion d'*officer in default*, la nouvelle notion de *responsible person* abaisse le seuil à partir duquel les pouvoirs publics, et notamment le *Companies Registry*, peuvent poursuivre un *officer* de la *Company* pour manquement aux règles de l'Ordonnance.

B. La qualité de dirigeant et de représentant légal à la lumière de celle de director

513. La caractéristique principale qui distingue le système de gestion des sociétés françaises est son manque d'unité (1) entre sociétés de forme différente et entre pouvoir de direction et pouvoir de représentation. La notion de *director* peut alors être riche en idées pour parfaire le système de gestion des sociétés françaises (2).

1. L'absence d'unité entre SARL et SAS

514. Au sein d'une SARL, l'article L. 223-18 du Code de commerce dispose que la SARL est gérée par une plusieurs personnes physiques et que le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Ainsi, il semblerait qu'au sein d'une SARL, les fonctions de dirigeant et de représentant légal soient cumulées par le gérant. Cette clarté du système de gestion et de représentation de la SARL constitue, à notre avis, un atout pour cette forme sociale dans l'absolu et en comparaison avec la SAS. Le mandat de gérant est de notoriété publique et il est compris par le plus grand nombre tout comme celle de *director*.
515. Au sein d'une SAS, l'article L. 227-5 du Code de commerce dispose que les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Il en résulte que les associés ont toute latitude pour organiser la direction de leur SAS et que la dénomination qu'ils retiendront pour ces dirigeants est libre. Ensuite, l'article L. 227-6 dispose que la SAS est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts et éventuellement par (ou plusieurs) directeur(s) général(aux) ou directeur(s) général(aux) délégué(s). A la

¹¹³³ Section 756 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹³⁴ Section 3 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

lecture de ces deux articles, les pouvoirs de direction et de représentation pourraient être dissociés et remis entre les mains d'organes différents. La liberté offerte aux associés d'une SAS comporte un inconvénient : deux SAS peuvent ne pas être organisées de la même manière, ce qui pourrait créer confusion et insécurité pour les tiers à la société. Il nous semble que le choix d'un terme afférent à la personne qui représente la SAS vis-à-vis des tiers est efficient et qu'il est opportun que les associés ne disposent pas de la même liberté pour nommer le représentant légal que pour nommer les dirigeants ; les tiers peuvent alors facilement vérifier l'identité du président de la SAS par les portails de publicité des sociétés. Il est étonnant cependant que, pour assister le président, la loi¹¹³⁵ ait retenu une autre dénomination que celle de président délégué ; ce choix aurait laissé plus d'espace de liberté aux associés d'une SAS pour nommer les dirigeants de leur société (ils ne peuvent alors utiliser le terme de directeur général pour la gestion de la SAS si celui-ci n'a pas reçu les pouvoirs de représentation du président).

516. Il est ainsi délicat de choisir un terme générique commun permettant d'englober les gérants de SARL, les présidents et directeurs généraux et directeurs généraux délégués d'une SAS et les dirigeants de la SAS. Le terme d'organe de gestion nous semble pouvoir englober les dirigeants de la SAS et les gérants de la SARL et de représentant légal pour qualifier la personne qui peut engager la société vis-à-vis des tiers, que celui-ci soit gérant ou président ou directeur général ou directeur général délégué. Nous préférons ce vocable à celui de dirigeant car ce dernier porte à confusion avec celui restrictif du dirigeant de SAS ainsi qu'à celui de gouvernant qui porte à confusion avec la gouvernance des SA et qui présente une connotation de service public.

2. Les avantages des caractères de la fonction de *director* par rapport aux organes de gestion français

517. Il semblerait que le *director* de la *Company* soit plus proche du gérant de la SARL notamment car il cumule les fonctions de gestion et de représentation de la société. En outre, une *Company* doit avoir au moins un *director* personne physique, ce qui se rapproche de la restriction applicable aux gérants de la SARL qui ne peuvent être que des personnes physiques.
518. Dans le cas de la nomination de personnes morales au poste de dirigeant ou de représentant légal de la SAS, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient nommés en leur nom propre sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent¹¹³⁶. Ainsi, l'écran créé par la personne morale nommée en qualité de dirigeant ou de représentant légal d'une SAS n'est pas opaque. Cette règle de la responsabilité en cascade, malgré l'écran de la personne morale formellement nommée dirigeante, peut se rapprocher de la construction juridique du *corporate veil* et de son application *lifting the corporate veil* utilisées par le juge hongkongais lorsque celui-ci cherche à identifier la personne qui est responsable du fait dommageable parmi la *Company* et ses organes¹¹³⁷.
519. L'avantage que présente le *director* est son unité, d'une part, entre formes de société et entre sociétés d'une même forme et, d'autre part, en cumulant gestion et représentation de la société. Cette unité ne pourrait être qu'administrative, ce qui est déjà source d'efficacité dans les rapports entre les sociétés et les pouvoirs publics. Ainsi, le *director* est l'organe repère

¹¹³⁵ Réforme entrée en vigueur avec la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003.

¹¹³⁶ Article L. 227-7 du Code de commerce.

¹¹³⁷ *Salomon v. A. Salomon and Co. Limited*, [1897] A.C. 22.

dans toutes les formes sociales hongkongaises et a fortiori dans les *Companies*, ce qui fait son efficacité et son succès. La traduction littérale du terme *director* donnerait la dénomination de "directeur" en droit français des sociétés. Ce vocable pourrait être adapté pour englober toutes les nuances attachées aux fonctions des organes de gestion au vu de la définition de "directeur" donnée par le Larousse "Personne chargée de diriger, d'administrer une entreprise, une société, un établissement scolaire, un club, un service important, etc., d'en coordonner les opérations et de les conduire pour atteindre l'objectif visé". Le terme de président fait fortement référence au président d'un Conseil ou d'une Assemblée (définition Larousse : "Personne qui préside une assemblée, une réunion, un tribunal, dont elle dirige les délibérations ou les travaux") et dessert les fonctions de gestion en mettant trop en avant les fonctions de représentation (définition Larousse : "Personne élue par un bureau ou un conseil et qui est chargée de représenter une association, une organisation, une société"), ce qui expliquerait le choix de ce terme pour le représentant légal de la SAS. Le terme de gérant délaisse, mais ne l'exclut pas, l'aspect de représentation au profit de celui de la gestion interne de la société (définition Larousse : "Personne physique ou morale qui dirige et administre pour le compte d'autrui en tant que mandataire"). Si chaque forme sociale française a ses particularités, l'uniformité constitue alors probablement le travers de l'unicité. L'inconvénient de désigner les organes de gestion d'une SARL et d'une SAS sous le même terme est la confusion qui pourrait en résulter. L'unicité constituerait un bénéfice pour les SARL et pour les SAS, indépendamment l'une de l'autre ; et, l'uniformité de toutes les formes sociales constituerait un danger. Dans le cas d'une SAS, partant du principe que les fonctions de représentation et de gestion peuvent être distinctes¹¹³⁸, les conséquences à tirer de cet état de fait (intelligibilité et certitudes nées de l'unicité de l'organe de gestion des *Companies* et des SARL) pourraient être les suivantes.

La première conséquence pourrait être la clarification des fonctions attachées aux mandats de président, de directeur général et de directeur général délégué dans le Code de commerce. Le président, le directeur général et le directeur général délégué représentent la SAS vis-à-vis des tiers en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 227-6 du Code de commerce et nous ne voyons pas l'avantage qui résulte du changement de dénomination du représentant légal de président à directeur général. Cet article pourrait être simplifié comme suit : "Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de président délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article."

La deuxième conséquence pourrait être la distinction des fonctions de représentation attachées au mandat de président et des fonctions de gestion attachées au mandat de dirigeant. En l'état, l'articulation des articles L. 227-5 et L. 227-6 du Code de commerce nous semble confuse : le premier paraît relever de la direction et le deuxième de la représentation de la SAS vis-à-vis des tiers. Si tel est bien le cas, il pourrait être profitable de clarifier cette répartition entre les dirigeants qui dirigent la SAS en vertu de l'article L. 227-5 du Code de commerce et des statuts et du président et des présidents délégués qui représentent la SAS en vertu de l'article L. 227-6 du Code de commerce. L'article L. 227-5 du Code de commerce pourrait être complété : "Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée par des personnes désignées en qualité de dirigeants." Si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire que le président est investi des pouvoirs de représenter la SAS vis-à-vis des tiers et d'exercer les fonctions de gestion (interprétation non restrictive des

¹¹³⁸ Du fait de l'absence d'applicabilité des articles L. 225-17 et suivants du Code de commerce à la SAS, il ne nous semble pas possible d'interpréter la dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 dans un sens général au terme duquel le président de la SAS exercerait par défaut et en l'absence de mentions contraires dans les statuts les attributions du conseil d'administration et de son président, c'est-à-dire les attributions combinées d'administration et de représentation de la société. En outre, l'écriture de cette dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 confirme la distinction entre le président de la SAS et les dirigeants qui sont désignés par les statuts de ladite SAS et le fait que le président de la SAS n'est pas obligatoirement doté des fonctions de gestion.

termes "au nom de la société" de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 227-6 du Code de commerce), il nous semble que l'article L. 227-5 pourrait être complété de la manière suivante : "Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée par des personnes désignées en qualité de dirigeants, en sus du pouvoir de gestion exercé par le président, et éventuellement le (ou les) président(s) délégué(s), conformément à l'article L. 227-6."

La troisième conséquence découle d'une attribution logique des fonctions de gestion et de représentation. Le président investi du pouvoir de représenter la SAS vis-à-vis des tiers devrait aussi exercer les fonctions de gestion alors qu'il ne nous semble pas certain que la personne qui exerce des fonctions de gestion puisse seule engager la SAS vis-à-vis des tiers. Si les fonctions de gestion sont toujours confiées au président, en vertu de cette logique et de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 227-6 du Code de commerce¹¹³⁹, il aurait été profitable, à fin de clarté, de compléter l'article L. 227-5 du Code de commerce et bien différencier les deux fonctions : "Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est gérée par le président et, éventuellement par le (ou les) président(s) délégué(s), et par une ou plusieurs personnes autres que le président." Cette réécriture ne nous semble pas ôter aux associés la grande liberté statutaire qui leur permet d'organiser librement les modalités de gestion de leur SAS. Le mot "gérée" nous semble préférable à celui de "dirigée" car il porte moins à confusion sur le pouvoir de représentation. Il ne nous apparaît pas nécessaire de mentionner dans cet article un titre spécifique aux dirigeants de la SAS dans la mesure où ceux-ci ne sont pas dotés du pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers et que leur désignation n'emporte pas notification au Registre du commerce et des sociétés.

520. Dans le cas de SARL ou SAS dont l'associé unique est respectivement le gérant ou le président cumulant les fonctions de gestion et de représentation, il pourrait être intéressant de mettre en place la nomination de l'équivalent d'un *reserve director* qui pourrait permettre d'assurer la continuité de la gestion de l'entreprise dans l'attente de la reprise de la société par un nouvel associé unique suivant les conditions de la succession. Le mécanisme du mandat à effet posthume prévu par les articles 812 et suivants du Code civil pourrait être un mécanisme comparable au *reserve director*.

Néanmoins, le mandat à effet posthume a un champ d'application plus large et permet au mandant de ne produire qu'un seul document relatif à la gestion de ses patrimoines professionnel et personnel dans l'attente de la clôture de la succession. La désignation d'un *reserve director* est spécifique au droit des sociétés et semble limitée aux *private company limited by shares*¹¹⁴⁰. Dans le cas d'une *private company limited by shares* où le *sole member* et le *sole director* sont la même personne, la désignation d'un *reserve director* peut être effectuée quel que soit le contenu des *articles* sur ce mécanisme¹¹⁴¹, ce qui tend à faciliter la protection de la gestion de la *Company* et de son entreprise. La désignation est approuvée par tous les *members* de la *Company* qui sont alors informés de la mesure de protection adoptée par un *director*, sans divulgation d'information autre relative à l'organisation de la succession de biens personnels du *director*-mandant. Le mandant peut, afin de remédier à la confidentialité d'un mandat à effet posthume portant sur des biens distincts de la société visée, produire autant de mandats à effet posthume que de biens pouvant être gérés de manière distincte.

¹¹³⁹ GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, Sociétés par actions simplifiées, Organisation des pouvoirs, fonctionnement, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-20, Date de fraîcheur : 15 septembre 2009, point 1.

¹¹⁴⁰ La définition de *reserve director* donnée à la section 2 "reserve director, in relation to a private company, means a person nominated as a reserve director of the company under section 455(1)" et le titre de la section 455 "Nomination of reserve director of private company" semble corroborer cette supposition.

¹¹⁴¹ Section 455 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

Le mandat à effet posthume ne nécessite pas de confirmation judiciaire mais contrairement à l'acte de nomination du *reserve director*, il nécessite un acte authentique et ne fait *a priori* pas l'objet d'une publicité au Registre du commerce et des sociétés. En effet, la désignation d'un *reserve director* résulte d'une décision de l'Assemblée générale ou du *member* unique et la *Company* doit notifier une telle décision au *Companies Registry* dans les quinze jours par le dépôt du formulaire pré-imprimé ND5. Le mécanisme hongkongais présente alors les avantages d'être gratuit, protecteur vis-à-vis des intervenants et des tiers et certain. La durée du mandat du *reserve director* n'est pas limitée, contrairement au mandat à effet posthume limité à deux ou cinq ans reconductibles par décision judiciaire. En conséquence, le mandat du *reserve director* commence automatiquement au jour du décès du *director*-mandant du fait notamment de la notification de sa désignation au *Companies Registry*¹¹⁴² et dans le registre des *directors*¹¹⁴³ et il demeure dans ses fonctions jusqu'à sa démission ou jusqu'à son remplacement¹¹⁴⁴. Il pourrait être pertinent d'encourager la publicité de l'acte authentique du mandat à effet posthume auprès du Registre du commerce et des sociétés afin de fluidifier et de simplifier l'entrée en fonction du mandataire. En outre, au lieu d'un renouvellement judiciaire et afin de limiter l'intervention des tribunaux, le renouvellement pourrait être effectué par une décision du notaire chargé du règlement de la succession ou par une décision de l'héritier mentionné dans le mandat à effet posthume ou par une décision de ces deux personnes.

Enfin, le *reserve director* agit sans limite de compétences ni de pouvoirs ; il remplit les fonctions de *director* de la *Company* conformément aux termes de l'Ordonnance et des *articles* de ladite *Company*. Le droit civil français a limité les pouvoirs du mandataire afin de protéger les héritiers : tant qu'aucun d'eux n'a accepté la succession, le mandataire est limité à l'exercice des pouvoirs reconnus à l'article 784 du Code civil. Nous en déduisons qu'à compter de l'acceptation de la succession, le mandataire dispose de tous les pouvoirs dévolus à l'organe de gestion habituel de la SARL ou de la SAS.

§2. La comparaison du mandat des *directors* et de celui des représentants légaux

521. Il ressort de la compréhension de la notion de *director* que celui-ci peut être comparé à la fois au gérant de SARL (réunion des fonctions de gestion et de représentation au sein du même organe social) et au dirigeant de SAS (la souplesse attachée à l'organisation de la gestion d'une *Company* sous la responsabilité du *director*). Ce même constat peut également être effectué quant aux éléments caractéristiques du mandat du *director*, aussi bien quant à sa nomination (A) qu'à la cessation de son mandat (B).

A. La nomination des *directors* et représentants légaux

522. La procédure de nomination d'un *director* par les *members* d'une *Company* est similaire à celle d'un gérant de SARL ; un *director* d'une *Company* peut également être, dans certains cas, nommé par les autres *directors* et cette alternative apportant souplesse et réactivité à la gestion interne de la *Company* la rapproche de la SAS (1). La procédure de nomination d'un *director* peut alors être riche en idées pour parfaire cette procédure administrative parfois lourde au sein des SARL et SAS (2).

1. La nomination des *directors*, une procédure simple et réactive

¹¹⁴² Sections 455 (3) et 645 (2) et (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁴³ Section 641 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁴⁴ Section 456 (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

523. Il est curieux de noter que la Subdivision 2, Division 1, Part 10 de l'Ordinance précise les modalités de nomination des *directors* pour une *public company* et pour une *company limited by guarantee* expressément¹¹⁴⁵ et non pour une *private company limited by shares*.
524. Il en résulte que le lecteur doit se reporter aux sections visant la qualité de *director* et l'immatriculation de la *Company*. La section 454(2) dispose, qu'à compter de la date de l'immatriculation de la *Company*, les premiers *directors* sont ceux mentionnés dans le formulaire d'immatriculation¹¹⁴⁶ déposé auprès du *Companies Registry* en application de la section 67(1). Nous pouvons en déduire que les premiers *directors* sont nommés par le ou au moins un des *founder members* dans la mesure où celui-ci complète et signe ce formulaire¹¹⁴⁷. En application du principe du parallélisme des formes, il serait possible de confirmer que les *directors* sont nommés par une décision ordinaire des *members* de la *Company* dans la mesure où la révocation d'un *director* peut être décidée à tout moment par une telle décision, même en cas de disposition contraire dans les *articles* ou d'accord contraire entre la *Company* et le *director*¹¹⁴⁸. De même, étant donné que le *reserve director* est nommé par une décision de l'Assemblée générale, il est possible d'en déduire que les *directors* seraient nommés par une telle décision¹¹⁴⁹.
525. Le modèle d'*articles*-type pour une *Company* apporte un complément d'information et propose deux méthodes de nomination des *directors* : la première par une décision ordinaire des *members* (ce qui confirme notre interprétation de l'Ordinance) et la deuxième par une décision des *directors*. Cette deuxième procédure de nomination peut ne pas être mentionnée dans les *articles* d'une *Company* et la portée de cette nomination est différente de celle d'une nomination par les *members*. En effet, l'article 22 du modèle d'*articles*-type prévoit, qu'en l'absence de mention contraire dans la décision, le mandat du *director* nommé par une décision ordinaire des *members* est d'une durée illimitée alors que la nomination d'un *director* par ses pairs n'est prévue que pour remplacer un *director* ("*fill a casual vacancy*"¹¹⁵⁰) ou pour nommer un nouveau *director* dans la limite du nombre de *directors* autorisé par les *articles*¹¹⁵¹ et que le mandat du *director* ainsi nommé se termine automatiquement à la date de l'Assemblée générale qui suit sa nomination ou, à défaut de la tenue d'une telle Assemblée générale, à l'expiration du délai de neuf mois à compter de la date de clôture de l'exercice social de la *Company* au cours duquel il a été nommé par ses pairs à moins que le *director* ainsi nommé ne se retire de lui-même avant ces deux échéances. Dans le cas où le *director* est nommé par ses pairs et où son mandat s'achève automatiquement conformément à l'une des

¹¹⁴⁵ Section 460 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁴⁶ En vertu de la section 68 (1) (c) (i) de la de la *Companies Ordinance* (Cap.622), le formulaire d'immatriculation contient le nom des *directors* dont le mandat commencera au jour de l'immatriculation de la *Company* (formulaire NNC1 reproduit à l'annexe 7).

¹¹⁴⁷ Section 69 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁴⁸ Section 462 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁴⁹ Section 455 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁵⁰ Une *casual vacancy* n'est pas définie par la *Companies Ordinance* (Cap.622) mais cette *Ordinance* y fait référence suite à la révocation d'un *director* par une décision ordinaire des *members* [section 463 (5)] ; il est possible de se demander si la démission d'un *director* [article 25 (d) du modèle d'*articles*-type] ou son décès (il est curieux de noter que le décès d'un *director* n'est pas expressément cité comme motif à la cessation du mandat de *director* alors que le décès du *director* est mentionné dans le cas de la durée du mandat d'un *reserve director*, section 455 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et article 30(1)(c) du modèle d'*articles*-type – l'ajout de cet élément à l'article 25 du modèle d'*articles*-type pourrait être utile à fin de clarté) ou son incapacité à assumer ses fonctions [articles 25 (a), (b), (c), (e) du modèle d'*articles*-type] créent une *casual vacancy* vu que la *Companies Ordinance* (Cap.622) et le modèle d'*articles*-type sont silencieux sur cette question. Il serait bon de clarifier, par exemple à l'article 25 du modèle d'*articles*-type, que les événements listés à cet article et marquant la fin du mandat de *director* constituent tous une *casual vacancy* ou de préciser ceux qui en constituent une.

¹¹⁵¹ Il n'est pas obligatoirement prévu de nombre maximum de *directors* ; en tout cas, la *Companies Ordinance* (Cap.622) ne fixe pas de nombre total maximum de *directors* pour une *Company*.

deux échéances précitées, ce *director* peut présenter aux *members* une demande de renouvellement de sa nomination avant la tenue de l'Assemblée générale annuelle et ceux-ci voteront sur cette demande lors de la tenue de ladite Assemblée. Dans l'éventualité où aucune Assemblée générale n'est tenue pour cette nomination, comme cela peut être le cas, ni l'Ordonnance ni le modèle d'*articles*-type ne précise si le mandat de ce *director* peut être reconduit par une décision des *directors* et, du fait de la nouveauté de l'Ordonnance, aucune jurisprudence n'est encore venue clarifier cette question.

526. La nomination d'un *alternate director* est organisée par les *articles* de la *Company*, comme le prévoit la section 478 (1) de l'Ordonnance ; en l'absence de mention dans les *articles*, la nomination d'un *alternate director* n'est théoriquement pas possible. Le modèle d'*articles*-type prévoit que le *director* peut nommer son *alternate* par un acte écrit et doit adresser cet acte à la *Company* ; dans le cas où l'*alternate* est également *director*, cette nomination prend alors effet à la date de la notification à la *Company* alors que dans le cas où l'*alternate* n'est pas *director*, cette nomination doit avant de prendre effet être approuvée par le Conseil des *directors*.
527. La nomination d'un *director* doit être notifiée par la *Company* au *Companies Registry* dans les quinze jours de la date de prise d'effet de celle-ci, tout comme celle d'un *alternate director* et d'un *reserve director*¹¹⁵².
528. En sus de la notification de la nomination d'un *director* au *Companies Registry*, les premiers *directors* doivent déposer au plus tard dans le délai de quinze jours de l'immatriculation de la *Company* un acte écrit signé notifiant leur accord pour exercer les fonctions de *director* au sein de la *Company*¹¹⁵³ (dans le cas où cet accord n'est pas déjà mentionné dans le formulaire d'immatriculation) et, dans le cas de *director* personne physique, confirmant le fait qu'ils ont atteint l'âge de dix-huit ans¹¹⁵⁴. La responsabilité de la *Company*, des *responsible persons* et du *founder member* qui a signé le formulaire de demande d'immatriculation peut être engagée en cas de manquement à cette obligation¹¹⁵⁵. Ce consentement est également exigé des *directors*, de l'*alternate director* et du *reserve director* nommés au cours de la vie sociale et le dépôt de cet acte écrit et signé relève de la responsabilité de la *Company*¹¹⁵⁶.
529. Lors de la nomination d'un *director*, d'un *alternate director* ou d'un *reserve director* d'une *Company*, les informations qui doivent être renseignées dans le formulaire pré-imprimé sont les suivantes : dans le cas d'une personne physique, les nom et prénoms en Anglais, les nom et prénom en Chinois, le numéro de carte d'identité hongkongaise ou du passeport ainsi que le pays d'émission du passeport, l'adresse postale et l'adresse électronique (mention facultative) ; dans le cas d'une personne morale, la dénomination sociale, le numéro d'immatriculation, l'adresse postale et l'adresse électronique (mention facultative). Aucune pièce justificative ne doit être déposée en accompagnement du formulaire.

¹¹⁵² Section 645 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Cette notification doit être simplement effectuée par le dépôt d'un formulaire pré-imprimé disponible sur le portail du *Companies Registry*, <http://www.cr.gov.hk/en/forms/specified.htm> ; dans le cas de la nomination d'un *director* ou d'un *alternate director* et en dehors du formulaire d'immatriculation de la *Company*, le formulaire est le ND2A reproduit à l'annexe 7 ; dans le cas de la nomination d'un *reserve director* et en dehors du formulaire d'immatriculation de la *Company*, le formulaire est le ND5 reproduit à l'annexe 7.

¹¹⁵³ Section (74)1 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁵⁴ Section 4, Part 3, Schedule 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁵⁵ Section (74)2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁵⁶ Section 645 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Un emplacement pour la manifestation de ce consentement est prévu dans les formulaires ND2A et ND5 reproduits à l'annexe 7.

530. Il est à noter qu'au cours de la vie sociale, tout changement des informations fournies lors de la nomination d'un *director*, d'un *alternate director* ou d'un *reserve director* doit également être notifié au *Companies Registry* dans les quinze jours dudit changement ; un formulaire pré-imprimé est également disponible à cet effet¹¹⁵⁷. Il est intéressant de souligner que toutes les formalités de notification au *Companies Registry*, que ce soit pour l'immatriculation et la mise à jour des informations structurelles de manière ponctuelle ou annuelle, peuvent être effectuées par l'envoi du formulaire original par courrier ou en ligne sur le portail dédié "www.eregistry.gov.hk".

2. Une importante similitude dans les procédures de nomination des *directors* et représentants légaux

531. Dans le cas de la SARL, la nomination des gérants est effectuée par les associés dans les statuts ou par un acte postérieur¹¹⁵⁸, c'est-à-dire que la nomination des gérants est effectuée par les associés aussi bien lors de l'institution de la société qu'au cours de la vie sociale. La nomination des gérants est adoptée par une décision votée par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales¹¹⁵⁹ (ou par toute majorité supérieure ou par une double majorité prévue par les statuts¹¹⁶⁰) ou par une consultation écrite. Ces modalités et le seuil de majorité sont similaires à ceux d'une *Company*. Contrairement à la *Company*, les gérants ne peuvent nommer un nouveau gérant ou un gérant en remplacement d'un gérant révoqué ou démissionnaire ou devenu incapable d'assumer ses fonctions. Cette unicité de la procédure de nomination du gérant nous semble protéger les associés qui conservent le contrôle de la gestion des affaires commerciales de la SARL dans laquelle ils ont investi. En droit hongkongais, les *members* perdent ce contrôle au moins entre deux Assemblées générales et, comme nous l'avons vu, la procédure de nomination d'un *director* par les autres *directors* n'est pas suffisamment complète dans l'Ordonnance pour être pleinement efficace (par exemple, l'absence de définition de la notion de *casual vacancy* porte préjudice à cette procédure de nomination d'un *director* par ses pairs). Cependant, cette possibilité offerte aux *directors* de nommer un nouveau *director* ou de remplacer un *director* défaillant, au moins au cours de la période entre deux Assemblées générales annuelles, présente un caractère appréciable de réactivité et de rapidité pour éviter que la gestion de la *Company* ne soit ralentie. Ce mécanisme peut rassurer les *members* quant à la protection et la promotion des intérêts de la *Company* d'autant plus que les *directors* sont tenus au respect d'obligations et de règles et que leur responsabilité peut être engagée en conséquence. Il pourrait alors être envisagé, dans un souci de réactivité voire de rapidité comparée à la tenue d'une Assemblée générale, que l'article L. 223-18 du Code de commerce dispose que les gérants peuvent nommer un autre gérant pour remplacer un gérant défaillant sous réserve de ratification de cette décision par les associés dans les conditions prévues à l'article L. 223-29, voire de préciser que cette nomination peut intervenir uniquement en l'absence de nomination effectuée par l'Assemblée générale dans un délai raisonnable. La conciliation de l'intérêt des associés de conserver le contrôle sur la nomination des gérants et l'intérêt de la SARL qui pourrait être de procéder rapidement à la nomination d'un nouveau gérant ou d'un gérant supplémentaire pourrait dépendre ici d'un arbitrage des associés eux-mêmes ; il en résulte que

¹¹⁵⁷ Section 645(4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Cette notification doit être simplement effectuée par le dépôt d'un formulaire pré-imprimé disponible sur le portail du *Companies Registry*, <http://www.cr.gov.hk/en/forms/specified.htm> ; dans le cas de la mise à jour des informations relatives à un *director* ou à un *alternate director*, le formulaire est le ND2B ; dans le cas de la mise à jour des informations relatives à un *reserve director*, le formulaire est le ND7.

¹¹⁵⁸ Alinéa 2 de l'article L. 223-18 du Code de commerce.

¹¹⁵⁹ Alinéa 1 de l'article L. 223-29 du Code de commerce.

¹¹⁶⁰ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 29.

le Code de commerce pourrait prévoir que les statuts d'une SARL peuvent organiser la nomination d'un nouveau gérant ou d'un gérant supplémentaire par leurs pairs en accord avec les dispositions du Code de commerce.

532. Tout comme le mentionne le modèle d'*articles*-type de la *Company*¹¹⁶¹, le ou les gérants sont nommés pour toute la durée de la SARL¹¹⁶² à moins que les statuts ne prévoient le contraire. La décision de nomination d'un *director* d'une *Company* peut prévoir le contraire. Cette différence hongkongaise apporte plus de souplesse et permet, sans modifier les *articles*, de nommer un *director* pour une durée déterminée pour effectuer une mission spécifique ou pour faire bénéficier la *Company* de compétences particulières (par exemple en gestion financière ou de restructuration interne) sans entacher la durée du mandat des autres *directors*. Offrir cette souplesse aux associés d'une SARL pourrait être bénéfique, d'autant plus que la mention du nom du gérant dans les statuts n'est pas obligatoire et que la fin du mandat d'un gérant fait l'objet d'une publicité au Registre du commerce et des sociétés.
533. Dans le cas de la SARL, même si l'acceptation par le gérant de ses fonctions n'est pas formalisée par un acte déposé au greffe, contrairement à Hongkong où le formulaire de nomination d'un *director* comporte la date de prise d'effet de la nomination et l'acceptation du *director*, la nomination du gérant n'emporte effet vis-à-vis des associés qu'à la date d'une telle acceptation¹¹⁶³. En vertu de l'application de la théorie du mandat légal¹¹⁶⁴, l'acceptation peut être expresse et la date de prise d'effet de la nomination est alors aisée à déterminer ou implicite et résulter du comportement du gérant nommé par les associés et la date de prise d'effet de la nomination peut alors être plus difficile à déterminer. En droit hongkongais, l'absence du dépôt de l'acceptation du *director* n'a pas la même portée : la date de désignation d'un *director* emporte ses effets vis-à-vis de tous les acteurs et seule cette date est retenue. Il pourrait être efficient de formaliser expressément l'acceptation du gérant par la signature et la mention de la date de celle-ci par le nouveau gérant sur le procès-verbal mentionnant le vote des associés ou sur la consultation écrite mentionnant la nomination (c'est-à-dire sans avoir besoin de créer une nouvelle formalité ou un nouveau formulaire de notification). L'opposition aux tiers de la nomination du gérant relève de la publicité de la nomination à la date de l'inscription au Registre du commerce et des sociétés¹¹⁶⁵.
534. Dans le cas de la SAS, la nomination des dirigeants et des représentants légaux est laissée à la liberté des associés et fait l'objet de mention dans les statuts¹¹⁶⁶. Il en résulte des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce excluant l'application des articles L. 225-17 à L. 225-102-2 à la SAS, que, d'une part, les premiers dirigeants ou représentants

¹¹⁶¹ Article 22(2) du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹¹⁶² Alinéa 3 de l'article L. 223-18 du Code de commerce.

¹¹⁶³ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 30.

¹¹⁶⁴ Les articles 1984 et 1985 du Code civil régissent alors les règles dans lesquelles le mandat est donné et accepté par le gérant de la SARL. Le gérant est alors le mandataire légal de la SARL, tout comme le président de la SAS (et éventuellement le directeur général ou le directeur général délégué), qui se distinguent des éventuels mandataires apparents dont la reconnaissance par la jurisprudence est très stricte. Espèce quant au mandat apparent dans une SARL : Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 janvier 2009, n°07-17962 (F-D), SARL Ham Loc contre SA Eagle Aviation, note GALLOIS-COCHET Dorothee, *Engagement de la société et mandat apparent*, Revue des sociétés, novembre 2009, n°11, commentaire 202. Espèce quant au mandat apparent dans une SAS : Rapport de Monsieur ANDRE, conseiller rapporteur, aux arrêts n°268 et n°269 du 19 novembre 2010, n°10-1095 et n°10-30215, de la Chambre mixte de la Cour de cassation, source : www.courdecassation.fr, onglet "jurisprudence".

¹¹⁶⁵ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 34.

¹¹⁶⁶ Article L. 227-5 et alinéa 1 de l'article L. 227-6 du Code de commerce.

légaux sont désignés par les associés conformément à l'article L. 225-16 du Code de commerce et que leurs noms sont mentionnés dans les statuts et, que, d'autre part, en l'absence de mentions statutaires, les articles du Code de commerce applicables aux SA ne sont pas applicables à la SAS. En conséquence, en l'absence de mentions statutaires sur la direction de la SAS et si l'interprétation non restrictive des termes "au nom de la société" de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 227-6 du Code de commerce est retenue, le président obligatoirement désigné dans les statuts¹¹⁶⁷ est investi des pouvoirs les plus étendus pour représenter et gérer la SAS (à l'exception des pouvoirs expressément dévolus à l'Assemblée générale en vertu des articles du Code de commerce) et ces pouvoirs seraient exercés de manière autonome. En effet, aucune hiérarchie n'est posée par les articles du Code de commerce car la liberté statutaire est le principe posé pour la définition des modalités de gestion de la SAS ; en l'absence de mention spécifique, la liberté semble primer et celle du président semble être consacrée par les termes du premier alinéa de l'article L. 227-6 du Code de commerce. Le président ressemble alors fortement au *director* d'une *Company*, nommé lors de l'immatriculation de celle-ci, revêtu des pouvoirs les plus étendus tant au point de vue de la représentation que de la gestion de la *Company* (sauf ceux expressément dévolus aux *members* en vertu de l'Ordonnance) et exerçant ses pouvoirs en toute autonomie et dans le respect de la séparation de pouvoirs entre les *members* et les *directors*. Au vu de cette grande proximité entre président et *director* (sauf à ce qu'il peut y avoir plusieurs *directors* alors qu'il ne peut y avoir qu'un seul président¹¹⁶⁸), les règles et la pratique afférentes au *director* d'une *Company* pourraient constituer une source nouvelle d'inspiration pour les rédacteurs de statuts de SAS.

535. La mention dans les statuts du nom des dirigeants et représentants légaux d'une SARL et d'une SAS est à notre avis un handicap à la souplesse et à la simplicité des procédures administratives afférentes à la structure des sociétés. Par exemple, la modification des statuts d'une SAS lors de la nomination d'un directeur général est nécessaire pour que cette nomination soit opposable aux tiers¹¹⁶⁹, deux actes sont donc nécessaires : une décision de l'Assemblée générale extraordinaire nommant le directeur général et une modification des statuts qui sont ensuite publiés pour que l'extrait Kbis soit mis à jour. À Hongkong, la nomination du *director* est effectuée par une décision des *members* ou des *directors* et cette nomination est notifiée au *Companies Registry* par le dépôt d'un formulaire pré-imprimé signé par le nouveau *director* ; aucun document social de la *Company* n'est modifié, la décision des *members* ou des *directors* de nommer un nouveau *director* est compilée dans les livres sociaux et n'est pas déposée au *Companies Registry*, le formulaire confirmant l'acceptation de la nomination et la date de prise d'effet de celle-ci est déposé au *Companies Registry* par voie électronique ou postale. Cette procédure hongkongaise rodée et sans accroc pourrait être une source d'inspiration pour les SARL et SAS françaises, d'autant plus qu'il

¹¹⁶⁷ Obligation de désigner un président en vertu de l'article L. 227-6 du Code de commerce et de le désigner dans les statuts lors de l'institution de la SAS en vertu de l'article L. 225-16 du même code.

¹¹⁶⁸ Les *articles* ne limitent pas le nombre de *directors* et permettent justement aux *members* de désigner un ou plusieurs *directors*. Les statuts d'une SAS ne permettraient de ne désigner qu'un seul président (Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2013-027 du 4 octobre, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes") et dans le cas de leur silence sur la désignation de directeurs généraux ou de directeurs généraux délégués en vertu de l'article L. 227-6 du Code de commerce, les associés ou tout autre organe de la SAS ne peuvent désigner de personnes portant ce titre. La délégation effectuée par le président est alors limitée.

¹¹⁶⁹ Article L227-1, alinéa 3 du Code de commerce "Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée. Pour l'application de ces règles, les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet."

n'existe pas de formulaires pré-imprimés mais que la copie de la décision de nomination est directement déposée au Registre du commerce et des sociétés avec la nouvelle version des statuts. Dans un souci de simplification administrative, l'impératif de la mise à jour des statuts pourrait être supprimé ainsi que le dépôt de cette nouvelle version (surtout si, comme nous le recommandons au vu de la pratique efficace détaillée au sein des *Companies*, les statuts ne désignent plus l'identité des dirigeants et représentants légaux) ; dans un souci de sécurité juridique, la décision de nomination pourrait être simplement déposée revêtue de la signature du nouveau représentant légal ou dirigeant confirmant ainsi son acceptation à prendre ses nouvelles fonctions.

B. La fin du mandat de *director*

536. L'étude de la cessation des fonctions de *director* (1) démontre que les caractères du mandat du *director* sont très proches de ceux du gérant de la SARL et que la simplicité de la procédure afférente à la fin du mandat du *director* pourrait inspirer les procédures mise en œuvre au sein de la SARL (2). Au vu de la proximité du régime des *director* de *Company* et président de SAS, les règles applicables au *director* constituent une source d'exemples pour les associés d'une telle forme sociale.

1. La souplesse gouvernant la fin du mandat du *director*

537. En vertu de l'Ordonnance, un *director* peut être révoqué par une décision des *members* de la *Company* ; il peut également choisir de démissionner de ses fonctions.

538. Les *members* de la *Company* ont le pouvoir de révoquer un *director* par une décision ordinaire de l'Assemblée générale convoquée sur notification spéciale¹¹⁷⁰, même en cas de mention contraire dans les *articles* ou dans un accord exprès entre la *Company* et le *director*¹¹⁷¹. En cas de projet de décision ordinaire de révocation d'un *director* et dans le cadre de la convocation de l'Assemblée générale y afférente, la *Company* est tenue d'informer le *director* sujet à révocation pour que celui-ci puisse être présent lors de la tenue de ladite Assemblée générale, puisse s'exprimer sur sa révocation lors de la tenue de cette Assemblée générale et puisse adresser à la *Company* avant la tenue de cette Assemblée ses observations écrites sur sa révocation¹¹⁷². Dans le cas où le *director* adresse à la *Company* des observations écrites, la *Company* doit les transmettre aux *members* ou s'assurer que ces observations seront lues au cours de l'Assemblée générale avant le vote de la décision ordinaire de révocation sous peine de nullité de ladite décision¹¹⁷³. La procédure de révocation mise en œuvre par l'Assemblée générale ne prive en rien le *director* révoqué de son droit à compensation ou à réparation au titre de la fin de son mandat de *director* ou de tout autre nomination ou emploi prenant fin en même temps¹¹⁷⁴.

539. Un *director* peut démissionner de son poste à tout moment, à moins que les *articles* de la *Company* ou qu'un accord entre la *Company* et ledit *director* ne prévoient expressément le

¹¹⁷⁰ La section 462(4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et la section 578 précisent les conditions dans lesquelles doit être effectuée une notification spéciale de l'Assemblée générale, c'est-à-dire la convocation de l'Assemblée générale adressée aux *members* au moins vingt-huit jours avant la date prévue pour ladite Assemblée et l'envoi du projet de décision en même temps que la convocation ou à défaut, au moins quatorze jours avant la date prévue pour ladite Assemblée.

¹¹⁷¹ Section 462(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) ; l'unique exception est l'impossibilité de révoquer un *director* d'une *private company limited by shares* nommé à vie avant le 31 août 1984, section 464(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁷² Section 463 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁷³ Sections 463 (3), (4) (7) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹¹⁷⁴ Section 462(9) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

contraire¹¹⁷⁵. Dans l'éventualité où les *articles* ou un accord exprès prévoient que le *director* peut démissionner en donnant un préavis à la *Company*, le *director* doit respecter celui-ci¹¹⁷⁶, ainsi que les modalités dans lesquelles il doit le donner¹¹⁷⁷ ; en l'absence de mention des modalités d'envoi du préavis dans les *articles* ou dans l'accord exprès, l'envoi du préavis à la *Company* à l'adresse du siège social ou à l'adresse électronique de celle-ci est valable¹¹⁷⁸. Suite à la démission d'un *director*, la *Company* a la responsabilité de notifier une telle démission au *Companies Registry* dans les quinze jours de la date de prise d'effet de cette démission¹¹⁷⁹ ; si un *director* estime pour de justes motifs que la *Company* ne va pas effectuer cette notification au *Companies Registry*, il est alors tenu de l'effectuer lui-même¹¹⁸⁰.

540. En sus des termes de l'Ordonnance, le modèle d'*articles*-type prévoit plusieurs cas de figure où le mandat d'un *director* s'achève en dehors d'une révocation ou d'une démission¹¹⁸¹ : le *director* est mis en faillite, le *director* devient une personne incapable mentalement ou est absent des réunions du *board of directors* pendant une période de six mois sans permission préalable donnée par les autres *directors*.

541. Dans tous les cas, la fin du mandat d'un *director* doit être notifiée par la *Company* au *Companies Registry* dans les quinze jours de la date de prise d'effet de celle-ci, tout comme celle d'un *alternate director* et d'un *reserve director*¹¹⁸². Il est curieux de noter que le décès du *director* n'est pas mentionné directement par l'Ordonnance comme mettant fin au mandat ; les dispositions relatives au *reserve director*, les mentions relatives à l'*alternate director* ainsi que le formulaire ND2A confirment indirectement la fin du mandat de *director* dans une telle situation. En dehors du *reserve director*, aucune disposition de l'Ordonnance ne prévoit par exemple le remplacement du *director* ou définit le décès comme un cas de *casual vacancy*.

2. La fin du mandat du *director*, une source d'inspiration pour les gérants de SARL et présidents de SAS

542. Concernant la fin du mandat d'un gérant de SARL, le Code de commerce traite de la révocation du gérant par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales¹¹⁸³ ou par une décision judiciaire à l'article L. 223-25 ; l'article L. 223-18 offre la possibilité de mettre un terme au mandat du gérant en le mentionnant dans les statuts. Il est étonnant de constater qu'aucune disposition du Code de commerce ne prévoit ou n'encadre la démission du gérant, celle-ci est encadrée par le droit commun, l'article 2003 du Code civil relatif au mandat, ce qui pourrait être précisé dans le Code de commerce à fin de clarification

¹¹⁷⁵ Section 464(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁷⁶ Section 464(5) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁷⁷ Section 464(5)(a) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁷⁸ Sections 464(5)(a) et (b) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁷⁹ Sections 464(2) et 645(4) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* ; la *Company* doit alors déposer au *Companies Registry* le formulaire ND2A dûment complété et signé.

¹¹⁸⁰ Section 464(3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, le *director*, ou l'*alternate director*, doit alors déposer au *Companies Registry* le formulaire ND4 dûment complété et signé ; sections 464(3) et (6) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, le *reserve director* doit alors déposer au *Companies Registry* le formulaire ND8 dûment complété et signé.

¹¹⁸¹ Article 25 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹¹⁸² Section 645 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Cette notification doit être simplement effectuée par le dépôt d'un formulaire pré-imprimé disponible sur le portail du *Companies Registry*, <http://www.cr.gov.hk/en/forms/specified.htm> ; dans le cas de la fin du mandat d'un *director* ou d'un *alternate director*, le formulaire ND2A doit être complété et signé puis déposé par la *Company* ; dans le cas de la fin du mandat d'un *reserve director*, le formulaire ND5 doit être complété et signé puis déposé par la *Company*.

¹¹⁸³ Alinéa 1 de l'article L. 223-25 et alinéa 1 de l'article L. 223-29 du Code de commerce.

par exemple par renvoi. Dans un arrêt du 22 février 2005¹¹⁸⁴, la "Cour de cassation a énoncé en termes généraux les principes qui s'imposent à toute démission d'un dirigeant de société"¹¹⁸⁵. La démission est un acte juridique unilatéral qui, sauf mention contraire dans les statuts, "produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société"¹¹⁸⁶. Du fait que la qualification juridique du gérant de mandant, l'article 2003 du Code civil liste alors, en sus de la révocation, la démission, le décès, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandat soit du mandataire. La révocation ne peut être votée que dans le respect de l'article L. 223-29 du Code de commerce et les statuts ne peuvent modifier cette majorité, contrairement à la SAS où les associés sont libres de fixer les conditions de révocation des dirigeants dans les statuts¹¹⁸⁷ (organe compétent, modalité de vote, etc...) et toutes les modalités de révocation sont envisageables (avec ou sans préavis, avec ou sans faute, avec ou sans juste motif, ad nutum, avec ou sans indemnisation, etc...). Par la combinaison des articles des Codes civil et de commerce, il est alors possible de lister les motifs de résiliation du mandat du gérant de SARL. Le droit hongkongais présente le désavantage de ne pas s'appuyer par défaut sur un autre droit plus général (comme le Code de commerce pouvant être un sous ensemble chapeauté par le Code civil où les praticiens puisent les réponses aux questions qui ne font pas l'objet d'un traitement dans le Code de commerce). Du fait de l'absence de droit civil codifié ou de théorie générale civiliste en droit hongkongais, l'Ordonnance doit être plus complète et le législateur plus vigilant. Il en résulte que l'Ordonnance envisage en détail la révocation et la démission du *director*, cas de résiliation du mandat pouvant être les plus sujets à litige (le décès ou la dissolution n'étant pas sujet à grand litige).

543. Le caractère lacunaire de l'article L. 223-25 du Code de commerce sur la procédure de révocation du gérant et l'absence de dispositions dans le Code de commerce sur la procédure de démission de celui-ci pourraient être efficacement complétés afin de réduire un contentieux délicat : tout comme le licenciement ou la démission en droit social, la révocation ou la démission du gérant peut être délicate à mettre en œuvre car il s'agit souvent de situations où les passions et rancœurs de chacun s'expriment fortement. Les procédures mises en place par l'Ordonnance ne sont pas parfaites et des lacunes, pouvant peut-être être comblées ultérieurement par la jurisprudence, sont identifiables. Cependant, ces procédures pourraient être une source d'inspiration, tant sur la forme que sur le fond : intituler les sections de l'Ordonnance à la manière d'un contrat permet d'identifier rapidement les sections visant la gestion de la *Company* et les quarante-trois articles relatifs à la SARL pourraient être plus clairement regroupés en plusieurs sections (par exemple en cinq sections, constitution, parts sociales et associés et décisions collectives, gérance, contrôle financier, restructuration et transformation) et un en-tête pourrait être ajouté après la mention du numéro de l'article ce qui permettrait également une rationalisation des articles (par exemple, l'article L. 223-18 pourrait être intitulé "gérance", l'article L. 223-15 "nantissement des parts sociales" et les articles L. 223-16 et L. 223-17 pourraient être fusionnés sous l'intitulé "cession des parts sociales"). Les procédures simples de révocation et de démission du *director* traitées aux trois sections 462 à 464 pourraient inspirer le développement du premier alinéa de l'article L. 223-25 [baptisé alors "cessation des fonctions de gérant" et qui pourrait être déplacé après l'article L. 223-18 traitant de la gérance (nomination et pouvoirs des gérants)], le retrait de l'alinéa 3

¹¹⁸⁴ Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 février 2005, Jurisdata n°2005-027127, Droit des sociétés, 2005, n°5, commentaire 93, MONNET Joël ; Bulletin Joly 2005, page 862, Bernard SAINTOURENS ; Revue des sociétés 2005, page 625, Jean-Jacques DAIGRE.

¹¹⁸⁵ STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Cessation des fonctions et responsabilité du gérant*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-20, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, §7.

¹¹⁸⁶ STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Cessation des fonctions et responsabilité du gérant*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-20, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, §7.

¹¹⁸⁷ Article L. 227-5 du Code de commerce.

qui nous semble être inutilement conservé¹¹⁸⁸ et son remplacement par un alinéa dédié à la démission du gérant. Quant à la liberté offerte par le Code de commerce aux associés de la SAS, cette liberté est un atout essentiel et les enseignements tirés de l'Ordonnance ou de la jurisprudence hongkongaise pourraient être utiles aux praticiens pour la rédaction des statuts d'une SAS et non à amorcer une surabondance législative contraire au principe de la grande liberté statutaire dont disposent les associés.

544. Quant à la publicité de la cessation des fonctions du gérant, deux caractéristiques distinguent principalement les procédures hongkongaise et française. La publicité française est multiple alors que la publicité hongkongaise est unique : alors que les moyens de communication et de publicité électronique font partie intégrante de la vie des entreprises et des sociétés, l'insertion dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social de la SARL doit toujours être effectuée alors que cette information sera disponible au Greffe du Tribunal par le dépôt de la décision constatant le changement et au Registre du commerce et des sociétés par une inscription qui pourra être connue de tous via les portails du registre du commerce et des sociétés et du BODACC (faisant alors double emploi). La publicité française est à la charge du gérant¹¹⁸⁹ alors que la *Company* est chargée d'effectuer celle-ci et que le *director* ne se substitue à celle-ci dans son propre intérêt que dans le cas où il juge que la *Company* ne l'effectuera pas. Il nous semble que la procédure hongkongaise permet de mieux garantir la publicité de la cessation du mandat du *director*. La *Company* dispose des actes et informations nécessaires (notamment quant au nouveau *director*, s'il y a). Il ressort de l'intérêt premier de la *Company* de mettre à jour les informations quant à sa structure interne pour en informer les tiers. Les autres *directors* et le *company secretary* sont des tiers à la mécontente qui a pu conduire à la révocation ou à la démission du *director* visé et n'ont aucun intérêt à ne pas remplir l'obligation de la *Company*. Le *director* révoqué ou démissionnaire pourrait être moins enclin à effectuer des procédures administratives malgré la responsabilité qui pourrait résulter d'un défaut de publicité.

¹¹⁸⁸ Le contenu de l'alinéa 3 de l'article L. 223-25 appelle plusieurs remarques traduisant notre étonnement : la vocation des articles du Code de commerce relatifs à la SARL est d'application générale et l'insertion d'une clause relative à un secteur d'activité précis, une SARL "exploitant une entreprise de presse", nous semble ne pas relever du domaine de la loi mais plutôt du règlement ; en outre, l'exception posée par cet alinéa nous semble inutile du fait du contenu de l'alinéa 1^{er} qui pose très clairement que les statuts peuvent énoncer une majorité plus forte.

¹¹⁸⁹ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Cessation des fonctions et responsabilité du gérant, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-20, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 29.

Section 2. L'organisation et la répartition des pouvoirs des *directors* et des représentants légaux

546. L'organisation de la *Company* et des SARL et SAS repose sur une même séparation et spécialisation des pouvoirs : les *members* et les associés nomment les *directors* et représentants légaux sur lesquels ils n'ont que peu d'emprise par la suite en terme de contrôle régulier de leurs actions engageant la *Company* et les SARL et SAS (les *members* et associés peuvent cependant toujours révoquer les *directors* et représentants légaux) (§1). En terme de représentation de la *Company* et des SARL et SAS, les *members* et associés ont pu poser des limites à ce pouvoir de représentation mais les représentants légaux disposent d'une grande latitude pour engager la *Company* et les SARL et SAS compensée par des actions judiciaires en cas de manquement effectif ou de manquement à venir de la part de ceux-ci (la révocation étant bien entendu toujours possible) (§2). Sur ces questions, nous pouvons remarquer une grande similitude des règles françaises et hongkongaises, ce qui permet d'envisager un enrichissement de ces deux ordres juridiques pour augmenter l'efficacité et effectivité des règles et encourager une gestion plus saine des *Company*, SARL et SAS¹¹⁹⁰.

§1. Les relations au sein des couples *members/directors* et associés/représentants légaux

547. Les *members* et associés nomment les *directors*, les représentants légaux et les dirigeants de la *Company* ou de la SARL ou de la SAS dans laquelle ils investissent pour y développer leur entreprise dans le respect de certaines règles préétablies. Les *members* et associés remettent entre les mains des *directors*, des représentants légaux et des dirigeants la gestion administrative interne de la *Company* ou de la SARL ou de la SAS et le développement commercial de l'entreprise (A). En dehors du rendez-vous annuel du contrôle et de l'approbation des comptes sociaux, les *members* et associés n'ont qu'un faible droit de regard sur les agissements des *directors*, représentants légaux et dirigeants qui est compensé par plusieurs actions en responsabilité ouvertes aux *members* et associés pour protéger leurs intérêts et les intérêts de leur *Company*, société et entreprise (B).

*A. Les pouvoirs des *directors* et représentants légaux encadrés par les *members* et associés*

548. Du fait de la liberté dont disposent les *members* pour organiser et encadrer les pouvoirs des *directors* et des procédures qui sont à leur disposition pour engager la responsabilité des *directors* en cas de manquement à leurs obligations ou aux règles qui s'imposent à eux (1), les *directors* ont une grande latitude pour gérer les affaires de la société et de l'entreprise. Cette liberté d'organisation des relations entre *members* et *directors* se retrouvent entre associés et représentants légaux ; cette liberté ne s'exprime pas dans le même type de document car les *articles* d'une *Company* ne contiennent généralement pas ces termes alors qu'ils doivent être insérés dans les statuts d'une SARL et d'une SAS (2).

1. La liberté d'organisation des pouvoirs des *directors* par les *members*

549. Les *directors* sont nommés par les *members* et en cas de nomination d'un *director* par ses pairs, le renouvellement de son mandat est soumis au vote des *members*. Malgré cette

¹¹⁹⁰ Nous pensons par exemple à la mise en œuvre d'une prise de décision collégiale en cas de pluralité de gérants dans une SARL sur le modèle de la *Company* comme garde-fou à la prise de décision individuelle par un gérant, sans discussion ou en contrariété avec l'avis des autres gérants, pouvant engager la société en dehors de son objet social.

nomination qui pourrait impliquer une autorité supérieure des *members* sur les actes des *directors*, le fait, qu'en l'absence de mentions précises dans les *articles* ou dans un contrat de service du *director*, le *director* soit nommé sans limite de durée garantit son autonomie et son indépendance par rapport aux *members* ; les *directors* sont alors responsables des activités de la *Company* (ils peuvent être révoqués à tout moment par les *members*) sans être subordonnés dans la gestion de la *Company* aux *members*.

550. Il n'en demeure pas moins que les activités développées par les *directors* dans le cadre de la *Company* peuvent être préalablement encadrées par les *members*. L'Ordonnance a même introduit une section disposant que les *members* peuvent donner des instructions générales de conduite de l'activité¹¹⁹¹ ; la portée de cette nouvelle section est clairement de réduire la distance entre *members* et *directors*, de tempérer l'absence de subordination entre *members* et *directors* par une communication renforcée entre les deux organes et de promouvoir l'implication des *members* dans la gestion de la *Company* afin d'éviter leur réveil brutal lors du contrôle des activités menées par les *directors* à l'occasion de l'Assemblée générale annuelle votant les rapports financiers établis par les *directors* et par l'auditeur.
551. L'encadrement des pouvoirs des *directors* par les *members*, par la délimitation des décisions qui ne peuvent être prises que par les *members* dans le cadre de la structure de la *Company* mais aussi dans le cadre de la conduite des affaires de l'entreprise, n'est généralement pas effectué dans les *articles* mais dans le *shareholders' agreement* au sein duquel les *members* ont prévu le développement de l'entreprise et le rôle des *directors*, ou dans la décision adoptée par les *members* nommant le *director* ou dans le contrat de service du *director* négocié entre la *Company* et le *director* dans le respect des instructions données par les *members*. Ce contrat n'est généralement pas dénommé contrat de travail, non pas du fait des potentielles conséquences ou interdictions sociales ou fiscales, comme cela peut être le cas en France. L'Ordonnance distingue *office* et *employment*, notamment dans le cadre de la section 517 relative au paiement d'une indemnité à un *director* dont le mandat vient de s'achever (qu'elle qu'en soit la raison) et dans le cadre des sections 530 à 535 relatives à la signature d'un contrat de service entre la *Company* et le *director*. Ce contrat de service du *director* est une codification nouvelle de l'Ordonnance et combine les termes d'un contrat de travail (ou *employment contract*) et la nomination de la personne en qualité de *director*. Dans le cas où le contrat de service du *director* stipule que son emploi au sein de la *Company* est pour une durée garantie supérieure à trois ans (c'est-à-dire que la *Company* ne peut résilier ce contrat au cours de cette durée garantie), ce contrat doit être approuvé par les *members*.
552. Le contrôle de l'action des *directors* par les *members* est organisé par divers mécanismes de l'Ordonnance, en dehors du vote des rapports financiers. Aux termes de l'article 4 du modèle d'*articles*-type applicable à une *Company*, une décision spéciale des *members* peut enjoindre les *directors* de faire ou de ne pas faire une action ou une transaction spécifique. Aux termes de l'article 82 du modèle d'*articles*-type applicable à une *Company*, un *member*, qui n'est pas *director*, ne peut consulter les documents sociaux et financiers et les dossiers d'archives de la *Company*, à moins qu'il n'y soit autorisé par les *articles*, par une décision ordinaire de l'Assemblée générale ou par une décision des *directors*. En conséquence, deux actions en justice peuvent être lancées par les *members* afin de protéger leurs prérogatives. Les sections 728 à 730 de l'Ordonnance permettent à tout *member* notamment de saisir le tribunal pour enjoindre un *director* (et plus largement tout acteur de la *Company* sujet à des devoirs fiduciaires) à ne pas faire afin d'éviter que son fait ou acte ne contrevienne à l'Ordonnance ou aux *articles* ou ne constitue un manquement à ses devoirs fiduciaires ou à faire pour que la

¹¹⁹¹ Article 4 du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

Company respecte l'Ordonnance. Le tribunal peut également décider le versement de dommages-intérêts et déclarer nul un contrat ou certains termes de celui-ci. La section 740 de l'Ordonnance permet à un certain nombre de *members* (2,5% des droits de vote des votants à l'Assemblée générale ou cinq *members*) de bonne foi et pour un juste motif de saisir le tribunal pour exiger l'inspection des documents sociaux et financiers et dossiers d'archives¹¹⁹² de la *Company*. La section 892 de l'Ordonnance permet aux *members* de désigner une personne pour enquêter sur les activités de la *Company* ; cette enquête est clôturée par un rapport qui peut mettre en cause les *directors* et leur gestion des affaires de la *Company* ; ce mécanisme peut être déclenché par les *members* dans le cadre du vote d'une décision spéciale.

2. Une même liberté d'organiser les pouvoirs des organes de gestion

553. Le principal point commun est, qu'en dehors de toute précision statutaire en France ou statutaire ou contractuelle à Hongkong, le gérant¹¹⁹³, le président¹¹⁹⁴ et le *director*¹¹⁹⁵ sont investis du pouvoir d'effectuer tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société et de la *Company*. Le principal point de différence entre les ordres juridiques français et hongkongais est le poids de l'ordre public sur les relations internes à la société entre les associés et l'organe de gestion et la liberté extra-statuaire dont bénéficient les *members* dans ce domaine. L'article L. 223-18 alinéa 4 du Code de commerce impose que les pouvoirs des gérants soient déterminés par les statuts ou dans le silence de ceux-ci par l'article L. 221-4 du Code de commerce. L'article L. 227-5 du Code de commerce dispose que les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Le droit hongkongais n'impose pas que les relations internes à la *Company* entre les *members* et les *directors* soient décrites dans les *articles* et prévoit même, depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance, que les pouvoirs des *directors* puissent être organisés dans un contrat distinct des *articles* ne faisant l'objet d'aucune publicité impérative¹¹⁹⁶.
554. L'impossibilité de signer un contrat de travail entre la SARL et son gérant¹¹⁹⁷ est basée sur le fondement des relations entre associés et gérant. Le gérant ne devrait pas être soumis à l'autorité des associés alors que le contrat de travail implique un lien de subordination et d'autorité. L'argumentaire est compréhensible : les gérants ne sont pas soumis à l'autorité hiérarchique des associés dans l'exercice de leurs fonctions de gestion de la SARL ; cette autonomie entre gérant et associé empêche de créer un lien de subordination par la conclusion d'un contrat de travail. Toutefois, la conclusion d'un contrat de travail pour le gérant intervient entre le gérant et la SARL et non entre le gérant et les associés. Du fait de la différence entre l'intérêt des associés et l'intérêt de la société, nous voyons un développement possible vers la reconnaissance de la conclusion d'un contrat de travail entre le gérant et la

¹¹⁹² Les documents et dossiers d'archives sont décrits à la section 838 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* et incluent les registres, livres, actes notariés, contrats, accords, pièces justificatives et reçus.

¹¹⁹³ Combinaison des articles L. 223-18 alinéa 4 et L. 221-4 du Code de commerce pour la SARL ; articles L. 227-5 et L. 227-6 du Code de commerce pour la SAS.

¹¹⁹⁴ Article L. 227-6 du Code de commerce.

¹¹⁹⁵ Section 465(3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁹⁶ Le contrat de service du *director*, ou *Director's Service Contract*, est encadré par les sections 530 à 535 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹¹⁹⁷ STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 42 sur les règles générales applicable à la détermination du lien de subordination, point 43 relatif au gérant associé majoritaire citant notamment la jurisprudence de la Cour de cassation, Chambre sociale, 8 octobre 1980, Assedic contre Cavois, JurisData 1980-705196, Recueil Dalloz Sirey 1981, Jurisprudence, page 259, note REINHARD Yves, point 44 relatif au gérant minoritaire et point 45 pour le gérant égalitaire citant plusieurs réponses ministérielles dont la réponse ministérielle n°36410 publiée au Journal officiel de la République française, Assemblée nationale, Question, 16 juillet 1977.

société. Le gérant est soumis à l'autorité hiérarchique de la SARL pour la promotion et la protection de l'intérêt social et non de l'intérêt propre de la masse des associés ou des associés pris individuellement. Dans le silence des textes, la jurisprudence reconnaît dans certaines conditions¹¹⁹⁸ que le gérant puisse établir une relation contractuelle employeur-employé. Ces quatre conditions jurisprudentielles et les conséquences sociales et fiscales pour le gérant en cas de l'absence de reconnaissance d'un contrat de travail ont pu influencer le choix de la forme sociale, ce que nous pourrions qualifier de raisons inadaptées à la promotion de l'entrepreneuriat. Malgré la nécessaire absence de liens hiérarchique et de subordination entre les *members* et les *directors*, le *director* peut signer un contrat de travail avec la *Company*. La signature ou non d'un contrat de travail entre le *director* et la *Company* n'emporte pas de différenciation en matière de protection sociale pour le *director* comparée à celle d'un employé. Les lois fiscales sont très unifiées quant à leur champ d'application et les charges résultant de ces législations sont peu lourdes, tant du point de vue de leur forme que de leur fond, et sont identiques que la personne perçoive une rémunération au titre de son mandat de *director* ou au titre d'un contrat de travail.

B. L'action en responsabilité ouverte aux members et associés sanctionnant les directors et représentants légaux

555. Les actions en responsabilité permettant d'obtenir réparation en cas de dommage causé par l'organe de gestion aux associés ou à la société peuvent également jouer un rôle préventif. L'organe de gestion s'autocontrôle du fait de l'existence de ces actions. Les actions identifiées sont assez communes aux ordres juridiques hongkongais et français. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Ordonnance, la codification de ces actions en responsabilité était quasiment inexistante et la difficulté pouvait résider dans l'identification de l'action adéquate et dans sa mise en œuvre par un *member*. La codification effectuée est imparfaite (1) mais présente des caractéristiques qui pourraient être intéressantes pour améliorer la présentation de ces actions en responsabilité dans le Code de commerce français (2).

1. Des actions en responsabilité civile insuffisamment codifiées à Hongkong

556. Le droit hongkongais des sociétés relève, sur ce sujet, de la *Common Law*. Les actions en responsabilité ne faisaient l'objet que d'une codification très limitée dans la *Companies Ordinance (Cap.32)*, codification qui a été un peu développée dans l'Ordonnance.

557. La règle première de la *Common Law* est simple : seul un *member* peut porter plainte contre une infraction à ses droits personnels (il en va, par exemple, d'une *forfeiture* de parts sociales effectuée sans fondement ou d'une absence de convocation à une Assemblée générale ou le refus de comptabiliser un vote au cours d'une Assemblée générale¹¹⁹⁹) ; seule la *Company* peut porter plainte contre un acte enfreignant ses droits. Il en résulte que des *members* minoritaires ne peuvent normalement pas poursuivre un tiers pour l'atteinte portée à la *Company* ou ne peuvent porter plainte contre des irrégularités dans la conduite de la gestion

¹¹⁹⁸ Ces conditions sont au nombre de quatre : "le contrat de travail du gérant ne doit pas porter atteinte au principe de la libre révocabilité du gérant, les fonctions salariées doivent être nettement distinctes des fonctions de direction générale de la société, le gérant salarié doit être dans un état de subordination à l'égard de la société et dans certains cas ce contrat de travail est soumis à la procédure de contrôle des conventions.", STORCK Michel, Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 35.

¹¹⁹⁹ BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 13.028, page 334.

interne de la *Company*¹²⁰⁰. La jurisprudence hongkongaise a décidé d'infléchir cette règle première et trois situations constituent des tempéraments autorisant les *members* à porter plainte au nom de la *Company* : si les *directors* engagent la *Company* en dehors de son objet social¹²⁰¹ ; si une décision spéciale a été votée par l'Assemblée générale dans les conditions d'une décision ordinaire¹²⁰² ; si l'acte ou le fait d'un *director* contrôlant la *Company* par la possession de la majorité des parts sociales constitue un abus de majorité¹²⁰³ ou est de nature à constituer une infraction pénale, cette action est la "*common law derivative action*".

558. En sus de ces actions résultant de la *Common Law*, trois actions sont reconnues par l'Ordinance aux *members* pour protéger leurs intérêts et les intérêts de leur *Company*. La première action "*remedies for unfair prejudice to members' interests*" est encadrée par les sections 723 à 727. Elle permet à un *member* d'obtenir une injonction ou des dommages-intérêts et à un ancien *member* d'obtenir des dommages-intérêts si les affaires de la *Company* sont ou ont été conduites d'une manière injustement dommageable aux intérêts des *members*, de certains *members* ou d'un des *members* ou si un acte ou un manquement réalisé, ou en vue de l'être, serait injustement dommageable aux intérêts des *members*, de certains *members* ou d'un des *members*¹²⁰⁴. La deuxième action "*remedies for others' conduct in relation to companies*" est encadrée par les sections 728 à 730. Elle permet à un *member* d'obtenir une injonction ou des dommages-intérêts ou l'annulation de toute ou partie d'un contrat si une personne a commis, commet ou s'appête à commettre un acte contraire à l'Ordinance, si une personne n'a pas fait, ne fait pas ou ne va pas faire un acte exigé par l'Ordinance ou si une personne a commis un acte contraire à ses *fiduciary duties* ou aux *articles* de la *Company*¹²⁰⁵. La troisième action "*derivative action for remedies for misconduct against companies*" est encadrée par les sections 731 à 738. Elle permet à un *member* d'obtenir l'autorisation du Tribunal d'intenter une action (autre que pénale) au nom et pour le compte de la *Company* afin de protéger les intérêts de celle-ci¹²⁰⁶.

2. Des actions en responsabilité civile codifiées méritant une réécriture rationalisée en France

559. Les actions françaises ouvertes aux associés de la SARL et de la SAS sont mieux organisées par le Code de commerce, surtout celles qui traitent de la responsabilité civile de l'organe de

¹²⁰⁰ BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 13.029, page 334.

¹²⁰¹ Dans la mesure où la *Companies Ordinance* (Cap.622) n'exige pas la mention de l'objet sociale les *articles*, ce litige est très rare ; un *member* peut intenter une action en dommages-intérêts au nom de la *Company* ; exemples de jurisprudence dans BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 13.031, pages 335 et 336.

¹²⁰² Dans le cas où cette action en nullité de la décision ne serait pas ouverte, la portée de l'absence d'action serait de permettre à l'Assemblée générale de voter une décision spéciale à une majorité simple dans l'irrespect de la *Companies Ordinance* (Cap.622) ou des *articles* ou d'un *shareholders' agreement*.

¹²⁰³ Le terme retenu est *fraud on the minority* ; les *members* majoritaires ne sont aucunement redevables vis-à-vis des *members* minoritaires, ils peuvent agir comme bon leur semble et dans leur propre intérêt même si celui-ci est contraire à celui de la *Company* ; cependant, si les *members* majoritaires ont agi avec malveillance vis-à-vis des *members* minoritaires et que leur décision n'apporte pas d'avantages à la *Company* ; BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 13.034, page 337.

¹²⁰⁴ Pour référence, le *Financial Secretary* a également la possibilité d'intenter une telle action visant à protéger les intérêts des *members* sur la base de la section 879 (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²⁰⁵ Pour référence, un créancier, sur la base de la section 729 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622), et le *Financial Secretary*, sur la base de la section 879 (4) ou (5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622), ont également la possibilité d'intenter une telle action visant à protéger les intérêts des *members*.

¹²⁰⁶ Pour référence, le *member d'une associated company* a également la possibilité d'intenter une telle action visant à protéger les intérêts de la *Company* de l'*associated company* dans laquelle il est *member* sur la base de la section 732 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

gestion. Quatre actions peuvent être distinguées qui sont mentionnées dans des termes similaires pour la SARL et la SAS : la première a trait à la procédure de constitution de la société et à l'annulation éventuelle de la société¹²⁰⁷, action en responsabilité engagée par les associés contre les autres associés ou l'organe de gestion ; la seconde à l'appréciation erronée des apports en nature ou à l'absence de vérification ou d'approbation des apports en nature effectués par les associés¹²⁰⁸, action en responsabilité engagée par les associés ou l'organe de gestion contre les autres associés ; la troisième est l'action en réparation du préjudice subi personnellement par les associés¹²⁰⁹, action en réparation engagée par les associés contre l'organe de gestion ; la quatrième est l'action sociale¹²¹⁰, action en responsabilité engagée par les associés contre l'organe de gestion afin d'obtenir réparation de l'entier préjudice subi par la société. Les actions en responsabilité proposées par le Code de commerce sont très similaires à celles proposées par la *Common Law* et l'Ordonnance, ce qui démontre une réponse similaire à la protection de l'équilibre des intérêts catégoriels contraires présents au sein de la forme sociale.

560. Dans le cas de la SARL, l'article L. 223-22 du Code de commerce dispose clairement qu'en sus de l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants afin d'obtenir réparation de l'entier préjudice subi par la société. En sus de cette action de portée générale, l'article L. 223-10 prévoit spécifiquement la responsabilité solidaire des premiers gérants et des associés envers les autres associés et les tiers du dommage résultant de l'annulation de la société et l'alinéa 4 de l'article L. 223-9 du Code de commerce prévoit que la responsabilité solidaire des associés dans certaines conditions du dommage résultant pour la société (représentée par les gérants) et pour les tiers d'une appréciation erronée de la valeur des apports en nature. Enfin, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 223-22 du Code de commerce prévoit la responsabilité des gérants vis-à-vis de la société et des tiers, les motifs de cette action sont triples, l'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables à la SARL, l'infraction aux articles des statuts ou les fautes commises dans leur gestion¹²¹¹.
561. Dans le cas de la SAS, l'article L. 227-8 du Code de commerce dispose que les règles fixant la responsabilité du président et des dirigeants sont celles applicables aux membres du Conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes. Il s'agit alors de se reporter aux articles L. 225-249 et suivants du Code de commerce : l'alinéa premier de l'article L. 225-249 du Code de commerce prévoit la responsabilité spécifique de l'organe de gestion et des associés fondateurs envers les autres associés et les tiers du dommage résultant de l'annulation de la société ; l'alinéa deuxième de l'article L. 225-249 du Code de commerce prévoit la responsabilité spécifique des associés envers les autres associés et les tiers du dommage résultant de l'absence de vérification ou d'approbation de leurs apports ou de leurs avantages ; l'article L. 225-52 du Code de commerce pose la responsabilité du président et des dirigeants vis-à-vis des associés.

¹²⁰⁷ Article L. 223-10 du Code de commerce pour la SARL et article L. 225-249 du Code de commerce pour la SAS sur renvoi de l'article L. 227-8 du Code de commerce.

¹²⁰⁸ Alinéa 4 de l'article L. 223-9 du Code de commerce pour la SARL et alinéa deuxième de l'article L. 225-249 du Code de commerce pour la SAS sur renvoi de l'article L. 227-8 du Code de commerce.

¹²⁰⁹ Alinéa 3 de l'article L. 223-22 du Code de commerce pour la SARL et article L. 225-252 du Code de commerce pour la SAS sur renvoi de l'article L. 227-8 du Code de commerce.

¹²¹⁰ Alinéa 3 de l'article L. 223-22 du Code de commerce pour la SARL et article L. 225-252 du Code de commerce pour la SAS sur renvoi de l'article L. 227-8 du Code de commerce.

¹²¹¹ Cette action est fortement similaire à l'action présentée aux sections 728 à 730 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

562. Il est manifeste que la codification des actions en responsabilité civile que peuvent engager les associés à l'encontre des organes de gestion permet une plus grande lisibilité pour les acteurs de la société. Il en résulte alors une plus grande effectivité de la règle de droit pour les demandeurs et les défendeurs à une telle action : les acteurs de la société sont mieux informés à la fois des risques encourus dans le cadre des fonctions occupées et des actions à leur disposition dans le but de protéger leurs intérêts et les intérêts de la société. L'Ordonnance a tenté de mieux codifier les actions en responsabilité civile¹²¹² mais celle-ci demeure incomplète dans la mesure où ni la règle générale ni les actions nées de la jurisprudence de *Common Law* ne sont codifiées. Le point notable de cette codification est la réunion des dispositions législatives relatives à ces actions au sein d'une même partie (*Part 14*) intitulée "*Remedies for Protection of Companies' or Members' Interests*". Cette codification réunit les armes qui sont à la disposition des *members* pour défendre leurs intérêts et droits individuels et obtenir réparation du préjudice subi¹²¹³, des *members* et des créanciers pour défendre leurs intérêts et droits individuels et obtenir réparation du préjudice subi et annulation de l'acte litigieux¹²¹⁴ et des *members* pour défendre les intérêts et les droits de la *Company* et obtenir réparation du préjudice subi¹²¹⁵. Il pourrait être souhaitable de s'inspirer de cette présentation pour regrouper au sein d'un même chapitre du Code de commerce les actions en responsabilité civile applicables aux sociétés commerciales à responsabilité limitée (SARL, SAS, société en commandite par actions et société anonyme) sur le modèle de la section VIII intitulée "De la responsabilité civile" du chapitre V applicable aux sociétés anonymes ; ce nouveau chapitre pourrait être inséré au sein du titre II intitulé "Des dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales" ou au sein du titre I intitulé "Dispositions préliminaires" et divisé en deux chapitres, le premier dénommé "Des dispositions communes" et le deuxième "De la responsabilité civile" étant donné que ces règles relatives à la responsabilité civile sont également applicables aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple.

§2. Les relations entre les tiers et les *directors* et représentants légaux

563. Les droits hongkongais et français posent un principe similaire quant au pouvoir de représentation de la *Company*, de la SARL et de la SAS dévolu par les représentants légaux vis-à-vis des tiers, ils sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (A). Le droit hongkongais des sociétés pose un garde-fou à l'utilisation de ce pouvoir de représentation, il doit être utilisé par tous les *directors* qui conviennent par une décision collégiale d'effectuer une transaction au nom de la *Company*

¹²¹² Cette codification avait été entamée dans les *Companies Ordinances* antérieures mais n'était pas aussi distinctive dans la forme ni précise sur le fond.

¹²¹³ Part 14, Division 2 "*Remedies for Unfair Prejudice to Members' Interests*", Sections 723 à 727 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : action en responsabilité engagée par un *member* pour les motifs suivants "(a) the company's affairs are being or have been conducted in a manner unfairly prejudicial to the interests of the members generally or of one or more members (including the member); or (b) an actual or proposed act or omission of the company (including one done or made on behalf of the company) is or would be so prejudicial" ; le tribunal peut formuler une injonction de faire ou de ne pas faire et des dommages-intérêts.

¹²¹⁴ Part 14, Division 3 "*Remedies for Others' Conduct in relation to Companies etc.*", Sections 728 à 730 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : action en responsabilité engagée par un *member*, ou par un créancier, pour les motifs suivants "(i) a contravention of this Ordinance; (ii) a default relating to a contravention of this Ordinance; or (a) a breach of the person's fiduciary duties owed to the company in any capacity other than as a director of the company; (b) a breach of the person's fiduciary or other duties as a director of the company owed to the company; or (c) a breach of the company's articles" ; le tribunal peut formuler une injonction de faire ou de ne pas faire, des dommages-intérêts et annuler entièrement ou partiellement l'acte litigieux.

¹²¹⁵ Part 14, Division 4 "*Derivative Action for Remedies for Misconduct against Companies etc.*", Sections 731 à 738 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* : action en responsabilité engagée par un *member* au nom et pour le compte de la *Company* dans certaines conditions ; le tribunal peut formuler une injonction de faire ou de ne pas faire et des dommages-intérêts.

alors que le droit français permet à chaque représentant légal d'engager seul la SARL ou la SAS (B).

A. Des pouvoirs de représentation étendus vis-à-vis des tiers

564. L'étude du pouvoir de représentation des *directors* d'une *Company* vis-à-vis des tiers (1) montre que la règle suivante est applicable à la fois aux *Companies* et aux SARL et SAS (2) : pour tout tiers de bonne foi, le pouvoir des *directors* et représentants légaux de la *Company* et des SARL et SAS d'engager celle-ci ou d'autoriser une tierce personne à l'engager est sans limite.

1. Des pouvoirs très vastes potentiellement encadrés par les *members*

565. Une *Company* peut engager tout type d'activités non interdites par la loi dans la mesure où "A *Company* has the capacity, rights, powers and privileges of a natural person of full age."¹²¹⁶. Ainsi, la limitation des pouvoirs de la *Company* peut être organisée dans les *articles*¹²¹⁷ par les *members* selon deux méthodes. Les *members* peuvent choisir de définir un objet social ; la *Company* doit s'interdire d'effectuer un acte qui n'entrerait pas dans la définition de son objet social¹²¹⁸. Les *members* peuvent altérer ou exclure un pouvoir et la *Company* ne doit pas exercer ce pouvoir en contrariété avec l'altération ou l'exclusion de celui-ci prévue dans les *articles*¹²¹⁹. De ces limitations insérées dans les *articles* par les *members*, deux règles sont ajoutées par l'Ordonnance : les *members* peuvent agir en justice afin d'interdire à la *Company* d'effectuer un acte contraire aux *articles* (c'est-à-dire un acte commis au-delà de l'objet social ou un acte commis au-delà des pouvoirs altérés ou exclus par les *articles*) à moins que l'acte litigieux doive être effectué afin que la *Company* remplisse les obligations nées d'un acte antérieur à celui-ci¹²²⁰ ; un acte accompli par la *Company* n'est pas nul du fait qu'il ait été réalisé en infraction des *articles*, c'est-à-dire un acte commis au-delà de l'objet social ou un acte commis au-delà des pouvoirs altérés ou exclus par les *articles*¹²²¹.

566. Le pouvoir de représenter la *Company* vis-à-vis des tiers est dévolu aux *directors* de la *Company*¹²²² : pour tout tiers de bonne foi, le pouvoir des *directors* de la *Company* d'engager celle-ci ou d'autoriser une tierce personne à l'engager est sans limite, notamment du fait de termes restrictifs insérés dans les *articles* de la *Company*, dans une décision de tous les *members* de la *Company* ou d'une catégorie de *members* de la *Company* ou dans un accord entre *members* ou catégories de *members* de la *Company*. L'Ordonnance ajoute qu'il n'y a pas de présomption de connaissance par les tiers des termes insérés dans les trois types de documents précités du simple fait de leur publicité au *Companies Registry*¹²²³. Cela étant, les *members* peuvent saisir les tribunaux hongkongais pour empêcher un *director* d'agir au nom et pour le compte de la *Company* en violation des *articles* limitant leurs pouvoirs¹²²⁴. De plus,

¹²¹⁶ Section 115 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²¹⁷ Section 116 intitulée "Company's exercise of powers limited by articles" de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²¹⁸ Section 116 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²¹⁹ Section 116 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²⁰ Sections 116 (3) et (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²¹ Section 116 (5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²² Section 117 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) : "Subject to section 119, in favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the company's directors to bind the company, or authorize others to do so, is to be regarded as free of any limitation under any relevant document of the company."

¹²²³ Section 120 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²⁴ Sections 117 (3) et (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622). En vertu de la Part 14, Division 3 "Remedies for Others' Conduct in relation to Companies etc.", Sections 728 à 730 de la *Companies Ordinance* (Cap.622), cette action est également ouverte aux *members* et aux créanciers de la *Company*. En vertu de la *Common Law*,

leur responsabilité civile pourra être engagée dans le cas où ceux-ci agissent au-delà des pouvoirs qui sont conférés à la *Company* par les *articles*¹²²⁵.

567. Dans le cas où les *directors* engagent la *Company* en dehors des limites qui sont mentionnées dans les *articles*, l'acte pourrait être annulé sur saisine de la *Company* si au moins un *director* de la *Company* ou un *director* d'une société-mère de la *Company* ou une entité liée à un tel *director* est partie à l'acte¹²²⁶ étant donné que celui-ci devait avoir pleinement conscience du caractère illégal de l'acte. En dehors de l'annulation de l'acte, la *Company* peut obtenir réparation du préjudice subi ou des pertes résultant de l'acte litigieux¹²²⁷. L'acte litigieux ne peut plus être annulé sur saisine de la *Company* si l'argent ou l'actif sujet de l'acte litigieux ne peut plus être restitué, si la *Company* a été indemnisée pour les pertes ou le préjudice né de l'acte litigieux, si une personne tierce à l'acte a acquis de bonne foi des droits en contrepartie d'un prix sans avoir eu connaissance du fait que les *directors* dépassaient leurs pouvoirs et que les droits de cette tierce personne en seraient affectés ou, finalement, si la *Company* a ratifié l'acte litigieux¹²²⁸.
568. Comme nous l'avons déjà indiqué, depuis que l'Ordonnance n'exige plus que l'objet social soit mentionné dans les *articles*, il est très rare que les *founder members* ou les *members* limitent les pouvoirs dévolus aux *directors* afin d'éviter les risques de litiges en application de la jurisprudence constante dite *ultra vires*.

2. Un principe similaire gouvernant l'engagement des SARL et SAS vis-à-vis des tiers

569. Nous ne pouvons que mettre en exergue la similitude des règles hongkongaises et françaises applicables aux pouvoirs des représentants légaux. Il semblerait que le droit ait trouvé ici un équilibre entre les intérêts catégoriels en présence et une règle permettant de rééquilibrer l'asymétrie d'information entre les catégories d'acteurs : l'intérêt de la société animée par son représentant légal qui a son propre jugement et son propre pouvoir décisionnel quant au développement de l'entreprise et dont les actes sont encadrés par la protection de l'intérêt social ; l'intérêt des associés qui donnent la latitude nécessaire au représentant de leur société pour développer l'entreprise tout en souhaitant être protégés contre des actes inappropriés voire farfelus du représentant ; l'intérêt des tiers qui doivent être protégés car ils ne disposent pas tous de l'expérience, des connaissances et de l'information nécessaires pour contracter sainement avec la société. Le représentant légal (le gérant de la SARL ou le président de la SAS) est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés¹²²⁹ ou dans la limite de l'objet social¹²³⁰ ; la société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent

cette action est également ouverte aux *members* : "A member's personal action is the right of action of a member of a company against the company arising from a breach by the company of the member's personal legal rights. A member's personal action may arise pursuant to an express contract between the member and other members or between the member and the company, or pursuant to a personal cause of action conferred by statute or general law, or to enforce the memorandum and articles of association as a statutory contract. A member's personal action is taken to restrain by way of injunction directors from acting *ultra vires* the company or in excess of their own powers or acting unfairly to the members (Simpson v Westminster Palace Hotel Co (1860) 8 HL cas 712)", CHAN Patrick (Mr. Justice), Hong Kong Legal Dictionary, Butterworths Hong Kong, 2004.

¹²²⁵ Section 117 (5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²⁶ Section 118 (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²⁷ Section 118 (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²⁸ Section 118 (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²²⁹ Alinéa 5 de l'article L. 223-18 du Code de commerce.

¹²³⁰ Alinéa 1 de l'article L. 227-6 du Code de commerce.

pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve¹²³¹ ; les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers¹²³². L'action en responsabilité contre les représentants légaux est également ouverte en droit français à la société, aux tiers et aux associés en application de l'article L. 223-22 pour les SARL et des articles L. 225-251 et L. 225-252 pour la SAS.

570. La différence entre les ordres français et hongkongais réside alors dans le document qui pourrait restreindre les pouvoirs des représentants légaux : il s'agit des statuts en droit français et d'un document extrastatutaire en droit hongkongais (que ce soit dans le *shareholder agreement* ou dans le contrat de service du *director* ou dans une décision des *members* de la *Company* nommant le *director* visé par la restriction de ses pouvoirs de représentation). La portée de cette différence ne nous semble pas notable dans la mesure où, même si les actes limitant les pouvoirs des représentants légaux des SARL, SAS et *Company* font l'objet d'une publicité, il n'est pas possible d'opposer cette publicité à la tierce personne de bonne foi partie à l'acte par lequel les représentants légaux engagent la société en dehors de leurs pouvoirs pour désengager la société par l'obtention de l'annulation de l'acte litigieux.

B. La mise en œuvre des pouvoirs de la société par les représentants légaux

571. La mise en œuvre du pouvoir de représentation de la *Company* par les *directors* est collégiale, un *director* ne peut théoriquement engager seul la *Company* sans l'accord des autres *directors* (1). Cet exercice collégial du pouvoir de représentation est diamétralement opposé à l'exercice séparé du pouvoir de représentation d'une SARL et d'une SAS en cas de pluralité de représentants légaux et pourrait inspirer les règles françaises quant à la mise en place d'un garde-fou à la conduite des affaires de la SARL et de la SAS considérant l'autonomie dont disposent les représentants légaux par rapport aux associés (2).

1. L'exercice collégial du pouvoir par les *directors*

572. La mise en œuvre des pouvoirs de la *Company* par les *directors* est organisée par le modèle d'*articles-type* proposé en application de l'Ordonnance. Il est en effet intéressant de noter que l'Ordonnance encadre l'expression du pouvoir des *members* à la Part 12 "*Company Administration and Procedure*" mais n'encadre pas précisément l'exercice des pouvoirs des *directors*. L'Ordonnance ne mentionne pas expressément, contrairement à l'article L. 227-5 du Code de commerce pour la SAS, que les modalités dans lesquelles la *Company* est gérée relèvent des *articles*. Le résultat est le même : *Company* et SAS présentent un régime similaire sur cette question.

573. L'article 3 intitulé "*Directors' general authority*" du modèle d'*articles-type* confirme que, dans le respect de l'Ordonnance et des *articles* de la *Company*, les *directors* gèrent l'entreprise et les affaires de la *Company* et qu'ils exercent tous les pouvoirs de celle-ci¹²³³ ; l'article 3(4) ajoute que le *board of directors*, à partir du moment où le quorum nécessaire est atteint, peut exercer tous les pouvoirs dévolus aux *directors*. L'article 7 dudit modèle intitulé "*Directors to take decision collectively*" précise qu'une décision des *directors* ne peut être prise que par une

¹²³¹ Alinéa 5 de l'article L. 223-18 du Code de commerce pour la SARL et alinéa 2 de l'article L. 227-6 du Code de commerce pour la SAS.

¹²³² Alinéa 6 de l'article L. 223-18 du Code de commerce pour la SARL et alinéa 4 de l'article L. 227-6 du Code de commerce pour la SAS.

¹²³³ Article 3 (1) du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares*, *schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

majorité des *directors* au cours d'une réunion du *board of directors* ou par la signature par tous les *directors* d'un acte reprenant ladite décision. L'unique exception à cette règle de la prise de décision collégiale réside dans le cas d'une *Company* dirigée par un seul *director*¹²³⁴.

574. Il résulte des termes du modèle d'*articles*-type que le pouvoir de représentation de la *Company* vis-à-vis des tiers dévolus aux *directors* est quasiment illimité et qu'en contrepartie (ou contre-pouvoir) le modèle d'*articles*-type prévoit un exercice collégial des pouvoirs dans le but de protéger la *Company*, ses *members* et les tiers : imposer un exercice collégial des pouvoirs par les *directors* constitue un garde-fou ou un contrôle *a priori* de l'ensemble des *directors* sur l'acte qui pourra engager la *Company*. De plus, dans le cas où des restrictions aux pouvoirs des *directors* ont été insérées dans les *articles* ou édictées dans une décision des *members* ou stipulées dans un accord passé entre les *members* et communiqué aux *directors*, l'obligation d'une décision collégiale permet de mieux garantir aux *members* le respect de ces restrictions par les *directors*. Ce garde-fou est inexistant dans le cas d'une *Company* composée d'un seul *director* mais dans le cas d'une *Company* hébergeant une entreprise de *joint-venture* où les *members* ne sont pas liés par des liens familiaux, il est rare que lesdits *members* ne désignent qu'un seul *director*. L'objectif de cet exercice collégial des pouvoirs des *directors*, qui peut présenter l'inconvénient de ralentir la *Company* dans sa prise de décision malgré les deux méthodes offertes aux *directors* pour prendre leurs décisions, est de réduire le contentieux des actions en responsabilité civile intentées par les *members* en limitant *a priori* les dérives dans la gestion de leur *Company* et intentées par les tiers en tentant d'éviter l'engagement de la *Company* en dehors du champ des pouvoirs conférés aux *directors*.
575. En pratique, si la *Company* doit signer un acte, le *board of directors* doit se réunir et voter en faveur de la signature de l'acte et désigner le *director* qui sera spécifiquement habilité à signer ledit acte¹²³⁵ (alternativement et si les *articles* le prévoient, les *directors* peuvent tous donner leur accord par la signature d'un acte écrit¹²³⁶). Il existe cependant un tempérament à cette règle : dans le cas où la *Company* doit signer un contrat qui doit être légalement formalisé par un écrit et signé *under seal*¹²³⁷, la *Company* doit faire signer ce contrat par un des *directors* avec son *common seal*¹²³⁸ ou par deux *directors* ou par un *director* et le *company secretary*¹²³⁹.
576. La *Company* peut déléguer le pouvoir de signature d'un acte à un *attorney*¹²⁴⁰. Cette délégation de signature peut être générale ou mentionner un acte spécifique, elle peut être valable pour toutes les formes d'acte ou pour certaines formes uniquement, elle peut être limitée au territoire de Hongkong ou étendue à d'autres territoires géographiques ; elle est généralement limitée dans le temps ; dans tous les cas, elle doit être effectuée sous la forme d'un *deed*.
577. Au quotidien, les tiers à une *Company* qui sont des professionnels (par exemple une banque lors de l'ouverture d'un compte bancaire ou d'une ligne de crédit, le propriétaire d'un bien

¹²³⁴ Articles 7 (2) et (3) du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹²³⁵ Quant au formalisme des actes écrits ou oraux, voir les sections 121 à 129 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²³⁶ Article 8 intitulé "Unanimous decision" du modèle d'*articles*-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹²³⁷ Section 121 (1) (a) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²³⁸ Section 121 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²³⁹ Section 127 (3) (b) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁴⁰ Section 129 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

immobilier ou une société de gestion immobilière ou un cabinet d'avocats lors de la signature d'un contrat de vente ou de location d'un bien immobilier ou une administration lors du lancement d'une procédure contentieuse ou administrative dans le but d'obtenir une licence autorisant la conduite d'une activité réglementée) et qui contractent avec elle demandent la copie du procès-verbal du *board of directors* ou la copie de l'acte signé par tous les *directors* approuvant le contenu du contrat, sa signature et à la désignation du *director* qui le signera (parfois, les tiers demandent également la copie des *articles*). La *Company* se pliera à cette requête, qui entre dans le cadre de relations contractuelles normales à Hongkong¹²⁴¹.

2. La répartition des pouvoirs dans le cas de la pluralité de représentants légaux

578. La solution adoptée dans le cas de la SARL ou de la SAS lorsque le pouvoir de représentation est assumé par plusieurs représentants légaux est différente de la solution hongkongaise : en cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément le même pouvoir d'engager la SARL¹²⁴² ; en cas de nomination d'un directeur général et d'un directeur général délégué, ceux-ci détiennent séparément le pouvoir d'engager la SAS¹²⁴³. En d'autres termes et contrairement à Hongkong, chaque représentant légal peut individuellement et sans l'accord des autres engager la SARL et la SAS vis-à-vis des tiers. En outre, même si un représentant légal s'oppose à l'acte passé au nom et pour le compte de la société par un autre représentant, cette opposition est inopposable au tiers, sauf à prouver que celui-ci en avait eu connaissance¹²⁴⁴.
579. Le devoir de surveillance à l'égard des cogérants¹²⁴⁵ pourrait être rapproché du principe de l'exercice collégial des pouvoirs des *directors* d'une *Company* ; cependant, ce devoir de surveillance ne permet pas de protéger les tiers ni la société ni les associés contre l'engagement *ultra vires* de la SARL par un de ses gérants, il constitue une cause de responsabilité qui pourrait être invoquée par un associé à l'encontre du gérant fautif. En effet, au vu des dispositions de l'Ordonnance, même si vis-à-vis des tiers les *directors* peuvent engager la *Company* sans limite (même si les *members* en ont posé)¹²⁴⁶, les *members* peuvent saisir le tribunal hongkongais pour obtenir une injonction de ne pas faire à l'attention des *directors* s'ils ont connaissance de leur intention d'engager la *Company* en dehors de leurs pouvoirs avant qu'ils n'engagent la *Company* ou, à défaut d'avoir eu connaissance à temps de leur intention¹²⁴⁷ et les *members* peuvent saisir le tribunal pour obtenir l'annulation de l'acte si les *directors* ont engagé la *Company* en infraction des termes des *articles* et qu'une des parties à l'acte est un *director* de ladite *Company* ou de la société-mère de ladite *Company* ou est une entité liée à un *director* de ladite *Company* ou de la société-mère de ladite *Company*¹²⁴⁸.
580. Quant à l'engagement de la responsabilité des représentants légaux, l'article L. 225-251 du Code de commerce pose la responsabilité du président vis-à-vis de la SAS et des tiers, tout comme l'article L. 223-22 pour le gérant de la SARL. La section 117 (5) de l'Ordonnance retient le même principe selon lequel la responsabilité des *directors* peut être engagée dans le

¹²⁴¹ Des exemples de procès-verbal établis par une *Company* sont reproduits à l'annexe 9.

¹²⁴² Alinéa 7 de l'article L. 223-18 du Code de commerce.

¹²⁴³ Article L. 227-6 du Code de commerce.

¹²⁴⁴ Alinéa 7 de l'article L. 223-18 du Code de commerce.

¹²⁴⁵ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 550, point 1078.

¹²⁴⁶ Section 117 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²⁴⁷ Sections 116 (3) et 117 (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²⁴⁸ Sections 118 (1) et (2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

cas où ceux-ci engagent la *Company* au-delà des pouvoirs qui leurs sont dévolus par les *articles* de la *Company* au sein de laquelle ils sont *directors*.

Conclusion du Chapitre 1. La reconnaissance renforcée de l'organe de gestion, un équilibre entre unicité et souplesse

581. L'organe de gestion des *Companies* présente un caractère d'unicité. Il est organisé par un tronc commun de règles applicables à toutes les *Companies*. Quelle que soit la *Company*, les *members* doivent désigner au moins un *director* et les tiers peuvent se référer au *director* de la *Company*. La *Company* s'enfile comme un gant : la notion et le régime du *director* sont communs à toutes les *Companies*. Les tiers à la *Company* la reconnaissent de manière certaine. Cette certitude est source d'efficacité économique, de rapidité et de réactivité lors de l'immatriculation de la *Company* mais aussi lors d'opérations de restructuration, de reprise et de développement et lors de relation commerciales avec les tiers. Ces relations commerciales qui ne sont pas bridées par la mention d'un objet social limitatif et qui sont encouragées par l'existence d'un dialogue préventif entre les *members* et les *directors*.

582. Nous souhaitons illustrer la limitation de la liberté d'entreprendre résultant des règles de droit et démontrant l'interventionnisme étatique au sein du droit des sociétés par deux exemples comparant la règle française et la règle hongkongaise. Les deux illustrations qui vont faire l'objet des développements ci-après tendent à montrer que la liberté d'entreprendre peut être bornée par une limitation positive posée par une règle de droit ou par l'absence de soutien apporté aux entrepreneurs (ce manque de soutien ne leur permettant pas de se dégager du temps pour développer leur entreprise par rapport au temps nécessaire à accomplir des formalités administratives pesantes du fait de leur volume, de leur répétition ou du temps nécessaire à les comprendre et à les effectuer). Lors de l'institution d'une société en France, l'entrepreneur est immédiatement borné par la définition de l'objet social qu'il doit arrêter dans les statuts de sa future société (section 1). Cette limitation à la liberté d'entreprendre est surprenante à plusieurs titres : nous souhaitons discuter cette question dans la première section de ce chapitre. Outre la limitation de la promotion de l'entrepreneuriat et du développement de l'entreprise, la portée de cette exigence d'indiquer l'objet social dans les statuts d'une SARL et d'une SAS est d'encadrer les actes effectués par l'organe de gestion. Cependant, la portée de l'objet social dans ce domaine n'est que partielle car tout acte de la société, même effectué en dehors de l'objet social, est opposable à celle-ci dans ses relations avec les tiers. La portée de l'exigence de définir un objet social est utile dans le cadre de la relation entre la société, les associés et l'organe de gestion. A la lumière du droit hongkongais qui n'exige pas la définition de l'objet social dans les statuts, il nous semble pertinent d'étudier les alternatives légales mises en place dans une *Company* pour libérer le champ d'action de l'entreprise et des SARL et des SAS tout en encadrant les pouvoirs de l'organe de gestion, en lui apportant un soutien opérationnel et une communication renforcée avec les associés (section 2).

Section 1. L'abandon de l'obligation de définir l'objet social dans les statuts des sociétés fermées à risque limité françaises sur le modèle de la *Company*

583. L'obligation de définir un objet social dans les statuts emporte l'encadrement de la liberté d'entreprendre par la législation et donc par l'État qui considère que les affaires des sociétés sont des affaires sur lesquelles il a un droit de regard. L'entrepreneur ne peut utiliser sa société que pour l'entreprise qui entre dans la définition de l'objet social et toute évolution de l'entreprise entraîne au moins la modification de la définition de l'objet social dans les statuts. Au pire, l'évolution de l'entreprise entraîne l'obligation pour l'entrepreneur d'instituer une nouvelle société pour héberger la nouvelle entreprise. Cette création peut être bénéfique d'un point de vue de la limitation des risques et de la sectorisation des activités ainsi que du point de vue statistique pour les greffes des tribunaux de commerce. Cette création peut s'avérer problématique lors de la recherche de financement pour l'entreprise qui, hébergée dans une nouvelle société, peut proposer moins de garanties qu'une société établie de longue date bénéficiant d'une antériorité sur le plan financier. Cette création peut simplement ne pas répondre au souhait de l'entrepreneur en termes de multiplication des coûts de l'institution et de la gestion de la vie sociale d'une SARL ou d'une SAS et du temps dédié au suivi légal, administratif et financier (§1). À la lumière de la portée de l'abolition de l'exigence de la mention de l'objet social pour une pratique hongkongaise, le droit français applicables aux SARL et aux SAS pourrait être modifié dans le but de simplifier la gestion de l'évolution de la structure de la société pour coller à la réalité de l'entreprise à tout instant et offrir aux entrepreneurs un "véhicule tous terrains"¹²⁴⁹ (§2).

§1. L'absence d'exigence de définition de l'objet social, un principe récent du droit hongkongais largement approuvé par la pratique

584. Comme nous l'avons détaillé précédemment, l'objet social n'est pas un élément constitutif d'une *Company*. La section 82(2) de l'Ordonnance dispose qu'une *Company* est libre d'indiquer ou non son objet social dans ses *articles*. Si celui-ci est mentionné, il limite alors le champ d'action de la *Company* au cours de son existence et celle-ci ne peut faire que ce qui est indiqué dans son objet social ou ce qui est en rapport direct avec celui-ci. En effet, à la lecture de l'objet social, le lecteur doit être capable de connaître le secteur d'activité dans lequel la *Company* évolue et est limitée.

585. En droit français, l'objet social est le type d'activité choisi par la société dans ses statuts ; il renvoie à l'entreprise commune listée comme un des éléments matériels constitutifs de la société par l'article 1832 du Code civil. L'objet social est potentiellement un critère distinctif d'une société à une autre, contrairement à la cause de la société qui demeure immuablement l'enrichissement des associés ou l'économie qui peut résulter de l'exploitation de l'objet social et à l'intérêt social qui dicte aux organes de toute société un cap à leur action.

586. Ainsi, la notion d'objet social en droits hongkongais et français renvoie à la même définition du secteur d'activité de l'entreprise hébergée par la société. Cependant, les droits hongkongais et français diffèrent : les *members* d'une *Company* sont libres de ne pas imposer un objet social à celle-ci et cette réforme avant-gardiste présente de nombreux avantages que nous jugeons utile de proposer pour une simplification du droit français. L'abolition de l'exigence de mentionner l'objet social dans les *memorandum of association* d'une *Company* est entrée

¹²⁴⁹ Expression utilisée par Monsieur Arthuis, sénateur et rapporteur de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'entreprises unipersonnelle à responsabilité limitée, dans son discours donné lors de la séance du mercredi 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, Année 1985, n°20 S. (C. R.), jeudi 23 mai 1985, page 655.

en vigueur le 10 février 1997, jour de l'adoption de la *Companies (Amendment) Ordinance 1997 (Ord No 3 of 1997)*¹²⁵⁰ et de l'entrée en vigueur des sections 5A et 5B de la *Companies Ordinance (Cap.32)*, dont le contenu est repris aux sections 115 et 116 de l'Ordinance. Il en résulte que la mention de l'objet social dans les *memorandum of association* et, à compter du 3 mars 2014 dans les *articles of association*, est optionnelle (A). La portée de cette réforme tend à démontrer son utilité et son efficacité au regard de plusieurs aspects du droit des sociétés (B).

A. Le contenu de la réforme : l'abolition de l'exigence de la mention de l'objet social et la reconnaissance du pouvoir général d'une Company

587. Les arguments développés en faveur de cette réforme (1) ont montré leur justesse dès l'entrée en vigueur de celle-ci en matière de simplification de la *Company* tout en garantissant la sécurité juridique des acteurs (2).

1. Les arguments avancés en faveur de cette réforme

588. Les arguments apportés en faveur de l'abolition de cette exigence sont de deux ordres¹²⁵¹, le premier est à notre avis majeur et le second nous semble mineur.

Premièrement, l'exigence de la mention de l'objet social visait à protéger les tiers contractant avec la *Company* et à assurer aux *members* une gestion de l'entreprise par les *directors* dans le cadre de cet objet. Or, au fil des décennies, afin par exemple de permettre à la *Company* d'échapper à ses obligations¹²⁵², notamment contractuelles, l'objet social indiqué dans les *memorandum of association* est devenu tellement large qu'il ne reflétait plus réellement l'entreprise effectivement hébergée et gérée par la *Company*¹²⁵³. De plus, les procédures internes à une *Company* liées à la modification de l'objet social ont été simplifiées et la clause mentionnant l'objet social était devenue d'une utilité discutable : une décision des *directors* prise en dehors de l'objet social peut être ratifiée par une *ordinary resolution* des *members*¹²⁵⁴ et une décision modifiant l'objet social peut être mise en œuvre par une *special resolution* des *members*¹²⁵⁵.

Deuxièmement, l'abolition de cette exigence en Australie et au Canada¹²⁵⁶, puis en Grande-Bretagne, a joué en faveur de la réforme de la *Companies Ordinance (Cap.32)* en ce sens. Déjà le neuvième rapport annuel du Committee publié en 1992 encourageait le

¹²⁵⁰ Le projet de loi (ou *bill*) a été publié le 26 avril 1996 à la Gazette du Gouvernement de Hongkong, Legal Supplement 3.

¹²⁵¹ Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [5.03].

¹²⁵² *Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v Riche* (1875) LR 7 HL 635, Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [5.03]. La clause définissant largement l'objet social et l'application de la doctrine *ultra vires* permettaient à une *Company* d'échapper notamment à ses obligations contractuelles.

¹²⁵³ *Cotman v Brougham* [1918] AC 514 : "In *Pearl Island Hotel Ltd v Li Ka Yu & Anor* [1988] HKC 512 at 515, Cruden J observed "The *ultra vires* doctrine, of course, applies in Hong Kong. The early historical restrictive intention of an objects clause, to limit a company's powers and make those actual powers clear to third parties, has largely been defeated by the widespread practice to include in each company's memorandum of association, a wide variety of objects, far beyond those contemplated as probable future businesses, by those who initially created the company.", Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [5.03].

¹²⁵⁴ *Grant v United Kingdom Switchback Rlys Co* (1888) 40 ChD 135, CA (Eng).

¹²⁵⁵ Section 8 de la Companies Ordinance (Cap.32) devenue Section 89 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁵⁶ Ces deux territoires ont donné à la *Company* la capacité et les pouvoirs d'une personne physique, Ninth Annual Report for 1992-1993 of the Standing Committee on Company Law Reform, page 37. Le détail des positions australienne et britannique, Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [5.05].

Legislative Council hongkongais à adopter les positions canadienne et australienne¹²⁵⁷ dans la loi alors que la Grande-Bretagne n'avait pas encore sauté le pas malgré quelques modifications du *Companies Act (1985)*¹²⁵⁸.

589. L'enjeu de cette réforme était qu'en cas de transaction engageant la *Company* en dehors de son objet social, cette transaction pouvait toujours être ratifiée par l'organe compétent en la matière. Ainsi, pour les praticiens hongkongais de l'époque, cet enjeu était mineur en contrepartie du gain de l'abandon de l'exigence de la mention obligatoire de l'objet social du fait de la simplicité et de la fréquence de la ratification des transactions effectuées par les *directors* en dehors de l'objet social de la *Company*. Il est important de noter ici que cet enjeu doit être distingué de la situation où la *Company* agit en dehors de ses capacités et où la transaction ne peut être ratifiée. En effet, la limitation de l'objet social doit être distinguée de celle apportée par l'Ordinance qui interdit purement et simplement, ou sous certaines conditions, à une *Company* d'effectuer certaines transactions expressément mentionnées et ce, malgré la capacité générale d'une *Company*.

2. Les conséquences de cette réforme

590. Les conséquences de cette réforme sont triples : elle abandonne l'applicabilité de la doctrine *ultra vires* pour les *Companies* qui ne mentionnent pas d'objet social dans leurs *memorandum of association*¹²⁵⁹ (puis dans leurs *articles*), elle donne plus d'importance à la notion d'intérêt social et elle reconnaît la capacité générale d'une *Company* égale à celle d'une *natural person*¹²⁶⁰.

591. Avant le 10 février 1997, les *memorandum of association* d'une *Company* mentionnaient son objet social limitant ses opérations. Un acte d'une *Company* pris en dehors de son objet social était qualifié d'*ultra vires* et était nul. À compter du 10 février 1997, un acte d'une *Company* pris en dehors de son objet social ou en infraction des termes de ses *articles of association* limitant sa capacité ou son pouvoir n'est pas nul¹²⁶¹. Il en résulte que, pour les tiers de bonne foi, les transactions effectuées par les *directors* d'une *Company* sont opposables à celle-ci quel que soit le contenu des *articles* ou de tout autre document de la *Company*¹²⁶² (c'est-à-dire qu'ils limitent ou non sa capacité ou son pouvoir). Il en résulte que, pour les *members*, le recours qui leur est offert est de pouvoir obtenir une injonction de ne pas faire avant que l'acte ne soit pris en dehors de l'objet social de la *Company* ou en dehors du pouvoir des *directors*¹²⁶³. Une fois cet acte pris en dehors de l'objet social de la *Company* ou en dehors du pouvoir des *directors* liant la *Company*, un *member* ne peut obtenir une injonction de ne pas faire portant sur les actes découlant d'un tel acte¹²⁶⁴ ; cependant, il peut engager la responsabilité des *directors* ayant pris un acte en dehors de l'objet social de la *Company* ou en dehors de leurs pouvoirs. En effet, si les *directors* engagent la *Company* en dehors de son objet social, leur décision ne constitue plus un manquement à leur devoir¹²⁶⁵. La *Company* peut engager une action à l'encontre de ses *directors* pour obtenir des dommages-intérêts pour compenser les pertes et les dommages causés par la transaction litigieuse et un *member* peut

¹²⁵⁷ Ninth Annual Report for 1992-1993 of the Standing Committee on Company Law Reform, page 39.

¹²⁵⁸ Ninth Annual Report for 1992-1993 of the Standing Committee on Company Law Reform, page 38.

¹²⁵⁹ Ninth Annual Report for 1992-1993 of the Standing Committee on Company Law Reform, pages 34 et 35.

¹²⁶⁰ Section 115 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁶¹ Section 116(5) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁶² Section 117(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁶³ Section 117(3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁶⁴ Section 117(4) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁶⁵ *Land Credit Co of Ireland v Lord Fermoy (1869) LR 8 Eq 7*, Annotated Ordinances of Hong Kong, *Companies Ordinance (Cap.32)*, November 2013, Item [95.668].

également engager une action personnelle, représentative ou dérivée, pour obtenir la réparation appropriée¹²⁶⁶.

592. Le garde-fou aux actes des *directors* réside dans l'intérêt social et, du fait de l'abandon de l'exigence de la mention de l'objet social dans les *articles of association*, cet intérêt social prend une nouvelle ampleur. Ainsi, que l'objet social soit défini et qu'il limite la capacité générale et le pouvoir de la *Company* ou que la capacité de la *Company* soit générale et sans limite et que les pouvoirs des *directors* soient également sans limite, les *members* d'une *Company* sont protégés vis-à-vis des actes des *directors* sur la base de la relation fiduciaire qui lie la *Company* et ses *directors*. En vertu de leur position fiduciaire¹²⁶⁷, les *directors* ont le devoir d'agir de bonne foi dans les meilleurs intérêts de la *Company*¹²⁶⁸. Ce devoir fiduciaire lie les *directors* et la *Company* et non les *directors* et les *members* pris individuellement ou collectivement ni les société-mère et filiale de la *Company*¹²⁶⁹. L'intérêt de la *Company* s'entend cependant de celui des *members* présents et futurs¹²⁷⁰ et des employés si l'intérêt ultime de ceux-ci rejoint celui des *members*¹²⁷¹. Dans le cas d'une *Company* insolvable ou sur le point de l'être, les *directors* doivent, dans l'exercice de leurs pouvoirs, prendre en compte l'intérêt des créanciers de la *Company*¹²⁷². Pour les *members*, leur protection par le garde-fou de l'intérêt social présente une certaine incertitude qui réside dans le fait que le devoir des *directors* est subjectif et seuls les *directors* peuvent en déterminer sa substance au regard de la *Company* qu'ils dirigent et gèrent¹²⁷³. Cette incertitude peut être solidifiée car, dans l'éventualité où les *directors* utiliseraient leurs pouvoirs en poursuivant un but impropre (ou *improper purpose*) par rapport à la *Company* qu'ils dirigent et gèrent, leur décision pourrait être contestée même s'ils pensent qu'ils ont agi dans l'intérêt de la *Company*¹²⁷⁴.

593. Avant l'abolition de la mention obligatoire de l'objet social dans le *memorandum of association*, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur des sections 5A et 5B de la *Companies Ordinance*

¹²⁶⁶ Edwards v Halliwell [1950] 2 All ER 1064, CA (Eng); Hoole v Great Western Rly Co (1867) 3 Ch App 262, Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [95.668].

¹²⁶⁷ "By virtue of their fiduciary position", Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [95.664].

¹²⁶⁸ Re Smith and Fawcett Ltd [1942] Ch 304 at 306, [1942] 1 All ER 542 at 543, CA (Eng) ; Alexander v Automatic Telephone Co [1900] 2 Ch 56 at 72, CA (Eng) ; Charterbridge Corp Ltd v Lloyds Bank Ltd [1970] Ch 62 at 74, [1969] 2 All ER 1185 at 1194 ; Cingtung Futures Limited (in liquidation) v Lai Cheuk Kwan Arthur [1992] 2 HKC 637.

¹²⁶⁹ Percival v Wright [1902] 2 Ch 421 ; Pergamon Press Ltd v Maxwell [1970] 2 All ER 809, [1970] 1 WLR 1167 ; Charterbridge Corp Ltd v Lloyds Bank Ltd [1970] Ch 62 at 74, [1969] 2 All ER 1185 at 1194.

¹²⁷⁰ Inspiration de la section 16(2) de la Companies Ordinance (Cap.32) repris dans la section 73 de la Companies Ordinance (Cap.622).

¹²⁷¹ Gaiman v National Association for Mental Health [1971] Ch 317 at 330, [1970] 2 All ER 362 at 374 ; Hutton v West Cork Rly Co (1883) 23 ChD 654, CA (Eng) ; Parke v Daily News Ltd [1962] Ch 927, [1962] 2 All ER 929.

¹²⁷² West Mercia Safetyware Ltd v Dodd [1988] BCLC 250, CA (Eng) ; Re Horsley and Weight Ltd [1982] Ch 442 at 453-454, [1982] 3 All ER 1045 at 1054, 1056 ; Winkworth v Edward Baron Development Co Ltd [1987] BCLC 193 at 197, HL.

¹²⁷³ Re Smith and Fawcett Ltd [1942] Ch 304 at 306, [1942] 1 All ER 542 at 543, CA (Eng) ; UDL Holdings Ltd v Leung Yuet Keong [2008] 6 HKC 127 ; Choy Bing Wing v Max Share Ltd (unreported, 31 August 1993; MP 1096/1993) ; Equiticorp Finance Ltd v Bank of New Zealand (1993) 32 NSWLR 50 (directors are bound to exercise their powers bona fide in what they consider is in the interests of the company and not for any collateral purpose) ; Akai Holdings Ltd v Kasikorn Bank Ltd [2010] 13 HKCFAR 283.

¹²⁷⁴ Hogg v Cramphorn Ltd [1967] Ch 254, [1966] 3 All ER 420 ; Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd [1974] AC 821, [1974] 1 All ER 1126, PC ; Kwok Shun On v Wong Sai Wing [2001] 3 HKLRD 811 (the court will not interfere with a bona fide management decision, supported by the opinions of professional advisers, that a company is in need of funds), cité dans Item [95.664], Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013.

Ordinance (Cap.32), la clause de l'objet social devait définir les pouvoirs de la *Company* et celle-ci ne disposait pas de pouvoirs autres que ceux expressément conférés dans ladite clause ou qui pouvaient être considérés incidents ou découlant implicitement¹²⁷⁵ des pouvoirs expressément conférés. Par exemple, une *Company* ne disposait pas du pouvoir d'acquérir ou de disposer d'un bien immobilier si ce pouvoir n'était pas expressément conféré par la clause d'objet social¹²⁷⁶. Suite à la réforme du 10 février 1997, le principe de la capacité d'une *Company* est modifié : une *Company* passe d'une capacité spécifique à une capacité générale égale à celle d'une *natural person of full age*¹²⁷⁷ (c'est-à-dire d'une personne physique majeure). Il en résulte qu'en l'absence de mention de l'objet social, le pouvoir d'engagement de la *Company* par la collectivité des *directors* est sans limite¹²⁷⁸. Cependant, même si les *articles of association* d'une *Company* définissent un objet social et même si l'Ordinance dispose que la *Company* ne doit pas s'engager dans une activité prohibée ou ne doit pas exercer un pouvoir prohibé par son objet social, l'engagement de la *Company* vis-à-vis des tiers ne sera pas nul du seul fait que cet engagement est prohibé par la clause de l'objet social¹²⁷⁹. Les *members* de la *Company* ne sont néanmoins pas sans ressource : un *member* peut obtenir une injonction pour empêcher une décision de la *Company* contraire à la clause de l'objet social de ses *articles*¹²⁸⁰.

594. La rédaction de la nouvelle *Ordinance* nous semblent sensiblement inachevée au regard de l'abolition de la mention obligatoire de l'objet social et de la capacité générale d'une *Company*. La capacité d'une *Company* de pouvoir disposer d'un bien immobilier était fréquemment au centre des litiges afférents à l'objet social (d'autant que le secteur immobilier est un pilier de l'économie hongkongaise) et la section 17 de la *Companies Ordinance (Cap.32)* mentionnait expressément que la capacité générale de la *Company* incluait celle d'être propriétaire et de disposer de bien immobilier. Ce pouvoir relatif aux biens immobiliers est toujours expressément mentionné aux sections 115 (2) et (3) de l'Ordinance. Cette disposition de la nouvelle *Companies Ordinance* nous semble constituer un reliquat historique. Du fait de la mention expresse de la capacité générale d'une *Company*¹²⁸¹, la mention de ce pouvoir pourrait être ôtée de l'Ordinance, dont le contenu serait ainsi simplifié et non équivoque.

B. La portée de la réforme entrée en vigueur le 10 février 1997

595. La portée pratique de cette réforme est que rares sont les *Companies* immatriculées depuis dont les *memorandum of association* ou les *articles of association* mentionnent une définition de l'objet social.

¹²⁷⁵ Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [95.140] : "Some memoranda included among the objects of a company 'the doing of all such other things as are incidental or conducive to the attainment of the above object' [Cf *Bell Houses Ltd v City Wall Properties* [1966] 2 QB 656, [1966] 2 All ER 674, CA (Eng) (power to carry on any business which directors considered could be carried on advantageously with its general business)]. Even without these words the same powers were implied [A-G v Great Eastern Rly Co (1880) 5 App Cas 473 at 481, HL ; *Dundee Harbour Trustees v Nicol* [1915] AC 550 at 556, HL ; *Deuchar v Gas Light and Coke Co* [1925] AC 691, HL: see also *City of Winnipeg v Canadian Pacific Rly Co* [1953] AC 618 at 630, [1953] 2 All ER 988 at 993, PC].

¹²⁷⁶ *Baroness Wenlock v River Dee Co* (1883) 36 ChD 675n at 685, CA (Eng) ; affd (1885) 10 App Cas 354, HL, Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [95.087].

¹²⁷⁷ Section 115(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁷⁸ Section 117 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Dans le cas de la législation britannique, Section 35A Companies Act 1985 (UK), Annotated Ordinances of Hong Kong, Companies Ordinance (Cap.32), November 2013, Item [5.05].

¹²⁷⁹ Section 116 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁸⁰ Section 116 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁸¹ Section 115(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

596. La portée juridique est double.

L'absence de mention de l'objet social dans les *memorandum of association* ou dans les *articles of association* n'emporte pas l'incapacité de la *Company* dans la mesure où celle-ci a les mêmes droits, les mêmes pouvoirs et les mêmes privilèges qu'une personne physique majeure¹²⁸².

Une *Company* dont les *memorandum of association* et les *articles of association* indiquent l'objet social s'expose à deux risques majeurs. Le premier est que la *Company* ne devant pas agir en dehors de l'objet social qui lui est imposé¹²⁸³, un tiers ne sera pas lié avec la *Company* par une transaction réalisée en dehors de l'objet social, à moins que ce tiers ait su préalablement à cette transaction que celle-ci était réalisée en dehors de celui-ci¹²⁸⁴; le droit hongkongais qualifie alors une telle transaction d'*ultra vires*. Le deuxième est qu'en présence d'une transaction réalisée par la *Company* en dehors de son objet social et non exécutoire, les *members* peuvent à tout moment interdire à la *Company* d'accomplir la transaction litigieuse sortant de l'objet social¹²⁸⁵.

597. Sur cette question de la définition de l'objet social, une exception à la liberté des entrepreneurs nous a fréquemment étonnée. Dans un cas très spécifique, une *Company* peut être obligée de définir son objet social dans les *articles* si elle souhaite ne pas être soumise à l'obligation de faire impérativement suivre sa dénomination sociale du terme "Limited"¹²⁸⁶. Cette exemption est présentée de la manière suivante : si une *Company*, dont les activités sont uniquement philanthropiques ou caritatives, définit ses activités dans ses *articles* alors cette *Company* peut faire l'économie du terme "Limited". Cette exemption à l'obligation de mentionner le terme "Limited" est surprenante à plusieurs titres.

Cette exception ne relève pas de l'esprit unitaire du droit hongkongais des sociétés, qui est généralement applicable de la même manière à toutes les sociétés.

L'obligation de mentionner le terme "Limited" ne pèse pas comme une obligation lourde sur la *Company*. Cette obligation est assez facile à respecter et, par rapport à la procédure à suivre pour l'obtenir l'exemption, cette dernière ne présente pas un avantage majeur de simplification pour la *Company*.

L'obligation de mentionner le terme "Limited" impliquerait une connotation commerciale au terme "Limited" qu'il ne devrait pas avoir étant donné que l'Ordinance offre justement l'outil société dite "Limited" à tous les secteurs d'activités.

La mention du terme "Limited" n'a pas pour but de fournir une indication aux tiers sur la nature des activités menées par la *Company* mais sur la responsabilité financière des *members*; en l'absence de ce terme, une incertitude demeure pour les tiers dans la mesure où il pourrait s'agir d'un oubli (voire d'une fraude) de la part de la *Company* et ainsi induire en erreur les tiers envisageant de contracter avec cette *Company*.

598. À notre avis, cette exemption porte atteinte à la simplicité et à la volonté unitaire du droit hongkongais des sociétés. Si la poursuite d'activités philanthropiques ou caritatives est un réel élément de différenciation pour une *Company*, il serait plutôt utile de mentionner cet élément de manière positive et non par l'absence de mention du terme "Limited". L'Ordinance pourrait conserver son système de licence et modifier la distinction de ces *Companies* par l'ajout des termes "non profit making" plutôt que par l'omission du terme "Limited". Le contrôle du

¹²⁸² Section 115 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*, "A company has the capacity, rights, powers and privileges of a natural person of full age".

¹²⁸³ Sections 116 (1) et (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁸⁴ Tout comme en droit français, cette connaissance ne peut découler que de la publication des articles de association ou de tout autre document pertinent par le *Companies Registry*, section 120 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁸⁵ Section 116 (3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹²⁸⁶ Sections 103 à 106 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

respect de cette licence serait également plus facile à mettre en œuvre par le *Companies Registry* : l'oubli du terme "Limited" peut constituer une omission alors que l'utilisation des termes "*non profit making*" de manière positive par une *Company* qui ne dispose pas de la licence est plus facilement identifiable, vérifiable, punissable et cette exemption devient plus effective et efficace.

§2. Les enseignements à tirer de la réforme hongkongaise

599. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme hongkongaise abolissant l'exigence de la mention de l'objet social, les législations française et hongkongaise diffèrent sur un point important, la capacité de la société. Une SARL et une SAS ont une capacité spécifique ou particulière alors que la *Company* dispose d'une capacité générale. La *Company* n'est pas limitée dans ses mouvements ou transactions, elle peut s'épanouir pleinement. Cette avancée majeure du droit hongkongais devrait pouvoir voir le jour en France et libérer les SARL et les SAS dans la mesure où la portée de cette capacité particulière ou générale emporte la même règle de l'engagement de la société par les représentants légaux (A). Ceux-ci engagent la société vis-à-vis des tiers pour tous les actes effectués au nom et pour le compte de celle-ci et nous observons que les intérêts catégoriels opposés des représentants légaux, des associés, des sociétés et des tiers sont conciliés de la même manière par les deux droits. Ensuite, l'engagement de la responsabilité des représentants légaux par la société ou par les associés afin de réparer l'éventuel dommage causé à la société ou aux associés du fait de ce principe de l'engagement général de la société par ceux-ci est plus ou moins facile à mettre en œuvre. Les actions sont différentes et les bases de celles-ci sont alors distinctes : l'objet social, l'intérêt social, le mandat, le contrat de travail, le contrat de service. Une deuxième différence notable entre les droits français et hongkongais est que la *Company* n'est pas annulable ni annulée du fait d'un objet social inexistant ou d'un objet social illégal ou invalide. La sécurité juridique des acteurs de la *Company* immatriculée est garantie en droit hongkongais et la conséquence d'un objet social illicite est l'obligation de le modifier (B). Il nous semble que cette règle hongkongaise pourrait efficacement voir le jour en droit français.

A. L'adoption du principe de la capacité générale des sociétés

600. Les mêmes dérives que celles observées en droit hongkongais et ayant mené à l'abrogation de l'obligation de la mention de l'objet social peuvent être observées en droit français et la solution adoptée par le droit hongkongais pourrait être reprise en droit français. Nous étudierons ici deux dérives majeures, l'inefficacité d'un objet social trop largement défini (1) et l'absence d'utilité de l'objet social mentionné dans les statuts dans l'engagement de la responsabilité de la société et des représentants légaux (2).

1. Un objet social défini largement devenant inefficace

601. En droit français, comme en droit hongkongais avant la réforme de 1997, la description de l'objet social devient parfois très large et ne reflète pas l'activité sociale réelle de la société. Cet état de fait a conduit à deux réponses divergentes entre les deux droits étudiés : le droit hongkongais a pris le parti de ne pas créer de contrôle de la définition de l'objet social au point de soulever cet état de fait en faveur de l'abolition de l'exigence de la mention obligatoire de l'objet social dans les *memorandum* puis dans les *articles* d'une *Company* dans le respect des principes de la théorie juridique dite *enabling law* ; le droit français a pris le parti de contrôler la description de l'objet social et celui-ci doit être déterminé plutôt dans l'esprit des règles de la conception institutionnelle du droit, dite *regulatory law*. Il en résulte une différence juridique fondamentale entre les droits hongkongais et français : la capacité de jouissance d'une *Company* est générale, comme celle des personnes physiques alors que la

capacité de jouissance d'une SARL et d'une SAS est spéciale, contrairement à celle des personnes physiques.

602. La mention d'un objet social large retire à l'objet social son efficacité à protéger les associés du comportement des représentants légaux de leur société. Cependant, les associés ont choisi et nommé le ou les représentants légaux en les soumettant à des instructions pour gérer l'entreprise et la propriété de la société à risque limité, ce qui explique la grande sécurité juridique des tiers contractants avec une SAS ou une SARL où l'engagement de la société ne peut être remis en cause si le tiers est de bonne foi et même si la société est à jour de ses notifications et publicités.
603. L'absence de cette exigence de la mention de l'objet social facilite ou limite les activités de contrôle des autorités administratives, que ce soit au niveau du contrôle des informations sociales que du contrôle fiscal en cas de changement complet d'objet social. Quant à ce contrôle opéré par les autorités fiscales, le changement d'objet social peut constituer un indice mais l'activité sociale réelle est prise en compte par lesdites autorités pour constater une cessation d'entreprise.
604. Ainsi, du fait d'une description trop large de l'objet social causée par des entraves administratives et fiscales et du recours à la notion d'activité sociale réelle, se pose la question de savoir si l'objet social est effectivement utile au-delà d'un indice sur la nature de l'entreprise dans la mesure où l'activité sociale réelle est recherchée par les tribunaux et par les autorités fiscales. Un cas d'espèce récent illustre également l'entrave que peut constituer la nécessité de modifier l'objet social afin que celui-ci coïncide avec l'objet social réel ("l'écart durable entre objet réel et objet statutaire constitue un trouble manifestement illicite justifiant la désignation d'un mandataire *ad hoc*"¹²⁸⁷) et la nécessité pour les associés de devoir avoir recours aux tribunaux pour permettre la modification de l'objet social. L'objet social réel étant recherché, la question sur le point de savoir si l'objet social statutaire doit être conservé prend toute son ampleur.

2. L'engagement de la société valable même en dehors de l'objet social

605. La définition d'un objet social déterminé vise notamment à protéger les associés des risques inhérents à l'exercice de leurs pouvoirs par les représentants légaux alors que la règle applicable aux sociétés à risque limité est que "le dépassement de l'objet social ne saurait être opposé aux tiers contractants de bonne foi".
606. Ainsi, il est curieux de noter que cette règle de l'inopposabilité aux tiers de bonne foi de transactions effectuées par un représentant légal n'en ayant pas le pouvoir soit applicable en droit hongkongais et en droit français alors même que la base de la restriction du pouvoir des représentants légaux n'est pas toujours identique, l'objet social ou une décision des *members* ou des *directors* en droit hongkongais et l'objet social dans tous les cas en droit français. Ainsi, cette distinction entre les droits hongkongais et français démontre une nouvelle fois le caractère privé de la *Company* : les autorités étatiques et les tiers ne peuvent connaître l'objet social d'une *Company* et l'encadrement du pouvoir des *directors* relève de la sphère interne de la *Company*. Il peut en résulter une communication accrue entre la *Company* et ses cocontractants facilitant alors les relations commerciales du fait de l'absence d'information publiques immédiatement disponibles sur les activités de la *Company* ou sur les pouvoirs de ses *directors*. Les parties à une transaction commerciale d'importance vont chercher à se

¹²⁸⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 février 2014, n°12-29.348, commenté dans la lettre du Creda n°2014-06 du 17 février 2014 par Jérôme Chacornac.

connaître au lieu de se reposer sur des informations notifiées au Registre du commerce et des sociétés et cet état d'esprit dans les relations commerciales pourrait permettre une meilleure compréhension des acteurs et une relation d'affaires plus saine.

607. Ainsi, du fait de l'engagement de la société même en présence de la définition de l'objet social, l'utilité de la mention de l'objet social sur ce point peut effectivement être remise en question.

B. La simplification des procédures afférentes à l'institution et à l'évolution de la société libérant l'entrepreneur

608. L'expérience hongkongaise démontre que l'absence de la mention de l'objet social dans les statuts n'implique ni insécurité juridique (1) ni entrave à la liberté d'entreprendre (2).

1. La promotion de la sécurité juridique par l'absence de mention de l'objet social

609. L'existence de la société n'est remise en jeu ni par l'absence de mention de l'objet social vu que cette mention n'est pas obligatoire ni par la mention d'un objet social illicite. En effet, l'émission du certificat d'immatriculation de la *Company* par le *Companies Registry* rend impossible la contestation de l'existence de la société même si son objet social est illicite¹²⁸⁸. L'Ordonnance ne précise pas si cette immunité du certificat d'immatriculation empêche le gouvernement hongkongais, en la personne du *Secretary for Justice*, d'engager une procédure visant à annuler l'immatriculation d'une société dont l'objet est illicite¹²⁸⁹. À ce jour, cette procédure n'est qu'une supposition étant donné qu'elle n'a jamais été mise en œuvre. En conséquence, la procédure de constitution d'une *Company* est simplifiée par rapport à celle d'une SARL ou d'une SAS et le risque d'une annulation de la société est purement théorique.

610. L'émission du certificat d'immatriculation ne rend pas néanmoins légal l'objet illicite. Il incombe alors aux *members* d'engager une procédure de modification de l'objet social si celui-ci est mentionné dans les *articles*, de garantir que l'activité réelle et effective de la *Company* soit effectivement engagée dans le respect de cet objet social modifié dans les *articles* par un contrôle accru de la gestion des *directors* ou de procéder à la dissolution de la *Company* dont l'objet social est illicite. L'absence de la mention de l'objet social emporte une responsabilisation des *members* et les engage à s'informer et à s'impliquer dans le contrôle préalable de la gestion des *directors*. Par exemple, la section 892 de l'Ordonnance leur en donne les moyens : les *members*, par le vote d'une décision spéciale, peuvent désigner une personne pour enquêter sur les activités de la *Company*.

2. L'absence de découragement au développement de l'entreprise en l'absence d'entrave administrative à l'évolution de la société

611. L'évolution de l'entreprise hébergée par la *Company* ne soumet par ladite société à des procédures administratives de modification de l'objet social exigeant une décision des *members* et la publicité y afférente. L'adaptation juridique de la *Company* aux évolutions de l'entreprise et aux idées nouvelles et innovantes de l'entrepreneur n'est pas nécessaire. L'entrave administrative à la liberté d'entreprendre est inexistante en droit hongkongais ; la conduite et le développement de l'entreprise au sein de la *Company* est l'affaire de celle-ci et non du Gouvernement hongkongais qui considère que ce développement est sain et bénéfique à l'économie et qu'il n'existe donc aucune raison de le restreindre. La notification au Registre

¹²⁸⁸ Section 72 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²⁸⁹ Annotated Ordinances of Hong Kong, *Companies Ordinance* (Cap.32), November 2013, Item [95.082].

du commerce et des sociétés des évolutions de la structure interne de la société nous semble entièrement justifiée (comme la notification de la liste des représentants légaux ou de l'adresse du siège social de la SARL ou de la SAS). La notification de l'évolution de l'entreprise ne nous semble pas relever des informations nécessitant une notification et une publicité, elle révèle un interventionnisme étatique et une emprise de l'État sur les sociétés et les entreprises inadaptés au monde des affaires contemporain dont les entreprises ne sont plus mono-sectorielles comme cela pouvait l'être il y a plusieurs décennies.

612. Pourtant, l'abolition de l'exigence de l'objet social pourrait être réalisée. Cet abandon pourrait avoir pour conséquence l'abandon de la commercialité par la forme. Or, cet abandon a été suggéré dans le rapport n°287 annexé au procès-verbal de la séance du Sénat du 15 mai 1985¹²⁹⁰. Dans son rapport, le sénateur suggère de modifier l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour abandonner la commercialité par la forme et avance deux arguments. Cet abandon "éviterait une prolifération de statuts particuliers tout en permettant à l'ensemble des « entrepreneurs » de mettre en œuvre le dispositif, simple et commode, de la S.A.R.L.". Cet abandon serait permis car "le critère de la commercialité par la forme, qui témoignait de la volonté du législateur de l'époque d'étendre la protection procurée par les procédures collectives de la faillite. Cette préoccupation n'est plus fondée, puisque la loi du 25 janvier 1985 a rendu applicables le redressement et la liquidation judiciaires à toutes les personnes morales de droit privé.". La proposition de ce sénateur vise à donner à la SARL un statut de société devenant un "véhicule tous terrains"¹²⁹¹ pour les entrepreneurs, sur le modèle de la *Company* qui est une société définitivement polymorphe. Cette caractéristique de "véhicule tous terrains" permettant d'envisager également la fusion des formes sociales SARL et SAS. Au vu de l'expérience hongkongaise, nous ne partageons pas le point de vue d'une certaine doctrine qui envisage le déploiement d'un plus grand nombre de véhicules juridiques permettant à chaque entreprise de trouver le bon véhicule spécifiquement adapté¹²⁹².

¹²⁹⁰ Rapport n°287 annexé au procès-verbal de la séance du Sénat du 15 mai 1985 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'entreprises unipersonnelle à responsabilité limitée par Monsieur Jean Arthuis, sénateur, page 21.

¹²⁹¹ Débat du Sénat, séance du mercredi 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, Année 1985, n°20 S. (C. R.), jeudi 23 mai 1985, page 655.

¹²⁹² En ce sens, BEYNEIX Isabelle, HEBERT Sylvie, La prise en compte de l'entrepreneuriat dans le droit, Revue trimestrielle de droit commercial, 2012, page 671, paragraphe 34 "Les PME devraient pouvoir choisir un cadre organisationnel en adéquation avec leur singularité d'entités forcément en devenir, en développement, et en corrélation avec les intérêts spécifiques de leur créateur, personne morale ou personne physique" et paragraphe 38 "C'est le besoin spécifique de ces PME qu'il faut prévoir, en envisageant notamment plusieurs formes sociales spécifiques qui répondent à leur attente. Ce corpus devra cependant être souple mais présenter un encadrement suffisant."

Section 2. L'encadrement des pouvoirs du représentant légal des SARL et des SAS par les associés dans l'esprit du concept hongkongais de gouvernance

613. Il est tout d'abord à noter que notre propos sur l'organisation des relations entre les associés et les représentants légaux et l'encadrement des pouvoirs de ces derniers s'applique aux SARL et SAS qui hébergent des entreprises d'une certaine taille et aussi des entreprises familiales. Notre acception de la gouvernance n'est pas orientée par le postulat historique de la primauté de l'actionnaire. La gouvernance est une méthode d'analyse de l'architecture des formes sociales et de l'articulation des organes de ces formes sociales débouchant sur une proposition de création ou de modification de normes qui règlent et organisent le fonctionnement desdits organes, aussi bien d'un point de vue de leur structure que de leurs interactions. En pratique, il est bien entendu évident que ces analyses et propositions de normes ne présentent pas les mêmes enjeux dans une SARL ou une SAS dont l'associé unique personne physique est également le gérant unique ou le président¹²⁹³.
614. La responsabilité des représentants légaux vis-à-vis des tiers n'est que faiblement encadrée par la définition de l'objet social car cette présomption ne peut être récusée que dans des cas très limités. La communication renforcée entre les associés et les représentants légaux est alors plus importante que la définition de l'objet social dans les statuts¹²⁹⁴. C'est, à notre avis, dans la compréhension et l'approbation de leurs tâches et missions définies par les associés que les représentants légaux comprennent et limitent leurs responsabilités. Cette discussion renforce le contrôle et l'implication des associés dans la vie sociale dans un esprit de gouvernance et permettrait de dégager une meilleure efficacité économique dans la gestion de l'entreprise. L'intégration dans l'Ordonnance des règles applicables au contrat de service du *director* montre l'importance de l'encadrement de l'action des *directors* par les *members* au sein d'une *Company* (§1) sans que ceux-ci n'interfèrent dans cette action¹²⁹⁵. Le *director* peut être lié à la *Company* par plusieurs liens : sa nomination en qualité de *director* et les devoirs

¹²⁹³ Ce ne sont pas la taille ou le niveau de développement de l'entreprise ou le caractère familial de celle-ci qui sont visés mais bien la structure de la SARL et de la SAS dont l'associé unique et le représentant unique est la même personne physique. Le concept de gouvernance est tout à fait pertinent dans le cadre d'une entreprise familiale comme le démontre SCHILLER Sophie, *La direction de l'entreprise familiale*, Journal des Sociétés, n°123, octobre 2014, page 19.

¹²⁹⁴ La mention de l'objet social dans les statuts (et surtout la notification de cet objet social aux pouvoirs publics) peut être intéressante dans le but d'élaborer et d'appliquer des politiques publiques, par exemple lorsque les autorités envisagent de soutenir un secteur de l'économie et que le pool d'entreprises se développant dans ce secteur est facilement identifiable grâce à la notification de l'objet social des sociétés aux pouvoirs publics. Nous pensons cependant que dans ce cas, la recherche de l'objet social réel sera plus pertinent que la notification de l'objet social statutaire car nous avons vu que les deux éléments ne sont pas toujours concordants (que la raison soit la lenteur voire le blocage interne des rouages de la société à modifier les statuts et à notifier ce changement ou le manque de temps voire la négligence des représentants légaux à effectuer des démarches administratives alors que l'essor de l'entreprise leur prend tout leur temps). Ainsi, l'objet social réel devrait ressortir des documents comptables et financiers remis aux autorités fiscales pour le calcul de l'impôt et ces autorités devraient être à même de pouvoir ressortir l'information nécessaire aux politiques publiques visant à subventionner ou à soutenir un secteur de l'économie, plutôt que les informations renseignées au greffe libérant alors les associés de la mention de l'objet social dans les statuts et les représentants légaux de la notification de l'objet social au Registre du commerce et des sociétés.

¹²⁹⁵ "It is a key principle of corporate governance that, just as the directors cannot usurp those of the company's powers that remain by the owners in general meeting, neither should the owners interfere in the exercise of those powers of management which, by virtue of the articles to which the company and members are together bound, are vested in the directors. If the owners are unhappy with the way in which the directors are going about managing the business, they should either alter the articles in order to vary or restrict the powers vested in the directors or elect a new board." BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 8.003, pages 219 et 220. Dans la mesure où les *articles of association* sont rarement adaptés par rapport au modèle d'articles-type, le contrat de service du *director* prend tout son sens d'instrument de prévention des risques.

fiduciaires (ou *fiduciary duties*) qui découlent de cette nomination en vertu de la *Common Law* ; l'encadrement des pouvoirs et devoirs par une décision des *members* ou par la signature d'un contrat de travail avec la *Company*, dont le contenu est généralement approuvé par une décision des *members* ; le contrat de service du *director*, dont la pratique s'est développée en parallèle de la signature d'un contrat de travail et qui fait l'objet d'une codification dans la nouvelle *Companies Ordinance*. Cette organisation pragmatique de la gestion de la *Company* pourrait encourager les associés à simplifier la gestion de leur SARL et SAS et viserait à encourager la liberté d'entreprendre des représentants légaux dans un cadre de sécurité juridique affermie par la signature d'un contrat avec la société (§2). Pour cela, le droit français devrait dépasser certains dogmes d'incompatibilité et adopter une approche plus évolutive et plus pragmatique caractéristique du droit hongkongais.

§1. La codification des règles applicables au contrat de service du *director* utile au renforcement de la relation entre *members* et *directors*

615. Notre sentiment est que l'organisation des pouvoirs et obligations des représentants légaux avec l'accord des associés est au cœur de la problématique de réduction des risques de l'engagement de la responsabilité desdits représentants suite à la conclusion d'un acte par la SARL ou par la SAS avec un tiers. La récente codification des règles applicables à certains devoirs des *directors* et surtout au contrat de service du *director* dans l'*Ordinance* est un exemple (A) dont la portée (B) pourrait inspirer d'abord la pratique interne des sociétés françaises (notamment en généralisant la pratique de la signature de contrats de gestion pour les représentants légaux) puis le législateur. L'avantage de ce contrat de service du *director* réside également dans la clarification des conditions financières en numéraire et en nature du mandat, qui ne sont souvent pas précisées dans les autres documents sociaux, telle que la décision de désignation du *director* par les *members* ou par ses pairs.

A. *L'encadrement des droits et devoirs des directors*

616. Les devoirs des *directors* sont contenus dans leurs *fiduciary duties* héritées de la *Common Law*. L'*Ordinance* a codifié certains de ces devoirs (1). En outre, l'*Ordinance* a codifié la pratique du contrat de service du *director* et cette codification est importante du point de vue de l'organisation structurelle du rôle des *directors* (2).

1. La codification des *fiduciary duties* héritées de la *Common Law*

617. L'*Ordinance* codifie dans une section un des onze devoirs des *directors* d'une *Company* énumérés dans *A Guide on Directors' Duties* publié par le *Companies Registry* : "*duty to exercise (i) reasonable care, (ii) skill and (iii) diligence*"¹²⁹⁶. En outre, l'*Ordinance* propose une articulation étrange : ce devoir remplace le devoir hérité de la *Common Law* et des principes d'équité (ou *equitable principles*)¹²⁹⁷ mais elle n'en donne pas une définition¹²⁹⁸ et pose le principe que l'irrespect de ce devoir ou la simple menace de son irrespect emporte les mêmes conséquences de l'engagement de la responsabilité civile des *directors* que leur irrespect ou la simple menace de leur irrespect en *Common Law* et au regard des principes d'équité¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ Section 465(1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²⁹⁷ Section 465(4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹²⁹⁸ Section 465(2) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) : "Reasonable care, skill and diligence mean the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with— (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company; and (b) the general knowledge, skill and experience that the director has."

¹²⁹⁹ Section 466 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

618. Il est donc nécessaire de se reporter à la *Common Law* et aux principes d'équité pour pouvoir connaître le contenu de ce devoir des *directors* vis-à-vis de la *Company*. La codification effectuée par l'*Ordinance* est très modérée. Cette modération peut s'expliquer pour deux raisons. La première est que la codification des devoirs des *directors* a été effectuée récemment par le *Companies Act 2006 (Cap.46)* aux sections 171 à 177 et est entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007. Comparée au *Companies Act 2006 (Cap.46)*, l'*Ordinance* n'adopte qu'une seule section des onze qui ont été codifiées au titre des *General Duties of Directors*. Dans le respect de la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, les pouvoirs publics de Hongkong n'ont inséré que les dispositions réellement impératives posant des devoirs aux *directors* et n'ont pas ajouté les devoirs qui ressortent d'autres dispositions de l'*Ordinance*, de l'interprétation d'autres dispositions de l'*Ordinance* ou de la *Common Law* et des principes d'équité toujours applicables à Hongkong. Le point intéressant à noter est le renvoi exprès de l'*Ordinance* à la *Common Law* et aux principes d'équité. La deuxième est que l'identification précise et commentée de ce devoir nécessite un long travail d'étude de la *Common Law* et des principes d'équité, que n'a pas non plus effectué la réforme du *Companies Act 2006 (Cap.46)*. Ces devoirs sont présents tout au long de ces règles et de l'*Ordinance*. La rédaction d'une section dédiée à tous ces devoirs risquerait d'être laborieuse et non exhaustive puis limitative et non évolutive, ce qui ne correspond pas à l'esprit pragmatique et à la conception contractuelle du droit dont est empreint le droit hongkongais des sociétés. Dans un climat de relations diplomatiques parfois tendues entre les autorités hongkongaises et chinoises, le législateur hongkongais a ici clairement marqué son attachement à la *Common Law* et maintient l'application de son système si différent de celui mis en œuvre et appliqué en République populaire de Chine, dont Hongkong est pourtant une région administrative.
619. En codifiant un des devoirs fiduciaires des *directors*, l'*Ordinance* a rappelé que ceux-ci encadrent les relations entre les *directors* et la *Company* au sein de laquelle ils ont été désignés pour en gérer les activités. La portée de cette absence de relation directe des *fiduciary duties* entre les *directors* et les *members* est que les *members* ne peuvent en leur nom propre engager une action en responsabilité à l'encontre d'un *director* au titre du non-respect de ces devoirs fiduciaires envers la *Company*¹³⁰⁰ car le préjudice est subi par celle-ci. Un *member* minoritaire ne peut alors engager une action au nom et pour le compte de la *Company* au titre du manque de respect par un *director* de ses devoirs dans l'hypothèse où le *board of directors* ne peut pas agir¹³⁰¹. Depuis le 15 juillet 2005 (date de l'entrée en vigueur de ces dispositions), l'*Ordinance* a codifié l'action dénommée *statutory derivative action* au titre de laquelle un *member* peut lancer une action judiciaire au nom et pour le compte de la *Company* au sein de laquelle il détient des parts sociales, dans les conditions détaillées légalement, si celle-ci est victime d'une fraude, de négligence, du manquement à la loi ou d'un manquement d'un *officer* à ses devoirs¹³⁰².

¹³⁰⁰ *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461.

¹³⁰¹ *David Ho Yuk Wah v Gao Jiaren* [1999] 3 HKLRD 862 : "The court has, in such a case (G holds 65% and H 35% of a company of which they are both directors and G believes H is in breach of his fiduciary duties to the company and the proper plaintiff to take legal action against H is the company), held that while the company in general meeting clearly cannot usurp the power of an effective board, if that board is ineffective, the power delegated by the articles to the directors reverts to the person or persons who did the delegating, namely the company in general meeting. So, that which G is unable to achieve as one of the only two directors may nevertheless be achieved by him in his capacity as controlling shareholder." BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 7.025, page 182.

¹³⁰² Sections 731 à 738 constituant la Division 4 de la Part 14 intitulée "Derivative Action for Remedies Against Companies, etc..." de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

2. La codification du contrat de service du *director* dans l'*Ordinance*

620. La *Companies Ordinance* (Cap.32) ne faisait mention d'un contrat signé entre la *Company* et son *director* qu'à deux reprises. La première disposition précisait que le contrat de service relatif uniquement au mandat et au rôle du *director* dans la *Company* ne devait pas être mentionné dans le rapport des *directors*, au titre des contrats signés par la *Company* et pour lesquels le *director* aurait un intérêt¹³⁰³. La deuxième disposition indiquait que tout contrat signé par la *Company* avec un tiers dont l'objet est la gestion et le fonctionnement administratif de toute ou partie des activités de celle-ci doit être mentionné dans le rapport des *directors*, à l'exception du contrat de service du *director*¹³⁰⁴.
621. Six sections de l'*Ordinance* sont consacrées au contrat de service du *director*. Ces sections sont réunies au sein de la quatrième division de la onzième partie dénommée *Fair Dealing by Directors*. Ces six sections reprennent le schéma classique d'une division de l'*Ordinance*. La première section *Interpretation*¹³⁰⁵ clarifie les personnes qui sont visées par le terme *directors*. La deuxième section *Service Contract*¹³⁰⁶ délimite les notions de *Service* et de *Contract*. Les deux sections suivantes¹³⁰⁷ listent les exigences de communication entre la *Company* et ses *members* et des exigences de vote pour l'approbation d'un contrat de service du *director*. L'avant dernière section *Company must not agree to director's long-term employment*¹³⁰⁸ pose la règle applicable à la signature d'un tel contrat par une *Company*. La dernière section¹³⁰⁹ prévoit les conséquences civiles du non-respect de la section précitée.
622. Ainsi, le contrat de service du *director* stipule les termes dans lesquels une personne est désignée en qualité de *director* de la *Company* et au titre duquel le *director* s'engage personnellement, en qualité de *director* ou d'une autre qualité, à accomplir des services au profit de la *Company* ou de sa filiale ou à faire accomplir lesdits services par une tierce personne au bénéfice de la *Company* ou de sa filiale. Il est à noter que le contrat de service du *director* n'est pas limité à la mention de l'exécution de services qui n'entrent pas dans le domaine des devoirs ordinaires d'un *director*, ceux-ci doivent être mentionnés¹³¹⁰.
623. L'*Ordinance* pose alors la règle aux termes de laquelle la signature d'un tel contrat visant à employer un *director* pour une durée déterminée égale ou supérieure à trois ans doit être approuvée au préalable par les *members*.

La section 532 encadre l'approbation des *members*, qui doit être préalable à la signature d'un contrat de service du *director* et les *members* doivent recevoir une copie dudit contrat avec la copie de la décision à signer pour approbation ou avec l'avis de convocation à l'Assemblée générale. Les conditions de vote portant sur l'approbation dudit contrat sont souples de la majorité simple, à la majorité qualifiée voire à l'unanimité des *members* présents à l'Assemblée générale.

La section 534 précise les notions d'emploi et de durée déterminée. L'emploi s'entend comme l'emploi d'un *director* en vertu d'un contrat de service du *director*. La durée déterminée s'entend comme une période au cours de laquelle le *director* est assuré de conserver son emploi et sa nomination en qualité de *director* de la *Company*. C'est-à-dire que deux conditions sont cumulatives de la notion de durée déterminée : l'emploi est

¹³⁰³ Section 129D (6) de la *Companies Ordinance* (Cap.32).

¹³⁰⁴ Section 162A (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.32).

¹³⁰⁵ Section 530 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁰⁶ Section 531 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁰⁷ Sections 532 et 533 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁰⁸ Section 534 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁰⁹ Section 535 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³¹⁰ Section 531(1)(b) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

continu ou pourrait être continu sur une durée supérieure ou égale à trois ans en dehors d'une décision de la *Company* et l'emploi ne peut être résilié par la *Company* avec un préavis ou ne peut être résilié par la *Company* que dans certaines circonstances mentionnées dans le *Service Contract*. Dans le cas où l'emploi peut être résilié par la *Company* en donnant un préavis au *director*, la durée de ce préavis doit être stipulée dans le contrat de service du *director*. Dans l'éventualité où une *Company* contrevient à la règle posée par la section 534 de l'Ordinance, les stipulations contractuelles contraires à cette section sont réputées nulles et le contrat est réputé contenir une clause autorisant la *Company* à le résilier à tout moment avec un préavis raisonnable¹³¹¹.

624. Il est à noter que ces dispositions de l'Ordinance sont applicables à tous les contrats relatifs à l'emploi de *directors*, que ces contrats aient été signés avant ou après l'entrée en vigueur de cette nouvelle *Companies Ordinance*.

B. La portée de la codification du contrat de service du *director*

625. La portée de la codification du contrat de service du *director* est double : elle permet une prévention des risques inhérents à la désignation d'un *director* en qualité de membre du *board of directors* détenant les pouvoirs de gérer l'activité commerciale hébergée au sein de la *Company* (1) et elle ne prive pas les *members* de leur liberté de terminer de manière anticipée le mandat d'un *director* lié à la *Company* par ce type de contrat (2).

1. L'organisation structurelle du pouvoir des *directors*

626. Il nous semble que la codification du contrat de service du *director* donne un message fort quant à la communication qui doit exister entre la *Company*, ses *members* et ses *directors* et quant au contrôle qu'exercent les *members* sur les *directors* de leur *Company*. Cette codification est importante dans la gestion ordinaire de la *Company* ainsi que dans la prévention du risque encouru par les *members* dont la gestion des fonds fournis à la *Company* est assurée par des *directors* indépendants. Comme nous l'avons vu, des garde-fous à une gestion des *directors* contraire à l'intérêt social existent en vertu de la *Common Law* et des actions en responsabilité sont offertes aux *members*. Cependant, la signature d'un tel contrat entre la *Company* et ses *directors* préalablement approuvé par les *members* crée un contrôle a priori sur les pouvoirs et devoirs desdits *directors* et permet aux *members* d'être tenus informés du cadre détaillé dans lequel lesdits *directors* vont gérer l'entreprise hébergée dans leur *Company*. Ainsi, la portée de l'approbation préalable obligatoire à la signature d'un contrat de service du *director* pour une durée déterminée supérieure ou égale à trois ans est de réduire les litiges quant à l'utilisation de leurs pouvoirs par les *directors* sans réduire leur indépendance et autonomie par rapport aux *members*¹³¹².

¹³¹¹ Un tel préavis raisonnable n'est pas défini dans la *Companies Ordinance* (Cap.622). Il serait possible de s'inspirer de deux préavis pour définir le caractère raisonnable : le délai administratif de 14 jours dans lequel une *Company* doit notifier au *Companies Registry* la fin du mandat d'un *director* (même si la résiliation du contrat de service du *director* n'entraîne pas obligatoirement la fin du mandat de *director*) ; le délai dans lequel un employeur est autorisé à résilier le contrat de travail de ses employés en l'absence de mention de la durée d'un tel préavis dans le contrat de travail, ce préavis légal est d'un mois (section 6 (2) (a) de l'Employment Ordinance (Cap.57)) et il nous paraît être le préavis de référence le plus pertinent dans cette situation.

¹³¹² "The company is a separate legal entity and the directors are agents of that entity rather than agents of the members" BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009, item 8.002, page 219, citant *Automatic Self-cleansing Filter Syndicate Co Ltd v Cuninghame* [1906] 2 Ch 34; *NRMA v Parker* (1986) 4 ACLC 609 at 614 par McLelland J. "The members ... no doubt have a legitimate interest in how these powers are exercised, but in their organic capacity in general meeting they have no part to play in the actual exercise of the powers".

2. L'articulation entre contrat de service du *director* et mandat de *director*

627. Cette articulation est simple et résulte du principe suivant : par une décision votée lors d'une Assemblée générale, les *members* peuvent terminer le mandat d'un *director* avant l'expiration de son terme quels que soient les termes des accords conclus entre ledit *director* et la *Company* au sein de laquelle il occupe les fonctions de *director*. Cette règle était valable sous l'empire de la *Companies Ordinance (Cap.32)*¹³¹³ et est toujours appliquée depuis l'entrée en vigueur de l'Ordinance. La section 462(1) dispose en effet : "A company may by an ordinary resolution passed at a general meeting remove a director before the end of the director's term of office, despite anything in its articles or in any agreement between it and the director."
628. En vertu des sections 531 et 534, nous pouvons effectuer l'interprétation suivante. Le contrat de service du *director* vise deux éléments : le *director* accepte de rendre à la *Company* ou à une de ses filiales des services, ce qui correspond au terme "employment" et les conditions de sa désignation au mandat de *director*, ce qui correspond aux termes "appointment as director". Le principe de l'interdiction posée à une *Company* de conclure un contrat de service avec un *director* porte sur l'élément "employment" et non sur l'élément "appointment as director". Ainsi, la négociation et la signature d'un contrat de service pour une durée déterminée avec un *director* ne constituent pas un empêchement pour les *members* de voter la fin anticipée du mandat de ce *director*.

§2. La reconnaissance du statut social hybride des représentants légaux au sein des SARL et SAS

629. La reconnaissance du statut social hybride des représentants légaux de SARL et de SAS permettrait, sur le modèle du *director* d'une *Company*, de pacifier les relations entre associés et gérant (A) ou entre associés et président (B) et d'encadrer celles-ci par un contrat de management regroupant, sur le modèle du contrat de service du *director*, les éléments spécifiques relatifs au mandat, aux pouvoirs et aux devoirs des représentants légaux et aux éléments généraux relevant d'une relation employeur-employé tels que l'encadrement des missions, des tâches et des rémunérations. La prévention des contentieux, nombreux en matière de contrat de travail des gérants, passe par une communication renforcée entre les associés et les membres de l'organe de gestion de leurs SARL et SAS dans l'esprit d'une meilleure gouvernance.

A. La pacification du statut social du gérant de SARL sur le modèle du contrat de service du director

630. Dans le silence des textes, un gérant peut être salarié et un salarié peut être gérant. Toutefois, cette situation présente une image floue et une source de désaccord, de litige, de suspicion¹³¹⁴. Malgré un cumul théorique possible du mandat de gérant et de fonctions

¹³¹³ First Schedule of the Companies Ordinance (Cap.32), Table A, Part I, Article 98 : "The company may by special resolution remove any director before the expiration of his period of office notwithstanding anything in these regulations or in any agreement between the company and such director. Such removal shall be without prejudice to any claim such director may have for damages for breach of any contract of service between him and the company."

¹³¹⁴ Tout d'abord, les textes sont silencieux sur cette question et la jurisprudence en a déduit que rien n'interdit à un gérant de SARL de devenir salarié, (COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 546, §1071). Cependant, cette organisation plutôt libre de la gestion interne de la SARL est battue en brèche par les organismes sociaux qui souhaitent dénoncer le cumul des statuts de gérant et de salarié afin d'éviter de faire bénéficier à ses gérants de l'assurance-chômage

salariées, la pratique révèle un lourd contentieux soulevé principalement par l'opposition des organismes de sécurité sociale (1). Or, le droit français manque ici de pragmatisme : bien entendu, il est difficile de distinguer mandat et emploi et un gérant de SARL effectue à la fois des tâches nées de son mandat de gérant et des missions attachées à ses compétences dans le développement commercial de l'entreprise. Vouloir maintenir une distinction nous semble abscons et le droit hongkongais pourrait être une source de pacification des relations entre SARL, associés et gérant en permettant de montrer qu'une relation contractuelle hybride peut être utilisée (2).

1. L'identification des problématiques restreignant l'embauche d'un gérant de SARL

631. Le droit français ne pose pas un principe aussi franc qu'en droit hongkongais et la réalité d'un contrat de travail entre une SARL et son gérant (tout comme pour le président d'une SAS¹³¹⁵) généralement admise ne sera confirmée quasiment qu'au cas par cas. Ainsi, en l'absence de règle claire confirmant la licéité de la signature d'un contrat de travail entre la SARL et son gérant, les litiges ayant pour motif principal le règlement ou le bénéfice des cotisations sociales resteront nombreux.
632. D'une part, la charge de la preuve pèse sur le gérant et les quatre critères cumulatifs que celui-ci doit démontrer ne sont pas aisés à prouver¹³¹⁶. En effet, le lien de subordination devant exister entre l'employeur et l'employé est souvent présumé inexistant dans le cas de l'existence d'un contrat de travail entre SARL et gérant majoritaire¹³¹⁷. D'autre part, les conséquences en matière de contributions sociales bloquent le développement de cette pratique de la signature d'un contrat de travail pour les gérants de SARL¹³¹⁸.
633. En droits hongkongais des sociétés et du travail, ces deux éléments ne présentent pas la même ampleur qu'en droit français. D'une part, le lien de subordination ne constitue pas un empêchement à cumul dans la mesure où les acteurs *Company* et *director* sont distingués et où la collectivité des *directors* représente le pouvoir effectif d'employeur contre l'*executive director* employé par la *Company*. En outre, le poids des cotisations sociales est quasiment inexistant¹³¹⁹ et celles-ci sont mises en place pour que la personne perçoive une rémunération

(COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, §1072, page 547).

¹³¹⁵ Les statuts peuvent librement arrêter les modalités du statut des dirigeants mais aucun article n'envisage expressément la possibilité de signer un contrat de travail ou un contrat de management, COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, §942, page 492.

¹³¹⁶ STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, point 35.

¹³¹⁷ STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, points 42 et 43.

¹³¹⁸ "Quant au régime de protection sociale, les dirigeants de SAS sont affiliés au régime général de la Sécurité sociale, ce qui les place, comme le président et le directeur générale dans la SA, dans la confortable situation des salariés, protection contre le chômage en moins." COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, §943 et §559 et §595. Quant à l'assurance-chômage, "la signature d'un contrat de travail entre la SAS et son dirigeant ne suffit pas à assurer celle-ci, la réalité de la relation employeur-employé et l'effectivité des missions de l'employé sont des éléments pris en considération pour opposer l'inexistence de cette relation et écarter les anciens dirigeants de cette assurance-chômage", COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, §543 et suivants.

¹³¹⁹ L'unique cotisation sociale est constituée par la cotisation au système de retraite par capitalisation, dénommé *Mandatory Provident Fund*. Le montant des cotisations patronale et salariale est de 5% du salaire mensuel et ces deux cotisations sont plafonnées à 1.500 Hong Kong Dollars par mois, soit 3.000 Hong Kong Dollars par mois au total.

au titre d'un emploi confirmé par un contrat de travail ou au titre d'un mandat de *director* confirmé ou non par un contrat de travail ou par un contrat de service du *director*. Il en résulte que les enjeux du cumul du mandat de *director* avec celui d'employé ne sont pas identiques à ceux d'un tel cumul au sein d'une SARL.

2. La proposition de la mise en place d'un contrat de management

634. Comme nous l'avons laissé entendre par l'utilisation de l'expression *executive director*, expression reflétant les termes de la section 352 disposant que le contrat de service du *director* vise un engagement personnel du *director* d'accomplir des services au bénéfice de la *Company*, l'emploi d'un *director* est tout à fait possible en droit hongkongais des sociétés et en droit hongkongais du travail. L'insertion de règles afférentes au contrat de service du *director* dans l'Ordonnance codifie une pratique largement répandue dans le but de prévenir les risques et de conserver expressément la liberté des *members* quant à la personne occupant le mandat de *director*.
635. En droit français, le contrat qui pourrait permettre à la SARL d'encadrer les pouvoirs de ses gérants avec un droit de regard des associés pourrait être le contrat de management. Le fait que la signature d'un contrat de travail entre la SARL et un de ses gérants doit être approuvée par l'assemblée des associés¹³²⁰ est un élément en faveur de l'instauration d'un contrat de management. Il est vrai qu'à la vue des deux casquettes qu'un gérant ne peut manquer d'avoir au sein d'une SARL, la signature d'un simple et traditionnel contrat de travail pourrait paraître factice (et non fictive). Il nous semble que les statuts ne soient pas le bon document dans lequel insérer les modalités relatives au mandat et à l'emploi ou aux services du gérant pour deux raisons principales. Il serait délicat que les statuts visent nommément un gérant et non l'ensemble de ceux-ci s'il y en a plusieurs. La confidentialité des conditions dans lesquelles l'emploi est occupé ou les services sont rendus ne nous semble pas conforme à la confidentialité attachée aux conditions d'embauche. La signature d'un contrat de management approuvé au préalable par les associés de la SARL posant les statuts fiscal et social du gérant assimilés à ceux d'un salarié permettrait d'éviter le recours au contrat de travail et éluderait ainsi la problématique de la recherche d'un lien effectif de subordination qui est flou dans le cas de services rendus.
636. Au vu des évolutions récentes des statuts fiscal et social des gérants de SARL, il apparaît que seule l'assurance-chômage distingue encore le statut de salarié de celui de gérant. Cet enjeu réduit par rapport à la situation antérieure aux réformes d'harmonisation des statuts des gérants de SARL pourrait conduire aujourd'hui à l'énonciation d'un principe autorisant le cumul des statuts de gérants et de salariés. Cette énonciation aurait pour conséquence de démystifier l'attrance pour le statut de salarié de la part des gérants, d'ôter une problématique au choix entre gérant et employé et de permettre de fluidifier les évolutions professionnelles au sein des PME hébergées par des SARL.
637. Cependant, cette énonciation n'entraînerait aucune sécurité accrue des associés de SARL sur les actes des gérants de leur société. Or, le but recherché est également de mieux prévenir les litiges entre associés et gérants et la signature d'un contrat de travail n'est pas contrôlée par les associés. Dans cette optique, l'approbation de la signature d'un contrat de management entre la SARL et ses gérants devrait être dévolue aux associés entraînant une meilleure communication sur les attentes et objectifs des associés par rapport aux pouvoirs et missions des gérants et une prévention accrue des risques de litiges en matière de responsabilité de ceux-ci. Le Code de commerce pourrait alors être modifié par un ajout des contrats de

¹³²⁰ Article L. 223-19 du Code de commerce.

management au titre des contrats devant faire l'objet d'une approbation préalable obligatoire par les associés. Pour les SARL, l'ajout de la nécessaire approbation par les associés de la signature d'un contrat de management pourrait être effectué à l'alinéa 2 de l'article L. 223-19 du Code de commerce.

638. Ce niveau de sophistication par l'approbation et la signature d'un contrat de management ne devrait pas être identifié dans les très petites entreprises hébergées par des SARL détenues et gérées par les mêmes personnes ; cependant, il n'est pas nécessaire à notre avis de distinguer cette catégorie de société dans la modification du Code de commerce dans un souci d'unité et de lisibilité de la loi.

B. La proposition de la mise en place d'un contrat de management au sein des SAS aux fins de clarification

639. Au vu de la proximité des règles applicables aux SAS et aux *Companies* (1), il serait pertinent d'envisager de formaliser les éléments doubles afférents au mandat, aux pouvoirs et aux devoirs des dirigeants ainsi qu'aux services rendus par les dirigeants de la SAS à la lumière du contrat de service du *director* tout en préservant la liberté dévolue aux associés de la SAS dans la définition de la direction¹³²¹ de leur société et de leur entreprise (2).

1. La liberté d'organisation des organes de gestion : un point commun des SAS et *Company*

640. Sur le plan de l'organisation de la gestion de leurs affaires, la SAS et la *Company* présentent de nombreuses affinités dont le principe de la séparation des pouvoirs entre les associés et les représentants légaux. Sur un modèle identique d'attribution de compétences par défaut et en l'absence de mentions spécifiques dans les statuts, le président de la SAS devrait pouvoir intervenir dans tous les domaines à l'exception de ceux qui sont expressément dévolus aux associés par les articles L. 227-3 et L. 227-9 du Code de commerce. Sur la base d'un principe de liberté de gestion, les associés sont libres d'organiser les pouvoirs et compétences des dirigeants et de prévoir leur rémunération.

641. Cependant, une différence notable est à relever.

Les associés organisent librement la gestion et la direction de leur SAS dans les statuts dans le cadre des règles légales qui imposent la désignation d'un seul et unique président et l'utilisation des dénominations de directeur général et de directeur général délégué. Cette utilisation vise notamment à faciliter la publicité de ces mandats auprès du greffe et à permettre une meilleure identification de ces organes de représentation vis-à-vis des tiers. Sur ce point, la SAS et la *Company* désignant uniquement des *directors* se retrouvent. En dehors des termes des statuts, ni le président ni le directeur général ni le directeur général délégué ne peut créer de nouveaux organes.

Tous les organes de gestion et de direction d'une SAS doivent être prévus dans les statuts de la SAS alors que le *director* est légalement prévu par l'Ordonnance et que celui-ci peut déléguer tout ou partie de ses pouvoirs librement, peut désigner un nouveau *director* et peut créer tout nouvel organe désigné "*committee*" nécessaire à la gestion et à la direction des affaires de la *Company* sans l'aval des *members*. Ainsi, la délégation de pouvoir et de compétence et la création de *committee* simplement mentionnées dans le modèle d'*articles*-type permettent au *director* d'utiliser ou non ces facultés en toute liberté sans contrôle des *members*.

¹³²¹ Article L. 227-5 du Code de commerce.

2. La suggestion de l'utilisation par les praticiens d'un contrat de management

642. Du fait de la ressemblance de la liberté d'organisation de la gestion et de la direction des SAS par leur président et des *Companies* par leur *director*, il serait intéressant de proposer à la pratique un formulaire de contrat de management permettant, sur le modèle du contrat de service, l'encadrement des pouvoirs, des compétences et de la rémunération du président de la SAS (voire des directeurs généraux, des directeurs généraux délégués et des autres dirigeants) plutôt que d'insérer ces éléments précis dans les statuts d'autant plus que l'insertion de ces éléments dans les statuts ne permet pas, par principe, de les rendre opposables aux tiers. En sus, les statuts ne pourraient être utiles dans le cas où l'encadrement des pouvoirs viserait un représentant légal (voire un dirigeant) nommé et non l'ensemble de ceux-ci s'il y en a plusieurs et la confidentialité des conditions dans lesquelles les services sont rendus ne nous semble pas conforme à la confidentialité attachée aux conditions d'emploi.
643. Le fait que les statuts fiscal et social des représentants légaux et des dirigeants de SAS sont assimilés à ceux d'un salarié est d'autant plus encourageant en ce sens. Quel que soit le document où sont mentionnés les termes relatifs au mandat de représentant légal et de dirigeant, aux fonctions occupées dans l'organigramme de l'entreprise au regard de leurs compétences, aux missions et services qu'ils devront remplir et à leurs rémunération, les représentants légaux et dirigeants de SAS combinent souvent les aspects légaux de leurs mandats et les aspects d'employés au service de l'entreprise. Il est compréhensible qu'à la vue de ce statut hybride, seul l'acte de désignation du représentant légal ou du dirigeant accompagné des statuts ou seul un contrat de travail ne suffit pas à englober l'intégralité de leur rôle. La complémentarité, voire la sophistication, du contrat de service permettrait d'inspirer une forme contractuelle adaptée aux cas des représentants légaux et dirigeants de la SAS en développant la pratique du contrat de management (terme préféré à celui de gestion qui pourrait supposer la présence d'un gérant et à ceux de présidence ou de direction déclinés de la terminologie de président et de dirigeant mais étant exclusif l'un de l'autre).
644. Ce contrat pourrait prévoir tous les éléments relatifs au mandat de président et de dirigeant et à leurs pouvoirs et rémunérations. Ce contrat pourrait faire l'objet d'un formalisme quant à son approbation par défaut par les associés ou par tout autre organe de contrôle instauré dans la SAS par les statuts. La codification des règles afférentes serait probablement contraire à l'esprit de liberté d'organisation des missions de gestion et de direction régnant au sein de la SAS. L'insertion d'un alinéa au sein de l'article L. 227-6 ou de l'article L. 227-10 du Code de commerce pourrait cependant être envisagée afin de formaliser l'élaboration et la signature d'un tel contrat au sein des SAS dans le but de préserver la liberté des associés, d'encadrer les missions des représentants légaux et dirigeants dans un contrat formel discuté et expliqué et de prévenir les risques encourus par une gestion des affaires hébergées par la SAS en toute autonomie par les représentants légaux et dirigeants. De manière globale, la formalisation des règles librement choisies par les associés pour organiser la gestion de leur SAS permettrait de rassurer les associés et les représentants légaux et dirigeants dont les intérêts parfois contradictoires pourraient créer des tensions inutiles à l'essor des activités de l'entreprise.

Conclusion du Chapitre 2. Le pragmatisme et la prévention en droit hongkongais des sociétés, deux lignes de conduite à succès

645. La *Company* est polymorphe. Cet outil au service des entrepreneurs est une institution sûre et pérenne pour les associés. Ils peuvent tout y développer. Les politiques publiques mises en place par le Gouvernement hongkongais pour favoriser tel ou tel secteur économique ne passent pas par l'adaptation du droit des sociétés à un secteur d'activité spécifique. Agriculteurs, éleveurs, artisans, commerçants, restaurateurs, hôteliers, consultants,

architectes, banquiers, assureurs, prestataires de service, auditeurs, etc... tous ont recours à la *Company*¹³²² : l'utilisation de la *Company* comme outil à la protection de l'entreprise n'est pas limitée par un objet social. La liberté d'entreprendre s'exprime au sein d'un même véhicule juridique. L'énergie des pouvoirs publics n'est pas dépensée à remanier le droit des sociétés au besoin des entreprises ou des secteurs d'activité en panne car la *Company* est adaptable et s'adapte ; l'énergie des pouvoirs publics est concentrée sur la matière économique et l'énergie des acteurs économiques est concentrée sur la matière commerciale. Sans objet social, comment encadrer les actes des *directors* ? Comment est-ce que les *members* peuvent s'assurer que les *directors* ne vont pas agir en dehors de l'entreprise hébergée au sein de leur *Company* et que leurs fonds vont être utilisés à bon escient ? La promotion de la communication entre *members* et *directors* et l'encadrement contractuel des pouvoirs des *directors* au sein d'un contrat sont les réponses pragmatiques du droit hongkongais. La gouvernance est un concept utile et pertinent en la matière. Un droit des sociétés qui mise sur la *soft law* (la signature d'un contrat de service avec les *directors* n'est pas obligatoire et l'approbation des *members* n'est pas automatique mais les deux sont fortement suggérés) au-delà de principes juridiques établis parfois de longue date, sur les échanges renforcés entre les organes d'une *Company* et sur le dialogue et la prévention des risques au sein de celle-ci.

Conclusion du Titre 1. La promotion de la gouvernance au sein de PME par une meilleure organisation des organes de gestion

646. Il nous semble pertinent de présenter la stratégie du législateur hongkongais face à la définition de la nature et du régime de l'organe de gestion de la *Company* comme une stratégie pragmatique ouvrant un équilibre entre règles impératives et liberté des *members*. La portée des règles impératives constituant un tronc commun de règles applicables à tous les *directors* de toutes les *Companies* est indéniablement positive en termes d'efficacité, d'effectivité et de sécurité juridiques. En contrepartie, l'absence d'objet social, qui ne remplissait plus en pratique son objectif protecteur, a libéré les *Companies* en augmentant leur adaptabilité aux mouvances économiques et aux opportunités commerciales. Ce pragmatisme hongkongais se trouve renforcé par la codification du contrat de service. Ce type de contrat existait avant la codification effectuée dans l'Ordonnance. La signature d'un tel contrat n'est pas rendue obligatoire par l'Ordonnance. L'approbation d'un tel contrat par les *members* n'est pas rendue automatiquement obligatoire par l'Ordonnance, sauf à ce que celui-ci présente certaines caractéristiques. La codification d'un tel contrat suggère que sa négociation et sa signature sont encouragées et que l'approbation par les *members* sera constitutive d'un bienfait. La prévention, l'organisation préalable, le dialogue sont mis en avant par l'Ordonnance pour protéger les *members*, leur entreprise et leurs investissements, pour protéger les

¹³²² La libéralisation des formes sociales commerciales engagée par le législateur français dans la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, loi dite "Macron", pourrait constituer les prémices de l'adaptabilité et de l'ouverture des SARL et des SAS, qui pourraient devenir des sociétés commerciales, certes, mais surtout des sociétés outils polymorphes, des sociétés repères pour les entrepreneurs et les investisseurs, des sociétés où convergent les caractères contractuel et institutionnel. "[...] nos formes sociales traditionnelles sont en grande partie dépassées par des règles qui les transcendent et par les aménagements contractuels que juge et législateur ont progressivement tolérés. À se demander s'il ne conviendrait pas de créer une société à la carte avec des menus différenciés : choix de la structure (société unipersonnelle, société à nombre restreint d'associés, société à l'actionnariat étendu offrant ses titres au public), choix de la gouvernance (par un associé, possibilité de direction par un tiers non associé, direction bicéphale...), choix applicable aux statuts des associés et aux droits sociaux (prise de risque limitée ou illimitée, cession avec agrément ou droits négociables, retrait ou exclusion)... Les contraintes résultant de l'objet de la société (patrimonial ou activité exploitée) seraient du ressort des réglementations sectorielles et formeraient un socle d'ordre public auquel il ne serait pas possible de déroger (composition du capital, règles de protection des tiers...)", ROUSSILLE Myriam, Repenser le droit des sociétés, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, repère 10.

directors et leurs actes engageant la *Company*, pour protéger la *Company* et son intérêt social et bien entendu les tiers. Le mandat reçu par les *directors* leur donne une immense liberté encadrée par leurs devoirs fiduciaires pour développer l'entreprise dans le but d'en tirer des profits et par une relation contractuelle faisant intervenir le contrôle des *members*. Le blocage français de refuser d'octroyer un contrat de travail aux gérants ou aux représentants légaux est bien éloigné du pragmatisme hongkongais. La gouvernance des PME françaises aurait pourtant beaucoup à gagner à organiser les missions des gérants et représentants légaux dans un contrat de service (ou quel que soit le nom de ce contrat d'ailleurs), au-delà de considérations relevant de cotisations sociales ou de lien de subordination avec la société. La gouvernance englobe ce mécanisme du contrat de service ; la gouvernance propose d'autres mécanismes offrant soutien et sécurité à la société outil hongkongaise ; la gouvernance des PME pourrait être développée par d'autres mécanismes au bénéfice des SARL et des SAS et du renforcement de l'efficacité économique de leurs entreprises.

Titre 2. Des remèdes hongkongais en matière de contrôle des associés pour l'autonomisation des sociétés fermées à risque limité

648. La problématique de la bonne gouvernance des SA est un sujet occupant les pouvoirs publics depuis de nombreuses années. Cependant, cette problématique semble moins toucher les PME alors que de nombreuses règles juridiques, comptables et fiscales s'appliquent à leur entité hébergeante. Pourquoi ? Le manque de moyens humains et financiers pourrait être une première réponse. Le manque de vision ou d'ambition pour le développement de l'entreprise nouvelle pourrait être une deuxième réponse. Il nous semble qu'une bonne gouvernance des PME permettrait pourtant de diminuer le temps administratif passé par les représentants légaux et les dirigeants et de diminuer le volume des litiges afférents à la gestion, à la direction, à la représentation de PME hébergées au sein d'une SARL ou d'une SAS. Cette diminution du volume des litiges aurait deux avantages : réduire l'intervention des tribunaux et dégager du temps commercial par rapport au temps de gestion administrative. Ainsi, la bonne gouvernance des PME hébergées par une SARL ou une SAS serait un élément en faveur de leur efficacité économique et un élément facilitateur de leur transmission et donc de leur pérennité. Les notions de conformité et de sécurité pourraient ainsi guider l'évolution juridique de ces deux formes sociales. Alors, les pouvoirs publics devraient intervenir pour apporter le support nécessaire aux PME pour développer une gouvernance équilibrée entre les intérêts financiers et humains des sociétés outils des PME naissantes et en développement et de l'État.
649. La *Company* est autonome et cette autonomie contribue à sa bonne image, qui fait de Hongkong un centre juridique attractif et compétitif. Les *members* contrôlent leur *Company* car ils en contrôlent la gestion par la communication entretenue avec les *directors* et car ils disposent des moyens techniques et juridiques de contrôler son existence et son fonctionnement. Le concept analytique de gouvernance permet de mettre en exergue le fait que les *members* peuvent être impliqués dans la gestion de l'entreprise afin d'en promouvoir la réussite s'ils sont informés et s'ils disposent des moyens légaux et financiers de mesurer cette gestion et donc de la contrôler et de l'influencer de manière positive et préventive. Ce concept permet de surcroît de donner aux *members* la sécurité juridique attachée à la formation de leur *Company*, d'une part, et la maîtrise du moment de sa dissolution en dehors de toute intervention judiciaire, d'autre part. Ce sont sur ces thèmes que nous souhaitons comprendre les règles applicables à la *Company* et les comparer à celles de ses sœurs françaises.
650. De notre expérience en qualité de praticienne dans un cabinet d'avocats à Hongkong, deux moyens permettraient de faire évoluer les gestions légale, administrative et financière des SARL et des SAS vers une meilleure gouvernance. Le premier moyen réside dans l'introduction d'interlocuteurs privilégiés externes à la *Company* et aux pouvoirs publics hongkongais. Ces interlocuteurs externes, au nombre de deux et dont la désignation serait obligatoire, peuvent contribuer à rendre l'outil société plus efficace économiquement et plus conforme à la règle de droit (chapitre 1). Le deuxième moyen réside dans l'introduction d'une plus grande sécurité pour les associés, les représentants légaux et les tiers quant à l'existence de la SARL et de la SAS (chapitre 2). La suppression de la possibilité de prononcer la nullité des SARL et des SAS est la première suggestion au renforcement de la sécurité juridique et de l'autonomie de la forme sociale. La création d'une procédure non judiciaire de dissolution de ces deux formes sociales est une deuxième suggestion. Cette procédure non judiciaire contribuerait à la meilleure gouvernance des sociétés dans un but d'efficacité économique et d'attractivité de ces formes sociales. Une telle procédure sécurisée pourrait permettre aux entrepreneurs de conserver un esprit d'entreprise dynamique.

651. L'interventionnisme étatique dans la vie des SARL et SAS est illustré par l'exigence du dépôt de nombreux actes légaux et financiers, et d'actes originels émis par celles-ci, auprès du greffe du Tribunal de commerce. L'État souhaite savoir ce qui se passe au sein de ces SARL et SAS, au-delà de la nécessaire publicité de la modification d'éléments constitutifs de celles-ci et en dehors de toute effectivité de cette exigence (l'entrepreneur n'est souvent pas formé à assumer cette publicité, aussi bien quant à la préparation des documents faisant l'objet d'une publicité et la procédure de publicité elle-même). Le droit hongkongais impose certes un intermédiaire entre la *Company* et les pouvoirs publics (le *company secretary*) et un professionnel de la comptabilité, de la finance d'entreprise et du contrôle de gestion (l'auditeur) que la *Company* doit rémunérer, ce qui peut constituer un frein supplémentaire à la création d'une *Company*, mais nous avons bien vu qu'il n'en est rien au vu du succès que remporte la *Company* dans le monde des affaires, de l'image de simplicités légale et administrative qu'elle dégage et du dynamisme économique du territoire hongkongais tiré notamment du réseau très dense de PME. Aux yeux des pouvoirs publics hongkongais, l'inconvénient financier est un moindre mal par rapport aux gains que tirent les pouvoirs publics (par exemple par la centralisation des ressources et par la désignation d'un interlocuteur privilégié au sein de la société) et l'entrepreneur (par exemple par l'assurance de n'oublier aucune formalité obligatoire et par l'assurance de la qualité minimale de ces formalités) de la désignation de ces deux professionnels pour accompagner la *Company*. La simplicité qui se dégage de la *Company* est en partie liée à la désignation obligatoire d'un *company secretary*. Nous voyons dans la désignation de l'équivalent d'un *company secretary* au sein des SARL et des SAS un moyen de simplifier l'institution et la gestion légale de ces sociétés et de renforcer la conformité de l'entreprise¹³²³ et de la forme sociale au droit français des sociétés (Section 1). En outre, la simplicité qui se dégage de la *Company* est liée à la désignation obligatoire de l'auditeur qui assure la justesse et l'exactitude des informations financières émises par la *Company* et remises aux autorités fiscales. Nous voyons dans la désignation de l'équivalent d'un auditeur au sein des SARL et des SAS un moyen de simplifier la gestion financière et légale de ces sociétés et de renforcer leur conformité aux règles françaises comptables et fiscales (Section 2). L'État ne se désengage pas du fait de la mise en place de ces deux mandats au sein des SARL et des SAS : l'État s'assure une meilleure qualité des informations légales et financières qui lui sont remises par ces sociétés. La finalité est double : la réduction pour les pouvoirs publics et pour les SARL et SAS du coût du temps passé à effectuer le contrôle des informations fournies et les poursuites pour absence d'informations fournies ou pour erreur. Par leur déontologie et par les règles qui

¹³²³ En ce sens, "Ce qui est intéressant avec la compliance, c'est que cela introduit un élément dynamique dans l'entreprise. On assiste à une sorte de transfert de l'ordre juridique des institutions publiques vers l'entreprise. C'est un transfert qui se traduit par l'internalisation de la fonction publique dans l'entreprise privée. Les institutions publiques ne sont plus en mesure de tout réguler juridiquement, donc on a transféré ça à l'entreprise, et ça ne va pas aller en s'améliorant avec la fonction conformité où le procureur anti-corruption est à l'intérieur de l'entreprise.", Propos d'Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des Hautes Études Juridiques, extraits de la Synthèse des débats du séminaire organisé par l'Institut des Hautes Études Juridiques et Sciences Po « Droit, marchés et globalisation » le 14 mai 2013, dont la thème est "Les juristes d'entreprises en France : évolution et dilemmes", page 6; synthèse publiée sur www.ihej.org le 26 septembre 2013.

« On consomme trop de justice, et trop mal, assène-t-il. La question est : comment résoudre les conflits sans les juges ? Est-ce normal que le parquet réponde à toutes les infractions ? Ce qui relève du code de la route ne pourrait-il pas être traité par le préfet ? La prison est-elle la plus adaptée pour les auteurs d'infractions sexuelles et pour protéger les victimes ? Ne devrait-elle pas être réservée, finalement, à la délinquance organisée ? », propos d'Antoine Garapon recueillis par Florence Thomasset et extraits de l'article intitulé "Antoine Garapon, le magistrat « intello »" publié dans *La Croix* le 27 décembre 2013. "Et de discourir, impossible à interrompre et passionné, sur la culture française qui n'est pas encline, spontanément, à s'attaquer aux défis de façon pragmatique."

s'appliquent à leurs mandats, le *company secretary* et l'auditeur permettent de laisser les affaires de l'entreprise à la société et à ses acteurs, ce qui est une source de collaboration plutôt que de contrôle étatique.

Section 1. L'augmentation de la conformité et de la sécurité juridique au sein des SARL et SAS par la désignation de l'équivalent du *company secretary*

652. Les avantages résultant de la désignation obligatoire d'un *company secretary* sont la qualité évidente qui se dégage des documents sociaux d'une *Company* et la plus grande sécurité juridique qui s'ensuit pour la SARL et la SAS, pour ses acteurs et pour les tiers. D'un point de vue qualitatif, les livres sociaux, les registres et les documents sont mieux tenus, mieux rédigés, mieux archivés et mieux conservés que s'ils étaient simplement tenus par les *directors* qui ont plus une expérience de gestion commerciale que de gestion légale. D'un point de vue quantitatif, les *members* et les *directors* sont informés de leurs obligations impératives quant à la notification des restructurations de la *Company* et quant à la transcription écrite obligatoire de leurs décisions et à leur compilation. Cet avantage permet de pallier le danger de la confusion entre société et associé unique¹³²⁴ en assurant le respect des règles liées au fonctionnement nécessairement formaliste d'une société unipersonnelle. Cet avantage permet, en cas de cession des parts sociales entre vifs, en cas de transmission des parts sociales pour cause de mort, en cas de changement de *directors*, de *company secretary* ou d'auditeur, ou en cas d'audit légal ou financier de la *Company*, que la documentation soit rapidement disponible et d'une qualité professionnelle. Conformité, sécurité, intelligibilité, lisibilité et simplicité pourraient être les avantages majeurs de cette évolution du droit français des sociétés à l'aune de l'expérience des *Companies*.
653. Historiquement, les *company secretaries* sont apparus dans les sociétés anglaises cotées¹³²⁵ et ils se sont ensuite regroupés au sein d'une association, l'*Institute of Chartered Secretaries and Administrators*¹³²⁶. Il résulte de cette organisation spontanée une caractéristique intéressante de la profession de *company secretary* : la *Companies Ordinance* hongkongaise impose la désignation d'un *company secretary* au sein de toutes les sociétés dès le jour de leur immatriculation mais n'organise que très légèrement cette profession et ne liste pas

¹³²⁴ DAIGRE Jean-Jacques, La société unipersonnelle en droit français, Revue internationale de droit comparé, volume 42 n°2, avril-juin 1990, page 672.

¹³²⁵ "The origins of the ICSA go back to 1891, when it was formed by 18 company secretaries as 'The Institute of Secretaries of Joint Stock Companies'. Members' skills were concentrated on providing competent advice to directors of listed companies and on removing from their shoulders the burden of compliance with regulatory requirements." Source: http://www.hkicsa.org.hk/index.php?_room=4&_subRoom=4 - Extract dated 19 January 2015. "ICSA has a rich and proud history, closely linked to the development of modern organisations. It was founded in 1891 to represent the interests of a relatively new professional group, corporation secretaries." and "[...] in 1891, the office of corporation secretary as we know it today was only a few decades old. It stemmed from the introduction of limited liability in 1855, and the first Companies Act in 1862, which led to a rapid increase in company formation. By 1892 there were 15,477 companies on the books of the Registrar of Joint Stock Companies, and a new class of professional had emerged to govern their administration. One such professional, Thomas Brown, saw the opportunity to establish secretaryship as a profession by means of an association, as the Institute of Chartered Accountants had done in 1881." and "The first exams, which included Latin and Geometry as well as what we'd recognise as more standard elements of company secretarial practice such as law, took place in 1897. The royal charter was granted in 1902 and the institute's secretary bird crest incorporated into a badge of arms." Extract dated 19 January 2015 – Source: <https://www.icsa.org.uk/about-us>

¹³²⁶ L'*Institute of Chartered Secretaries and Administrators* (ICSA) est une personne morale immatriculée le 20 octobre 1902 sous la dénomination "Chartered Institute of Secretaries of Joint Stock Companies and other Public Bodies" par une charte royale. L'ICSA est une association professionnelle regroupant uniquement des membres certifiés de "chartered secretaries". Dans la mesure où une immatriculation par charte royale entraîne la compétence de The *Queen in Council* et du *Privy Council* pour traiter de certaines questions afférentes à leur structure interne, ces personnes morales doivent revêtir un intérêt public et consacrer une profession dans son caractère unique. Date de la mise à jour : 20 janvier 2015. Source: <http://privycouncil.independent.gov.uk/royal-charters/chartered-bodies/>

"We [ICSA] are the only qualifying body for chartered secretaries, whose broad skillset includes law, governance and compliance, and who are fundamental to the smooth running of organisations. In UK listed companies, the role is recognised by the Companies Act 2006 and the UK Corporate Governance Code." Extract dated 19 January 2015 – Source: <https://www.icsa.org.uk/about-us>

expressément les obligations concrètes d'un *company secretary*, profession qui est encadrée par des principes et des règles réunies et gérées par un organisme non réglementé (§1). Ainsi, malgré une désignation obligatoire au sein d'une *Company*, le *company secretary* offre une grande souplesse tout en garantissant une grande sécurité juridique, notamment pour les pouvoirs publics. Il nous semble que nous pouvons identifier en droit français des sociétés des éléments de souplesse qui seraient précurseur de la mise en place d'une position équivalente à celle du *company secretary* dans une SARL et une SAS tout en améliorant la lisibilité du rôle et des missions attachés à cette position (§2).

§1. Les éléments constitutifs de la définition de *company secretary*

654. Deux sources se complètent pour fournir en droit hongkongais les éléments permettant de définir la notion (A) et le régime (B) du *company secretary*. D'une part, l'Ordinance organise les modalités de désignation du *company secretary* et pose le principe général de sa responsabilité au sein de la *Company*. D'autre part, les publications de la branche hongkongaise de l'*Institute of Chartered Secretaries and Administrators* aiguillent le *company secretary* sur les tâches qu'il doit assurer au quotidien au sein d'une *Company*. Le *Hong Kong Institute of Chartered Secretaries* (HKICS) a été créé en 1949 et représente une source d'informations et de formations de référence pour les *company secretaries* locaux¹³²⁷.

A. La notion de *company secretary*

655. Cette notion peut être donnée de manière la plus complète possible en réunissant deux sources : les dispositions de l'Ordinance (1) et les éléments fournis par la pratique des *company secretaries* et par leur association locale (2).

1. La définition légale du *company secretary*

656. Le *company secretary*, qui n'est pas défini dans la section 2 "*Interpretation*" de l'Ordinance¹³²⁸, est un des *officers* de la *Company*¹³²⁹ au côté des *directors* et *managers*. Le *company secretary* se distingue de ces deux fonctions. Contrairement au *director*, il ne représente pas la *Company* vis-à-vis des tiers et n'est pas chargé de gérer l'entreprise. Contrairement au *manager*, il n'agit pas sous le pouvoir hiérarchique du *director* pour gérer à ses côtés l'entreprise hébergée par la *Company* et sa désignation fait l'objet d'une publicité au *Companies Registry*.

657. Toute *Company* doit avoir un *company secretary*¹³³⁰ (règle également applicable aux *directors* mais non aux *managers*). Le premier *company secretary* est nommé dans le formulaire d'immatriculation de la *Company*¹³³¹ déposé au *Companies Registry* (tout comme le ou les premiers *directors* alors que la désignation d'un *manager* d'une *Company* ne fait pas

¹³²⁷ "Formed in 1949 as a branch of the ICSA, membership remained relatively modest until the early 1970s when, in order to accommodate the demand to provide further education to Hong Kong's growing population, bodies such as the Hong Kong Polytechnic began to deliver certificate and diploma courses in business-related subjects. Many students studying these courses found it natural to join and study for the examinations of a relevant professional body at the same time and as a consequence the ICSA saw strong growth in student numbers. This growth has of course been translated into membership. Over the past 20 years we have grown from 300 members to about 5,700 members and approximately 3,200 students." Extract dated 19 January 2015. Source: http://www.hkics.org.hk/index.php?_room=4&_subRoom=4

¹³²⁸ En effet, la définition donnée est la suivante : "company secretary includes any person occupying the position of company secretary (by whatever name called)".

¹³²⁹ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁰ Section 474 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³¹ Section 474 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

l'objet d'une telle publicité). Le *company secretary* doit, s'il est une personne physique, résider de manière habituelle sur le territoire de Hongkong et, s'il est une personne morale, être immatriculé à Hongkong ou avoir un établissement commercial à Hongkong¹³³² (cette règle ne s'applique ni aux *directors* ni aux *managers* éventuels).

658. Sauf à ce que la démission soit interdite par les *articles* ou par un contrat signé entre la *Company* et son *company secretary*, celui-ci est habilité à démissionner de ses fonctions¹³³³. En l'absence de mention d'un préavis à une telle démission dans les *articles* ou dans un contrat signé entre la *Company* et le *company secretary*, ce dernier peut démissionner à tout moment. La charge de notifier une telle démission au *Companies Registry* pèse sur la *Company*, à moins que le *company secretary* démissionnaire n'ait de fortes raisons de croire que la *Company* ne notifiera pas sa démission.
659. Toute *Company* doit tenir et maintenir à jour un registre des *company secretaries*¹³³⁴ (tout comme pour les *directors* ; les règles applicables au registre des *company secretaries* sont pratiquement identiques à celles applicables au registre des *directors*). La *Company* doit obligatoirement notifier au *Companies Registry* l'adresse où est conservé ce registre sous peine d'amendes et de pénalités journalières¹³³⁵. Un *member* et, dans certaines conditions¹³³⁶, un tiers, peuvent demander à consulter ce registre et à en obtenir une copie¹³³⁷. Le registre des *company secretaries* doit présenter les informations suivantes¹³³⁸ : dans le cas d'une personne physique, le nom complet, l'adresse de correspondance située à Hongkong (hors boîte postale) et le numéro de carte d'identité hongkongaise ou à défaut le numéro de passeport et le pays émetteur de celui-ci ; dans le cadre d'une personne morale, sa raison sociale et l'adresse de son siège social ou de son principal établissement commercial. Les informations indiquées dans le registre des *company secretaries* doivent être toutes notifiées au *Companies Registry* dans le délai de quinze jours de la date de la désignation ou de la cessation du *company secretary* et du changement de tout ou partie de ces informations¹³³⁹.
660. Afin d'assurer la sécurité juridique au sein d'une *Company*, deux règles limitent le cumul de mandat et le cumul du pouvoir de signature entre *company secretary* et *director*. Le *sole director* de la *Company* ou une *company* dont il est le *sole director* ne peut également assumer les fonctions de *company secretary*¹³⁴⁰ de ladite *Company*. Il n'existe pas d'autre incompatibilité entre les qualités de *member*, de *director* et de *company secretary*. En outre, dans l'éventualité d'une pluralité de *directors* et de la désignation d'un des *directors* aux fonctions de *company secretary*, ce *director*, cumulant les deux casquettes, ne peut signer des documents au nom et pour le compte de la *Company* au titre de ces deux qualités.
661. Afin d'assurer la continuité des obligations remplies et des services assurés par le *company secretary* au vu de son importance, l'Ordonnance prévoit qu'en cas de vacance ou d'impossibilité d'agir du *company secretary*, l'assistant ou l'adjoint du *company secretary* peut agir et à défaut, tout *officer* désigné de manière générale ou spéciale à cet effet par les

¹³³² Section 474 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³³ Section 477 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁴ Section 648 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁵ Section 648 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁶ Section 657 (conditions générales) et section 651 (protection du numéro de passeport ou de carte d'identité du *company secretary*) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁷ Section 649 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁸ Section 650 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³³⁹ Section 652 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Également : L'adresse du *company secretary*, au même titre que l'adresse des *directors* et *reserve directors*, doit être notifiée¹³³⁹ au et conservée par le *Companies Registry*¹³³⁹.

¹³⁴⁰ Section 475 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

*directors*¹³⁴¹. Le *Companies Registry* est l'autorité gouvernementale habilitée à sommer une *Company* suspectée de ne pas avoir désigné de *company secretary* de pallier cette lacune sous la pression d'amendes et d'astreintes.

2. Les éléments complémentaires de la notion de *company secretary*

662. À Hongkong, ces éléments sont fournis par les guides et circulaires publiés par l'HKICS. Plus largement, le *company secretary* est l'acteur de la *Company* assurant une administration efficiente de celle-ci en s'assurant du respect de la législation et en tenant les livres sociaux, en informant les *directors* de leurs responsabilités légales, en communiquant avec les *members* et en s'assurant de la mise en œuvre des décisions votées au cours des réunions du *board of directors*. Dans les *Companies* de grande envergure ou dans les *public listed companies*, le *company secretary* englobera une fonction plus large que celle d'assurer le respect des dispositions légales par la *company*. Il aura pour fonction de promouvoir la bonne gouvernance et de conseiller les *directors* sur des sujets aussi variés que le droit des sociétés, le droit financier, le droit fiscal, le droit social, le droit de la concurrence (droit à l'existence embryonnaire à Hongkong)¹³⁴². Ainsi, en sus de son mandat de *company secretary*, celui-ci occupe également un poste de *non-executive director* voire de *chief executive*.
663. En conséquence, la notion de *company secretary* est à la fois simple à cerner car il s'agit d'un mandat obligatoire au sein de toutes les *Companies* immatriculées à Hongkong qui fait l'objet d'une publicité au *Companies Registry* et difficile à appréhender du fait de l'absence de définition légale de ses devoirs et obligations (en dehors du principe général qu'il est chargé d'assurer le respect des dispositions légales par la *Company*) et du fait de la variété des fonctions qu'il remplit et des personnes qui sont désignées pour ce mandat. En effet, sur cette variété des personnes mandatées, un *company secretary* peut être un *chartered secretary*, ou une firme dirigée par un ou plusieurs *chartered secretary* dont les dossiers sont traités par un personnel formé mais non certifié, ou une société de prestation de *company secretary* créée en parallèle d'un cabinet d'avocats (justifiant alors implicitement d'une connaissance en droit des sociétés) ou d'un cabinet d'auditeurs (le ou un des auditeurs associés a fréquemment la certification de *chartered secretary* de l'HKICS), ou une société de prestation de services sans certification liée à l'exercice de ce mandat (ces sociétés proposent généralement ces services de *company secretary* en se référant simplement aux manuels des éditeurs ou aux brochures du *Companies Registry* ou de l'HKICS) ou un ami ou un membre de la famille de l'entrepreneur détenant et dirigeant seul sa *Company*¹³⁴³. La souplesse qui en découle est un avantage majeur qui contrebalance l'obligation de désigner un *company secretary* qui peut emporter un certain coût financier et nous discuterons de cette question dans les points suivants.

¹³⁴¹ Section 474 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁴² Ces sujets font l'objet de la formation prodiguée par l'HKICS dans le cadre du programme visant à obtenir la certification de *chartered secretary*. "The HKICS has full responsibility for ensuring that its examinations meet international standards and Hong Kong variant papers are now set in key examination subjects, such as taxation, company law, company secretarial practice. In addition, the range of experience recognised as relevant to membership application has been tailored to meet the Hong Kong environment." Extract dated 19 January 2015. Source: http://www.hkics.org.hk/index.php?_room=4&_subRoom=4

¹³⁴³ Dans cette situation et à moins que cette personne soit au fait des dispositions légales applicables à la *Company*, il s'agit d'une désignation de complaisance présentant l'avantage de réduire les coûts liés aux frais attendant à la désignation d'un *company secretary* professionnel. Cet élément est probablement un des éléments qui a joué en faveur de la modification du *Companies Act 2006* du 6 avril 2008 (section 271) au terme de laquelle une *Company* n'est plus obligé de désigner un *Company Secretary*. Nous comprenons cette modification d'un point de vue économique d'ôter un frein à l'immatriculation d'une société pour héberger une entreprise naissante. Cependant, nous jugeons cette modification inappropriée et nous en discuterons aux points suivants.

B. Le régime applicable aux *company secretaries*

664. Étant donné la reconnaissance du *company secretary* par l'Ordonnance au rang d'*officer* d'une *Company*, celui-ci doit être doté de pouvoirs lui permettant d'assumer ce rôle (1) et doit être au fait des règles impératives applicables à une *Company* en vertu de l'Ordonnance afin d'en faire assurer le respect par celle-ci et par ses acteurs (2).

1. Les pouvoirs conférés légalement au *company secretary*

665. Rappelons le principe général énoncé par l'Ordonnance : le *company secretary* doit s'assurer que la *Company* respecte toutes les obligations légales auxquelles elle est soumise en vertu de ladite *Ordonnance* au risque de voir sa responsabilité engagée¹³⁴⁴. Dans l'éventualité où la *Company* ne respecte pas les dispositions de l'Ordonnance, la *Company* et chaque personne responsable au nom et pour le compte de la *Company* pourront être poursuivies et condamnées¹³⁴⁵. Le caractère général de ce principe pose la question de la connaissance de l'ensemble des obligations légales impératives auxquelles est sujette une *Company*. Bien entendu, l'Ordonnance est la première source à laquelle se référer. La deuxième source de qualité est le *Companies Registry* (l'unicité de l'autorité interlocutrice des sociétés est une bénédiction pour un *company secretary* peu ou pas formé ou en début de carrière) qui fournit sur son portail deux indicateurs : une page dédiée à la *Compliance* des *companies* et une page regroupant tous les formulaires administratifs formatés.

La page *Compliance* liste les obligations générales suivantes applicables à toutes les *companies* tout en rappelant que tout *company secretary* et tout *officer* doit impérativement se référer à l'Ordonnance : suite à l'immatriculation d'une *company*, toute modification de la structure interne de celle-ci, et notamment des éléments fournis dans les *articles of association* et dans le formulaire d'immatriculation, doit faire l'objet d'une notification au *Companies Registry* dans le délai légal imparti ; tout premier *director* désigné dans le formulaire d'immatriculation d'une *company* doit signer un formulaire de consentement et déposer ce formulaire au *Companies Registry* dans le délai de quinze jours à compter de la date d'immatriculation de ladite *company* ; le dépôt auprès du *Companies Registry* de l'*annual return* complété et signé dans le délai légal imparti ; et, le renouvellement (annuel ou trisannuel) du certificat d'enregistrement auprès des autorités fiscales (certificat dénommé *business registration certificate*). La page *Compliance* propose également un onglet par forme de *company* ; cet onglet détaille les obligations relatives au dépôt annuel dans les quarante-deux jours de la date anniversaire de l'immatriculation de la *Company* de l'*annual return* complété et signé¹³⁴⁶. Un autre onglet propose un service gratuit pour toutes les *companies* de rappel automatique effectué par courriel de la date du dépôt de l'*annual return*.

Les formulaires administratifs formatés fournissent des éléments complémentaires étant donné que chaque notification obligatoire fait l'objet d'un formulaire ad hoc¹³⁴⁷. La page

¹³⁴⁴ Section 3 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁴⁵ Section 3 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) ; portail du *Companies Registry*, page intitulée *Compliance*, <http://www.cr.gov.hk/en/compliance/obligations.htm>

¹³⁴⁶ Cet onglet fournit le formulaire administratif formaté, liste les éléments à compléter, précise les personnes habilités à le signer, indique le délai dans lequel le déposer et les moyens offerts pour un tel dépôt ainsi que les montants des frais afférents au dépôt dans le délai et au-delà dudit délai et des amendes et astreintes encourues en cas de non-respect de cette obligation. Source : <http://www.cr.gov.hk/en/compliance/PrivateCompany.htm>

¹³⁴⁷ L'immatriculation d'une *company* et la notification de modifications de sa structure interne font l'objet de formulaires administratifs formatés disponibles sur une page internet unique aux formats Word et PDF. Par exemple, le formulaire NNC1 est le formulaire d'immatriculation, le formulaire NNC3 est celui confirmant le consentement des *directors* et le formulaire NAR1 est celui de l'*annual return*. Source : <http://www.cr.gov.hk/en/forms/specified.htm>

Specified Forms du portail du *Companies Registry* fournit quatre-vingt-six formulaires administratifs obligatoires reflétant toutes les modifications et tous les événements pouvant survenir au cours de l'existence d'une *company* et devant être notifiés audit registre.

666. Il est intéressant de noter qu'au cours de l'année 2014, seules 6.542 mises en demeure ont été notifiées pour les 1.270.000 *companies* immatriculées à Hongkong au titre de toutes les infractions existantes ; le montant des amendes et astreintes fixées s'élève à quasiment 9.4 millions de Hongkong Dollars¹³⁴⁸.

667. En sus de ce pouvoir général, l'Ordinance confère au *company secretary* des prérogatives spécifiques qui sont peu nombreuses.

Le *company secretary* est doté d'un pouvoir de support aux pouvoirs d'un *director* dans le cadre de la signature de document au nom et pour le compte de la *Company* dont ils sont les *officers*. En effet, lorsqu'un document doit être signé "under seal" par une *Company*, l'Ordinance dispose qu'un tel document peut être exécuté selon deux méthodes alternatives¹³⁴⁹ : le sceau métallique de la *Company* est apposé sur le document conformément aux exigences posées dans les *articles* (en général, ce sceau est apposé par un *director* à côté de sa signature ou de la signature de toute autre personne mandatée par les *directors*) ou les *directors* signent ledit document. Dans le cadre de cette seconde méthode, l'Ordinance distingue les *Companies* composées d'un seul *director*, qui signe seul tous les documents, et celles composées de deux *directors* ou plus. Dans ce dernier cas, la signature du document est effectuée par deux *directors* ou par un *director* et le *company secretary*. Cette seconde méthode de signature "under seal" de documents par la *Company* est d'application obligatoire si la *Company* signe un document au bénéfice d'un preneur de bail, d'un créancier hypothécaire et d'un acheteur d'un bien immobilier de valeur. L'exigence de la seconde méthode pour ces documents manifeste la primauté de la signature par les *directors* sur l'apposition du sceau métallique et la portée de cette exigence est de renforcer le contrôle collectif des *directors* et la sécurité juridique pour les tiers cocontractants.

Le *company secretary* peut compléter et signer la quasi-totalité des formulaires administratifs pré-imprimés notifiant les restructurations de la *Company* au *Companies Registry*, à l'exception du formulaire d'immatriculation et du formulaire de consentement du *director*.

Le *company secretary* a le pouvoir de signer seul au nom des *directors* le rapport des *directors* après approbation de celui-ci par ceux-ci¹³⁵⁰.

Tout comme le *director*, le *company secretary* a le pouvoir de signer seul la retranscription écrite d'une décision des *members* de la *Company* en dehors de toute Assemblée générale¹³⁵¹ afin d'en fournir la preuve¹³⁵².

Dans la cadre d'une procédure restreignant de manière temporaire la consultation de la totalité ou d'une partie des registres listant les obligataires d'une *Company*¹³⁵³ ou de la totalité ou d'une partie du registre des *members*¹³⁵⁴, le *company secretary* a la charge

¹³⁴⁸ Date de la référence : 21 janvier 2015. Source : http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_09.htm

¹³⁴⁹ Articulation des sections 121 et 127 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁵⁰ Section 391 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁵¹ Cette procédure de prise de décisions par les *members* d'une *Company* sans la tenue d'une Assemblée générale est organisée par les sections 548 à 561 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et l'approbation d'une telle décision par la section 556.

¹³⁵² Section 621 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁵³ Section 311 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁵⁴ Section 632 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

d'émettre un certificat confirmant la restriction temporaire à toute personne qui souhaite consulter lesdits registres et qui ne peut le faire à cause de ladite procédure.

Dans le cadre de certaines procédures de notification au *Companies Registry*¹³⁵⁵, le *company secretary* a le pouvoir de certifier les copies de documents fournies audit registre¹³⁵⁶. Plus généralement, dans le cadre de la communication de document par une *Company* à un tiers et dans le cas où ce document doit être authentifié par la *Company* en vertu d'une disposition légale, cette authentification peut être effectuée par un *director* ou le *company secretary* ou toute autre *officer* de la *Company* autorisé à le faire¹³⁵⁷.

668. Deux facteurs permettraient d'expliquer pourquoi la *Companies Ordinance* ne propose pas une liste des missions assignées au *company secretary*. Le *company secretary* est un intermédiaire entre les *members*, les *directors* et la *Company* et il apparaît en filigrane de toutes les procédures internes à la *Company*. Certaines procédures internes à la *Company* sont assignées à la *Company* elle-même ou à ses *officers* ; elles peuvent alors être réalisées également par les *members*, par les *directors*, par le *company secretary* ou par un *manager*¹³⁵⁸. Il est cependant surprenant de noter que le *Companies Registry* propose un *Guide on Directors' Duties*, précisant bien que les *directors* ne doivent pas se dispenser de se référer à l'Ordinance, à la *Common Law* et au *Hong Kong Institute of Directors*, alors qu'il ne propose pas de guide équivalent pour le rôle, les pouvoirs et obligations du *company secretary*. Les éléments de ce guide pouvant probablement être ceux glanés sur les pages *Compliance* et sur les publications en ligne du *Companies Registry* ; un guide les regroupant pourrait être le bienvenu.

2. Les autres sources permettant l'identification des pouvoirs et missions du *company secretary*

669. L'HKICS forme et délivre les certificats de *Chartered Secretary* sur le territoire de Hongkong. Ces *Chartered Secretaries* sont alors membres de l'HKICS et bénéficient des ressources et des formations continues prodiguées par l'HKICS. Même si au sein d'une *Company* l'Ordinance ne pose pas l'obligation de désigner un *Chartered Secretary* (alors que cette obligation est posée pour les sociétés cotées, ou *public listed companies*¹³⁵⁹), l'HKIS propose des publications permettant aux *company secretaries* non formés d'appréhender leurs missions en dehors de toutes règles claires édictées par l'Ordinance. L'absence d'obligation de désigner un *chartered secretary* au sein de chaque *Company* répond au souci de conserver la souplesse de cette forme de *company* du fait du coût qui résulterait pour une PME de procéder à une telle désignation et de l'inadéquation entre les compétences mises en œuvre par un *chartered secretary* au sein d'une telle PME et la formation reçue par ceux-ci (les problématiques légales et financières attachées à une entreprise de petite ou de moyenne taille sont généralement moins nombreuses que dans une *public company* ou une *public listed*

¹³⁵⁵ Par exemple dans le cas de la notification au *Companies Registry* de sûretés réelles fournie par la *Company* et pesant sur ses biens.

¹³⁵⁶ Sections 333 et 345 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁵⁷ Section 832 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁵⁸ Par exemple, la section 88 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) relative à la modification des statuts mentionne qu'il est de la responsabilité de la *Company* de procéder aux nécessaires notifications au *Companies Registry*. Autre exemple, la signature des formulaires administratifs formatés et par extension le fait de les compléter et de les adresser au *Companies Registry* peut être généralement effectuée par le *director* ou le *company secretary*.

¹³⁵⁹ En vertu de la *Rule 3.28* des *Listing Rules* publiées par *The Stock Exchange of Hong Kong Limited*, une *public listed company* doit désigner au poste de *company secretary* une personne physique dont les qualifications professionnelles ou l'expérience professionnelle seront jugées suffisantes par *The Stock Exchange of Hong Kong Limited*, ; les qualifications professionnelles jugées suffisantes sont celles de *chartered secretary* membre de l'HKICS, de *certified public accountant* ou de *solicitor* ou *barrister*.

company). Cette absence d'obligation de désigner un *chartered secretary* est également permise par la multitude des offres de services de *company secretary* sur le territoire. Les cabinets d'avocats, les cabinets d'auditeurs, les cabinets de *chartered secretaries* et des prestataires de services n'appartenant à aucune profession réglementée proposent des services de *company secretary*. Cette variété de prestataires offre alors un panel de services où toute *Company* peut trouver le niveau de prix et de compétences recherchés par rapport à son portefeuille et à la complexité de ses problématiques juridiques.

670. Une publication de l'HKICS datée du mois de juillet 2012 et intitulée *Reminder to Company Secretaries of Private Companies incorporated in Hong Kong From The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries*¹³⁶⁰ liste douze responsabilités et attributions incombant à tout *company secretary*, qu'il soit *chartered secretary* ou non, et précise que cette liste n'est pas exhaustive et qu'aucun *company secretary* ne peut faire l'économie de se référer à l'Ordonnance. Ces douze éléments sont les suivants : (i) le *company secretary* doit être une personne physique âgée de plus de 18 ans résidant sur le territoire de Hongkong ou une personne morale immatriculée à Hongkong (*local company* ou *non-Hong Kong incorporated company registered in Hong Kong*) ; (ii) le *company secretary* est un *officer* et le cumul avec le mandat de *director* est encadré ; (iii) le *company secretary* est responsable de ses actes, omissions et erreurs dans le cadre de son mandat ; (iv) le *company secretary* conseille les *directors* et leurs rappelle leurs obligations et les obligations pesant sur la *Company*, notamment en vertu de l'Ordonnance, de l'*Inland Revenue Ordinance (Cap.112)* et de la *Business Registration Ordinance (Cap.310)* ; (v) le *company secretary* assure la tenue et la mise à jour des registres sociaux et leur conservation pendant une durée minimale de sept années ; (vi) le *company secretary* organise la conservation des registres sociaux à l'adresse du siège social ou à une autre adresse et l'organisation de leur consultation par qui de droit ; (vii) le *company secretary* effectue les notifications impératives auprès des autorités administratives ; (viii) le *company secretary* rappelle aux *directors* leur obligation de préparer les comptes annuels de la *Company*, de faire auditer le bilan annuel par un auditeur et de déposer les comptes sociaux avec la déclaration de résultats (*profits tax return*) de la *Company* auprès des autorités fiscales hongkongaises (*Inland Revenue Department*) ; (ix) le *company secretary* se tient informé des nouvelles dispositions légales applicables à une *Company* et applique un principe de précaution et de prudence quant à ses actes et décisions ; (x) le *company secretary* effectue une *due diligence* avant d'accepter un mandat de *company secretary* ; (xi) le *company secretary* assure la continuité de la *Company* et, dans le cas particulier d'une *Company* détenue et gérée par une seule personne, conseille celle-ci sur la désignation d'un *reserve director* ; (xii) au besoin, le *company secretary* se forme sur les problématiques liées à la gestion de l'entreprise.
671. Le code de conduite publié par l'HKICS est très succinct et ne présente que des règles d'ordre général quant au respect des documents constitutifs de l'HKICS et de l'ICSA, au respect de valeurs morales que nous pourrions qualifier de communes (honnêteté, respect, loyauté, intégrité) et à une obligation de formation professionnelle continue qui n'est cependant pas assortie, dans ce code, d'un programme établi et obligatoire. Ce code est assorti d'une procédure et de sanction disciplinaire¹³⁶¹.
672. Les éditeurs de livres spécialisés proposent plusieurs éditions de manuels du *company secretary*, tels que *The Hong Kong Company Secretary's Handbook* de Cheng Po Wah, Sum

¹³⁶⁰ Voir notre annexe 9, "*Reminder to Company Secretaries of Private Companies incorporated in Hong Kong From The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries* publié par *The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries* au mois de juillet 2012".

¹³⁶¹ Hong Kong Institute of Chartered Secretaries, *The Essential Company Secretary*, October 2013, page 3, Item 1.6. ; voir notre annexe 10.

Heung Suet Anna, Yuen Kam Tim Francis¹³⁶², *The Hong Kong Company Secretary's Practice Manual* de Belinda Wong¹³⁶³ ou *Hong Kong Company Law* de Vanessa Stott¹³⁶⁴.

§2. L'introduction du *company secretary* au sein des SARL et SAS

673. Dans le cadre de notre réflexion sur l'introduction du *company secretary* hongkongais en France, nous souhaitons d'abord faire remarquer que le droit français des sociétés a récemment fait un pas vers le droit des sociétés hérité de la *Common Law* en autorisant la domiciliation des sociétés à une adresse distincte de celle où l'entreprise est effectivement gérée au quotidien. Au vu de notre étude et de notre expérience, la création d'un mandat équivalent à celui du *company secretary* hongkongais au sein des sociétés commerciales (A) serait un complément à cette domiciliation proposée par un professionnel du droit. La création d'un tel mandat serait bénéfique pour améliorer l'effectivité du droit et pour simplifier la vie des entreprises en soulageant les entrepreneurs de tâches légales et administratives mais néanmoins essentielles au bénéfice du développement commercial de l'entreprise. L'introduction du *company secretary* hongkongais en France permettrait par exemple à celui-ci, en cumulant la domiciliation, de recevoir le courrier officiel de la société, de l'ouvrir sur autorisation générale ou spécifique et de proposer un traitement de ce courrier au représentant légal de la société. Il nous semble que l'introduction du *company secretary* hongkongais au sein des sociétés commerciales françaises serait d'autant plus facile que plusieurs professions existantes pourraient obtenir un statut légal (B) qu'elles n'ont pour l'instant pas obtenu.

*A. L'introduction de certaines règles applicables au *company secretary* hongkongais dans le code de commerce*

674. Les dispositions préliminaires aux sociétés commerciales nous semblent être le titre pertinent pour l'insertion d'articles relatifs au *company secretary* français (Livre II, Titre I du Code de commerce). Malgré le fait que les deux définitions de secrétaire du dictionnaire Larousse pourrait parfaitement définir le *company secretary*, "employé chargé de rédiger le courrier de quelqu'un, de classer ses documents, de préparer ses dossiers, etc..." et "personne qui met par écrit les délibérations d'une assemblée, qui est chargé de son organisation et de son fonctionnement : *secrétaire de séance*", nous pensons que la traduction du terme *company secretary* par celui de "secrétaire de sociétés" ou de "secrétaire d'entreprise" ne nous semble pas adaptée pour deux raisons.

La première est que les missions attachées au *company secretary* nécessitent une connaissance précise du droit des sociétés et la mise en œuvre de conseils qui sortent des compétences traditionnellement donné à celui de secrétaire.

La deuxième est que le terme secrétaire est attaché à plusieurs fonctions au sein d'une société et d'une entreprise françaises et que le *company secretary* n'est pas forcément un employé de la société car, malgré la forte relation qui existe entre les *directors* et le *company secretary*, ce dernier exerce ses fonctions de manière autonome et indépendante tout en conseillant les *directors*.

675. La traduction de "secrétaire de gouvernance" pourrait être retenue car le terme de gouvernance est parfaitement adapté aux missions d'un *company secretary* dans les grandes entreprises. Toutefois, si les problématiques de conformité sont bien présentes dans les PME

¹³⁶² CHENG Po Wah, SUM Heung Suet Anna, YUEN Kam Tim Francis, *The Hong Kong Company Secretary's Handbook: Practice and Procedure*, Longman, 2012.

¹³⁶³ WONG Belinda, *The Hong Kong Company Secretary's Practice Manual*, Wolters and Kluwer, 3rd Edition, 2015.

¹³⁶⁴ STOTT Vanessa, *Hong Kong Company Law*, Pearson Education Asia Limited, 14th Edition, 2015.

et les grandes entreprises, les problématiques de gouvernance nous semblent absentes des PME, ou pour le moins peu fréquentes. En outre, l'utilisation du terme "secrétaire" pourrait aisément supplanter celle de "secrétaire de gouvernance", terme plutôt long, et pourrait porter à confusion entre les fonctions de secrétaire pouvant exister dans une entreprise et celle de *company secretary*. Le terme de "secrétaire général" utilisé dans les grandes entreprises pourrait couvrir les fonctions de *company secretary* et la transposition de ce mandat d'une *Company* aux SARL et SAS pourrait être l'occasion de formaliser cette fonction générée par les grandes entreprises pour gérer, justement, des problématiques de gouvernance.

676. Le mandat de *company secretary* pourrait regrouper les missions attachées à certaines des fonctions de secrétaire mais doit, au vu de sa définition légale, se distinguer de celle-ci. Le tabellion, terme ancien, pourrait être préféré ; la définition de la fonction originaire donnée par le dictionnaire Larousse nous encourage dans cette voie "À Rome, juriste chargé de rédiger les actes et les contrats. (Les tabellions, sortes d'écrivains publics à l'origine, étaient devenus des personnages officiels au début du III^{ème} s. après J.-C.)". L'ajout d'un article dans le Code de commerce (création d'un article L. 210-10 décliné ensuite à partir de L-210-10-1 et suivants) dédié au tabellion pourrait présenter les éléments proches de ceux attachés au *company secretary* (1) tout en y apportant des adaptations et modifications (2).

1. Des règles identiques à celles applicables au *company secretary* quant au mandat du tabellion

677. Les caractères du mandat du *company secretary* pourraient être repris pour le tabellion. Le tabellion pourrait être une personne physique ou une personne morale. Toute SAS et SARL devrait avoir un tabellion et celui-ci serait désigné dans le formulaire pré-imprimé MO déposé au greffe. Nous ne voyons pas l'intérêt d'insérer la désignation du tabellion dans les statuts dans la mesure où un changement de tabellion devrait entraîner la modification des statuts (même si cette modification pourrait être effectuée par le représentant légal puis ratifiée par les associés lors de la prochaine Assemblée générale).

678. La condition de nationalité française et de résidence française pourrait être posée dans la mesure où le tabellion doit être un interlocuteur privilégié entre la société et les pouvoirs publics français et doit pouvoir justifier d'une connaissance du droit français et de la langue française. Dans le cas d'une personne morale, celle-ci devrait bien entendu être immatriculée en France.

679. Au vu des éléments de nationalité et de résidence, les informations qui devraient être fournies dans le formulaire MO et mises à jour auprès du greffe pourraient être les mêmes que celles fournies par les représentants légaux, c'est-à-dire le nom complet, l'adresse du domicile, la date de naissance, la nationalité. Le *company secretary* doit notifier le numéro de sa carte d'identité hongkongaise s'il est une personne physique ou le numéro de son certificat d'immatriculation s'il est une personne morale. Dans le cas d'un tabellion personne physique, le numéro de la carte nationale d'identité française étant modifié à chaque fois que celle-ci est renouvelée, ce numéro n'a pas la pertinence du numéro de carte d'identité hongkongais. Cependant, dans le cas d'un tabellion personne morale, la dénomination sociale, le lieu et le numéro d'immatriculation pourraient être renseignés dans le formulaire MO.

680. Les dispositions du Code de commerce pourraient préciser que le mandat du tabellion est à durée indéterminée (ou que celui-ci est nommé pour la durée de la société comme le précise l'article L. 223-18 pour le gérant de la SARL) et que chaque partie peut mettre fin au mandat en adressant à l'autre partie un préavis écrit d'un mois. Contrairement au droit hongkongais des sociétés, il nous semble que le préavis donné sans délai ne permettrait ni au tabellion ni à

la SARL ou à la SAS d'organiser la désignation d'un nouveau tabellion ou la passation des dossiers. L'interdiction faite au *company secretary* de démissionner ne nous semble pas non plus correspondre à l'esprit du droit français. Contrairement aux éléments décrits ci-dessus, la durée du préavis pourrait faire l'objet d'une mention spécifique dans les statuts de la SARL ou de la SAS ou dans un contrat de service conclus entre la SARL ou la SAS et son tabellion et ce préavis pourrait être supérieur à un mois. À cet égard, dans le cas de vacance du tabellion ou d'impossibilité pour le tabellion d'agir, le (ou un des) représentant(s) légal(aux) devrai(en)t pouvoir assumer temporairement les missions du tabellion et une réunion des représentants légaux et dirigeants devrait être organisée par ce représentant légal temporairement désigné tabellion afin de nommer un nouveau tabellion. Le fait que le droit français prévoit un préavis d'un mois à la cessation des services du tabellion existant, cette situation de la discontinuité du tabellion ne devrait être qu'exceptionnelle et être réduite au cas du décès du tabellion existant. Si les associés d'une SARL ou d'une SAS identifient l'absence de remplacement du tabellion par les représentants légaux et dirigeants, ils devraient être à même de se substituer aux représentants légaux et de procéder à la désignation du nouveau tabellion. Si le greffe identifie l'absence de remplacement du tabellion par les représentants légaux, il devrait être habilité à enjoindre les représentants légaux de la SARL ou de la SAS à agir ; puis, à défaut de réponse de leur part dans un certain délai (celui d'un mois pourrait être suggéré), le greffe devrait pouvoir solliciter les associés de la SARL ou de la SAS afin qu'ils se substituent aux représentants légaux et procèdent à la désignation d'un nouveau tabellion ; puis, à défaut de réponse de ceux-ci dans un certain délai (celui d'un mois pourrait être proposé), le greffe devrait pouvoir nommer un tabellion d'office ou devrait pouvoir directement enjoindre le Conseil supérieur des tabellions (ou une chambre régionale ou départementale de celui-ci) de procéder à une telle nomination au regard du lieu et du niveau de rémunération perçue par le précédent tabellion. Nous pensons que, sur cette question de la désignation obligatoire du tabellion, le recours au tribunal devrait être évité. Le greffe devrait être en mesure de gérer avec les associés et les représentants légaux de la société la crise traversée par l'absence de désignation d'un tabellion. Il serait possible de prévoir que le greffe dispose d'un pouvoir de sanction en cas de manquement à cette exigence : en l'absence de réaction de la SARL ou de la SAS dans le délai imparti dans sa mise en demeure et avant de faire procéder à une désignation d'office par le Conseil supérieur des tabellions, le greffe pourrait infliger une amende à la SARL ou à la SAS assortie d'une astreinte¹³⁶⁵.

681. Toute modification des informations relatives au tabellion et tout changement de tabellion doivent être notifiés au greffe pour faire l'objet d'une publicité. Cette notification pourrait faire ou non l'objet d'un formulaire pré-imprimé. Elle pourrait être adressée par le tabellion dans le cas d'une modification attachée à ses informations personnelles par lettre indiquant les nouvelles informations avec copie des pièces justificatives. Elle pourrait être adressée par les représentants légaux dans le cas du changement de tabellion par l'envoi de la copie de la décision de la réunion des représentants légaux de la SARL ou de la SAS constatant la fin du mandat du tabellion existant et la désignation du nouveau tabellion pourrait être simplement adressée. Nous suggérons que, contrairement au registre tenu au sein d'une *Company*, la SARL et la SAS ne soient pas sujettes à la création et à la tenue d'un registre des tabellions. Cette obligation supplémentaire pourrait apporter plus de clarté à la structure de la SARL et de la SAS mais le tabellion ajoutant une caution à la société au respect des démarches administratives et légales, la trace des notifications et publications des informations afférentes au tabellion auprès du greffe et la tenue des registres des décisions des réunions des

¹³⁶⁵ Nous imaginons que le montant de cette amende devrait être supérieur au montant des frais annuels du tabellion dont le mandat a pris fin afin d'être dissuasive et effective le plus rapidement possible. Le recours de la SARL ou de la SAS contre cette sanction financière du greffe pourrait être effectué devant la juridiction administrative.

représentants légaux nous semble suffire. Nous avons également remarqué qu'en droit hongkongais des sociétés, le *company secretary* ne change que rarement au cours de la vie d'une *Company*. En pratique, un changement de *company secretary* intervient principalement après un changement de contrôle de l'actionnariat de la société.

682. L'interdiction du cumul de mandats et du cumul des pouvoirs de signature entre les représentants légaux et le tabellion nous semble pertinente. Le gérant unique d'une SARL et le président d'une SAS ne sauraient également assumer les fonctions de tabellion. En outre, dans l'éventualité d'une pluralité de représentants légaux et de la désignation d'un des représentants légaux aux fonctions de tabellion, ce représentant légal cumulant les deux casquettes ne pourrait exécuter des documents au nom et pour le compte de la SARL ou de la SAS au titre de ces deux qualités.

2. Des règles différentes de celles applicables au *company secretary*

683. Contrairement à l'Ordonnance, une définition du tabellion pourrait être proposée au titre du premier article de la section dédiée à celui-ci.

Le tabellion s'assure du respect par la société au sein de laquelle il effectue son mandat des règles légales impératives applicables à ladite société et des statuts par les associés ou actionnaires et par les représentants légaux de ladite société. Il dispose des pouvoirs nécessaires à assurer ses missions et sa responsabilité peut être engagée en cas de non-respect de ses obligations. Il ne dispose pas d'un pouvoir de représentation de la société vis-à-vis des tiers. Il ne dispose pas d'un pouvoir de direction ni de gestion de la société.

684. Les missions impératives attachées au mandat du tabellion pourraient être listées dans cette partie du code de commerce : la tenue à jour des livres sociaux, la rédaction et la conservation des décisions des organes de la SARL et de la SAS, la communication avec le greffe et les autorités administratives appelées à échanger avec la SARL et la SAS mais aussi d'autres professions légales (notaire, huissier, etc...), l'information des représentants légaux et dirigeants de leurs responsabilités légales au gré des événements annuels (préparation et approbation des comptes sociaux, etc...) et des restructurations éventuelles de la SARL et de la SAS, la communication avec les associés et l'organisation des réunions des Assemblées générales et le suivi de la mise en œuvre des décisions votées au cours de ces réunions, l'organisation des réunions des gérants ou des représentants légaux et dirigeants et le suivi de la mise en œuvre des décisions traitant d'une question légale votées au cours de ces réunions.

685. Contrairement à l'Ordonnance qui confère au *company secretary* des prérogatives spécifiques notamment liées au pouvoir de signature et de représentation de la *Company* vis-à-vis des tiers, nous pensons que ce pouvoir ne devrait être pas donné au tabellion afin de conserver l'esprit du droit français des sociétés où les représentants légaux représentent leur société, afin de limiter les litiges mettant en cause un engagement pris par la SARL ou la SAS et signé par un tabellion qui n'avait pas autorité en la matière, afin de protéger la sécurité juridique de la SARL et de la SAS, de leurs acteurs et des tiers. Ainsi, nous optons pour une mise en œuvre simple du mandat de tabellion où seul le représentant légal de la SARL et de la SAS peut engager la société. Il serait possible que le tabellion ait le pouvoir de certifier les copies de documents sociaux originaux conservés par la SARL et la SAS lorsque le tabellion doit fournir ces copies au greffe ou à toute autre autorité administrative.

686. Le caractère général des attributions du tabellion appelle la remarque suivante : afin de prendre corps au sein des SARL et SAS, il nous semble impératif que le mandat de tabellion soit assumé par une personne qui entretient des liens avec la société ou qui exerce déjà au sein de celle-ci des missions comparables. Le caractère confidentiel des correspondances et

des travaux pourrait également être mentionné dans les articles du Code de commerce dédiés au tabellion. Le *Code of conduct* émis par l'ICSA canadien¹³⁶⁶ et le *Code of professional ethics and conduct* émis par l'ICSA britannique¹³⁶⁷ mentionnent le respect de la confidentialité des informations obtenues dans le cadre des fonctions de *company secretary*.

B. L'adaptation de ces règles à la situation des SARL et SAS

687. Il nous semble primordial que la fonction de tabellion ne devienne pas une profession supplémentaire mais que des professionnels gravitant autour de la sphère société ou entreprise assument cette responsabilité car ils en ont les compétences (1). Le désavantage financier que pourrait représenter la désignation obligatoire du tabellion pourrait être facilement réduit par la définition d'un service minimum au sein des SARL et des SAS qui seraient, par cette désignation, des formes juridiques de sociétés plus visibles et plus attirantes pour les entrepreneurs et investisseurs étrangers (2).

1. Le tabellion, un mandat assumé par des professionnels déjà présents dans l'environnement des SARL et des SAS

688. La variété des personnes qui sont désignées pour assumer le mandat de *company secretary* à Hongkong révèle que le mandat de tabellion pourrait être assumé en France au sein des SARL et SAS par plusieurs professions actuellement aguerries aux problématiques de ces sociétés.

Nous pensons tout d'abord aux juristes d'entreprise qui sont formés dans le cadre de leurs études universitaires au droit des sociétés. Cette profession présente deux avantages. Elle est reconnue au sein des entreprises et par les autres professions légales. Elle est regroupée autour de l'association française des juristes d'entreprises¹³⁶⁸ (AFJE) qui est organisée avec un Président, un Conseil, des statuts, un règlement intérieur, un code et un Comité de déontologie, des délégations régionales et qui propose en sus de la formation initiale des formations continues, des forums et des réseaux et des publications juridiques.

Nous pensons ensuite aux directeurs financiers (ou également directeurs administratifs et financiers) qui ne sont pas forcément issus de formations universitaires juridiques mais qui seraient à même, grâce à leur expérience en entreprise, d'assumer les missions du tabellion et la responsabilité y afférente. Les directeurs administratifs et financiers sont également organisés autour d'une association, l'Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion¹³⁶⁹ (DFCG). Cette association est structurée avec un Conseil d'administration, un Bureau exécutif, une Assemblée générale, un Comité consultatif, d'un censeur et de représentations régionales. Elle propose, tout comme l'AFJE, des formations continues, des forums de discussion et des réseaux d'échanges.

Dans certaines entreprises hébergées par une société par actions, la profession de secrétaire général ou de secrétaire du conseil est récurrente. Les missions attachées à ce poste cumulent une mission de conseil en stratégie et développement impliquant une connaissance de toutes les problématiques liées à la gestion de l'entreprise (le secrétaire général est alors le bras droit du directeur général et il est parfois qualifié de N°2) et une mission de direction administrative notamment sur l'organisation des Conseils d'administration et sur la gestion de la vie sociale de la société impliquant des connaissances et une compétence en matière de droit des sociétés. Dans le cadre d'entreprises importantes ou en croissance, le secrétaire général se voit alors également

¹³⁶⁶ Source : <https://www.icsacanada.org/content.php?doc=17>

¹³⁶⁷ Source : <https://www.icsa.org.uk/become-a-member/code-of-ethics>

¹³⁶⁸ Source : <http://www.afje.org/>

¹³⁶⁹ Source : <http://www.dfcd.fr/>

assumer le rôle de mettre en place les rouages et procédures internes permettant d'améliorer la gouvernance de l'entreprise. Le secrétaire général assure alors le lien entre le directeur général et les différentes directions de l'entreprise (ressources humaines, finance, juridique, administrative, etc...). L'inconvénient de cette profession est qu'elle est souvent limitée à des SARL, SAS ou SA hébergeant de grandes entreprises car le besoin pour le dirigeant de se faire assister dans ses missions est prégnant. Le deuxième inconvénient de cette profession est son absence de visibilité. Il n'existe a priori aucune association regroupant des secrétaires généraux et organisant leur profession dans le cadre d'un code de conduite, de formations communes ou de formations professionnelles continues. Cependant, en revenant à la notion de *company secretary*, le secrétaire général des sociétés hébergeant ces grandes entreprises pourraient réellement s'apparenter au *company secretary* des *public listed companies* en assumant les missions juridiques quotidiennes et des missions de mise en place et de promotion de la bonne gouvernance et de conseil sur des sujets aussi variés que le droit des sociétés, le droit financier, le droit fiscal, le droit social, le droit de la concurrence, etc...

Les avocats et les notaires pourraient également assumer les fonctions du tabellion, ainsi que les experts-comptables dont l'Ordre promeut la mission de secrétariat juridique dans les sociétés au sein desquelles ils remplissent une mission d'ordre comptable¹³⁷⁰ (à Hongkong, les cabinets d'auditeurs - profession se rapprochant le plus de celle de l'expert-comptable - proposent des services de *company secretary*). Ces trois professions organisées et réglementées disposent des connaissances nécessaires pour assumer ce mandat. Les commissaires aux comptes pourraient être désignés en qualité de tabellion au sein de SA dans la mesure où ils sont déjà présents et travaillent en collaboration avec l'organe de gestion de ces sociétés hébergeants de grandes entreprises.

689. Ces différentes personnes ou professions pourraient être désignées par les représentants légaux d'une SARL et d'une SAS à la fonction de tabellion et l'offre pourrait ne pas être exclusive dans le sens où l'objectif n'est pas que seuls les avocats ou seuls les juristes d'entreprise puissent en assurer les fonctions. Ainsi, il nous semble que les métiers du droit proposent suffisamment d'alternatives pour que les fonctions de tabellion n'imposent pas la création de nouvelles formations juridiques universitaires ou d'une nouvelle profession réglementée ; il s'agit plutôt d'une corde supplémentaire à l'arc de ces métiers du droit. Le tabellion pourra alors être un salarié de l'entreprise comme le juriste d'entreprise ou le directeur administratif et financier ou le directeur juridique ou le secrétaire général ou être un prestataire externe à l'entreprise. Le choix du tabellion parmi ces métiers du droit permettra de conserver l'avantage du *company secretary* de proposer une variété de solutions à laquelle est attachée une variété de coûts ; une grille tarifaire pourrait d'ailleurs être imaginée à cet effet dont les tarifs des services minimum de tabellion externe à la société seraient indexés sur le chiffre d'affaires de l'entreprise hébergée par la SARL ou la SAS. Ce choix permettra

¹³⁷⁰ Date de l'extrait : 9 février 2015 ; Source : <http://www.experts-comptables.fr/profession-expert-comptable/les-missions-de-l-expert-comptable/les-missions-de-l-expert-comptable---141>. Aussi, la base légale à une telle extension de compétence pourrait être l'article 22 de l'ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable dans sa dernière version modifiée par l'article 62 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015. Un arrêt de la Cour de cassation illustre notre propos : l'expert-comptable d'une société a rédigé les actes de cession de parts sociales ; ces actes relèvent de la documentation juridique sociale attachée à l'évolution de l'actionnariat, de la géographie du capital social et de la détention du capital social par les associés (Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 décembre 2012, n°11-27.454, P+B, JurisData n°2012-028178, Décision commentée par MORTIER Renaud, Consécration du devoir de conseil de l'expert-comptable dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, Droit des sociétés, n°4, avril 2013, commentaires 59). La pertinence de notre proposition est confortée par le fait que la loi Macron "semble avoir élargi leur [experts-comptables] périmètre d'intervention sur le volet juridique" (PEREIRA Sandra, La loi Macron : source de débat sur le périmètre du droit, Droit des sociétés, Décembre 2015, n°12, alerte 55).

également de pallier l'inconvénient majeur du *company secretary* hongkongais constitué par l'absence de formation universitaire ou de compétence professionnelle exigées en application de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi". Cependant, même si le fait qu'une personne soit mandatée au sein d'une *Company* pour occuper les fonctions de *company secretary* pour garantir à ladite société le respect des dispositions impératives de l'Ordinance constitue une plus grande garantie d'effectivité et de respect de la loi, il nous semble qu'une formation minimale serait la bienvenue. Le *Companies Registry* pourrait, lors de l'immatriculation d'une nouvelle *Company*, sensibiliser le *director* et le *company secretary* sur cette question par l'envoi d'un courriel informatif généré automatiquement sur les devoirs fiduciaires du *director* et sur les devoirs du *company secretary*. Ce message pourrait adresser le *Guide on Directors' Duties*, prévoir un lien externe vers l'HKICS et vers les vidéos et documents du portail du *Companies Registry* et proposer une formation de quelques heures au *company secretary* sans expérience. Le *Companies Registry* propose fréquemment des séminaires de sensibilisation organisés en association avec le HKIoD ; ces séminaires pourraient être dupliqués avec l'HKICS.

690. Au vu des professions juridiques existantes pouvant assumer le mandat de tabellion, seule la profession de secrétaire général ou de secrétaire du conseil n'est pas organisée au sein d'une association ou d'une profession réglementée. Il n'est cependant pas farfelu d'imaginer que les personnes qui assument la fonction de secrétaire général ou de secrétaire du conseil sont affiliées à une profession juridique existante. En conséquence, étant donné que le mandat de tabellion pourrait être rempli par une profession juridique existante et organisée voire réglementée, pour qu'une société puisse identifier une personne pouvant offrir les services de tabellion ou pour que le greffe puisse mettre en œuvre la désignation forcée d'un tabellion en cas de vacance prolongée au sein d'une société, il pourrait être simplement prévu de créer un tableau des tabellions au sein de chaque greffe. L'inscription sur ce tableau pourrait être volontaire et ce tableau constituerait un annuaire indicatif. Il est également possible d'imaginer un encadrement formalisé par la création d'une association pour gérer les personnes souhaitant pouvoir être nommées tabellion. Cette association regroupant les tabellions serait chargée, dans un premier temps, des missions suivantes : recevoir les inscriptions des personnes souhaitant pouvoir être nommées tabellion et vérifier leurs compétences (diplômes universitaires, expériences professionnelles, certificats de formation continue, etc...), établir un annuaire des tabellions par circonscriptions géographiques relevant des mêmes circonscriptions que celles des greffes des tribunaux de commerce, produire un code déontologique et des outils pour assurer aux tabellions une tâche à minima la plus complète et la plus homogène possible entre les tabellions de petite ou de moyenne ou de grande entreprise. Nous pourrions même imaginer, dans un deuxième temps, que cette association propose des formations destinées aux novices en droit des sociétés qui souhaiteraient occuper les fonctions de tabellion au sein d'une petite entreprise familiale (situation d'une PME familiale hébergée par une SARL ou SAS unipersonnelle et au sein de laquelle l'épouse ou le frère ou un membre de la famille proche de l'associé principal ou unique pourrait assumer les fonctions de tabellion). L'objectif d'instaurer le mandat du tabellion étant de créer une plus grande sécurité juridique pour les entreprises et les entrepreneurs et les acteurs de la société et promouvoir un plus grand respect et une meilleure effectivité de la loi.
691. Les greffes et les professionnels agissant en qualité de tabellion devraient effectuer une communication lors de l'entrée en vigueur de l'obligation de la désignation d'un tabellion dans chaque SARL et SAS ainsi qu'à l'immatriculation de chaque SARL et SAS. Cette communication est d'autant plus importante que la dérive suivante est parfois observée à Hongkong. Il est tellement administrativement facile d'immatriculer une *Company* que les prestataires de services proposent une offre complète de *shelf-Company* couvrant les frais de

la procédure administrative d'immatriculation et les frais des services de *company secretary* et de *registered office*. Ces deux derniers frais ne sont pas toujours présentés de manière lisible et l'entrepreneur non averti ou novice qui a acquis une *shelf-Company* peut ne pas se rendre compte de l'existence de ces deux services ni du détail du paiement effectué lors de l'immatriculation. La méconnaissance de l'existence du *company secretary* entraîne deux inconvénients majeurs.

Du fait de la méconnaissance de la désignation d'un *company secretary*, l'entrepreneur ne va pas exploiter les compétences juridiques de celui-ci, notamment en ce qui concerne la rédaction, la compilation et l'archivage des décisions des *members* et des *directors* entraînant une médiocre qualité documentaire des livres sociaux (tant du point de vue de la qualité rédactionnelle que de la quantité des décisions compilées) et la réalisation de la documentation en cas de restructuration de la *Company*. Il en résulte que les livres sociaux pourraient être pauvres en ce qui concerne la première année d'existence de la *Company* alors que cette première année est souvent riche en décisions des *directors* qui organisent l'ensemble de l'entreprise.

L'entrepreneur ne va souvent se rendre compte de l'existence du *company secretary* qu'au jour du premier anniversaire de la *Company* quand celui-ci va recevoir l'*annual return* mettant à jour les informations relatives à la structure interne de la *Company* mentionnant le *company secretary* et la facture annuelle des services de *company secretary*. Ainsi, pendant près d'une année, l'entrepreneur aura agi sans bénéficier des connaissances du *company secretary* relatives aux obligations légales impératives auxquelles est soumise une *Company*. La *Company*, avec l'aide du *company secretary*, pourra corriger chaque oubli mais les notifications au *Companies Registry* ou à toute autre administration hongkongaise seront tardives et la *Company* pourrait être sujette à des amendes d'un montant plus ou moins important. Le temps passé à rétablir la situation de la *Company* et les frais liés aux amendes potentielles sont alors totalement contre-productifs de la désignation d'un *company secretary* au sein de celle-ci.

2. Le développement de la profession de tabellion

692. Pour les acteurs de la SARL et de la SAS, l'instauration du tabellion représentera un coût financier relatif plus important pour les petites entreprises (nombreuses sont les SARL et SAS hébergeant une entreprise de taille moyenne ou importante à avoir dans leur organigramme interne un juriste d'entreprise ou à avoir recours de manière régulière à un juriste d'entreprise ou à un avocat). Une grille tarifaire pourrait être mise en place par le greffe ou les différentes associations des professions juridiques réglementées ou non qui agissent en qualité de tabellion (ou bien évidemment par l'association des tabellions si une telle association est mise en place) pour assurer un service minimum de tabellion à ces petites entreprises sans décourager leurs entrepreneurs à instituer une société. En droit hongkongais, le *company secretary* est généralement chargé d'effectuer deux missions annuelles : la préparation de l'*annual return* reprenant les éléments de la structure interne de la *Company* au jour de la date anniversaire de son immatriculation et la préparation des documents et le suivi de la procédure de convocation de l'Assemblée générale annuelle destinée notamment à approuver les comptes annuels de la *Company*. Pour assumer le mandat de *company secretary* sur une période d'une année et les deux missions précédemment énumérées, les prestataires de services offrent des tarifs annuels très variés : le tarif annuel le plus bas que nous ayons pu identifier sur les offres en ligne par un cabinet de prestations para-légales est de huit cents Hongkong Dollars (approximativement quatre-vingt euros) et le tarif annuel le plus élevé proposé par un cabinet d'avocats est de dix mille Hongkong Dollars (approximativement mille euros). Sur le modèle de la pratique développée par les *company secretary* hongkongais, il serait possible d'envisager que les missions minimales du tabellion soient doubles : la notification au greffe du tribunal de commerce des modifications

structurelles de la SARL ou de la SAS impliquant une modification de l'extrait Kbis et la préparation des documents y afférents et la préparation documentaire ainsi que le suivi de la convocation et de la tenue de l'Assemblée générale annuelle de la SARL ou de la SAS. L'instauration du tabellion aura pour toutes les entreprises de taille moyenne hébergées par une SARL ou une SAS et qui ne disposent pas d'un employé à temps plein, tel qu'un juriste d'entreprise encadré ou non d'un service dirigé par un directeur administratif et financier ou par un directeur juridique, de gagner du temps et de la qualité documentaire. Le gain de temps permettra aux entrepreneurs qui effectuent les missions attachées au tabellion de se consacrer au développement de leur entreprise plutôt qu'à se soucier de se rappeler des procédures, de la constitution des dossiers et des délais administratifs de déclaration ou de notification au greffe du Tribunal de commerce. Le tabellion sera effectivement présent pour rappeler aux représentants légaux de ces PME leurs obligations vis-à-vis du droit des sociétés pour leur SARL ou SAS.

693. Pour les pouvoirs publics français, l'instauration du tabellion permettrait d'améliorer la qualité des documents déposés auprès des greffes des Tribunaux de commerce et, par conséquent, de limiter les erreurs et omissions dans lesdits documents. Il est également possible d'imaginer que le contenu des formulaires et documents déposés auprès des greffes serait plus homogène, plus lisible, plus professionnel et le langage utilisé serait plus proche de celui pratiqué par les greffes. La tâche de vérification des greffes serait alors allégée et la communication entre les greffes et les SARL et SAS améliorée. Dans le même ordre d'idées, les poursuites à l'encontre des SARL et des SAS pour non-respect des obligations impératives légales devraient être moins fréquentes (i) car les livres sociaux devraient être mieux tenus et tenus à jour, (ii) car les modifications de la structure interne seraient assurées par le tabellion chargé d'assurer la communication des bonnes pièces dans les délais impartis, (iii) car le tabellion serait capable d'assurer la communication entre les acteurs de la société pour leur rappeler leurs obligations avant les échéances et obtenir une réaction avant que les greffes ne soient amenés à lancer une poursuite et (iv) car, à la réception d'un avis de poursuite pour non-respect des obligations d'une société, le tabellion devrait être capable d'en expliquer le contenu et les risques et d'obtenir une réaction rapide et adaptée des acteurs de la SARL ou de la SAS.
694. Dans l'instauration du tabellion dans les SARL et les SAS (avant une extension à toutes les sociétés par action qui, du fait de la taille de l'entreprise qu'elles hébergent, ont pratiquement toutes un tabellion dans leur organigramme interne), nous voyons un moyen supplémentaire de promouvoir la compétitivité française à l'international et surtout la visibilité des acteurs des SARL et des SAS. D'une part, les *chartered secretaries* des pays de *Common Law* sont organisés au sein d'une organisation internationale enregistrée à Genève, la *Corporate Secretaries International Association (CSIA)*¹³⁷¹, qui a pour but de promouvoir une meilleure pratique des *company secretaries*, une meilleure conformité des sociétés aux droits qui leurs sont applicables sur le territoire où elles sont immatriculées et une meilleure gouvernance aussi bien nationale que dans le cadre de groupes de sociétés immatriculées sur des territoires aux droits différents. La CSIA, créée en 2010, est reconnue par l'OCDE comme la voix des *company secretaries* et siège aux tables rondes de l'OCDE organisées sur la gouvernance des sociétés¹³⁷². Plus largement que les *chartered secretaries*, la CSIA souhaite regrouper et promouvoir les *company secretaries*, les *corporate secretaries*, les *board secretaries* et tout autre professionnel de la gouvernance des sociétés. Dans ce cas et considérant les grandes entreprises hébergées par des SA ayant un secrétaire général (assimilable par certains aspects au *board secretary* dans la mesure où celui-ci organise et assure la gestion des réunions des

¹³⁷¹ Date : 26 janvier 2015. Source : <http://www.csiaorg.com>

¹³⁷² Date : 26 janvier 2015. Source : <http://www.csiaorg.com/who-and-what-is-the-CSIA>

Conseils d'administration au côté du président), cette profession, si elle était organisée en France sous une association professionnelle, pourrait prétendre à adhérer à la CSIA. Cette démarche permettrait à la France d'être présente dans ce secteur d'activité et d'influence¹³⁷³. L'inconvénient de restreindre cette visibilité de la France à l'international à la profession de secrétaire général, est que celle-ci n'est pas généralisée aux sociétés commerciales françaises et que la représentativité est très faible. D'autre part, les entrepreneurs ou investisseurs originaires d'ordre juridique de *Common Law* pourraient être rassurés par l'existence et la désignation du tabellion au sein de leurs structures. La méconnaissance du droit français des sociétés et la responsabilité pour les associés et pour les représentants légaux qui résulte du non-respect du droit local sont des facteurs décourageants à l'institution d'une SARL ou d'une SAS, d'autant plus que l'image du droit français à l'international est celle d'un droit complexe car stratifié, "inadapté car ancien et démodé"¹³⁷⁴, incertain car changeant.

¹³⁷³ Exemple de cette influence : Rapport de la réunion du Comité des engagements spécifiques tenue le 25 juin 2012, Organisation Mondiale du Commerce, Restricted, S/CSC/M/63, 13 juillet 2012.

¹³⁷⁴ Propos du Professeur Stefan ENCHELMAIER au cours de la conférence donnée par celui-ci sur le thème "English and german Company Law Compared", Faculty of Law, The University of Hong Kong, 29 septembre 2015.

Section 2. L'augmentation de la conformité au sein des SARL et SAS par la désignation de l'équivalent d'un auditeur

695. Malgré le coût financier lié aux services réalisés par l'auditeur supporté par la *Company*, les pouvoirs publics hongkongais ont fait le choix de maintenir l'obligation de désignation d'un auditeur dans l'Ordonnance pour toute *Company*. En effet, les intérêts des acteurs en présence, c'est-à-dire les pouvoirs publics (obtenir la quasi-certitude que la comptabilité d'une *Company* et que le montant d'impôt sur les bénéfices à verser sont corrects et éviter les contrôles fiscaux *a posteriori*), les *members* (obtenir un contrôle sur la gestion de l'entreprise effectuée par les *directors* par la consultation et par l'approbation des comptes annuels), les *directors* (obligation de tenir la comptabilité à jour et de faire auditer celle-ci sur une base annuelle et de subir le vote des *members* mais aussi d'afficher la réussite financière certifiée de leur gestion) et la *Company* (pouvoir produire sur une base annuelle des comptes sociaux auprès de ses partenaires commerciaux pour obtenir de nouveaux financements et pour conserver des relations commerciales malgré un coût financier annuel) sont divergents mais les avantages indéniables en terme de transparence, de sécurité, de conformité et de simplicité pour ces acteurs ont pesé plus lourd que le poids financier relatif supporté par la *Company*.
696. La plainte des entrepreneurs, gérants, présidents et dirigeants de SARL et de SAS est récurrente. Le temps commercial est réduit, grignoté, supplanté par du temps administratif passé à préparer la comptabilité (préparation qui relève de leur responsabilité) et surtout à la justifier auprès des autorités fiscales de manière répétée. L'efficacité économique dégagée par une entreprise hébergée par une SARL ou une SAS dont les gérants, présidents et dirigeants passent un temps administratif inapproprié par rapport au temps commercial est un réel problème. Les autorités fiscales n'ont pas confiance et l'image d'administration soupçonneuse et accusatrice prévaut. L'équilibre des intérêts des entreprises et des autorités fiscales est en défaveur des entreprises. Les autorités fiscales devraient se désengager, prendre du recul par rapport à l'entreprise, accepter les documents comptables et fiscaux et avoir confiance en leur contenu. Cette confiance ne peut naître du jour au lendemain : la préparation de documents comptables et fiscaux complexes exigés d'une SARL et d'une SAS par un entrepreneur peu expérimenté et qui ne souhaite pas y perdre du temps peut être la source de ce déséquilibre.
697. La perte de temps et le casse-tête que représente la préparation de la comptabilité d'une SARL ou d'une SAS pour les représentants légaux de ces formes sociales pourraient avoir un remède, l'importation du mandat de l'auditeur de la *Company* à ces sociétés commerciales. Il convient de bien expliquer et de bien comprendre l'esprit dans lequel est posée l'obligation de la nomination d'un auditeur avant de pouvoir envisager d'importer un tel mandat aux SARL et SAS (§1) et d'illustrer l'importance que peut revêtir la désignation d'un tel intervenant extérieur à la *Company* sur une base permanente au regard des compétences et de l'expertise apportées au développement de l'entreprise et de la société outil (§2).

§1. Le mandat de l'auditeur, un gage de conformité et de transparence au sein de la *Company*

698. La profession d'auditeur est encadrée par la *Professional Accountants Ordinance (Cap.50)* ; c'est en faisant référence à cette législation que la *Companies Ordinance (Cap.622)* définit cette profession de *certified public accountant (practising)*¹³⁷⁵ avant d'en poser les missions au sein d'une *Company* (A). La notion et le régime de cette profession en font un intervenant essentiel pour renforcer la conformité de la *Company* ; à ce titre, il est pertinent d'envisager

¹³⁷⁵ Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

l'importation de ce mandat en France pour les SARL et les SAS en utilisant les règles et professions déjà disponibles (B).

A. Le rôle de l'auditeur

699. Nous avons choisi de retenir le mot français auditeur pour traduire l'expression hongkongaise *certified public accountant*. En effet, au vu des définitions du dictionnaire Larousse des mots audit et auditeur, cette traduction nous semble adaptée car le rôle de l'auditeur est de pratiquer une procédure d'audit de la comptabilité de la *Company*, c'est-à-dire de s'assurer du caractère complet, sincère et régulier des comptes annuels de la *Company*, de s'en porter garant auprès de l'*Inland Revenue Department* et des divers partenaires intéressés de la *Company* et de porter un jugement sur la qualité et la rigueur de la gestion de la *Company*. Nous utiliserons le mot français plutôt que le terme de *certified public accountant* dans nos développements. L'auditeur effectue sa mission pour chaque exercice social dont la date de clôture est arrêtée (voire modifiée) par les *directors* de la *Company*¹³⁷⁶. Nous allons ici présenter les éléments permettant de définir l'auditeur (1) avant d'en étudier les missions (2).

1. La définition de l'auditeur

700. L'auditeur est un professionnel de la comptabilité. Pour être auditeur, un comptable doit être enregistré auprès de la *Hong Kong Institute of Certified Public Accountants* (HKICPA).

701. Cet institut, composé d'un président et de deux vice-présidents¹³⁷⁷, d'un conseil¹³⁷⁸ et d'un registre agissant également en qualité de secrétaire de l'HKICPA¹³⁷⁹, est en charge, entre autres et parmi les missions les plus pertinentes dans notre étude, (i) de tenir le registre à jour des auditeurs, des firmes d'auditeurs (ou *certified public accountants (practising)*) et des *corporate practices*, (ii) de réglementer la pratique de la profession tout en maintenant sa réputation, son intégrité et son statut, (iii) de mettre en place les examens nécessaires pour s'assurer de la qualification des auditeurs et (iv) de fournir une instance de résolution des litiges au sein de la profession¹³⁸⁰.

702. Pour être accepté et enregistré en qualité d'auditeur¹³⁸¹, le comptable doit (i) avoir plus de vingt-et-un ans, (ii) démontrer un caractère et une personnalité adaptés à la profession d'auditeur, (iii) être un étudiant de l'HKICPA ayant réussi les examens mis en place par le conseil de l'HKICPA ou avoir une expérience suffisante au sein d'un cabinet comptable lié à l'HKICPA par un accord d'équivalence professionnelle établi par le conseil et (iv) prouver d'une expérience professionnelle pratique répondant aux exigences mises en place par le conseil de l'HKICPA. Suivant son acceptation¹³⁸², le registre de l'HKICPA émet un certificat à l'auditeur, à la firme d'auditeurs ou à la *corporate practice* ; le nom de l'auditeur, de la firme d'auditeurs ou de la *corporate practice* est ajouté sur le registre et une mise à jour est publiée dans la gazette officielle du Gouvernement de Hongkong de manière au moins hebdomadaire.

¹³⁷⁶ Sections 367 à 371, Division 3 intitulée "A Company's Financial Year", Part 9 intitulée "Accounts and Audit", *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁷⁷ Sections 3 et 4 de la Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

¹³⁷⁸ Le conseil de l'HKICPA est organisé par les sections 10 à 20 de la Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

¹³⁷⁹ Section 21 de la Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

¹³⁸⁰ Section 7 de la Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

¹³⁸¹ Sections 24 et 25 de la Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

¹³⁸² Sections 22 et 23 de la Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

703. Une fois qualifié, l'auditeur est soumis à la *Professional Accountants Ordinance (Cap.50)* et au règlement intérieur et règles déontologiques émis par l'HKICPA. Cet institut met en place des procédures visant à confirmer régulièrement les qualifications des auditeurs enregistrés¹³⁸³ et peut engager des procédures disciplinaires pouvant aboutir à rayer le professionnel fautif de l'ordre des auditeurs¹³⁸⁴. En vertu de la section 393(1) de l'Ordinance, seul un auditeur, une firme d'auditeurs ou une *Company* d'auditeurs¹³⁸⁵ peut être désigné en qualité d'auditeur d'une *Company*. L'Ordinance pose certaines interdictions de cumul¹³⁸⁶ : une personne qui est un *officer* ou un employé de la *Company* ne peut en être nommée auditeur ; une personne qui est un partenaire ou un employé de la catégorie susmentionnée ne peut être nommée auditeur de cette *Company* ; une personne des deux catégories susmentionnées ne peut être nommée auditeur d'une *Company* filiale ou holding de cette *Company*.
704. Vis-à-vis des règles applicables aux *Companies*, l'HKICPA est l'organisme légalement chargé de produire et de publier les *accounting standards* en vertu desquels les *directors* d'une *Company* sont tenus (tout comme les représentants légaux de SARL et de SAS sont tenus de tenir la comptabilité de leurs sociétés¹³⁸⁷) de préparer les comptes annuels de la *Company* dans laquelle ils opèrent¹³⁸⁸.

2. Les missions de l'auditeur

705. L'auditeur peut être désigné par une décision des *directors*¹³⁸⁹ avant la tenue de la première Assemblée générale annuelle de la *Company*¹³⁹⁰ ou de la décision qui tiendra lieu d'Assemblée générale annuelle¹³⁹¹, c'est-à-dire au plus tard dans les neuf mois de la date d'immatriculation de la *Company* (dans le cas d'une *Company* filiale d'une *public company* au cours dudit exercice social, ce délai est raccourci à six mois¹³⁹²) ou dans les trois mois de la date de clôture du premier exercice social si la durée de celui-ci est supérieure à douze mois¹³⁹³. L'auditeur doit être désigné par une décision des *members*¹³⁹⁴ lors de la tenue de la première Assemblée générale annuelle de la *Company*¹³⁹⁵ ou de la décision qui tiendra lieu d'Assemblée générale annuelle¹³⁹⁶. Ainsi, les *members* confirment la désignation de l'auditeur décidée par les *directors* ou désignent celui-ci dans l'hypothèse où les *directors* de la *Company* n'auraient pas utilisé leur faculté d'opérer une telle nomination. La faculté de désigner l'auditeur appartient normalement aux *members*¹³⁹⁷ étant donné que celui-ci a pour principale mission de vérifier la conformité de la tenue de la comptabilité par les *directors* aux règles comptables et financières en vigueur sur le territoire de Hongkong. Le défaut de désignation de l'auditeur par les *directors* ne permet pas aux *members* d'engager leur responsabilité A défaut de nomination lors de la tenue de la première Assemblée générale annuelle ou décision équivalente, cette nomination doit intervenir lors d'une Assemblée

¹³⁸³ Sections 32A à 32I de la *Professional Accountants Ordinance (Cap.50)*.

¹³⁸⁴ Sections 33 à 42H de la *Professional Accountants Ordinance (Cap.50)*.

¹³⁸⁵ En référence à la section 2(1) de la *Professional Accountants Ordinance (Cap.50)*.

¹³⁸⁶ Section 393(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁸⁷ Articles L. 223-26 et L. 223-31 du Code de commerce pour la SARL ; article L. 227-9 du Code de commerce pour les SAS ; les articles L. 232-1 à L. 232-25 du Code de commerce relatifs aux comptes sociaux des SARL et SAS notamment.

¹³⁸⁸ Sections 379 et 380 de la *Companies (Accounting Standards (Prescribed Body)) Regulation (Cap.622C)*.

¹³⁸⁹ Section 395 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹⁰ Section 610 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹¹ Section 612 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹² Sections 431 et 610(1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹³ Section 610(2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹⁴ Section 396 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹⁵ Section 610 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹⁶ Section 612 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹³⁹⁷ Section 396 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

générale postérieure visant à garantir le respect de l'obligation posée par la section 394 de l'Ordonnance aux termes de laquelle un auditeur doit être nommé pour chaque exercice social d'une *Company*. Il est intéressant de noter que dans le cas de la désignation d'un auditeur par une décision écrite signée par le ou les *members* d'une *Company*, celle-ci est tenue d'adresser une copie de la décision envisagée aux anciens auditeurs, si la *Company* est dans le cas du changement d'auditeur, et au nouvel auditeur sous peine d'ineffectivité de la décision écrite signée¹³⁹⁸.

706. La durée du mandat de l'auditeur est limitée dans le temps. Un auditeur doit être nommé pour chaque exercice social d'une *Company*¹³⁹⁹ et un seul¹⁴⁰⁰.

Le mandat de l'auditeur expire à la date de la prochaine Assemblée générale annuelle de la *Company* ou de la décision qui tiendra lieu de prochaine Assemblée générale annuelle¹⁴⁰¹. Afin de garantir l'obligation posée par la section 394 de l'Ordonnance, le mandat de l'auditeur existant est renouvelé même en l'absence de décision des *members* de la *Company* et en l'absence de nomination d'un autre auditeur¹⁴⁰², sauf si l'auditeur avait été nommé par les *directors*, sauf si les *articles* exigent un renouvellement tacite, sauf si les *members* avaient décidé de ne pas renouveler l'auditeur, sauf si l'auditeur refuse le renouvellement de son mandat ou sauf si 5% des *members* autorisés à voter à l'Assemblée générale s'y opposent par une communication adressée à la *Company*. En outre, les sections 397 et 398 offrent aux *members* d'une *Company* et aux tribunaux sur saisine d'un *member* le pouvoir de se substituer aux *directors*, par exemple si ceux-ci ne désignent pas un auditeur pour la *Company* dans le mois qui suit une vacance de l'auditeur précédent.

Le mandat de l'auditeur peut expirer avant son terme suite à la démission de celui-ci¹⁴⁰³. L'avis de démission doit être adressé par écrit à la *Company*, qui doit alors la notifier au *Companies Registry* dans les quinze jours de la réception dudit avis de démission.

Le mandat de l'auditeur peut expirer avant son terme si l'auditeur cesse d'être qualifié¹⁴⁰⁴ par l'HKICPA ou que la firme ou la société d'auditeurs est mise en liquidation, est dissoute ou est radiée par l'HKICPA. Dans ce cas, l'auditeur doit notifier sa cessation par écrit à la *Company* dans les quatorze jours.

Le mandat de l'auditeur peut expirer avant son terme suite à une décision des *members* votée à la majorité simple (*ordinary resolution*)¹⁴⁰⁵. Dans cette situation, l'auditeur a dû recevoir une convocation à la réunion de l'Assemblée générale dont l'agenda mentionne la résiliation de l'accord entre la *Company* et l'auditeur, quels que soit les termes de cet accord ou les termes des *articles*. Une notification doit être adressée au *Companies Registry* par la *Company* dans les quinze jours du vote des *members* mettant fin au mandat de l'auditeur. L'auditeur peut obtenir compensation ou dommages-intérêts dans ce cas de figure¹⁴⁰⁶.

707. La rémunération de l'auditeur est arrêtée par les *directors* si ceux-ci l'ont désigné ou par les *members* si ceux-ci l'ont désigné. Dans l'éventualité où aucune rémunération n'a été arrêtée par les *directors* ou *members* lors de la désignation de l'auditeur de la *Company*, les *members*

¹³⁹⁸ Section 401 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹³⁹⁹ Section 394 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰⁰ Section 402 (2) (a) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰¹ Section 402 (2) (b) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰² Section 403 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰³ Section 417 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰⁴ Section 418 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰⁵ Section 419 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰⁶ Section 420 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

sont habilités à se prononcer sur cette rémunération ou sur la manière dont elle sera arrêtée¹⁴⁰⁷.

708. L'Ordonnance définit clairement les obligations des acteurs de la *Company* quant aux obligations financières¹⁴⁰⁸ : les *directors* préparent les comptes annuels (ceux-ci doivent donner une "*true and fair view*" de la position financière ainsi que des performances financières de la *Company* à la date de clôture de l'exercice social¹⁴⁰⁹) ; l'auditeur prépare un rapport adressé aux *members* de la *Company* sur les comptes annuels préparés par les *directors* ; les *members* doivent se prononcer sur le rapport de l'auditeur lors de l'Assemblée générale qui suit la date de clôture de l'exercice social de leur *Company*.

709. L'objet du rapport de l'auditeur signé par celui-ci en son nom¹⁴¹⁰ et adressé aux *members* de la *Company* est triple.

Tout d'abord, il doit confirmer que les comptes annuels ont été préparés conformément aux exigences de l'Ordonnance et que ceux-ci donnent une "*true and fair view*" de la position financière ainsi que des performances financières de la *Company* à la date de clôture de l'exercice social.

Ensuite, l'auditeur doit donner dans son rapport son avis sur la correspondance entre les comptes annuels et le rapport des *directors*¹⁴¹¹. En cas d'inadéquation des informations entre ces deux documents préparés par les *directors*, l'auditeur doit l'indiquer clairement dans son rapport et soulever le problème lors de l'Assemblée générale au cours de laquelle le rapport de l'auditeur est étudié.

Enfin, l'auditeur doit vérifier que la comptabilité est correctement tenue et que les documents comptables conservés sont suffisants pour permettre aux *directors* de préparer des comptes annuels conformément aux exigences de l'Ordonnance et que le contenu des comptes annuels est conforme au contenu des documents comptables conservés. Dans le cas où l'auditeur constate que les documents comptables ne sont pas suffisants, ne sont pas présentés, conservés et archivés correctement ou présentent des anomalies ou que le contenu des comptes annuels n'est pas conforme au contenu des documents comptables ou n'indique pas les relations financières existantes entre les *directors* et la *Company*¹⁴¹², il doit l'indiquer dans son rapport¹⁴¹³.

710. Dans le cas du non-respect par l'auditeur, qu'il agisse en son nom propre ou au sein d'une firme ou d'une société, de ses obligations listées dans l'Ordonnance, sa responsabilité civile peut être engagée et à ce jour, une amende d'un montant maximal de 150.000 Hongkong Dollars (approximativement 17.800 euros au taux de change moyen du mois de décembre 2015) peut lui être infligée¹⁴¹⁴.

711. Il résulte des obligations attachées à la qualité d'auditeur d'une *Company*, une certaine indépendance d'esprit, d'opinion et de parole et un droit à la communication. Cette indépendance est consacrée et protégée par la section 410 de l'Ordonnance. Ainsi, un auditeur,

¹⁴⁰⁷ Section 404 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰⁸ Section 405 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁰⁹ Section 380 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹⁰ Section 409 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹¹ Section 406 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹² La section 383 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622) stipule que les sommes versées aux *directors*, à une *holding*, à une *company* contrôlée par un *director* ou à une entité liée à un *director*, au titre d'émoluments, d'une retraite, de la résiliation du contrat de service ou de toute autre relation contractuelle, de prêts, de services rendus à un tiers par un *director*, de prise d'intérêts matériels de *directors* dans une opération ou un contrat, doivent être mentionnées dans les *financial statements*.

¹⁴¹³ Section 407 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹⁴ Section 408 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

dans le cadre de l'exercice de son mandat d'auditeur et à moins que sa malveillance ne puisse être démontrée, ne peut être poursuivi pour diffamation. Ce droit à la communication est assuré par l'Ordonnance : l'auditeur a le droit d'assister à toute Assemblée générale et il a le droit de parole lors des Assemblées générales sur toutes les questions de l'agenda¹⁴¹⁵ ; l'auditeur a le droit d'accéder à tout moment aux documents comptables et l'auditeur dispose d'un droit à l'information au titre duquel il peut contacter toute *company* ou entité liée à la *Company* dont il est auditeur pour obtenir des informations dont il a besoin pour préparer son rapport¹⁴¹⁶ et recourir aux tribunaux pour obtenir l'injonction nécessaire¹⁴¹⁷. Afin d'assurer à l'auditeur le respect de son droit à l'information, toute personne ne répondant pas à une demande d'un auditeur peut voir sa responsabilité civile engagée et être condamnée à de lourdes amendes assorties d'astreinte et à des peines de prison¹⁴¹⁸.

712. En sus de la convocation de l'auditeur à l'Assemblée générale dont l'agenda mentionne l'approbation du rapport de l'auditeur et de son droit de parole à cette occasion, la communication entre l'auditeur et les *members* de la *Company* est élargie à la fin du mandat d'un auditeur.

En effet, l'auditeur qui démissionne de ses fonctions a le droit de demander aux *directors* de convoquer une Assemblée générale afin que l'auditeur démissionnaire explique les raisons de sa démission aux *members*¹⁴¹⁹. Ce droit dévolu à l'auditeur démissionnaire est protégé par l'Ordonnance qui prévoit une amende maximum de 150.000 Hongkong Dollars (approximativement 17.800 euros au taux de change moyen du mois de décembre 2015) et une peine de prison maximum de deux ans pour tout *director* qui n'agirait pas en accord avec la demande dudit auditeur.

Plus largement, l'auditeur en fin de mandat dispose parfois du droit de faire convoquer une Assemblée générale dans certaines circonstances définies par l'Ordonnance et dispose toujours du droit de faire adresser aux *members* une déclaration expliquant les griefs éventuels sur les circonstances entourant la fin de son mandat¹⁴²⁰. Cette communication entre les *members* et l'auditeur s'explique par la volonté de la récente Ordonnance de renforcer le contrôle des *members* sur la gestion effectuée par les *directors* de l'entreprise hébergée par la *Company*, d'encourager le contrôle des *members* sur les activités de la *Company* et de mettre en place un réel échange entre les *members*, les *directors*, l'auditeur et la *Company* sur la tenue de la comptabilité et des finances de celle-ci.

Enfin, l'auditeur en fin de mandat doit adresser à la *Company* une déclaration indiquant si les circonstances entourant la fin de son mandat sont normales ou si lesdites circonstances présentent des éléments suspects qui doivent être portés à la connaissance des *members* et des *creditors*¹⁴²¹. À réception, la *Company* doit adresser une copie de cette déclaration de l'auditeur à tous les *members*¹⁴²². Cette communication est encouragée du fait des amendes mises en place par l'Ordonnance qui prévoit une amende maximum de 150.000 Hongkong Dollars (approximativement 17.800 euros au taux de change moyen du mois de décembre 2015) et une peine de prison maximum de deux ans pour tout *officer* qui n'agirait pas en accord avec cette disposition de l'Ordonnance¹⁴²³.

¹⁴¹⁵ Section 411 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹⁶ Section 412 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹⁷ Section 413 (7) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹⁸ Section 412 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴¹⁹ Section 421 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²⁰ Sections 422 et 423 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²¹ Sections 424 et 425 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²² Section 426 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²³ Sections 427 et 428 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

713. L'aspect intéressant de l'Ordonnance qui maintient la nomination obligatoire d'un auditeur est que cette obligation pesant sur une *Company* emporte deux niveaux. Une *Company* qui remplit certains critères¹⁴²⁴ peut voir les obligations pesant sur la préparation des comptes annuels par les *directors*¹⁴²⁵ allégées¹⁴²⁶. Il est à noter que le montant du chiffre d'affaires réalisés n'entre pas dans les critères posés par l'Ordonnance, ceux-ci sont liés uniquement à la structure de la *Company* (la *Company* n'a pas de filiale et n'est pas filiale d'une personne morale, à moins que ces filiales et sociétés-mères remplissent également les critères posés par l'Ordonnance, et que tous les *members* approuvent par écrit l'application d'une préparation allégée ou que les trois quarts des *members* aient voté en faveur de l'application d'une préparation allégée et que le quart restant n'aient pas voté contre)¹⁴²⁷ et à son secteur d'activités (sont exclues les *Companies* poursuivant des activités bancaires, d'achat-vente d'actions et d'assurance)¹⁴²⁸. L'objectif des pouvoirs publics de ne pas définir une *small private company* dans le cadre de la mise en place de deux niveaux de préparation des comptes annuels par un seuil du chiffre d'affaires est d'éviter que les *Companies* soient bridées par un seuil et que les *directors* limitent le développement commercial ou multiplient les véhicules juridiques pour répartir le chiffre d'affaires entre plusieurs *Companies* afin de maintenir le chiffre d'affaires de chacune d'elles en dessous du seuil (ce qui serait alors totalement contre-productif de la mesure d'alléger les tâches financières des *directors*). En conséquence, la mission de l'auditeur sera allégée d'autant et le coût de son intervention sera alors plus faible. Les *directors* d'une *Company* qui ne remplit pas les critères définis par l'Ordonnance devront respecter un niveau d'obligations plus strict visant à donner une "*true and fair view*" de la position financière ainsi que des performances financières de la *Company* à la date de clôture de l'exercice social. En conséquence, le travail de l'auditeur sera plus intense et le coût pour son intervention sera plus élevé en correspondance avec la taille potentielle de la *Company*.

Les pouvoirs publics hongkongais ont mis en place ce système à deux niveaux d'exigence financière de manière détaillée et plus accessible aux *Companies* que dans la *Companies Ordinance* précédente. Ainsi, dans le respect de l'application de leur conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, où l'impact institutionnel par l'édiction de normes impératives est réduit au strict nécessaire, les pouvoirs publics ont effectué le test de nécessité sur le point de savoir s'il fallait conserver l'obligation de nommer un auditeur au regard des intérêts parfois contraires des acteurs de la *Company* et de l'objectif de réduire l'asymétrie d'informations entre ces acteurs : (i) les *members* qui souhaitent réduire les coûts pour augmenter le montant des dividendes perçus et réduire les coûts notamment légaux, financiers et administratifs ; (ii) les *members* qui souhaitent obtenir les documents financiers suffisamment complets à l'exercice de leur contrôle sur la gestion de l'entreprise réalisée par les *directors* de la *Company*, (iii) les *directors* qui souhaitent voir leurs missions et obligations légales, financières et administratives allégées afin de pouvoir se concentrer sur la gestion de l'entreprise et sur son développement, (iv) les *directors* qui souhaitent contrôler les résultats de leur gestion avant de les présenter aux *members* doivent avoir les moyens pour préparer des documents financiers précis et détaillés afin

¹⁴²⁴ Section 359 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²⁵ Section 379 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²⁶ Section 380 de la *Companies Ordinance* (Cap.622). Une *Company* répondant aux critères de la section 359 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) est qualifiée de *small private company*. En conséquence, les *directors* d'une *Company* dite *small private company* doivent préparer les *financial statements* conformément aux dispositions de la Part 1 "Disclosures for companies whether or not falling within reporting exemption" de la Schedule 4 intitulée "Accounting Disclosure" alors que les *directors* d'une *Company* doivent préparer les *financial statements* conformément aux dispositions des Part 1 "Disclosures for companies whether or not falling within reporting exemption" et Part 2 "Disclosures for companies not falling within reporting exemption" de la Schedule 4 "Accounting Disclosure".

¹⁴²⁷ Sections 359 et 360 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴²⁸ Section 359 (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

d'améliorer leur gestion par rapport aux objectifs et instructions des *members*, (v) les autorités fiscales qui souhaitent pouvoir imposer les bénéfices des *Companies* sur la base de documents financiers fiables et contrôlés pour limiter leur intervention en terme de contrôle effectué en amont de l'imposition des *Companies*, (vi) des auditeurs qui ne souhaitent pas voir une partie de leur revenu disparaître du fait de l'allègement des obligations financières pesant sur les *Companies*, (vii) les créiteurs qui souhaitent pouvoir obtenir des informations financières fiables et détaillées sur leur débiteur afin de sécuriser leurs créances et (viii) les partenaires commerciaux (fournisseurs, clients, banques, etc...) qui souhaiteraient obtenir de la part d'une *Company* une information juste sur la stabilité financière de celle-ci.

Dans le but de protéger les *members* et les tiers de la *Company*, les pouvoirs publics hongkongais sont arrivés au résultat suivant du test *enabling/regulatory* sur la question de la désignation obligatoire d'un auditeur : il est impératif de conserver la désignation d'un auditeur. Une certaine souplesse peut cependant être insérée quant aux règles applicables à l'élaboration des documents financiers par les *directors*. La législation maintient l'obligation de désigner un auditeur pour chaque *Company*, ainsi la mission des *directors* de tenir une comptabilité conformément aux standards édictés par l'HKICPA fait toujours l'objet d'un contrôle. En l'absence d'auditeur, l'obligation des *directors* de tenir une comptabilité juste et correcte ne ferait plus l'objet d'un contrôle, des dérives pourraient alors être observées (ce qui nous semble inévitable dans le monde des affaires que nous connaissons) et les partenaires de la *Company* pourraient ne pas vouloir se fier aux informations financières fournies du fait de la mauvaise presse donnée aux dérives observées dans certaines *Companies*. L'obligation de la désignation d'un auditeur répond notamment à un souci de fiabilité de la *Company* et plus largement des relations commerciales formant le tissu de l'économie locale.

714. L'auditeur peut avoir un premier rôle mineur de certification de traduction de documents sociaux ou financiers d'une *Company* en vertu de la section 4 "Certified translation" de l'Ordinance et un deuxième rôle mineur de certification de copie de documents sociaux ou financiers originaux d'une *Company* en vertu de la section 775 "Certified copy" de l'Ordinance.
715. L'Ordinance ne pose pas l'exigence pour une *Company* de déposer une copie de ses comptes annuels auprès du *Companies Registry* (notons que cette obligation est posée pour les *public companies* qui doivent déposer une copie de ce document avec leur *annual return* étant donné la présence potentielle d'investisseurs du public à leur capital). En application de la conception contractuelle du droit, dite *enabling law*, les pouvoirs publics hongkongais ont arrêté ce choix dans la mesure où seules les autorités fiscales ont un intérêt à recevoir la copie de ce document pour le calcul de l'impôt et le suivi du paiement des taxes dues au titre de l'impôt sur les bénéfices. Cette communication est alors effectuée par le *director* ou par l'auditeur de la *Company* lors du dépôt auprès de l'*Inland Revenue Department* de la déclaration de résultats (*profits tax return*) complétée et signée et dénommée. L'*Inland Revenue Department* ne publie pas les documents fiscaux et financiers reçus des contribuables. Le *Companies Registry* n'a aucun intérêt à compiler et à publier cette information financière qui est considérée d'une nature entièrement privée (l'illustration de l'absence de l'interventionnisme du Gouvernement hongkongais est ici flagrant) et qui n'est pas utile au public dans la mesure où le capital social d'une *Company* ne peut composer avec des investisseurs du public. Si un tiers à la *Company* souhaite recevoir cette information, il ressort de la discrétion de la *Company* de la lui fournir ; tout en sachant que dans l'hypothèse où une banque ou un partenaire commercial économiquement important pour la *Company* demande une copie de ce document financier afin de sécuriser des transactions financières et commerciales, la *Company* fournira une copie de celui-ci en toute confidentialité. Une

relation de confiance peut alors plus facilement s'installer par la communication accrue entre partenaires commerciaux plutôt que par la consultation des informations financières publiques ou par l'absence de publicité de cette information née d'un acte volontaire d'une SARL ou d'une SAS de conserver cette information confidentielle (rendant par là même ineffective une règle pourtant impérative de la notification des comptes sociaux au greffe¹⁴²⁹).

B. Le renforcement de la sécurité juridique par la désignation systématique d'un expert-comptable au sein des SARL et SAS

716. Au vu de notre compréhension des missions attachées à la profession d'auditeur à Hongkong, la profession équivalente à celle de l'auditeur hongkongais serait celle d'expert-comptable et non celle de commissaire aux comptes. En effet, la profession de commissaire aux comptes nous semble revêtir de plus larges pouvoirs et une mission plus étendue que celle de l'auditeur hongkongais. En outre, la désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes a fait l'objet de mesures de simplification. Depuis la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, une telle désignation par une décision collective d'une SAS n'est obligatoire que dans trois cas¹⁴³⁰. Sur le modèle de la *Company*, nous pensons que les acteurs de la SARL et de la SAS ainsi que les tiers à celles-ci pourraient gagner à la désignation obligatoire d'un expert-comptable. Même s'il est indéniable que le coût associé à cette désignation pourrait décourager les entrepreneurs d'instituer une SARL ou une SAS, la transparence et la sécurité apportées par la désignation automatique et obligatoire d'un expert-comptable nous semble prévaloir sur le coût y afférent (1). Cependant, il est également certain qu'au vu de la taille de l'entreprise mesurée en nombre d'employés et du volume du chiffre d'affaires (seuils souvent retenus par la législation française pour appliquer au non certaines exigences), la teneur du rapport financier pourrait être évolutif et engager ainsi des frais proportionnels aux gains financiers de la SARL et de la SAS et ne pas grever les bénéficiaires au point de décourager un entrepreneur de protéger son entreprise au sein d'une société (2).

1. La désignation obligatoire d'un expert-comptable

717. Tout comme un auditeur, les experts-comptables français constituent une profession réglementée "régie par l'Ordre des experts-comptables qui assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession qu'il représente et qui est placé sous la tutelle des ministres de l'économie et du budget"¹⁴³¹. Il est intéressant de noter que l'Ordre des experts-comptables présente la profession comme un "véritable simplificateur de complexité administrative"¹⁴³². L'Ordre présente les experts-comptables comme la profession capable (i) de tenir, surveiller et arrêter la comptabilité de l'entreprise, (ii) de la réviser et de l'apprécier et (iii) d'en attester sa régularité et sa sincérité¹⁴³³. Au vu de ces éléments et comparant cette profession à celle de commissaire aux comptes, il nous semble qu'au regard de l'objectif poursuivi d'instiller un contrôle sur la régularité et la sincérité des comptes annuels d'une SARL et d'une SAS, la profession de l'expert-comptable est la plus adaptée à remplir cet

¹⁴²⁹ Article L. 232-22 du Code de commerce pour la SARL et article L. 232-23 pour les SAS.

¹⁴³⁰ En vertu de l'article L. 227-9-1 du Code de commerce, les associés d'une SAS n'ont l'obligation de désigner un commissaire aux comptes que si certains seuils fixés par décret sont dépassés, que si la SAS contrôle ou est contrôlée par une ou plusieurs sociétés au sens de l'article L. 233-16, II et III du Code de commerce et que si un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital en font la demande en justice.

¹⁴³¹ Date de l'extrait : 4 février 2015 – Source : <http://www.experts-comptables.fr/profession-expert-comptable/quest-ce-quun-expert-comptable/quest-ce-quun-expert-comptable---139>

¹⁴³² Date de l'extrait : 4 février 2015 – Source : <http://www.experts-comptables.fr/profession-expert-comptable/les-missions-de-lexpert-comptable/les-missions-de-lexpert-comptable---141>

¹⁴³³ Date de l'extrait : 4 février 2015 – Source : <http://www.experts-comptables.fr/profession-expert-comptable/les-missions-de-lexpert-comptable/les-missions-de-lexpert-comptable---141>

objectif. Il serait alors possible de proposer une gradation : le contrôle exercé par un expert-comptable pour les SARL et les SAS (et nous pourrions d'ailleurs étendre ce contrôle aux deux autres formes de société par actions tant que celles-ci n'offrent pas leurs titres au public) et le contrôle exercé par le commissaire aux comptes au sein de sociétés faisant appel à l'épargne public étant donné que ces sociétés ont une responsabilité vis-à-vis d'actionnaires membres du public.

718. La description des missions de l'auditeur d'une *Company* tend à démontrer que la désignation obligatoire d'un expert-comptable pour toutes les SARL et les SAS constituerait un avantage pour tous les acteurs de ces sociétés. Les associés y verraient un gain de transparence par la nomination d'un tiers au contrôle de la gestion financière des représentants légaux de leur société et bénéficieraient d'une communication accrue avec l'expert-comptable et les représentants légaux sur la base de comptes sociaux certains et sûrs. Les représentants légaux pourront se sentir assistés dans leur tâche de préparer la comptabilité (tâche parfois difficile surtout dans le cas d'une entreprise jeune et innovante gérée par un entrepreneur plus penché sur la technique de son entreprise que sur la technique juridique et financière de la société choisie pour hébergée son entreprise) et de s'assurer de sa justesse et de son exactitude pour prévoir les investissements futurs. Les tiers tels que les pouvoirs publics, les banques et les partenaires commerciaux seront rassurés par des comptes sociaux vérifiés et contrôlés (les pouvoirs publics pourront établir le montant de l'impôt dû sur une comptabilité exacte et ils pourront réduire les contrôles sur des comptes sociaux non vérifiés, la banque pourra ouvrir des crédits plus adaptés et les partenaires commerciaux seront plus enclins à opérer des transactions proportionnées aux affaires de l'entreprise et à son développement potentiel). La désignation obligatoire d'un expert-comptable pour toutes les SARL et SAS pourraient tout à fait recouper la politique des services des impôts aux entreprises et la direction générale des finances publiques. La mise en place des téléprocédures pour toutes les entreprises imposables à l'impôt sur les sociétés à compter de la période 2012-2013 et à l'impôt sur le revenu quel que soit le niveau de leur chiffre d'affaires à compter de la période 2014-2015 va dans le sens de la désignation obligatoire d'un expert-comptable¹⁴³⁴. Celui-ci est en effet présenté comme le partenaire de l'Échange des Données Informatisé (EDI)¹⁴³⁵. Ces téléprocédures sont organisées de manière spécifique aux entreprises suivant le régime fiscal choisi et suivant les impôts à acquitter. Il est clair que, malgré une information accessible¹⁴³⁶, la présence d'un expert-comptable aguerri à ces procédures est un gain de temps pour les entrepreneurs et les représentants légaux et une assurance pour la direction générale des finances publiques de la réduction de la marge d'erreur aussi bien quant aux informations financières fournies qu'aux modalités de renseignement de ces informations (version papier ou version électronique par les téléprocédures). La lettre de mission entre la SARL ou la SAS et l'expert-comptable devrait mentionner l'audit des comptes annuels, c'est-à-dire non seulement vérifier la cohérence et la vraisemblance des comptes annuels mais aussi assurer le suivi des obligations légales attachées aux comptes annuels qu'elles relèvent du droit comptable ou social ou fiscal¹⁴³⁷ ou d'une autre branche du droit, et pourrait mentionner

¹⁴³⁴ Date de l'extrait : 5 février 2015 – Source : http://www2.impots.gouv.fr/e_service_pro/edi/intro.htm

¹⁴³⁵ Date de l'extrait : 5 février 2015 – Source : http://www2.impots.gouv.fr/e_service_pro/edi/intro.htm

¹⁴³⁶ Nous avons pu accéder à la page du formulaire de déclaration de résultats et à des pages d'information sur les téléprocédures et les administrations compétentes en une quinzaine de clic après avoir entré sur Google.fr la question suivante : "où puis-je payer mes impôts en France ?".

¹⁴³⁷ MORTIER Renaud, Délimitation formelle et restrictive du devoir de conseil de l'expert-comptable, *Droit des sociétés*, n°7, juillet 2013, commentaire 116. Nous partageons la critique de ce commentaire faite à la décision de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 26 février 2013, n°11-28.397, F-D, Société Steelform contre Société Cabinet Guéant, Chiss, Lesure, Philippe, *JurisData* n°2013-010079, qui trace une délimitation formelle et restrictive aux missions de l'expert-comptable et à la responsabilité attachée à celles-ci : une mission relevant du droit comptable n'engage pas l'expert-comptable à informer son client des obligations comptables pouvant découler d'autres branches du droit, social ou fiscal. Nous pouvons comprendre que la Cour de

l'établissement de la déclaration fiscale pour le compte de ladite SARL ou SAS en s'assurant "que cette déclaration est, en tout point, conforme aux exigences légales"¹⁴³⁸. Du fait de la professionnalisation généralisée de l'établissement d'un audit des comptes annuels et de la rédaction des déclarations fiscales, la communication entre les services fiscaux et l'expert-comptable responsable serait facilitée et de meilleure qualité. Les SARL et les SAS et les services fiscaux pourraient profiter des synergies dégagées par la mission complète de l'expert-comptable combinant établissement de l'audit des comptes sociaux, établissement des déclarations fiscales et conseils juridiques accessoires.

719. Dans un souci d'unité d'application de la loi, toute SARL et toute SAS doit désigner un expert-comptable, quelles que soient leur structure interne et leur position financière. Le corollaire impératif de cette désignation obligatoire afin de conserver notre objectif de simplification et de ne pas grever les finances d'une SARL ou d'une SAS est l'annulation de l'obligation de désigner un commissaire aux comptes, que ce soit par un effet de structure de l'actionnariat d'une SAS ou de dépassement de seuils pour une SARL et une SAS¹⁴³⁹. Ainsi, les associés ou les représentants légaux d'une SARL ou d'une SAS n'ont pas besoin de se demander s'ils ont dépassé des seuils, s'ils vont les dépasser au cours de l'année ou s'ils doivent éviter de les dépasser pour ne pas avoir à nommer un commissaire aux comptes. Au vu de l'objet de la mission de l'expert-comptable et des avantages pour les acteurs de la SARL et de la SAS, la désignation d'un expert-comptable devrait être effectuée par les associés par une décision votée à la majorité qualifiée et dans un délai d'au moins trois mois avant la date de clôture de l'exercice social. Nous jugeons qu'il serait inutile que le nom et les coordonnées de l'expert-comptable fassent l'objet d'une publicité au Registre du commerce et des sociétés dans la mesure où celui-ci est un intermédiaire entre les SARL et SAS et les autorités fiscales. L'inverse pourrait être soutenu : étant donné qu'il s'agit d'un acteur dont la désignation est obligatoire, celle-ci devrait faire l'objet d'une publicité au Registre du commerce et des sociétés. La question se pose alors de l'autorité compétente pour faire

cassation souhaite protéger les experts-comptables du fléau des actions en responsabilité ouvertes sur la base d'un simple mécontentement et non d'un réel manquement aux obligations professionnelles. Cependant, il nous semble qu'une délimitation stricte déchargeant l'expert-comptable de son obligation d'information et des conséquences comptables d'autres branches du droit laisse la société démunie face à la complexité et à l'enchevêtrement des branches du droit français. Quid de l'utilité de faire appel aux services d'un professionnel du chiffre chargé d'une mission d'établissement des comptes sociaux en l'absence de conseils (même si l'article 22 de l'ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945 distingue activité d'expertise comptable et activité juridique accessoire) ? L'avantage de cette décision est qu'à l'avenir, les sociétés devront exiger des lettres de mission incluant les activités juridiques accessoires en sus de l'établissement de l'audit des comptes sociaux (activités qui nous semblent complémentaires) et les experts-comptables connaîtront alors également l'étendue de leur mission et de leur responsabilité. Cette critique de la décision de la Cour de cassation est à notre avis à rapprocher d'une autre décision de cette Cour qui réaffirme, dans des circonstances différentes il est vrai car seule l'activité juridique accessoire était visée, le devoir de conseils de l'expert-comptable (Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 décembre 2012, n°11-27.454, P+B, JurisData n°2012-028178, Décision commentée par MORTIER Renaud, Consécration du devoir de conseil de l'expert-comptable dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, Droit des sociétés, n°4, avril 2013, commentaires 59).

¹⁴³⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 février 2007, n°06-10.109, F P+B, V. c/ SCP P. et G, JurisData n°2007-037249, JCP E 2007, 2279, citée par MORTIER Renaud, Délimitation formelle et restrictive du devoir de conseil de l'expert-comptable, Droit des sociétés, n°7, juillet 2013, commentaire 116.

¹⁴³⁹ Cet abandon de la nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes dans les SARL pourrait ne pas constituer un manque à gagner trop important pour cette profession car les SARL ne représentent que 9% de leurs mandats par forme juridique (statistique INSEE au 1^{er} janvier 2012 – date de l'extrait : 9 février 2015 - source : <https://www.cncc.fr/entreprise-secteur.html>). Cependant, le mandat de cette profession au sein des SAS représente 52% de leurs mandats par forme juridique ; ici, le manque à gagner pourrait être énorme pour cette profession. Un bémol de taille est probablement à mettre en parallèle de cette statistique : bon nombres d'experts-comptables sont également commissaire aux comptes et un simple jeu de translation des marchés pourrait résulter de cette mesure visant à augmenter la transparence, la sécurité et la conformité des normes légales et comptables au sein des SARL et SAS.

respecter cette obligation de désignation : le Registre du commerce et des sociétés ou les autorités fiscales. La réponse la plus légitime nous semble être les autorités fiscales car elles sont les premières concernées par le respect de cette désignation. Or, dans un souci d'unité, le Registre du commerce et des sociétés semblerait l'autorité la plus pertinente. Les questions du moment et de la personne en charge de cette notification de la désignation d'un expert-comptable pourraient apporter des éléments de réponse complémentaires. Les associés ne savent peut-être pas dès le dépôt de la demande de création de leur SARL ou SAS l'identité de l'expert-comptable qui sera le plus adapté à la vérification de la comptabilité de leur société. Au vu de l'indépendance de l'expert-comptable vis-à-vis des représentants légaux, les associés doivent s'assurer eux-mêmes de sa désignation. Si la désignation d'un expert-comptable a pour but de simplifier les relations entre les associés et les représentants légaux par une plus grande communication basée sur des données financières exactes et vérifiées et de simplifier les tâches des représentants légaux, il pourrait être envisagé que l'expert-comptable lui-même assure la notification de sa désignation auprès des autorités compétentes. La désignation de l'expert-comptable importe pour le dépôt de la déclaration de résultats de la société. En conséquence, nous proposerions que les associés désignent l'expert-comptable au moins trois mois avant la date de clôture de l'exercice social par une décision adoptée à la majorité simple (cette majorité visant à assurer la nomination d'un expert-comptable en évitant des désaccords d'associés minoritaires et cette majorité simple étant suffisante pour la désignation d'un professionnel intègre et indépendant), que l'expert-comptable notifie directement aux autorités fiscales compétentes sa désignation dans un certain délai à arrêter ou simplement lors du dépôt de la déclaration de résultats complétée sur la base de la comptabilité qu'il a vérifiée. La surenchère d'informations auprès des toutes les autorités administratives entourant la SARL et la SAS est probablement source d'ineffectivité et l'information simple de l'autorité administrative intéressée à l'information est nécessaire et suffisante. La centralisation de toutes les informations relatives à une SARL et à une SAS par exemple par le Registre du commerce et des sociétés pourrait être souhaitable mais nous pensons qu'elle n'en serait pas pour autant utile.

720. Pour certaines SARL et SAS qui n'ont pas l'obligation légale de désigner un commissaire aux comptes, nombreuses sont celles qui font déjà appel à un expert-comptable pour assister les représentants légaux dans leur mission de tenir la comptabilité de leur entité. L'obligation nouvelle de désigner un expert-comptable pour toutes les SARL et les SAS, quels que soient leur structure interne et leur niveau de chiffre d'affaires ou de revenu ou leur nombre d'employés, ne pourrait *in fine* ne représenter un poids que pour les petites entreprises ou les entreprises démarrant leurs activités. Pour ces entreprises, le coût de la désignation d'un expert-comptable pourrait être décourageant par rapport à l'institution d'une société, même si cette désignation a pour but de protéger l'entrepreneur et son patrimoine, tout comme l'institution d'une société. L'entrepreneur d'une affaire qui débute voit d'abord le développement de son entreprise pour dégager des bénéfices et garde à l'esprit sa problématique de réduction de coût afin de ne perdre que le moins possible en cas d'infortune de son entreprise. Ainsi, il pourrait pencher pour un statut moins protecteur et moins coûteux, celui d'EIRL ou celui d'AE. Nous n'étudierons pas plus avant le statut d'AE du fait de la modification future de son régime légal et du fait de la faible transformation de celui-ci (moins de 5% des AE) en entreprise de droit commun créant de l'emploi, *a priori* au cours de l'année 2012¹⁴⁴⁰. Il est à noter qu'un entrepreneur qui préférerait choisir le statut d'EIRL plutôt que le statut de la SARL ou de la SAS s'expose à des exigences comptables et fiscales

¹⁴⁴⁰ Source : portail de la Direction générale des finances publiques, Communiqué de presse n°217 du Ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme Sylvia Pinel du 12 juin 2013 intitulé "Adaptation du régime de l'auto-entrepreneur et soutien à l'entrepreneuriat individuel" et Communication en Conseil des Ministres du 12 juin 2013 intitulée "Adaptation du régime de l'auto-entrepreneur et soutien à l'entrepreneuriat individuel" - <http://www.entreprises.gouv.fr/politique-et-enjeux/auto-entrepreneur/principes-futur-regime>.

similaires. D'une part, les obligations comptables de l'EIRL sont les obligations comptables applicables aux commerçants¹⁴⁴¹ et donc également applicables aux SARL et au SAS et les comptes sociaux doivent être déposés chaque année au lieu de dépôt de la déclaration d'affectation (Registre du commerce et des sociétés, Répertoire des métiers, Registre spécial des agents commerciaux ou au Registre de l'agriculture), tout comme les comptes sociaux des SARL et des SAS. D'autre part, le régime fiscal de l'EIRL est identique à celui de la SARL unipersonnelle ou de l'EARL. L'EIRL dispose du choix entre le régime de l'impôt sur le revenu qui s'applique en principe¹⁴⁴² et le régime de l'impôt des sociétés de capitaux¹⁴⁴³. En conséquence, la complexité des obligations comptables et fiscales est présente pour un EIRL tout comme pour une SARL ou une SAS. Ainsi, un EIRL pourrait tout aussi bien devoir avoir recours à un expert-comptable, sur la base volontaire certes, mais entraînant néanmoins un coût. En conséquence, les obligations tenant à la désignation d'un expert-comptable et au paiement de ses services ne seraient pas suffisantes pour décourager un entrepreneur d'instituer une SARL ou une SAS au regard de tous les avantages que cette création présente.

2. La simplification des exigences comptables, des dépôts et des notifications auprès des greffes

721. Pour pallier l'inconvénient du coût afférent à la désignation d'un expert-comptable, nous recommanderions que, comme sur le modèle du mécanisme mis en place dans l'Ordonnance et comme sur le modèle français de seuils utilisés par exemple pour rendre la désignation d'un commissaire aux comptes obligatoire, l'étendue de la mission de l'expert-comptable, désigné par toutes les SARL et les SAS dans un souci d'unité de l'application de la loi, pourrait être variable. Nous imaginons deux niveaux d'exigence mais plusieurs niveaux pourraient être combinés. Dans la mesure où l'expert-comptable professionnel serait la personne à même de décider dans quelle tranche se situe la SARL ou la SAS et quelle est l'étendue de la mission comptable et financière correspondante, la combinaison de plusieurs niveaux ne serait pas un élément de complexité pour les représentants légaux de la SARL ou de la SAS.
722. Nous pourrions imaginer un niveau basé sur la disponibilité des documents comptables et financiers existants. En dessous d'un certain seuil, seuls certains documents comptables seraient préparés par l'expert-comptable car ils seraient suffisants au contrôle des associés et à la détermination du montant des divers impôts auxquels la SARL ou la SAS est assujettie. En dessous d'un certain seuil, le contenu des documents comptables pourrait être simplifié. Il n'est pas question dans cette étude de produire de nouvelles règles comptables. Le droit actuel propose de nombreux outils connus des professionnels et les changer aurait un effet contraire à celui espéré de simplification et d'allégement des tâches administratives et légales pour les représentants légaux de la SARL ou de la SAS.

¹⁴⁴¹ Date de l'extrait : 5 février 2015 – Source : <http://www.entreprises.gouv.fr/politique-et-enjeux/lentrepreneur-individuel-a-responsabilite-limitee-eirl>

¹⁴⁴² "le bénéfice fiscal réalisé par l'EIRL est imposable selon les règles applicables à la catégorie des revenus correspondant à la nature de l'activité exercée (commerciale, non commerciale ou agricole)" - Date de l'extrait : 5 février 2015 – Source : <http://www.entreprises.gouv.fr/politique-et-enjeux/lentrepreneur-individuel-a-responsabilite-limitee-eirl>

¹⁴⁴³ "en cas d'option pour le régime fiscal des sociétés de capitaux (impôt sur les sociétés), le bénéfice réalisé par l'EIRL est taxé dans les mêmes conditions que l'EURL ayant opté pour l'impôt sur les sociétés : 15 % jusqu'à 38 120 euros et 33,33 % au-delà. Dans ce cas, vous pouvez rester adhérent à votre centre de gestion agréé ou à votre association agréée et vous bénéficierez d'une prescription de contrôle fiscal abrégée (2 ans)" - Date de l'extrait : 5 février 2015 – Source : <http://www.entreprises.gouv.fr/politique-et-enjeux/lentrepreneur-individuel-a-responsabilite-limitee-eirl>

Le principe général de la tenue d'une comptabilité régulière, sincère et fidèle à la réalité de l'entreprise est nécessaire¹⁴⁴⁴. L'établissement de comptes annuels à la fin de chaque exercice social l'est également. Les comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et l'annexe. Ces informations comptables et financières doivent apparaître dans le livre-journal, le grand livre et le livre d'inventaire, au format électronique ou papier¹⁴⁴⁵ (la même souplesse quant au format des documents comptables est observée à Hongkong).

Les grandes entreprises ayant au moins 300 salariés et un chiffre d'affaires supérieur à 18 millions d'euros doivent présenter des documents supplémentaires dont l'objectif est prévisionnel (actif réalisable et disponible et passif exigible, un compte de résultat prévisionnel et un plan de financement prévisionnel).

Les petites entreprises¹⁴⁴⁶ assujetties au régime réel simplifié d'imposition¹⁴⁴⁷ peuvent adopter une présentation simplifiée du bilan et du compte de résultat en enregistrant les créances et les dettes uniquement à la date de la clôture de l'exercice social si elles remplissent deux des trois critères légaux¹⁴⁴⁸ (bilan inférieur à 1.000.000 euros, chiffre d'affaires inférieur à 2.000.000 euros et moins de vingt salariés permanents) et peuvent adopter une présentation simplifiée de l'annexe si elles remplissent deux des trois critères légaux¹⁴⁴⁹ (bilan inférieur à 3.650.000 euros, chiffre d'affaires inférieur à 7.300.000 euros et moins de cinquante salariés permanents).

Les micro-entreprises¹⁴⁵⁰ assujetties au régime réel simplifié d'imposition car remplissant deux des trois critères légaux (bilan inférieur à 350.000 euros, chiffre d'affaires inférieur à 700.000 euros et moins de dix salariés permanents) peuvent adopter une présentation simplifiée du bilan et du compte de résultat et être dispensées de l'annexe.

Les groupes de sociétés doivent présenter des comptes consolidés et un rapport de gestion du groupe¹⁴⁵¹.

723. Nous imaginons que ces tranches pourraient être applicables aux SARL et SAS suivant les critères que leur entreprise remplit. Nous imaginons également que, dans le but de simplifier les démarches des SARL et des SAS, l'expert-comptable communique avec le service des impôts des entreprises compétent pour la SARL ou la SAS pour laquelle il est mandaté (tout comme le notaire se charge de l'enregistrement de l'acte de constitution d'une société auprès du service des impôts des entreprises). Du fait de la variété de l'étendue des missions de l'expert-comptable, le coût associé à cette mission est également varié. Il serait possible d'imaginer que l'Ordre des experts-comptables mette en place une grille tarifaire indicative afin de protéger les petites entreprises de coûts disproportionnés par rapport à leur revenu.
724. Nous imaginons enfin que, dans le but de simplifier les démarches des SARL et des SAS et de rendre effectif l'obligation de dépôt des comptes annuels auprès du greffe du tribunal de

¹⁴⁴⁴ Articles L.123-12 à L.123-24 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁵ Article 14 sur la présentation dématérialisée des comptes annuels de la loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

¹⁴⁴⁶ La notion de petite entreprise est donnée par l'article L. 123-16 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁷ Articles L. 123-25 à L.123-28 du Code de commerce et articles D. 123-200 à R. 123-202 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁸ Arrêté du 28 décembre 2010 portant homologation du règlement n°2010-10 de l'Autorité des normes comptables, JORF n°0302 du 30 décembre 2010, page 23245, texte n°46.

¹⁴⁴⁹ Arrêté du 28 décembre 2010 portant homologation du règlement n°2010-10 de l'Autorité des normes comptables, JORF n°0302 du 30 décembre 2010, page 23245, texte n°46.

¹⁴⁵⁰ La notion de micro-entreprise est donnée par les articles L. 123-16-1 et L. 123-16-2 du Code de commerce ; il est intéressant de noter que les mêmes secteurs d'activités sont exclus de l'application de normes comptables simplifiées en France et à Hongkong, c'est-à-dire les activités bancaires et d'assurance et les entreprises hébergées au sein de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

¹⁴⁵¹ Articles L. 233-16 à L. 233-28 du Code de commerce.

commerce¹⁴⁵², l'expert-comptable devienne le professionnel chargé d'effectuer ce dépôt dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par les associés (ou dans les deux mois dans le cas d'une communication par voie électronique¹⁴⁵³), à moins que les associés et les représentants légaux de la SARL ou de la SAS soient fautifs et n'ai pas permis à l'expert-comptable d'effectuer sa mission dans les délais légaux impartis et sa responsabilité ne pourrait alors être engagée. Il est aisé d'imaginer que le greffe et le président du tribunal de commerce auraient moins besoin d'avoir recours à la procédure d'injonction¹⁴⁵⁴. À cet égard, la procédure des articles L. 232-24 et L. 611-2 II du Code de commerce pourrait être simplifiée en évitant le recours immédiat au président du tribunal de commerce : le greffier, doté d'un pouvoir d'injonction, devrait avoir la possibilité d'enjoindre la société qui ne respecte pas l'obligation du dépôt auprès du greffe. Le greffe est l'autorité réceptrice du document, elle est l'autorité qui peut contrôler directement le manquement à l'obligation et elle n'est pas l'autorité qui peut enjoindre la société fautive à s'exécuter. À titre de comparaison, le *Companies Registry* est l'autorité réceptrice et l'autorité de contrôle et elle est une autorité dotée du pouvoir d'enjoindre la *Company* fautive de s'exécuter en fixant des astreintes et amendes. Le *Companies Registry* ne saisit les tribunaux qu'en dernier recours, ce qui est rare.

Le coût de ce dépôt reste dissuasif¹⁴⁵⁵. Il serait à cet effet pertinent de rendre cette formalité gratuite ; le paiement d'une somme voisine des 50 euros pour déposer les comptes annuels alors que cette formalité est obligatoire nous semble expliquer l'ineffectivité de celle-ci car les SARL et SAS ont en général leurs comptes annuels prêts dans les délais du fait de leurs obligations fiscales. Or cette ineffectivité pose clairement la question de l'asymétrie de l'information entre partenaires commerciaux, asymétrie qui n'est pas souhaitable. Si cette formalité était annulée, toutes les sociétés seraient sur un pied d'égalité commerciale et l'échange des comptes annuels se feraient sur une base volontaire dans le cadre de relations commerciales plus saines car basées sur la communication entre les sociétés plutôt que par le biais d'une consultation sur le portail du Registre du commerce et des sociétés. Si cette formalité était gratuite et effectuée par l'expert-comptable de la SARL ou de la SAS, elle serait plus effective.

La publicité¹⁴⁵⁶ nous semble être un deuxième élément en défaveur de l'effectivité de cette formalité, même si cette publicité fait partie du paysage culturel juridique français. En droit hongkongais, les comptes annuels ne regardent que la *Company* et les autorités fiscales ; seules les *public companies* (et a fortiori pour les *listed public companies*) ont l'obligation de rendre leurs comptes annuels publics par un dépôt de ce document au *Companies Registry* en accompagnement de l'*annual return* déposé à la date anniversaire de l'immatriculation de ladite *company*. Ensuite, la *Company* est libre de fournir une copie de ces comptes annuels à qui elle le souhaite, tout en sachant qu'une copie de ceux-ci est fréquemment demandée par les banques lors de l'ouverture ou du renouvellement de lignes de crédit¹⁴⁵⁷.

725. Il est intéressant de remarquer que les comptes annuels des micro-entreprises commerciales qui doivent faire l'objet d'un dépôt annuel auprès du greffe puissent faire l'objet d'une

¹⁴⁵² Articles L. 232-21 à L. 232-25 du Code de commerce.

¹⁴⁵³ Articles L. 232-22 du Code de commerce pour les SARL et L. 232-23 pour les SAS.

¹⁴⁵⁴ Articulation des articles L. 232-24 et L. 611-2 II du Code de commerce.

¹⁴⁵⁵ Tout comme les coûts afférents aux droits d'enregistrement fixes ou proportionnels des actes de société versés lors du dépôt des actes auprès du service des impôts des entreprises.

¹⁴⁵⁶ Article L. 232-22 du Code de commerce pour la SARL et article L. 232-23 pour les SAS.

¹⁴⁵⁷ La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, loi dite "Macron", pallie l'asymétrie d'informations née de la confidentialité des comptes en ouvrant à certaines personnes la possibilité de consulter les comptes réputés confidentiels pour leur permettre d'exercer leurs activités relatives au financement des entreprises ; article 213 de la loi Macron modifiant l'article L. 232-25 du Code de commerce.

déclaration de confidentialité¹⁴⁵⁸ et que cette possibilité a été récemment étendue aux "sociétés répondant à la définition des petites entreprises"¹⁴⁵⁹. Du fait de cette extension¹⁴⁶⁰ et du succès de la déclaration de confidentialité des comptes annuels pour les micro-entreprises¹⁴⁶¹, nous nous posons alors la question de la nécessité de ce dépôt auprès du greffe pour les micro-entreprises, pour les sociétés répondant à la définition de petites entreprises et pour toutes les SARL et SAS et de la publicité qui s'ensuit, d'autant plus que cette obligation de dépôt cette obligation n'est pas respectée par 58% des sociétés immatriculées¹⁴⁶², malgré les sanctions pénales et civiles y afférentes¹⁴⁶³. Les administrations, autorités judiciaires ou banques qui souhaitent obtenir un accès à ces comptes annuels pourraient prendre contact avec les services des impôts plutôt qu'avec le greffe. Le greffe remplirait alors sa mission de registre et de conservation des documents sociaux et non financiers relatifs aux sociétés commerciales. Les comptes annuels ne seraient remis qu'aux services des impôts des entreprises et certaines personnes pourraient demander à y avoir accès comme le prévoit l'article L. 232-25 du Code de commerce modifié par la loi Macron. La législation française serait sur la voie de la simplification des obligations attachées aux sociétés commerciales et testerait de nouvelles règles étape par étape : confidentialité des comptes annuels des micro-entreprises puis des sociétés répondant à la définition des petites entreprises, puis des sociétés commerciales non cotées puis dépôt des comptes annuels uniquement auprès du service des impôts des entreprises compétent qui est *in fine* le service réellement intéressé à recevoir ce document et non plus auprès des greffes.

726. En mettant en œuvre notre suggestion de simplification, l'État remplirait alors sa mission de pallier les défaillances du marché (en l'espèce, l'asymétrie d'informations) tout en imposant aux sociétés commerciales une législation moins dirigiste. Contrairement à la situation

¹⁴⁵⁸ Article L. 232-25 du Code de commerce créé par l'article 5 de l'ordonnance n°2014-86 du 30 janvier 2014, articles A. 123-61 à A. 123-61-1 du Code de commerce.

¹⁴⁵⁹ Article 213 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, loi dite "Macron", modifiant l'article L. 232-25 du Code de commerce.

¹⁴⁶⁰ GALLOIS-COCHET Dorothée, Obligations comptables des PME, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°10, commentaire 173. SERVICE PUBLIC, Communiqué sur l'option de confidentialité pour les comptes annuels des petites entreprises, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, alerte 49.

¹⁴⁶¹ Chapitre III intitulé "Un premier bilan pour l'option de confidentialité des comptes pour les micro-entreprises" du rapport législatif préparé par Monsieur André REICHARDT au nom de la Commission des lois du Sénat, publié le 19 novembre 2015 et intitulé "Projet de loi de finances pour 2016 : Développement des entreprises (avis – première lecture)", source : www.senat.fr.

¹⁴⁶² Chapitre III intitulé "Un premier bilan pour l'option de confidentialité des comptes pour les micro-entreprises" du rapport législatif préparé par Monsieur André REICHARDT au nom de la Commission des lois du Sénat, publié le 19 novembre 2015 et intitulé "Projet de loi de finances pour 2016 : Développement des entreprises (avis – première lecture)", source : www.senat.fr.

¹⁴⁶³ Source au 21 décembre 2015 : www.infogreffe.fr : "Sanctions pénales : l'inexécution du dépôt des comptes annuels et des documents connexes au greffe est punie d'une amende de 1.500 euros et de 3.000 euros en cas de récidive. Le délai de prescription de l'infraction pénale, autrement dit, le délai pour poursuivre la société et/ou son dirigeant devant le juge pénal, est d'un an à compter de la date à laquelle les comptes auraient dû être déposés au plus tard." "Sanctions civiles : En cas d'inexécution du dépôt des comptes annuels et des documents connexes et à la demande de tout intéressé ou du ministère public ou encore, de sa propre initiative, le président du tribunal, statuant par ordonnance de référé, peut enjoindre sous astreinte (c'est-à-dire avec ordre de payer au Trésor public une somme d'argent par jour de retard) au dirigeant de la société concernée de procéder, dans le mois suivant la notification de l'ordonnance, au dépôt des comptes au Registre du Commerce et des Sociétés. Le président peut, dans les mêmes conditions et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités. En pratique, l'injonction est prononcée si la société n'a pas régularisé le dépôt des comptes dans le délai d'un mois à compter de la mise en demeure qui lui a été préalablement adressée par le greffier. En cas d'absence de réaction, le président constate le non-dépôt des comptes annuels et des documents connexes et statue sur la liquidation de l'astreinte. Par ailleurs, toute personne qui y a intérêt (c'est-à-dire qui démontre avoir subi un préjudice) peut tenter d'agir en justice, dans le cadre d'une action au « fond », aux fins de mise en cause de la responsabilité de la société et/ou de son dirigeant (dans ce cas, par exemple, pour faute de gestion) et de leur condamnation à des dommages-intérêts."

actuelle au terme de laquelle 42% des sociétés immatriculées ne déposent pas leurs comptes annuels alors qu'elles y sont obligées, l'État ne serait plus défaillant de ne pas assurer le respect de cette obligation légale du dépôt des comptes annuels et de leur publicité. La défaillance de faire respecter cette obligation peut jouer en défaveur d'acteurs économiques qui engagent des relations commerciales avec des sociétés qui n'ont pas déposé leurs comptes annuels. En droit hongkongais, cette obligation de dépôt ne touche que les *public companies*. Les raisons pour lesquelles cette obligation est limitée au *public company* sont probablement multiples : la situation financière d'une *listed public company* intéresse les tiers dans le cadre de l'achat ou de la vente d'un titre financier relatif à cette *listed public company* ; du fait des sommes en jeu et du fait que ces sommes soient le fruit d'une offre au public de titres financiers, une *listed public company* doit répondre de sa situation financière devant plusieurs autorités (administratives et non administratives), la publicité des comptes est donc d'utilité générale ; les pouvoirs publics hongkongais n'ont peut-être pas les moyens humains et financiers d'assurer l'effectivité de cette obligation pour toute les *companies* immatriculées auprès du *Companies Registry* et l'obligation pesant seulement sur les *public companies* est le résultat du test *enabling/regulatory* ; le coût engendré par cette obligation pesant sur une *private company limited by shares* n'est pas justifié au regard des avantages hypothétiques que pourraient en retirer un acteur commercial (la notion difficile à cerner d'optimum dans l'allocation des ressources pourrait ici intervenir et justifier l'équilibre déterminé par l'État lors de l'élaboration de la législation).

§2. Illustrations hongkongaises de l'utilité de la désignation obligatoire d'un expert-comptable

727. L'expert-comptable devenu le partenaire des SARL et des SAS pour toutes les questions comptables et financières, certaines procédures afférentes à la vie sociale de ces formes sociales pourraient être simplifiées. La première question qui se pose à tout entrepreneur qui se lance ou à tout entrepreneur qui s'associe à d'autres est l'apport des fonds nécessaire au lancement de l'activité de l'entreprise : apport en société¹⁴⁶⁴ ou prêt des associés ? Les réponses apportées par les droits français et hongkongais sont récemment devenues identiques (pas d'exigence de capital social minimum dans une SARL, un SAS ou une *Company*) mais les cultures juridiques semblent différer et les obligations administratives ou légales attachées à chaque type d'apport pour une SARL et une SAS ou une *Company* sont éloignées notamment du fait de la présence de l'auditeur accompagnant la *Company* (A). La cession des parts sociales est un deuxième événement qui fait intervenir l'auditeur de la *Company* et qui permet de réduire le dépôt d'une plainte par l'associé qui se sentirait lésé alors que le recours aux tribunaux nous semble plus fréquent en France (B).

A. Les apports effectués par les membres d'une *Company*

728. Le capital social d'une *Company* est divisé en parts sociales¹⁴⁶⁵ détenues par un ou plusieurs *members*. Comme nous l'avons vu précédemment, la qualité de *member* découle de la signature des *articles of association* ou de l'acquisition de parts sociales d'un *member* d'une *Company* dans le respect des conditions de forme (acte écrit signé par les parties à la cession indiquant les mentions obligatoires telles que l'identité des parties, la désignation des parts sociales cédées et le montant du prix ou acte écrit confirmant la transmission des parts

¹⁴⁶⁴ Article 1832 du Code civil inclut les apports dans les éléments constitutifs de la société et l'article 1835 du Code civil pose la mention obligatoire de ceux-ci pour chaque associé dans les statuts, en contrepartie desquels les associés reçoivent des droits sociaux.

¹⁴⁶⁵ Section 2 of the *Companies Ordinance* (Cap.622).

sociales pour cause de mort) et de fond (procédure de paiement du droit de timbre et approbation de la cession par les *directors* de la *Company*).

Les apports ne sont pas une condition à la qualification positive de *member* d'une *Company*. D'ailleurs, lors de l'émission d'un *share certificate*, et lors de la mise à jour du registre des *members*, le *director* ou le *company secretary* doit indiquer précisément si les apports ont été effectués par le *member* et si oui, s'ils ont été effectués partiellement ou en totalité et cette information doit être notifiée au *Companies Registry* dans les formulaires d'immatriculation de la *Company* et dans l'*annual return*. Les apports sont notifiés dans le formulaire pré-imprimé afférent à l'immatriculation de la *Company* et à l'augmentation du montant nominal du capital social ou à l'émission et à l'attribution de parts sociales avec une prime d'émission. Ces formulaires signés par les *directors* ou le *company secretary* ne doivent pas être accompagnés de documents prouvant le paiement des apports en numéraire, la valeur des apports en nature et l'effectivité de l'apport en nature. L'effectivité des apports est vérifiée par l'auditeur lors de l'audit de la comptabilité de la *Company*.

Les apports ne font plus l'objet du paiement d'une taxe sur le capital depuis l'entrée en vigueur du *Companies Ordinance (Amendment of Eighth Schedule) Order 2012* dénommée "*Abolition of Capital Duty*" le 1^{er} juin 2012¹⁴⁶⁶, le Gouvernement hongkongais ayant jugé que l'abolition de cette taxe encouragerait les investisseurs à héberger leur entreprise au sein d'une *Company*, à augmenter le montant du capital social de leur *Company* et à pouvoir ainsi attirer des investisseurs pour pouvoir développer leur entreprise. Le Gouvernement a ainsi voulu promouvoir l'attractivité de Hongkong et sa compétitivité en tant que centre d'affaires international. Ainsi, que le montant des apports annoncé par les *members* pour la *Company* ait fait l'objet d'un versement ou non, partiel ou total, cette annonce du montant des apports n'entraîne plus le paiement d'une taxe sur le capital.

Le versement des apports n'est pas encadré dans le temps par l'Ordinance. Les *members* arrêtent le montant des apports qu'ils considèrent nécessaire au développement de l'entreprise lors de l'immatriculation de la *Company*. Les *directors* sont responsables des finances de la *Company*. À ce titre, si les *members* n'ont pas effectué tous les apports auxquels ils ont consenti, les *directors* peuvent exiger des *members* le paiement de tout ou partie des apports. Il résulte de cet appel des *directors* une possibilité d'exclure un *member* si celui-ci n'a versé aucun apport auquel il a pourtant consenti et ne le verse pas malgré les appels des *directors*. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les apports ne sont pas un élément permettant de qualifier une personne de *member* de la *Company* mais le refus d'effectuer les apports en numéraire ou en nature consentis peut constituer un élément en faveur de l'exclusion d'un *member*. Il s'agit de la procédure de confiscation (traduction de *forfeiture*) de toutes les parts sociales d'un *member* qui n'a pas répondu à l'appel (traduction de *call on shares*) effectué régulièrement par les *directors*¹⁴⁶⁷ en paiement du montant restant à libérer pour les parts sociales détenues.

729. Les apports sont vérifiés par l'auditeur de la *Company*. Il va vérifier les notifications effectuées au *Companies Registry*, les documents de preuve tels que les dépôts en numéraire effectués sur le compte bancaire de la *Company* ou les actes de transfert de propriété ou les

¹⁴⁶⁶ Cette taxe était versée par la *Company* lors de son immatriculation ou lors de l'augmentation du montant de son capital social ou du versement de premium à valoir sur des parts sociales nouvellement émises. Elle s'élevait à la somme de 1 Hong Kong Dollar par tranche de 1.000 Hong Kong Dollars d'apports et elle était plafonnée à 30.000 Hong Kong Dollars.

¹⁴⁶⁷ Les sections 170(2)(f)(ii) et 170(6) de la *Companies Ordinance (Cap.622)* prévoit que le capital social de la *Company* doit être réduit suite à la confiscation de parts sociales dans le cadre d'une procédure de *forfeiture* ; en vertu de la section 170(8) *Companies Ordinance (Cap.622)*, la procédure peut être mise en œuvre par les *directors* à moins que les *articles* d'une *Company* ne réduisent ou n'interdisent les pouvoirs donnés par cette procédure de *forfeiture* à la *Company*.

contrats de prestations de services¹⁴⁶⁸ en cas d'apport en nature. Ainsi, le rôle de l'auditeur de la *Company* est primordial et allège le rôle de vérification du *Companies Registry* qui se base sur les déclarations des *members* et des *directors* pour enregistrer les informations structurelles de la *Company*. Le pragmatisme de cette méthode est basé sur la confiance donnée aux acteurs de la *Company* et à la *Company* elle-même et résulte probablement du postulat suivant : les *members* ne sont pas encouragés par une règle ou par une taxe ou par un impôt à dévaloriser ou à survaloriser leurs biens ou leurs services apportés à la *Company* et les *directors* ont intérêt à ce que les apports en nature soient évalués le plus justement possible afin d'éviter un avis défavorable de l'auditeur sur les comptes annuels de la *Company* pour pouvoir maintenir de bonnes relations avec les banques qui exigent la communication de ces documents financiers pour approuver des financements puis avec les partenaires commerciaux. Des rôles attachés aux *members* et aux *directors* dans la procédure de notification des apports en nature au *Companies Registry*, cette autorité en déduit qu'un équilibre favorable à une valorisation honnête est mis en place et ne nécessite pas de vérification documentaire. Cette perspective de l'avis défavorable de l'auditeur étant, aux yeux des pouvoirs publics hongkongais, plus efficace qu'une vérification des apports en nature par le *Companies Registry* pouvant découler sur des poursuites ou des amendes. Contrairement au droit français, une *Company* ne doit pas obligatoirement faire vérifier ses apports en nature lors de la déclaration de ceux-ci, ce qui économise le temps et le coût d'une procédure d'expertise-comptable. Cette procédure est effectuée en même temps que la préparation du bilan annuel, ce qui est plus simple pour les *directors* et l'auditeur qui ne se rencontrent qu'autour de la préparation des comptes sociaux.

730. Ainsi, les apports n'ont pas la même portée en droit hongkongais et en droit français où les apports permettent de distinguer l'associé des tiers à la SARL et à la SAS¹⁴⁶⁹. Ils n'ont pas non plus la même portée quant à la perte de la qualité d'associé, le refus d'effectuer les apports consentis peut entraîner la perte de la qualité de *member* d'une *Company* alors qu'en droit français, si un ou plusieurs associés n'ont effectué aucun apport la société peut faire l'objet d'une action en nullité¹⁴⁷⁰. Les obligations administratives et comptables relatives aux apports sont plus légères à Hongkong (absence de droit d'enregistrement, absence de commissaire aux comptes pour vérifier les apports en nature, absence de délai pour verser les apports) et relèvent d'une relation de confiance entre les pouvoirs publics, les *Companies*, les acteurs internes et externes aux *Companies*. Un des remèdes à la simplification de la gestion

¹⁴⁶⁸ Ces apports en nature payés par des services rendus par le *member* à la *Company* pourraient être équivalents aux apports en industrie du droit français des sociétés. À Hongkong, ces apports sont traités comme des apports en nature et ne font pas l'objet d'une distinction.

¹⁴⁶⁹ "les obligataires qui participent d'assez près à la société ne sont pas des associés car ils n'ont pas fait d'apport", VIANDIER Alain, La notion d'associé : Thèse, Paris 1979, cité dans BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011, point 38.

¹⁴⁷⁰ Article 1832 du Code civil, note 7) Exigence des apports "L'absence d'apport est une cause de nullité des sociétés" : "Une société est nulle lorsqu'un ou plusieurs associés n'ont fait aucun apport ou ont fait des apports fictifs", Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 18 juin 1974, Société civile immobilière de Caspio en Corse contre Consorts Padovani, n°73-11425, Bulletin civil 1974, Première Partie, page 169, n°198. "Attendu, d'autre part, qu'après avoir constaté que Champier, l'un des actionnaires n'a jamais, en fait, rien apporté à la société et relevé que Maret a donné pour fondement à son action en nullité de ladite société la non-réalisation des apports en nature de Champier, qui en devait garantir, l'arrêt déclare que cette action tirée du défaut établi en l'espèce, de l'une des conditions de validité requises pour la formation du contrat de société est soumise, en l'absence de dispositions légales spéciales, aux règles et à la prescription trentenaire de droit commun ;", Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 juin 1976, Champier contre Maret, Revue des sociétés 1977, page 237, note HEMARD Joseph (I, 3° - "s'il semble qu'il y ait eu vérification des apports en nature [...], mais comme ils ne furent jamais réalisés, la situation était la même que s'il y avait eu défaut d'apport, qui entraîne la nullité de la société"). Toutefois, comme nous l'indiquons dans notre étude, notons que l'absence d'apport ne devrait plus être une cause de la nullité d'une SARL et d'une SAS.

des sociétés visant à encourager la création d'entreprise et leur hébergement protecteur par une société pourrait être l'abolition des droits d'enregistrement sur les apports (ainsi que sur les réductions de capital social), qui font par ailleurs doublons avec les droits d'enregistrement des actes de transfert de propriété. Ces droits d'enregistrement sur les actes constatant la formation (dans certains cas seulement depuis le 1^{er} juillet 2015, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle rédaction de l'article 635 du Code général des impôts), la prorogation, la transformation ou la dissolution d'une société, l'augmentation, l'amortissement ou la réduction de son capital, aussi avantageuse que soit leur collecte pour les pouvoirs publics du fait de sa simplicité, nous paraissent être dénués de justification juridique. Ces actes sont également déposés au greffe (contrairement aux actes de cession de parts sociales d'une *Company* qui ne font que l'objet du paiement d'un droit de timbre auprès des services de l'*Inland Revenue Department*). Ces actes ne prouvent pas la réalisation des apports par les associés. En sus de l'abrogation du paiement de ces droits d'enregistrement, l'abolition de la procédure conduite auprès du service des impôts des entreprises compétent liée au paiement de ces droits sur les actes susmentionnés également déposés au greffe serait probablement perçue comme un soulagement des procédures administratives pesant sur les sociétés et leurs représentants légaux.

731. En dehors de la promotion de la compétitivité de Hongkong, un indicateur potentiel de la justification à cette simplicité administrative hongkongaise est que les *Companies* ont quasiment toutes un capital social équivalent au montant du capital minimum exigé, soit 1 Hongkong Dollar. Le montant du capital social généralement enregistré lors de l'immatriculation d'une *shelf-Company* est de 1.000 ou 10.000 Hongkong Dollars (approximativement 120 ou 1.185 euros au taux de change moyen du mois de décembre 2015). À moins d'un impératif en termes d'apports justifié par la législation d'un ordre juridique où des sociétés du groupe sont enregistrées, les entrepreneurs hongkongais préfèrent opter pour un capital social minimum doublé de prêts effectués par les *members* à la *Company* pour financer l'entreprise. Cette pratique n'est pas contrecarrée par les banques qui s'appuient sur les informations financières des comptes annuels d'une *Company* pour organiser des prêts et lignes de crédit et non sur le montant du capital social. Ainsi, même si les comptes annuels d'une *Company* sont communiqués à l'*Inland Revenue Department* sans faire l'objet d'une publicité, leur communication de manière confidentielle aux banques est une pratique régulière.

B. L'évaluation du prix des parts sociales

732. La cession de parts sociales entre *members* d'une *Company* est chose privée. L'Ordonnance n'organise que les étapes afférentes à la forme de la cession (acte écrit signé par les parties précisant les éléments caractéristiques de la cession et enregistré auprès du *Stamp Duty Office* de l'*Inland Revenue Department* et paiement du droit de timbre par les parties¹⁴⁷¹), à la reconnaissance de la cession par la *Company* (la *Company* doit, dans le délai de deux mois à compter de la réception de l'acte de cession, procéder à l'enregistrement du cessionnaire ou refuser cet enregistrement et ce droit de la *Company* de refuser la cession tient à un des trois critères lui permettant d'être qualifiée de *private company*¹⁴⁷²) et à la matérialisation de cette cession (la *Company* doit émettre un *share certificate* à l'attention du cessionnaire enregistré en qualité de *member*). La Subdivision 1 "Transfer of shares" de la Division 4 intitulée "Transfer and Transmission of Shares" n'organise pas la cession de parts sociales entre le cédant et le cessionnaire et les tribunaux ne sont mentionnés que dans le cadre des étapes de la reconnaissance et de la matérialisation de la cession, dès que la *Company* est impliquée.

¹⁴⁷¹ Section 155 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁴⁷² Section 11 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

733. La cession de parts sociales d'une *Company* est une chose privée libre et les *members* vont prévoir dans un *shareholders' agreement*, ou plus rarement dans les *articles*, les conditions de celle-ci, tel qu'un droit de préemption, une procédure d'évaluation du prix de la cession ou le recours à un expert. Ainsi, un *shareholders' agreement* stipulera de manière quasiment automatique qu'un expert est désigné par les parties ou à défaut d'accord entre elles par le président du *Hong Kong Institute of the Certified Public Accountants* en cas de désaccord sur le prix, voire pour déterminer ou confirmer la détermination du prix conformément à la méthode d'évaluation définie dans le *shareholders' agreement*. En outre, le *shareholders' agreement* stipule fréquemment que la décision de l'expert est finale et s'impose aux parties dans le sens où celui-ci n'agit pas en qualité d'arbitre entre les parties. Ainsi, à l'exception de fraude ou d'erreur manifeste, les parties doivent s'en remettre à l'expert qui applique les stipulations du *shareholders' agreement* et qui bénéficie de l'aura d'intégrité et d'honnêteté de sa profession.
734. Le droit français s'immisce dans la chose privée qu'est la cession de parts sociales entre vifs en ne laissant pas les parties librement prévoir celle-ci et faisant intervenir immédiatement les tribunaux en cas de désaccord. Nous imaginons que la raison de cette différence fondamentale entre les droits français et hongkongais est une nouvelle fois la volonté de l'État d'avoir un droit de regard sur les affaires des sociétés. "Le juge est certes le garant du respect de l'intérêt général et le protecteur des libertés individuelles, mais est-il vraiment utile qu'il intervienne dans toutes les procédures relevant aujourd'hui de son périmètre ?"¹⁴⁷³ ; nous partageons cette interrogation d'ordre général sur la judiciarisation croissante de la société et constatons que la charge de travail des tribunaux ne fait qu'augmenter. En matière de droit immobilier, l'État n'impose pas un tel recours immédiat aux tribunaux et il a dévolu au notaire le rôle de suivre une transaction immobilière. Nous pourrions comprendre que l'État souhaite encadrer une cession de droits sociaux au regard des conséquences économiques qu'elle peut engendrer sur le développement futur de l'entreprise. Mais dans le cas qui nous intéresse, les pouvoirs publics impliqués ne jugent pas en opportunité (économique) sur les parties à la cession ou sur la cession elle-même. Sur le modèle du droit immobilier, l'État devrait pouvoir éviter d'alourdir la charge des tribunaux et nombreux sont les professionnels qui pourraient remplir la charge de désigner un expert dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil. Comme le propose le système hongkongais, le Code civil français pourrait prévoir que l'expert-comptable de la SARL ou de la SAS assume le rôle d'expert, d'autant plus que les tribunaux n'ont aucun autre rôle que de désigner cet expert¹⁴⁷⁴. Ainsi, l'article 1843-4 du Code civil pourrait être modifié de la manière suivante :

"Dans les cas de cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par l'expert-comptable de la société, soit à défaut d'expert-comptable, par le président du Conseil régional de l'Ordre des experts-comptables où la société a son siège social."

¹⁴⁷³ Propos d'Antoine GARAPON rapportés par Marie Boëton, Les pistes envisagées pour décharger les juges de certaines affaires, La Croix, article paru le 31 mai 2013.

¹⁴⁷⁴ Le président du tribunal statuant en référé n'est pas compétent pour procéder à l'évaluation. Exemples : Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 25 novembre 2003, n°00-22.089 ; Dalloz 2003, page 3053 observations A. Lienhard ; Droit des sociétés, avril 2004, n°95, observations F.-G. Trébulle ; Revue des sociétés 2004, page 93, note Y. Chartier. Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 25 janvier 2005 ; JurisData n°2005-026628 ; Droit des sociétés avril 2005, n°62, observations F.-G. Trébulle ; Bulletin Joly Sociétés 2005, § 140, page 637, note J.-J. Daigre ; Dalloz 2005, sommaire page 2955, observations J.-Cl. Hallouin et E. Lamazerolles.

735. Ce recul pourrait sembler contradictoire avec les dispositions de l'article 238 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, créant un nouvel article L. 631-19-2 dans le Code de commerce, qui confèrent au tribunal de commerce le pouvoir d'ordonner une augmentation de capital, dite "dilution forcée" ou une cession, dite "cession forcée" dans le cadre d'un plan de redressement¹⁴⁷⁵. Ces dispositions ont été introduites notamment "dans le but de rapprocher le droit interne de standards internationaux : l'éviction des actionnaires récalcitrants est en effet une possibilité ouverte notamment dans les droits américain, anglais ou allemand"¹⁴⁷⁶. Cette démarche démontre que le droit français est réceptif aux mécanismes du droit des sociétés de Common Law dont les droits anglais et américain font partie. Ces dispositions vont effectivement entraîner de nouvelles saisines des tribunaux de commerce mais elles offrent des remèdes au blocage du fonctionnement de la SARL ou de la SAS afin de préserver l'intérêt de la société (et donc, de l'intérêt de l'entreprise¹⁴⁷⁷, de l'activité commerciale, des employés, des créanciers) et de l'intérêt général¹⁴⁷⁸ en donnant l'opportunité à la société de prouver son utilité économique potentielle. Tout comme le mécanisme de l'exclusion d'un associé d'une SAS ou d'une SARL, la cession forcée n'est pas mise en œuvre sans contrepartie, elle n'est pas une atteinte au droit de propriété telle que les dispositions qui la créent auraient pu être déclarées non conforme à la Constitution¹⁴⁷⁹. Ces mécanismes d'exclusion d'un associé ou de cession forcée existent et sont mis en œuvre dans les Companies sans tabou et il nous semble, malgré la juridicisation de ce mécanisme en droit français (mais il ne pourrait probablement pas en être autrement à ce jour) que le droit français des sociétés se modernise, s'adapte et offre de nouveaux mécanismes utiles à la promotion de l'efficacité économique et à la protection de l'intérêt social voire de l'intérêt général.

736. Ainsi, le droit français pourrait évoluer vers une présence accrue des professionnels du droit et de la finance d'entreprise encourageant également le développement de la médiation et un recul de la présence des tribunaux. Cette évolution pourrait être amorcée par une volonté de désengorger les tribunaux français pour améliorer le service aux usagers en termes de rapidité et de qualité du service public en limitant l'intervention du juge dans la vie des affaires et des sociétés. Ce principe de non immixtion du juge dans la vie des affaires est commun au droit français¹⁴⁸⁰ et au droit hongkongais¹⁴⁸¹. Cette évolution pourrait offrir aux sociétés françaises

¹⁴⁷⁵ La constitutionnalité de ces dispositions a été confirmée par le Conseil constitutionnel, décision n°2015-715DC du 5 août 2015 sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Journal officiel de la République française, n°0181, 7 août 2015, page 13616, texte n°2.

¹⁴⁷⁶ Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015, n°2015-715 DC, sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, page 27, source : www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁴⁷⁷ Dans le même sens, Conseil constitutionnel, 7 octobre 2015, n°2015-486 QPC, Le Bachelet, JurisData n° 2015-022142, LEGROS Jean-Pierre, Redressement judiciaire, Droit des sociétés, Décembre 2015, n°12, commentaire 218.

¹⁴⁷⁸ Conseil constitutionnel, décision n°2015-715DC du 5 août 2015 sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Journal officiel de la République française, n°0181, 7 août 2015, page 13616, texte n°2, considérants 141 à 145.

¹⁴⁷⁹ Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°2015-715DC du 5 août 2015 sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, pages 28 à 30, source : www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁴⁸⁰ "Une telle immixtion du juge dans la vie de la société est évidemment critiquable", note GALLOIS-COCHET Dorothée, Fixation judiciaire de la rémunération du gérant, Droit des sociétés, février 2009, n°2, commentaire 29, sous l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 2^{ème} chambre commerciale, 4 décembre 2007, Civet contre Civet, n°06/05351 ; "La cassation était toutefois prévisible, dès lors qu'entre temps le droit positif a changé sur un aspect de la question, celui du pouvoir du juge de prendre lui-même la décision. Depuis l'arrêt de 1972, le "jugement valant acte" a été fermement condamné par la Cour de cassation dans un célèbre arrêt Flandin (Voir Cass. com., 9 mars 1993, n°91-14.685, P+B, Flandin c/ Sté Alarme service). Il ne faisait aucun doute que cette interdiction générale faite au juge de se substituer aux organes sociaux valait notamment pour la décision relative à la rémunération du gérant." , note GALLOIS-COCHET Dorothée, Absence d'abus dans le

souplesse et réactivité leur permettant de gagner en compétitivité et en simplicité et d'améliorer leur image aux yeux des entrepreneurs français et étrangers. Il est en effet indéniable que le développement des relations commerciales dans le cadre de la mondialisation et de l'internationalisation des échanges "va inéluctablement imposer aux sociétés des normes d'origine internationale"¹⁴⁸² et des normes de pays tiers plus influent sur la scène internationale (les normes établies par les pays de Common Law constituent un pool de normes influent). Les domaines de la conformité légale et de la normalisation comptable sont des domaines directement visés par ce phénomène. Le droit français doit évoluer dans un sens qui permet aux sociétés françaises d'être attractives et efficaces et aux entreprises françaises d'être compétitives et économiquement efficaces.

Conclusion du Chapitre 1. L'accompagnement juridique et financier des acteurs de la société

737. Le rôle de l'État pourrait être de légiférer pour imposer le support juridique et comptable nécessaire à une meilleure gouvernance des SARL et des SAS. Cette imposition de nouvelles obligations à ces sociétés pourrait probablement soulever l'opposition des acteurs de celles-ci. La communication serait cruciale : l'imposition de l'obligation de désigner un tabellion et un auditeur pour toutes les SARL et pour toutes les SAS allégeraient *in fine* les tâches et missions des représentants légaux, des dirigeants et des associés. Les gains du soutien apporté par le tabellion et l'auditeur seront mesurables et constitueront une réponse à la question récurrente du rapport négatif entre le temps administratif et le temps commercial. Ce rapport est fréquemment critiqué car les représentants légaux et dirigeants, conscients des obligations de publicité et de la nécessité de transmettre les informations légales et financières de leur société aux pouvoirs publics, se plaignent du temps passé à comprendre et à accomplir ces tâches au détriment du temps commercial. Si tel est le cas et la récurrence de cette plainte tend à la prouver, comment peuvent-ils se dégager de ce temps administratif ? Plusieurs réponses viennent à l'esprit : diminuer le nombre des obligations légales et fiscales ; diminuer les conditions de fonds et de forme attachées à ces obligations ; apporter un support obligatoire à l'accomplissement de ces obligations. En outre, la pratique dégagée par les tabellions et les auditeurs, développée sur le terrain de la pratique des professionnels du droit et du chiffre déjà impliqués dans ces sociétés commerciales, pourra constituer une expérience riche d'enseignements pour trier les obligations légales et fiscales impératives de celles qui pourraient valablement être supprimées du fait de leur redondance ou de leur inutilité et pour diminuer et simplifier les conditions de forme et de fonds du fait d'une critique cohérente dégagée par une telle pratique des professionnels légaux et financiers au plus proche des

refus d'augmenter la rémunération du gérant et rejet de la fixation judiciaire, Droit des sociétés, juin 2009, n°6, commentaire 116, sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 31 mars 2009, Civet contre Civet, n°08/11860 (FS-D) ; ainsi que la note de GALLOIS-COCHET Dorthée, Fixation judiciaire de la rémunération du gérant, Revue des sociétés, mai 2010, n°5, commentaire 92, sous la décision de la Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 8^{ème} Chambre, 24 novembre 2009, Kandil c/ MISR Voyages.

¹⁴⁸¹ "The court has no jurisdiction to interfere with the internal management of a company acting within its powers. To redress a wrong done to the company or to recover money or damages due to it the action must prima facie be brought by the company itself, if the matter constituting the cause of action is a cause of action properly belonging to the company or the general body of members. However, where the persons against whom relief is sought hold and control the majority of the shares, and will not permit an action to be brought in the company's name, shareholders complaining may bring an action either at common law, or under the Companies Ordinance, in their own names and on behalf of the others against the wrongdoers." Halsbury's Laws of Hong Kong, Companies and Corporations, November 2013, Item 95.148. Les tribunaux hongkongais ont parfois un pouvoir d'interférer dans les affaires de la *Company* en cas de manquement des organes sociétaires ; ces pouvoirs sont expressément prévus par la *Companies Ordinance* (Cap.622), comme celui de désigner une personne aux fonctions d'auditeurs de la *Company* si les *directors* puis les *members* ne le font (sections 397 et 398).

¹⁴⁸² BEGUIN Jacques, L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966, Revue des sociétés, 1996, page 513.

sociétés. L'efficacité économique tirée de la réduction du temps administratif des représentants légaux et des dirigeants pourrait être renforcée par la sécurité juridique attachée à l'institution d'une société et par la simplification de sa dissolution en dehors de toute intervention judiciaire.

738. Les thèmes du chapitre précédent nous amènent à discuter la question de l'intervention de l'État et du juge dans la création et la vie des sociétés. Pour illustrer notre propos selon lequel l'intervention de l'État dans la vie des sociétés et dans la vie des affaires peut être limitée tout en garantissant justement à l'État que la vie des sociétés et de leurs affaires ne sera pas dérégulée, nous avons montré que la présence aux côtés de la *Company* du *company secretary* et de l'auditeur permet de limiter le volume et la nature des vérifications effectuées par les pouvoirs publics (que ce soient des vérifications effectuées par le *Companies Registry* lors du dépôt de la demande d'immatriculation de la *Company* et des notifications subséquentes que par l'*Inland Revenue Department* lors du dépôt de la déclaration fiscale accompagnée des comptes annuels). Dans le respect de l'application des principes de la théorie juridique dite *enabling law*, les pouvoirs publics hongkongais ont établi une ligne de conduite visant à limiter l'intervention des tribunaux pour assurer l'effectivité des règles applicables aux *Companies*. Celles-ci devraient pouvoir être autonomes et centrées sur le développement de leur entreprise ; la confirmation ou le contrôle d'une procédure interne à la *Company* ne devrait pas nécessiter l'intervention des tribunaux à moins que les droits des *members* ou des créanciers ne risquent d'être mis en péril. C'est ainsi que les règles applicables aux *Companies* ne laissent qu'une porte très étroite à l'ouverture d'une procédure en nullité d'une *Company* (section 1) et ouvrent la possibilité aux *members* de décider d'une dissolution administrative de la *Company* (section 2). Le droit hongkongais laisse les *members* maître à bord de leur *Company* sans intervenir ni juger les motifs de la décision de dissoudre la *Company* ou l'opportunité de maintenir ou de cesser une activité commerciale hébergée par une *Company*, sans pour autant négliger l'intérêt des créanciers et des tiers. Le droit français pourrait y trouver une source de simplification¹⁴⁸³ et de souplesse pour ses acteurs économiques sans risquer de négliger leurs droits.
739. Réduire l'intervention de l'État pour solutionner l'engorgement des tribunaux français n'est pas forcément une bonne réponse en soit car le besoin de jugement est une notion importante pour la nature humaine et les groupements humains¹⁴⁸⁴. Cependant, sans entrer dans un débat qui n'a pas sa place dans notre étude comparative, il nous semble que le droit des sociétés ne nécessite pas le même traitement que les contentieux en matière pénale, en témoigne par exemple le fait que la juridiction compétente pour traiter des litiges commerciaux n'est pas à ce jour composée de magistrats professionnels¹⁴⁸⁵. Le droit des sociétés pourrait être une

¹⁴⁸³ Nous partageons ici le point de vue d'Antoine Garapon, propos extraits de son intervention devant la Commission des lois du Sénat présidée par Monsieur Jean-Pierre Sueur le mercredi 14 mai 2014 sur le thème "prévention de la récidive et individualisation des peines" : "Autre nouveauté du projet de loi : un grand pragmatisme dans la méthode. Une conférence de consensus a dressé un état des connaissances, de manière à construire ce que les Anglo-saxons appellent une « what works policy » : une politique de ce qui marche - la France est très en retard quant aux études de ce type, soit dit en passant. D'où le trépied : risques, besoins, réceptivité. Autre preuve de ce pragmatisme, le souci d'accompagner toutes les transitions et d'éviter les sorties sèches.". Source : www.sénat.fr

¹⁴⁸⁴ "Nous n'avons plus les moyens d'une justice qui ait les qualités d'un rappel à la loi pour tous. Nous devons apprendre à utiliser plus intelligemment le symbolique. À trop vouloir tirer sur la robe noire, sur le rituel, on l'appauvrit. Il doit être réservé aux affaires les plus graves. Mon expérience des jurys populaires m'a appris que les citoyens en sortent très impressionnés par le travail de la justice et de la police. Mais un tel travail ne peut être fait que pour le petit nombre des procès d'assises. Il faut donc repenser l'économie symbolique de la justice." Propos d'Antoine Garapon extraits de son intervention devant la Commission des lois du Sénat présidée par Monsieur Jean-Pierre Sueur le mercredi 14 mai 2014 sur le thème "prévention de la récidive et individualisation des peines". Source : www.sénat.fr

¹⁴⁸⁵ Ainsi, il nous semble être une erreur de vouloir remplacer la totalité des membres du tribunal de commerce par des magistrats et il nous semble cohérent de vouloir unifier les juridictions du premier degré dans lesquelles le tribunal de grande instance pourrait être composé de plusieurs chambres comme les cours d'appel et la cour de

branche du droit où l'interventionnisme de l'État pourrait profitablement être réduit, renforçant ainsi l'autonomie des personnes morales de manière accompagnée¹⁴⁸⁶ (par exemple avec la mise en place du tabellion et de l'expert-comptable obligatoires et la mise en place pour le greffe d'un pouvoir d'injonction assorti d'astreintes et d'amendes) et réduisant les portes ouvertes aux procédures judiciaires. L'ajout de professionnels compétents agissant en étroite collaboration avec les associés et les représentants légaux sur des sujets précis du droit des sociétés pourraient permettre de réduire le recours à la justice, ou tout du moins ralentir (voire éviter) le phénomène de judiciarisation (terme utilisé ici dans le sens d'un recours à la justice et aux tribunaux, à distinguer du phénomène de juridicisation/juridisation, terme renvoyant au fait que les acteurs se réfèrent de plus en plus au droit) du droit des sociétés et du droit des affaires en général¹⁴⁸⁷. L'image de sociétés pesantes et lourdes à manier résultant du poids administratif généralisé¹⁴⁸⁸ à toute leur existence pourrait s'affadir, s'éloigner, disparaître au profit de l'image de sociétés souples et accompagnées plutôt qu'entravées.

740. Au-delà d'un désengorgement des tribunaux et d'une autonomie plus importante des sociétés vis-à-vis des pouvoirs publics, la limitation de l'intervention du juge dans la vie des sociétés pourrait réduire une contradiction entre le principe de la non-immixtion du juge dans la gestion des affaires internes à la société et les décisions prises par les tribunaux et en l'occurrence par la Cour de cassation¹⁴⁸⁹. La limitation de l'intervention du juge dans la vie des sociétés est démontrée par l'inconstitutionnalité des mécanismes d'auto-saisine des tribunaux¹⁴⁹⁰.

cassation. Ces chambres pourraient avoir des compositions différentes pour répondre aux particularités de la branche du droit.

¹⁴⁸⁶ Dans le même sens : Revue sur l'ouvrage "La prudence et l'autorité, juges et procureurs du XXIème siècle", Antoine Garapon, Sylvie Perdrille, Boris Bernabé, Edition Odile Jacob, 2014, préface de Christine Taubira : "La justice est en crise. Elle doit aujourd'hui se réformer. Comment en améliorer la qualité, avec des moyens réduits ? Sûrement pas en réduisant ses fonctions ou en se contentant de modifier la carte judiciaire. Pour bâtir la justice du XXIe siècle, c'est plutôt d'une réflexion en profondeur sur les différentes facettes des missions des juges et des procureurs qu'il faut partir. Une telle réflexion permettrait de distinguer ce qui relève vraiment du procès et ce qui serait mieux traité autrement – par les associations, les élus, les avocats et bien sûr les parties elles-mêmes ; surtout, elle revitaliserait notre démocratie en associant mieux les justiciables et l'ensemble de la société à l'œuvre de justice. C'est ce que propose cet ouvrage, qui ne prétend pas définir ce que l'institution judiciaire devrait être, mais plutôt analyser ce qu'elle est, en s'intéressant aux hommes et aux femmes qui la rendent quotidiennement, à leurs aspirations et à leurs interrogations, en cherchant à saisir au plus près des pratiques concrètes comment s'élabore la décision judiciaire, en rassurant les juges sur le sens de leur office non pas par des solutions techniques, mais en retrouvant le lien perdu avec la justice." Source : <http://www.franceculture.fr/oeuvre-la-prudence-et-l%E2%80%99autorite-de-antoine-garapon>

¹⁴⁸⁷ Voir une position similaire dans le cas d'une étude du droit social, Propos de Jérôme PELISSE, maître de conférences en sociologie à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines et directeur du laboratoire Printemps, extraits de la Synthèse des débats du séminaire organisé par l'Institut des Hautes Études Juridiques et Sciences Po « Droit, marchés et globalisation » le 14 mai 2013, dont la thème est "Les juristes d'entreprises en France : évolution et dilemmes", page 7; synthèse publiée sur www.ihej.org le 26 septembre 2013.

¹⁴⁸⁸ En comparant la forme des formulaires administratifs publiés par le Companies Registry et le Greffe, il nous semble évident que les premiers sont aérés, spacieux, lisibles et que les seconds sont serrés, tassés et difficilement lisibles. Dans la mesure où ces formulaires peuvent déjà être complétés, signés et adressés aux autorités administratives en ligne ou par courrier électronique (cette pratique devrait d'ailleurs se développer), une forme aérée et spacieuse n'est plus un inconvénient de l'archivage et du stockage des formulaires en version papier et de considération financière ou écologique.

¹⁴⁸⁹ Commentaire de Jérôme CHACORNAC sur l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 février 2014, n°12-29.348, lettre du Centre de recherches sur le droit des affaires n°2014-06 publiée le 17 février 2014 sur le site internet <http://www.creda.cci-paris-idf.fr>.

¹⁴⁹⁰ Commentaire d'Arnaud REYGROBELLET sur les décisions n°2013-368 QPC et n°2013-372 du Conseil constitutionnel datant du 7 mars 2014, publié dans la lettre du Centre de recherches sur le droit des affaires n°2014-11 publiée le 7 avril 2014 sur le site internet <http://www.creda.cci-paris-idf.fr>. Extrait : "Les deux décisions rendues le 7 mars 2014 par le Conseil constitutionnel (n°2013-368 QPC et n°2013-372 QPC) étaient attendues : une précédente décision avait déjà conclu à l'inconstitutionnalité de l'article L. 631-5 du Code de

Section 1. L'absence d'action en nullité de la *Private Company Limited by Shares*, la garantie d'une plus grande sécurité juridique et économique

741. Le succès de la *Company* tient probablement à la simplicité de son immatriculation et à la simplicité de sa structure reproductible. Nous sommes d'avis que le succès de la *Company* tient également à la certitude qui s'en dégage combinant sécurité juridique et pérennité, à sa tangibilité voire à sa matérialité. Cette image est en partie liée au fait qu'en pratique une *Company* immatriculée ne peut être annulée. Une *Company* ne peut être annulée au titre de l'absence d'un de ses éléments matériels constitutifs ni au titre d'une erreur ou omission relative à la procédure d'immatriculation de la *Company*. Nous partageons la position du droit hongkongais qui vise à ne pas permettre, voire à ne pas autoriser (mais cette disposition n'est pas expresse dans l'Ordonnance), l'annulation d'une *Company*. Le droit français pourrait offrir de nombreuses alternatives à l'annulation d'une SARL ou d'une SAS qui permettraient de résoudre autrement un litige entre associés et de protéger les intérêts des acteurs de celle-ci et des tiers, notamment des créanciers privés ou publics (§2). À défaut de l'abolition de la possibilité de prononcer judiciairement l'annulation d'une SARL et d'une SAS, qui pourrait être envisagée du fait du peu de motifs à cette annulation résultant de l'applicabilité de l'article 12 de la directive n°2009/101/CE du 16 septembre 2009¹⁴⁹¹, le droit français pourrait être simplifié afin de clarifier cette action et de réduire l'intervention des tribunaux (§1).

§1. L'existence de l'action en nullité, la distinction du droit français et du droit hongkongais

742. En droit français, tout comme en droit hongkongais, une action en nullité d'une SARL, d'une SAS ou d'une *Company* ne peut être ouverte au motif du non-respect des conditions de forme de l'institution d'une société et de sa personne morale¹⁴⁹² ou de l'immatriculation d'une *Company*. La responsabilité civile des associés fondateurs et des premiers représentants légaux pour vice de forme de l'institution de la société peut être engagée sur le fondement de l'article L. 210-8 du Code de commerce et cette action, ouverte à tout intéressé, a pour objet de garantir que la constitution de la SARL et de la SAS est régulière et complète¹⁴⁹³. La responsabilité de la *Company*, de chaque *responsible person* et du *founder member* qui signe le formulaire de demande d'immatriculation de la *Company* peut être engagée en l'absence de dépôt du formulaire formaté consignait le consentement écrit du ou des *directors* d'agir en cette qualité au sein de la *Company*, dans les quinze jours de la date d'immatriculation de ladite *Company*¹⁴⁹⁴. L'Ordonnance ne mentionne pas d'autre hypothèse où la responsabilité de ces trois catégories de personnes pourrait être engagée au motif d'un vice de forme de l'immatriculation d'une *Company*.

commerce permettant au tribunal de se saisir d'office pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (Cons. const., 7 déc. 2012, DC n°2012-286 QPC). Étaient en jeu, ici, l'article L.640-5, alinéa 1^{er} du Code de commerce, qui énonce que « lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut [...] se saisir d'office [...] aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire », et l'article L. 626-27, II du même Code donnant au tribunal la faculté de se saisir d'office pour décider la résolution d'un plan et, en cas de cessation des paiements, ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires."

¹⁴⁹¹ Journal officiel de l'Union européenne, n° L. 258, 1^{er} octobre 2009.

¹⁴⁹² En vertu de l'article L. 235-1 du Code de commerce et en accord avec le droit communautaire, l'irrespect des conditions de formes de l'institution d'une SARL et d'une SAS ne constitue pas un motif à la nullité de la société.

¹⁴⁹³ La déclaration de conformité présentait cet avantage d'attirer l'attention des associés fondateurs et des premiers représentants légaux d'une SARL ou d'une SAS sur leur responsabilité civile en cas d'irrespect des conditions de forme de l'institution de leur société. Cette déclaration de conformité existe à Hongkong et a été supprimée en France par la loi n°94-126 du 11 février 1994, loi dite "Initiative et Entreprise Individuelle" et le décret n°95-374 du 10 avril 1995.

¹⁴⁹⁴ Section 74 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

743. Le point commun entre les droits français et hongkongais est que la nullité ne peut être obtenue au motif d'une erreur ou omission dans la procédure d'immatriculation. L'action en nullité peut être engagée pour d'autres motifs en droit français relevant des éléments constitutifs d'une société ou d'un contrat (A). La portée de l'existence de cette action en nullité soulève une problématique inexistante en droit hongkongais, celle de la société fictive (B).

A. Des bases légales concurrentes et des causes légales multiples à l'action en nullité des SARL et des SAS

744. Au vu de l'étude des articles du Code civil et du Code de commerce relatifs au prononcé judiciaire de la nullité d'une SARL et d'une SAS et de la directive communautaire n°2009/101/CE, il nous semble qu'une simplification de ces bases légales et des motifs à la nullité des SARL et des SAS pourrait être effectuée (1) et l'article L. 235-1 du Code de commerce remodelé (2).

1. La concurrence des bases légales à l'action en nullité des SARL et SAS

745. Nous sommes loin d'être la première à relever le caractère double des bases légales françaises relatives à la nullité des sociétés ni à relever que la directive communautaire n°2009/101/CE du 16 septembre 2009¹⁴⁹⁵ entrée en vigueur le 21 octobre 2009¹⁴⁹⁶ devrait réduire grandement la portée des bases légales françaises applicables aux SARL et SAS (et plus largement à toutes les sociétés par actions). Nous avons ici une illustration d'une simplification du droit français qui pourrait intervenir afin de clarifier les bases légales applicables aux différentes formes de sociétés commerciales. Pour celles-ci, la directive n°2009/101/CE, l'article L. 235-1 du Code de commerce et l'article 1844-10 du Code civil se concurrencent et se superposent.

746. L'absence de transposition de la directive n°2009/101/CE (tout comme de la directive n°68/151/CEE du 9 mars 1968, abrogée et remplacée par la directive n°2009/101/CE) pointe du doigt la concurrence des normes européennes et françaises. Sur la question de l'applicabilité des règles posées par la directive n°2009/101/CE, ainsi que par la directive précédente, la jurisprudence française est divisée et nous aurions tendance à favoriser la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris du 21 septembre 2001 plutôt que la jurisprudence constante de la Cour de cassation continuant de reconnaître la nullité d'une SARL ou d'une SAS pour un motif¹⁴⁹⁷ autre que ceux listés restrictivement par ladite directive¹⁴⁹⁸. La

¹⁴⁹⁵ Directive abrogeant la première directive n°68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

¹⁴⁹⁶ Source 1 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32009L0101>

Source 2 : http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/mi0076_fr.htm#

¹⁴⁹⁷ "La portée de la déclaration d'incompatibilité du droit français à l'article 11 de la directive du 9 mars 1968 est très importante. En effet, si l'on s'en tient aux seules causes de nullité énoncées par l'article 11, la nullité d'une société de capitaux ne doit pas être prononcée pour fictivité des apports, défaut d'affectio societatis ou illicéité de l'objet social réel ou de la cause qui sont cependant les motifs de nullité les plus généralement soulevés. Ainsi, contrairement à l'affirmation de la Cour de cassation dans l'arrêt Lumale, la fictivité d'une société ne saurait être sanctionnée par la nullité de celle-ci.", MENJUCQ Michel, Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudie contre SA 3001 Informatic, Bulletin Joly Sociétés, 1 mai 2002, n°5, page 626.

¹⁴⁹⁸ "Qu'il suffise de rappeler ici qu'en dehors des prévisions de la directive, et même contre sa lettre, il demeure possible en droit français d'invoquer un nombre non négligeable de cas de nullité, même en excluant pour les SARL et les sociétés par actions les hypothèses de vices du consentement ou d'incapacités écartées par l'article 360 de la loi de 1966. C'est ainsi que l'on peut invoquer le défaut de consentement, l'absence ou la fictivité

première raison qui nous pousse à promouvoir la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris est la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes dite "Marleasing"¹⁴⁹⁹ du 13 novembre 1990 : "Il s'ensuit que l'exigence d'une interprétation du droit national conforme à l'article 11 de la directive 68/151/CEE, précitée, interdit d'interpréter les dispositions du droit national relatives aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la directive en cause". La deuxième raison est la plus grande sécurité juridique pour la société, les associés et les tiers et l'image de simplicité qui découlent d'une absence de nullité des sociétés. L'article L. 235-1 du Code de commerce devrait transposer les dispositions de la directive n°2009/101/CE et l'applicabilité de l'article 1844-10 du Code civil pourrait être écartée pour les sociétés par actions et pour les SARL.

2. La multiplicité des causes légales à l'action en nullité des SARL et SAS

747. Du fait de l'applicabilité du seul article L. 235-1 du Code de commerce aux sociétés commerciales, il serait nécessaire de rédiger une nouvelle version de l'alinéa premier de cet article pour clarifier l'articulation des règles du Code civil et du Code de commerce et transposer l'article 12 de la directive n°2009/101/CE.
748. Tout d'abord, étant donné que la directive n°2009/101/CE vise les sociétés par actions et les SARL¹⁵⁰⁰, l'article L. 235-1 du Code de commerce pourrait traiter dans deux alinéas distincts des sociétés par actions et les SARL d'une part, et des autres sociétés commerciales d'autre part.
749. Ensuite, l'analyse des trois phrases du premier alinéa de l'article L. 235-1 du Code de commerce permettrait de clarifier les causes de nullité d'une société. "La nullité d'une société [...] ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats." La référence au "présent livre" est le livre II du Code de commerce et l'identification de ces dispositions expresses est fastidieuse. Nous en avons identifié deux mentionnant une cause de nullité : la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-1 du Code de commerce dispose que l'annulation d'une SARL et d'une SAS ne peut résulter d'un vice de consentement¹⁵⁰¹ ou d'une incapacité touchant tous les associés fondateurs ; l'article

d'apports, l'absence d'affectio societatis, le défaut d'objet, l'objet non réalisable ou inexistant, l'absence de cause, la cause illicite, voire directement la fraude. Sur la base de ce simple constat, la divergence est incontestable entre la directive et le droit français. L'intérêt de la décision commentée est donc de donner un prolongement, une issue possible à cette divergence", SAINTOURENS Bernard, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{ère} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1991, n°2, page 123.

¹⁴⁹⁹ SAINTOURENS Bernard, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{ère} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1991, n° 2, page 123.

¹⁵⁰⁰ Article premier de la directive n°2009/101/CE.

¹⁵⁰¹ Il peut être ici opportune de préciser que "lorsque le consentement à s'associer est vicié (erreur, dol, violence), ce sont les exigences propres à la caractérisation du vice invoqué et de son effet sur l'engagement de l'associé qui doivent être respectées. On peut ainsi envisager l'erreur sur la nature du contrat, sur la personne des associés, sur la forme de la société." Note SAINTOURENS Bernard, La prescription de l'action en nullité d'une société pour défaut d'affectio societatis et violence morale, sous Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section A, 3 novembre 1998, n°1996/12591, Époux Sourgen c/ SCI Le Résidentiel de Montfort, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1999, n° 2, page 289. L'annulation d'une société pour défaut d'affectio societatis est distinguée du vice du consentement : "L'absence d'affectio societatis pourrait résulter de l'appréciation de circonstances telles que celles reposant sur l'existence d'un lien de subordination entre deux associés (l'associé minoritaire étant le salarié de l'associé majoritaire), de nature à exclure que les associés puissent se traiter comme des égaux, exigence classique de la caractérisation de l'affectio societatis." Il résulte de cette distinction un délai de prescription différent : une prescription triennale à compter du jour où la nullité est encourue basée sur l'article 1844-14 du Code civil en cas d'annulation basé sur le défaut d'affectio societatis ; une prescription quinquennale à compter

L. 235-2 du Code de commerce dispose que l'annulation d'une société en nom collectif et d'une société en commandite simple peut résulter d'un manquement à l'accomplissement des formalités de publicité. Il est à noter qu'en vertu de l'article 12 de la directive n°2009/101/CE, l'annulation d'une SARL et d'une SAS ne peut résulter d'un vice de consentement, même si celui-ci touche tous les associés fondateurs. En conséquence, la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-1 du Code de commerce doit être nettoyée de cette cause de nullité. Il est ensuite à noter que la cause de nullité de la société mentionnée par l'article L. 235-2 du Code de commerce pourrait être simplement abrogée afin de réparer un oubli dans la mesure où le législateur avait souhaité supprimer toutes les causes de nullité fondées sur un vice de forme ou un vice de publicité dans la loi du 24 juillet 1966¹⁵⁰². La référence aux "lois qui régissent la nullité des contrats" est non-conforme aux dispositions de la directive n°2009/101/CE "puisque le texte légal français se réfère[ait] aux causes de nullité régissant les contrats qui dépassent de beaucoup les causes prévues par l'article 11¹⁵⁰³ de ladite directive"¹⁵⁰⁴. La troisième phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-1 est, à notre avis, superflue du fait de l'applicabilité des règles du droit civil. L'article 1844-1 du Code civil précisant clairement que les clauses prohibées à cet article sont réputées non écrites (ce qui n'ouvre pas la porte à une action en nullité de la société) et l'article 1844-10 du Code civil disposant expressément que "toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite", la troisième phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-1 pourrait être supprimée.

750. Enfin, en prenant en considération la directive n°2009/101/CE, les causes de nullité sont réduites au nombre de six et seules ces causes devraient être applicables en droit des États membres. Il est clair que les six causes de nullité listées restrictivement par la directive n°2009/101/CE ne correspondent pas à des articles ou à des alinéas d'articles des Codes français. Il est également clair que si le droit français des sociétés ne reconnaît pas certaines des six causes de nullité de la directive n°2009/101/CE, celles-ci n'ont pas à être ajoutées en droit français dans la mesure où l'esprit de cette directive est de restreindre au maximum les causes de nullité dans le but de protéger les droits des tiers et des associés. L'interprétation des causes de nullité étant stricte¹⁵⁰⁵ et l'objectif affiché tant par la directive que par la Cour de justice des Communautés européennes étant de restreindre les cas de nullité des sociétés¹⁵⁰⁶, il nous semble en effet que les causes de nullité existantes en droit français et listées par la directive peuvent être conservées, que les causes existantes en droit français et non listées par la directive doivent être supprimées et que les causes inexistantes en droit français et listées par la directive ne doivent pas être ajoutées. Il en résulte que pour les sociétés visées à l'article premier de la directive n°2009/101/CE, l'alinéa 1^{er} de l'article L.

du jour où la cause a cessé basée sur l'article 1304 alinéa 2 du Code civil en cas d'annulation basée sur un vice du consentement. Le fait de pouvoir combiner ses prescriptions renforcent l'incertitude de l'action en nullité suivant l'interprétation retenue par les tribunaux.

¹⁵⁰² COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, point 152, page 86.

¹⁵⁰³ Il s'agit dans cette citation de la référence à l'article 11 de la directive n°68/151/CEE abrogée par la directive n°2009/101/CE dont l'article 12 reprend les termes de l'article 11 et liste restrictivement les causes de nullité des sociétés par actions et des SARL.

¹⁵⁰⁴ Note de Michel MENJUCQ "Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire", sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudie contre SA 3001 Informatique, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mai 2002, n°5, page 626.

¹⁵⁰⁵ SAINTOURENS Bernard, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{ère} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1991, n° 2, page 123.

¹⁵⁰⁶ SAINTOURENS Bernard, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{ère} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1991, n° 2, page 123.

235-1 du Code de commerce applicable aux seules sociétés par actions et SARL ne devrait plus faire référence aux lois qui régissent la nullité des contrats. Les cas visés aux points i), iii) et iv) de l'article 12 de la directive n°2009/101/CE ne devraient pas être repris à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-11 du Code de commerce applicable aux seules sociétés par actions et SARL dans la mesure où ces points visent des causes de nullité fondées sur un vice de forme.

751. Il pourrait alors être envisagé que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-1 du Code de commerce soit rédigé de la manière suivante en trois alinéas, considérant que l'article L. 235-2 du Code de commerce ait été abrogé :

La nullité d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée ne peut être prononcée que par décision judiciaire et que pour les causes énumérées restrictivement ci-après : le caractère illicite de l'objet statutaire¹⁵⁰⁷ de la société¹⁵⁰⁸ ; l'incapacité de tous les associés fondateurs¹⁵⁰⁹ ; le fait que le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux, sauf dans les cas prévus par la loi où la société peut être instituée par l'acte de volonté d'une seule personne¹⁵¹⁰.

La nullité des sociétés commerciales autres que celles expressément mentionnées à l'alinéa premier du présent article ne peut résulter que des dispositions de l'article 1844-10 du Code civil.

La nullité d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats.

752. Il en résulte que seules deux causes pourraient entraîner la nullité d'une SARL ou d'une SAS, c'est-à-dire le caractère illicite de l'objet statutaire de la société¹⁵¹¹ et l'incapacité de tous les associés fondateurs. La cause tirée d'un nombre d'associés fondateurs inférieur à deux n'est pas applicable aux SARL et SAS dans la mesure où ces deux formes de société peuvent n'avoir qu'un seul associé fondateur. Les autres causes de nullité résultant du droit français, consentement, capacité, nature fictive des apports, défaut d'affectio societatis, vocation aux bénéficiaires, aux économies et participation aux pertes, ne sont pas applicables aux SARL et SAS.

¹⁵⁰⁷ "Les mots l'objet de la société doivent être compris comme se référant à l'objet de la société, tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts", extrait de la décision dite "Marleasing" de la Cour de justice des Communautés européennes citée dans SAINTOURENS Bernard, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{ère} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1991, n° 2, page 123.

¹⁵⁰⁸ Concordance de l'article 1833 du Code civil et d'une "des causes de nullité des contrats en général" cités par l'article 1844-10 dudit Code et de l'article 12 b) ii) de la directive n°2009/101/CE.

¹⁵⁰⁹ Concordance de "l'une des causes de nullité des contrats en général" cité par l'article 1844-10 du Code civil et de l'article 12 b) v) de la directive n°2009/101/CE.

¹⁵¹⁰ Concordance des alinéas 1 et 2 de l'article 1832 du Code civil cité par l'article 1844-10 dudit Code et de l'article 12 b) vi) de la directive n°2009/101/CE.

¹⁵¹¹ Ce motif a été confirmé en ces termes par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt inédit du 10 novembre 2015, n°14-18179, Société Urbat Promotion contre Société G Sport International, www.legifrance.fr : "Mais attendu qu'il résulte des dispositions des articles 1833 et 1844-10 du code civil, qui doivent, en ce qui concerne les causes de nullité des sociétés à responsabilité limitée, être analysées à la lumière de l'article 11 de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, repris à l'article 12 de la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour de justice de l'union européenne du 13 novembre 1990, (Marleasing SA/Comercial Internacional de Alimentación SA, C-106/89) que la nullité d'une société tenant au caractère illicite ou contraire à l'ordre public de son objet doit s'entendre comme visant exclusivement l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts ; qu'après avoir rappelé l'objet statutaire de la société G sport, l'arrêt relève que la société Urbat soutient que cette dernière n'a pas d'activité propre et n'a été constituée qu'en vue d'opérations de chantage par l'introduction de recours ; que par ces seuls motifs, dont il résulte que la société Urbat soutenait que la société G sport était nulle en raison du caractère illicite, non de son objet statutaire, mais de son objet réel, et abstraction faite de ceux, surabondants, critiqués par les trois dernières branches, le rejet de la demande se trouve justifié ; que le moyen n'est pas fondé ;".

B. Des causes jurisprudentielles à l'action en nullité des SARL et SAS discutables

753. La nullité d'une société ne devrait pouvoir être prononcée que sur le fondement de textes étant donné la portée de la nullité de la société. Néanmoins, la fictivité de la personne morale et la fraude des associés peut justifier une décision des juges du fond prononçant la nullité de la SARL et de la SAS. Le fait que ces causes de nullité ne soient pas textuelles mais jurisprudentielles est un argument en faveur de la remise en cause de leur existence. Nous étudierons ci-après ces deux motifs à la lumière de leur utilité, la fictivité (1) puis la fraude (2).

1. Le caractère fictif de la personne morale, une cause de nullité des sociétés déplacée

754. Avant d'être retenue comme cause de nullité d'une société par la Cour de cassation¹⁵¹², la notion de fictivité développée par la jurisprudence était comme un "instrument modérateur des règles juridiques [pour] étendre la procédure collective aux maîtres de l'affaire"¹⁵¹³. L. Comangès ajoute "la fictivité est une notion pragmatique"¹⁵¹⁴. Si nous comprenons bien son propos dans la première partie de son article "Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives", les notions de fictivité et de nullité sont des notions distinctes (la personne morale pourrait être fictive et la société pourrait être nulle), qui ont une utilité et un domaine d'application distincts (étendre la procédure collective aux associés et sanctionner les conditions de formation d'une société) et qui n'auraient jamais dû se rencontrer (la fictivité d'une personne morale ne devrait pas être sanctionnée par la nullité de la société).

755. Nous partageons cette opinion et, au vu des circonstances de l'affaire et des règles du droit communautaire (directive n°68/151/CEE couplée à l'interprétation restrictive de la Cour de justice des Communautés européennes dans sa jurisprudence dite "Marleasing"), notre sentiment est que la Cour de cassation n'a pas forcément recherché à élargir la portée de la fictivité d'une personne morale à la nullité d'une société mais à utiliser la théorie prétorienne de la fictivité d'une personne morale au titre d'une cause de nullité afin d'échapper en apparence à la restriction des causes de nullité de la liste des nullités textuelles des droits français et communautaire. Cette nouvelle cause de nullité échapperait totalement aux textes : la théorie de la fictivité est une œuvre pragmatique de la jurisprudence, la notion d'affectio societatis utilisée pour qualifier la personne morale de fictive résulte d'une interprétation large de l'article 1832 du Code civil et le défaut d'autonomie de la personne morale par rapport aux associés de la société également utilisée pour qualifier la personne morale de fictive qu'elle couvre ne résulte pas non plus d'une disposition du Code civil ou du Code de commerce. La Cour de cassation se laisse la possibilité de juger dans un intérêt de justice ou en équité et les arrêts rendus dans ce cadre ne devraient relever que de décisions ponctuelles ne constituant pas des arrêts de principe.

756. Nous sommes ensuite sensibles à l'analyse de L. Comangès qui soulève que la nullité de la société déclarée sur le fondement de la fictivité entraîne le maintien de la personne morale le temps de la procédure de liquidation et compromet donc le domaine d'application traditionnel de la théorie du caractère fictif de la personne morale. Il nous semble peu probable que la Cour de cassation ignorait ce point lors de la préparation de sa décision énoncée dans l'arrêt

¹⁵¹² Cour de cassation, Chambre commerciale, n°90-17.237, arrêt dit "Lumale", Recueil Dalloz, 1993, page 508.

¹⁵¹³ COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12.

¹⁵¹⁴ COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12.

Lumale¹⁵¹⁵ ou dans l'arrêt Kreditanstalt¹⁵¹⁶. En revanche, le premier arrêt pourrait être considéré comme un arrêt posant le principe de la nullité et non de l'inexistence d'une société¹⁵¹⁷ dont les associés n'ont pas voulu "respecter réellement les conditions essentielles du contrat de société ni exercer l'activité sociale statutaire"¹⁵¹⁸ et que le deuxième arrêt confirmerait et appliquerait ce principe à une société par actions, rejetterait l'inexistence d'une société au profit de sa nullité non rétroactive (principe de la non rétroactivité de la nullité y est clairement rappelé). Ces deux arrêts rapprocheraient ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation des exigences du droit communautaire¹⁵¹⁹ qui ne reconnaît que la nullité¹⁵²⁰ et non l'inexistence. Est-ce que la Cour de cassation souhaite unifier les domaines de la nullité et de la fictivité pour simplifier les "instruments modérateurs des règles juridiques" ? C'est une possibilité¹⁵²¹ mais, à la lumière du commentaire de L. Comangès, il serait souhaitable de diviser en deux actions¹⁵²² les conséquences de la fictivité de la personne morale : la nullité de la société dans certains cas et l'extension de la procédure collective dans d'autres. L'arrêt Lumale est-il alors un arrêt d'espèce dicté par l'équité en ce que la fictivité de la personne morale entraînerait nullité de la société ? Il nous semble que cette explication est la principale raison à cette jurisprudence sur le point précis de lier fictivité et nullité¹⁵²³ d'autant que la fictivité de la personne morale a continué à être appliquée dans son acception originelle de l'extension de procédure collective aux maîtres de l'affaire après l'arrêt Lumale¹⁵²⁴.

757. Par extension de cette jurisprudence Lumale, une SARL ou une SAS pourrait être caractérisée de fictive "dès lors qu'est établi le défaut d'un, ou le plus souvent plusieurs, des éléments visés par l'article 1832 du Code civil"¹⁵²⁵.

Il nous semble que l'argument tiré de la simulation d'une société pluripersonnelle visant à qualifier une société de fictive devrait disparaître au profit de l'immatriculation d'une

¹⁵¹⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 juin 1992, n°90-17.237, arrêt dit "Lumale", Recueil Dalloz, 1993, page 508 ; JurisData n° 1992-001326 ; Bulletin civil 1992, IV, n°243 ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/1993, n°27 ; Dalloz 1993, jurisprudence, page 508, note COLLET Laurence. Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 juin 1999 : JurisData n° 1999-002640 ; Bulletin Joly 1999, §229, page 978, note COURET Alain ; Revue des sociétés 1999, page 824, note CONSTANTIN Alexis, cité dans GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 18, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

¹⁵¹⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 juin 1999, n°1285P, Société Kreditanstalt für Wiederaufbau contre Société Interpac Holding Limited (cons. rapp. Rémerly), Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} octobre 1999, n°10, page 978.

¹⁵¹⁷ LE CANNU Paul, "Inexistence ou nullité des sociétés fictives", Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1992, n°9, page 875.

¹⁵¹⁸ CA Paris, 26 févr. 1981 : Gaz. Pal. 1981, 2, p. 668, tiré de GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 15, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

¹⁵¹⁹ LE CANNU Paul, "Inexistence ou nullité des sociétés fictives", Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1992, n°9, page 875.

¹⁵²⁰ Article 11 de la directive n°69/151/CEE abrogé et remplacé par l'article 12 de la directive n°2009/101/CE.

¹⁵²¹ "On peut penser que la Haute Juridiction a voulu unifier les sanctions qui peuvent affecter les sociétés", LE CANNU Paul, "Inexistence ou nullité des sociétés fictives", Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1992, n°9, page 875.

¹⁵²² Comme le propose par exemple Michel Jeantin sur le domaine des actions en nullité et en inexistence qui "préconise de distinguer "les cas où la société est fictive (fictivité des apports par exemple) et ceux où elle est inexistante (absence d'affectio societatis)"" , cité par LE CANNU Paul, "Inexistence ou nullité des sociétés fictives", Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1992, n°9, page 875.

¹⁵²³ Note DOM Jean-Philippe, "De la fictivité à l'inexistence en passant par la simulation", Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2000, n°2, page 219 sous Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section B, 28 octobre 1999, n°1999/03970, SARL Foncière du Centre contre Fadlallah et autre.

¹⁵²⁴ COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12.

¹⁵²⁵ GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 15, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

société unipersonnelle, qu'elle soit SARL¹⁵²⁶ ou SAS¹⁵²⁷. Il nous semble clair que ni une SARL ni une SAS ne pourrait être aujourd'hui déclarée fictive par un juge au seul et unique motif de la présence d'un associé unique.

L'action visant à faire qualifier une SARL ou une SAS de société fictive pourrait plutôt faire valoir l'inexistence d'apport¹⁵²⁸, l'absence de l'exploitation de l'activité sociale¹⁵²⁹ ou un défaut d'affectio societatis¹⁵³⁰. Dans la mesure où nous sommes d'avis que la notion d'affectio societatis n'est pas un élément constitutif d'une société car elle n'est pas expressément listée à l'article 1832 du Code civil et qu'une action en nullité est importante au point que seules les nullités expressément prévues par la loi peuvent être mises en œuvre, la nullité d'une SARL ou d'une SAS ne devrait pas pouvoir être déclarée sur la base de l'absence d'affectio societatis. Il est d'ailleurs curieux de noter que, du fait de la difficulté pour le demandeur de l'action en nullité dont la cause serait le caractère fictif de la société pour défaut d'affectio societatis, celui-ci appuie son action et la preuve de ses dires "sur un faisceau d'indices"¹⁵³¹ dont par exemple l'existence d'une fraude. "Dans ce cas, le défaut d'affectio societatis se combine donc avec une autre cause de nullité [l'existence d'une fraude], relevant non plus de l'article 1832 du Code civil, mais du droit commun des contrats"¹⁵³², tel que, par exemple, un vice du consentement¹⁵³³ ou un vice de violence¹⁵³⁴.

¹⁵²⁶ La SARL unipersonnelle, ou termes que nous préférons ne pas utiliser entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, qui peut être immatriculée par un associé unique depuis la loi n°85-697 du 11 juillet 1985.

¹⁵²⁷ La société par actions simplifiée unipersonnelle qui peut être immatriculée par un associé unique depuis la loi n°99-587 du 12 juillet 1999.

¹⁵²⁸ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 20 octobre 1971, Bulletin civil 1971, I, n°270, cité dans GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 15, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

¹⁵²⁹ Conseil d'Etat, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 29 avril 2002, n°220759, Moitié : JurisData n° 2002-080141 ; Bulletin Joly 2002, §182, page 808, note J.-C. PAROT, cité dans GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 15, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

¹⁵³⁰ Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, 22 juin 1976 : Dalloz 1977, jurisprudence page 619, note P. DIENER, cité dans GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Point 15, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

Aussi, Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 mai 2007, n°06-14.262, Saunier c/ DGI : JurisData n°2007-038954 ; Droit des sociétés 2007, commentaire 174, note Renaud MORTIER ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 10/2007, n°966, page 935 ; Droit et patrimoine, juin 2008, n°171, page 97, observations Didier PORACCHIA ; Bulletin Joly 2007, page 1093, §298, note N. MATHEY ; Banque et droit, n°116, novembre décembre 2007, page 69, observations I. RIASSETTO : dans cette espèce, la Cour de cassation reconnaît la fictivité de la société en raison notamment d'un défaut de fonctionnement de la société, d'une absence d'autonomie financière, de la faiblesse des apports de certains associés et de l'absence d'affectio societatis.

Hormis l'absence d'affectio societatis, les autres critères retenus pour reconnaître la fictivité n'emportent pas conviction. Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 juin 2009, n°07-20.937, Troth c/ Clark, Faivre-Duboz et Defalle : JurisData n°2009-048746 ; Revue des sociétés 2010, page 781, note N. MATHEY, cité dans GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013, Point 65.

¹⁵³¹ Note Irina PARACHKEVOVA, Retour sur la définition et la sanction de la société fictive, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2012, n°1, page 19, sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 octobre 2011, n°09-16293 (n°FD), Société Sotrade.

¹⁵³² HONORAT Jean, Les nullités des constitutions de sociétés, Defrénois 1998, article 36706, page 12, §21.

¹⁵³³ Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section A, 3 novembre 1998, Sourgen c/ SCI Le Résidentiel de Montfort : JurisData n° 1998-213379 ; Bulletin Joly 1999, page 289, §52, note SAINTOURENS Bernard, cité dans GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013, Point 67.

¹⁵³⁴ Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section A, 3 novembre 1998, Sourgen c/ SCI Le Résidentiel de Montfort : JurisData n° 1998-023001 ; Bulletin Joly 1999, page 289, §52, note SAINTOURENS BERNARD. Voir également, C. HANNOUN, Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, Revue

L'absence d'activité sociale, le déséquilibre des apports (et non le défaut d'apports) ainsi que les limitations statutaires apportées aux pouvoirs du gérant ne sont pas des causes à la nullité de la société pour caractère fictif¹⁵³⁵.

758. La portée de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris du 21 septembre 2001 refusant de déclarer une société nulle au motif que l'apport fictif n'est pas une cause à la nullité d'une SARL ou d'une société par actions en vertu de l'interprétation faite de la loi française à la lumière de l'article 11 de la directive n°68/151/CEE du 9 mars 1968 non transposée¹⁵³⁶ pourrait être que la fictivité n'est pas une cause de nullité des SARL et SAS. La directive n°2009/101/CE abrogeant et reprenant à son article 12 l'article 11 de la directive n°68/151/CEE ne mentionne pas le caractère fictif d'une société à la liste expressément exhaustive des causes de nullité d'une société par actions et d'une SARL. Cet arrêt de la Cour d'appel nous semble retentir dans l'arrêt Frank de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 février 2002 dont la portée pourrait être un revirement de jurisprudence étant donné que la Cour "se refuse fermement à assimiler la demande d'extension pour fictivité à une action en nullité de la société"¹⁵³⁷.

759. En conclusion, cette utilisation de la notion de fictivité de la personne morale pour obtenir la nullité de la société autorise un exercice intéressant de distinction des trois entités connectées voire emmêlées au sein des SARL et les SAS (l'entreprise, la société et la personnalité morale). L'entreprise est créée par un ou plusieurs entrepreneurs sans reconnaissance juridique permettant de dater cet événement. La société est créée lors de la signature des statuts par les associés. La personne morale est créée lors de l'immatriculation de la société par le greffe. Cet exercice permet également de tenter d'apporter de la netteté au flou qui entoure ces notions de nullité, d'inexistence, de fictivité, de simulation, de fraude et de tenter de démêler les domaines d'application de ces théories et leurs causes et fondements. Nous remarquons que la notion prétorienne d'affectio societatis est utilisée par les juges du fond que ce soit pour la nullité de la société ou pour la fictivité de la personne morale entraînant la nullité alors que d'autres fondements existent et que les décisions qui en résultent ne sont pas toujours pertinentes (voire "dangereuses"¹⁵³⁸). Cet exercice permet finalement de pouvoir proposer un panel de sanctions ou solutions alternatives à la nullité dans la mesure où la volonté du droit communautaire, et donc également des pouvoirs publics français qui ont pris part aux décisions afférentes aux directives n°68/151/CEE et n°2009/101/CE, est de réduire la nullité des sociétés au strict minimum voire à ne pas autoriser la nullité des sociétés (exercice que nous ferons au §2 ci-après).

2. L'application discutée d'un principe général du droit : la théorie de la fraude, cause de l'action en nullité

des sociétés 1991, page 45, n°14, page 55-56, cité dans GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 67, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

¹⁵³⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 mars 2008 (2 arrêts), n°06-19.968 et n°06-20.081, F-D, Pellier c/ Magrey : JurisData n° 2008-043213 ; Droit des sociétés 2008, commentaire 116, note Marie-Laure COQUELET, cité dans GUYON Yves, "Affectio Societatis", JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Point 65, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

¹⁵³⁶ Note de Michel MENJUCQ "Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire", sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudie contre SA 3001 Informatique, Bulletin Joly Sociétés, 1 mai 2002, n°5, page 626.

¹⁵³⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2002, n°98-20.578, Recueil Dalloz, 2002, page 1071, Conditions de l'extension de procédure pour fictivité d'une société à un de ses associés.

¹⁵³⁸ COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12.

760. Du fait des termes de la directive n°2009/101/CE limitant les motifs de nullité des SARL et SAS, la fraude ne saurait être une cause de nullité n'étant pas listée au titre des motifs de nullité.
761. Nous comprenons l'adage *fraus omnia corrumpit*, principe général du droit. Nous comprenons également que cet adage puisse s'appliquer au motif d'une action en nullité des sociétés. Nous acceptons en outre que la jurisprudence utilise des instruments qui modèrent ou tempèrent les mécanismes juridiques posés par les lois. Cependant, ne serait-il pas trop simple voire simpliste d'élever au rang de principe général du droit une règle qui n'est pas présente dans la loi afin de faire échec à celle-ci lors de son application à l'espèce ? Le contentieux de la nullité n'est pas volumineux ; les espèces sont très disparates ; les règles sont posées par de multiples sources (droits français et communautaire, Codes civil et de commerce) qui sont délicates à appliquer ou à faire coïncider. Le droit communautaire a posé pour but de réduire au maximum les causes de nullité, probablement pour que cette action disparaisse et pour que l'intégration communautaire apporte plus de certitude et de sécurité aux acteurs économiques opérant sur le territoire de l'Union européenne. Nous ne comprenons pas l'utilité de continuer à chercher des causes de nullité à une SARL ou à une SAS en dehors des motifs textuels. Les États ont pris la décision d'harmoniser leurs droits et particulièrement le droit des sociétés comme le démontre l'adoption de la société européenne et comme la réduction des causes de nullité l'illustre. Nous ne comprenons pas pourquoi les juridictions françaises voudraient continuer à développer une jurisprudence contraire à ce mouvement d'harmonisation. Sous l'impulsion de la construction communautaire, surtout en matière commerciale dont le but du droit nous semble être de favoriser les échanges et d'encourager la croissance des entreprises et de réduire les écarts de compétitivité nés de différences légales¹⁵³⁹, nous ne voyons pas d'argument (à part la conservation de l'exception française qui nous paraît alors déplacée) au titre duquel les juridictions françaises ne trouveraient pas et ne mettraient pas en œuvre des alternatives à la nullité d'une SARL et d'une SAS.
762. Ainsi, notre opinion est plutôt négative sur l'interprétation des décisions de la Cour de cassation et de la Cour de justice des Communautés européennes ; ce qui sort par la grande porte ne devrait pas pouvoir revenir par la petite.
- Malgré la position claire et précise de la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt dit "Marleasing" sur le respect des termes de l'article 11 de la directive 68/101/CEE énumérant les motifs exhaustifs du prononcé de la nullité d'une SARL et d'une SAS, la Cour de cassation a admis que l'annulation pour fraude d'une société est possible si tous les associés ont concouru à la fraude¹⁵⁴⁰. La portée de cet arrêt pourrait en outre être élargie si la Cour de cassation considère applicable sa jurisprudence postérieure

¹⁵³⁹ La citation suivante tirée de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Centros Limited du 9 mars 2009 (§29) est une illustration de l'importance pour la construction communautaire et les économies nationales du suivi des impulsions d'harmonisation légale par les autorités judiciaires nationales : "Le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à ce dernier État de dénier à cette société le bénéfice des dispositions communautaires relatives au droit d'établissement. Le refus d'immatriculer la succursale est incompatible avec le traité (articles 52 et 58 du Traité des Communautés européennes)."

¹⁵⁴⁰ Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 janvier 1992, arrêt dit "Demuth", Bulletin Joly 1992, page 419, note LE CANNU Paul ; Dalloz 1993, jurisprudence pag. 23, note PAGES Jeanne ; Note de Michel MENJUCQ, Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire, sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudié contre SA 3001 Informatique, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mai 2002, n°5, page 626.

à cet arrêt dit Demuth à la nullité d'une société, par renvoi de l'article 1844-1 du Code civil à la théorie générale des contrats, une fraude non partagée par tous les associés¹⁵⁴¹.

La Cour de justice des Communautés européennes a effectivement dit pour droit que "cette interprétation [du droit au libre établissement] n'exclut pas que les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir, ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné."¹⁵⁴². Contrairement à une part de la doctrine¹⁵⁴³, nous pensons qu'il n'est pas possible de tirer de cet arrêt la conclusion selon laquelle la fraude peut être retenue comme motif au prononcé de la nullité d'une SARL ou d'une société par actions. La Cour de justice des Communautés européennes nous semble avoir été intransigeante sur les causes de nullité (comme nous l'avons vu dans l'arrêt dit "Marleasing") et qu'elle interprète ces causes de manière restrictive (comme le prouve la décision de retenir la notion d'objet statutaire au lieu de l'objet réel dans ledit arrêt). En outre, nous partageons l'avis du Professeur Dom émis en conclusion de la note commentant l'arrêt dit Centros : "Le principe de validité du montage et l'impossibilité de refus d'immatriculation par l'État d'accueil de la succursale qui résultent de cette décision vont donc produire tous leurs effets ; il semblerait, en revanche, que les limites proposées risquent, en pratique, de s'avérer d'une absolue vacuité."¹⁵⁴⁴ La Cour est un des garants de l'application des règles communautaires et de l'encouragement de l'harmonisation des règles nationales. À ce titre, le respect du droit du libre établissement est primordial pour la Cour qui le rappelle avant de poser un tempérament tellement flou dans son application qu'il en devient inapplicable. *In fine*, en cas de *dumping* légal, la Cour s'en remet aux États membres : il nous semble que la Cour encourage alors les États membres à prendre des mesures législatives de nature à prévenir le *dumping* légal. Par exemple, la France aurait pris toute la mesure de cet arrêt en adoptant les lois n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique et

¹⁵⁴¹ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, Malvezin contre Grostabussiat, 7 octobre 1998, Dalloz 1998, page 563, Conclusion de SAINTE ROSE J., avocat général : la Cour de cassation pose qu'un "contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du motif déterminant de la conclusion du contrat". Nous pensons que cette extension serait malheureuse et nous préférerions que la Cour de cassation se restreigne aux motifs de nullité limités par le droit communautaire ou nous pourrions considérer une gradation plausible : la fraude de tous les associés entraînerait la nullité de la société comme une ressource de la Cour de cassation à une décision ponctuelle en équité et que la fraude de certains associés seulement entraînerait la fictivité de la société et l'inopposabilité de la personne morale.

¹⁵⁴² Cour de justice des Communautés européennes, 9 mars 1999, n°C212/97, Centros Ltd c/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen, Bulletin Joly Sociétés 1999, page 705, note DOM Jean-Phillipe.

¹⁵⁴³ Par exemple, MENJUCQ Michel, Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudie contre SA 3001 Informatic, Bulletin Joly Sociétés, 1 mai 2002, n°5, page 626 : "Quant aux sociétés constituées dans l'unique dessein de réaliser une fraude, contrairement à la solution donnée dans l'arrêt Demuth par la Cour de cassation, elles ne devraient pas non plus pouvoir être frappées de nullité puisque la fraude n'apparaît pas dans l'énumération limitative de l'article 11 de la directive. Toutefois, postérieurement à l'arrêt Marleasing, la Cour de justice dans l'arrêt Centros du 9 mars 1998 a paru reconnaître à propos de la liberté d'établissement que la fraude constituait un principe général du droit communautaire. Or, l'intégration dans l'ordre juridique communautaire d'un principe non écrit de fraude a pour conséquence indirecte de modifier la portée de l'article 11 de la directive du 9 mars 1968 et de constituer le fondement d'un cas de nullité des sociétés non énuméré. Concernant cette cause de nullité, il n'y aurait donc pas d'incompatibilité entre le droit français et le droit communautaire, ce qui justifierait que la nullité des sociétés frauduleuses soit toujours prononcée conformément à la jurisprudence Demuth de la Cour de cassation." Voir aussi, COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 93, §166.

¹⁵⁴⁴ Cour de justice des Communautés européennes, 9 mars 1999, n°C212/97, Centros Ltd c/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen, Bulletin Joly Sociétés 1999, page 705, note DOM Jean-Philippe.

n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie supprimant l'exigence d'un capital minimum pour une SARL et une SAS. La chronologie de ces trois événements pourrait être tout à fait fortuite ; nous y voyons un exemple d'une mesure de prévention du *dumping* légal prise par l'État français encouragé par la construction européenne. L'harmonisation des législations nationales pour encourager la croissance économique et le développement des entreprises commerciales sous-tend la construction communautaire et écarter cet objectif d'harmonisation constituerait un déni de cette construction communautaire. Cet objectif justifie que les législations nationales soient interprétées à la lumière des règles communautaires et que certaines, principe général du droit ou adage, soient privées d'effet par ce biais. En conséquence, la fraude ne pourrait constituer une cause de nullité des SARL et des SAS, même si tous les associés y ont participé.

763. Toutefois, la fraude est aussi un motif pour déclarer l'inopposabilité de la société envers les tiers ce qui peut permettre d'atteindre l'objectif poursuivi par la requête sans porter atteinte à la société. En ce sens, certains auteurs encouragent l'alternative de l'inopposabilité à la nullité des sociétés comme l'illustre la conclusion de la note du Professeur Henri Hovasse dans une espèce où la Cour d'appel a prononcé la nullité d'une société civile immobilière qualifiée de fictive pour fraude des associés et cause illicite¹⁵⁴⁵. La société est une personne morale distincte de ses associés et elle est animée d'un intérêt social qui justifie que sa nullité ne soit pas prononcée si le recours à une autre base légale ou l'application d'une autre théorie permettrait d'atteindre le même résultat. L'équilibre qui serait atteint par la préférence donnée à l'inopposabilité sur la nullité dans le cas de fraude serait conforme aux objectifs de la directive 2009/101/CE présentés par la Commission européenne de protéger les intérêts des tiers et des associés¹⁵⁴⁶, via notamment la réduction des cas de nullité des SARL et des SAS.

§2. Des alternatives à l'action en nullité des SARL et SAS proposées par le droit hongkongais des sociétés

764. Nous sommes d'avis que la nullité des SARL et SAS ne devraient pas pouvoir être prononcée. Le fait que la nullité des sociétés françaises puisse être prononcée sans rétroactivité¹⁵⁴⁷ est un des arguments en faveur de notre proposition. En droit commun, la nullité est rétroactive ; si celle-ci n'est pas rétroactive dans le cas d'une action en nullité d'une société, il nous semble que l'utilité de cette action pourrait être repensée et que des solutions plus adaptées au litige opposant acteurs de la société et tiers pourraient être proposées. Si la loi dispose que la nullité d'une société n'est pas rétroactive alors qu'en principe la nullité s'applique rétroactivement à l'acte annulé, c'est que même la loi, au nom du maintien de l'ordre public, n'a pas intérêt à ce qu'une société soit déclarée nulle rétroactivement. Nous nous posons alors la question de l'intérêt de poser une exception telle au régime de la nullité d'une société alors que d'autres alternatives existent.
765. Comme indiqué précédemment, l'Ordonnance ne prévoit pas d'action en nullité de la *Company* au motif de l'absence de la volonté des parties de créer une relation contractuelle entre elles dans le sens où les promesses de chacune des parties sont opposables uniquement du fait qu'elles sont contractuelles. Il existe de nombreuses alternatives à la nullité d'une société et ces alternatives nous semblent plus à même de remplir les objectifs de protection des droits

¹⁵⁴⁵ Cour d'appel de Grenoble, 1^{ère} Chambre civile, 26 mars 2012, n°11/02714, Campagne épouse Codridex contre SCI Mafate : Dr. sociétés 2012, comm. 99, note HOVASSE Henri : "Une autre voie, sans doute plus productive, aurait pu être explorée, en recourant très simplement à la sanction classique de la fraude : l'inopposabilité de la société frauduleuse à l'égard du conjoint bafoué."

¹⁵⁴⁶ Source : http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/mi0076_fr.htm

¹⁵⁴⁷ Article 1844-16 du Code civil disposant que "ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi".

des tiers (notamment des créanciers privés et publics) et des associés que la nullité non rétroactive d'une SARL ou d'une SAS. Le droit français pourrait s'inspirer de ces alternatives d'autant plus que cette inspiration pourrait être dans la ligne de conduite posée par le droit communautaire de la restriction des causes de nullité posée par la directive européenne n°2009/101/CE et que certaines de ses alternatives existent en droit français et pourraient être plus fréquemment utilisées.

766. Partant du fait que la nullité des SARL et des SAS ne peut être prononcée que pour deux des causes mentionnées à l'article 12 de la directive n°2009/101/CE, c'est-à-dire le caractère illicite de l'objet statutaire de la société et l'incapacité de tous les associés fondateurs, nous allons ici étudier les alternatives proposées par le droit hongkongais des sociétés à la nullité pour ces causes ainsi que pour les autres causes traditionnellement retenues par la jurisprudence pour prononcer la nullité des SARL et des SAS, c'est-à-dire les causes touchant au consentement, aux apports, à l'affectio societatis, à la vocation aux bénéfices, aux économies et participation aux pertes, à la fictivité et à la fraude. Il nous semble pertinent de réunir l'étude de ces causes sous deux angles, celui des associés (A) et celui des créanciers (B).

A. Des alternatives à la nullité de la Company demandée par les associés permettant la continuité de l'entité commerciale par les associés intéressés à sa poursuite

767. En droit hongkongais, la nullité d'une *Company* est quasiment impossible et la seule procédure potentiellement ouverte au *Secretary of Justice* n'a jamais été mise en œuvre. Le pragmatisme de ce droit préfère d'autres solutions à la nullité, telles que la régularisation par les *members*, l'exclusion d'un *member* ou, en dernier recours, la dissolution de la *Company* (1). Ces illustrations des solutions adoptées par le droit hongkongais se retrouvent en droit français des sociétés et celles-ci pourraient être préférées par les associés et par les juges du fond à la nullité de la SARL ou de la SAS (2).

1. L'impossible nullité des *Companies*, un bien pour les acteurs économiques

768. Comme nous l'avons précédemment relevé, la *Company* remporte un immense succès dans le monde hongkongais des affaires probablement en ce qu'elle représente une institution pérenne et non un contrat ponctuel. Un corollaire de ce caractère institutionnel¹⁵⁴⁸ fort de la *Company* est une absence d'applicabilité du droit hongkongais des contrats à la formation et à l'adoption des *articles* en vue d'obtenir le prononcé de la nullité de celle-ci. Le caractère institutionnel emporte une différence de régime de la *Company* par rapport au régime applicable aux SARL et SAS dont les statuts doivent respecter "les conditions générales communes à tous les contrats"¹⁵⁴⁹ sous peine de leur nullité. Nous pouvons proposer plusieurs illustrations de ce caractère institutionnel de la *Company* et de l'inapplicabilité du droit des contrats à ses *articles*.
769. Il résulte de l'héritage du droit anglais¹⁵⁵⁰ et de la *Common Law*¹⁵⁵¹ que la nullité d'une *Company* ne peut être prononcée à Hongkong.

¹⁵⁴⁸ Ce caractère institutionnel attaché à la formation de la *Company* se distingue de la conception institutionnelle désignant un fort degré d'interventionnisme de l'État dans la formation, l'organisation et le déroulement de la vie sociale d'une société.

¹⁵⁴⁹ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 57, point 103.

¹⁵⁵⁰ Contrairement aux autres Etats membres de la Communauté européenne, le législateur britannique n'a pas la nécessité de transposer l'article 11 de la directive n°69/151/CEE puis de l'article 12 de la directive n°2009/101/CE étant donné que la nullité d'une *private company* ne peut être prononcée au motif que "a

Tout d'abord, le *Companies Registry* ne peut refuser l'immatriculation d'une *Company* si l'objet social est légal et si les documents constitutifs sont en ordre¹⁵⁵². Il résulte de cette jurisprudence que les *founding members* bénéficient d'une grande liberté pour immatriculer une *Company*. La portée de cette liberté est que l'immatriculation de société préconstituée dans le but unique d'être vendue est licite alors que cette pratique ne pourrait être importée en France au motif de l'absence d'objet car les associés fondateurs n'ont pas pour but d'instituer cette SARL ou SAS pour exploiter une entreprise commune (la SARL ou SAS instituée pour être revendue doit être vierge de toute activité) alors qu'ils ont pour but de partager les bénéfices qui résulteront de la vente de cette société (la cause n'est donc pas illicite).

Ensuite, en vertu de la *Common Law*, le *Companies Registry* pourrait refuser l'immatriculation d'une *Company* si l'objet social est illicite¹⁵⁵³. En outre, en vertu de l'Ordonnance, le *Companies Registry* pourrait refuser d'enregistrer la raison sociale d'une *Company*, reculant d'autant l'immatriculation de celle-ci, si la dénomination sociale choisie est identique ou similaire à celle d'une *Company* immatriculée sous l'empire de l'Ordonnance ou d'une personne morale immatriculée sous l'empire d'une autre *Ordonnance*, si la raison sociale choisie constitue un délit ou est contraire à l'intérêt du public¹⁵⁵⁴. Dans le cas d'une dénomination sociale indisponible, les *founding members* pourront simplement proposer une nouvelle dénomination sociale pour leur *Company* qui est disponible ou qui répond aux exigences posées par le *Companies Registry* et l'immatriculation de la *Company* sera alors effectuée par celui-ci¹⁵⁵⁵.

Enfin, l'émission du certificat d'immatriculation de la *Company* par le *Companies Registry* rend impossible la contestation de l'existence de la *Company*¹⁵⁵⁶. À l'analyse des conclusions de Lord Parker of Waddington dans l'arrêt *Bowman* dont la base légale est la "*first section of the Companies Act 1900*"¹⁵⁵⁷, il nous semble que celui-ci distingue cause illicite d'objet social illicite. En effet, l'émission du certificat d'immatriculation constitue la preuve que la société est une association autorisée à être immatriculée, c'est-à-dire une association d'au moins sept personnes associées ensemble pour une cause licite¹⁵⁵⁸. Il ajoute qu'*a contrario*, si l'organe de gestion de la société utilise les fonds appartenant à la société pour la poursuite d'un objet illicite, les membres de l'organe de gestion seraient coupables de malversations et, au titre de cette faute, devraient rembourser la société. Ainsi, la cause d'une *Company* serait toujours licite comme l'exige la section 67(2) de

company's objects are unlawful or contrary to public policy", SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 10, item 1.01.

¹⁵⁵¹ DRURY R. R., Nullity of companies in English law, *The Modern Law Review*, 1985, volume 48, page 625.

¹⁵⁵² *R v Registrar of Companies, ex p Bowen* [1914] 3 KB 1161 (King's bench Divisional Court), cité dans SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 25, item 1.04.

¹⁵⁵³ *R v Registrar of Joint Stock Companies, ex p More* [1931] 2 KB 197 (Court of Appeal), cité dans SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 26, item 1.05.

¹⁵⁵⁴ Sections 100 (1) (a) à (d) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁵⁵⁵ Sections 100 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁵⁵⁶ *Bowman v Secular Society Ltd* [1917] AC 406 (House of Lords), cite dans SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 26, item 1.06.

¹⁵⁵⁷ Aujourd'hui, il s'agit de la section 15(4) du *Companies Act 2006* "The certificate is conclusive evidence that the requirements of this Act as to registration have been complied with and that the company is duly registered under this Act." identique sur le fond à la section 72 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. "A certificate of incorporation is conclusive evidence that – (a) all the requirements of this Ordinance in respect of the registration of the company have been complied with; and (b) the company is registered under this Ordinance".

¹⁵⁵⁸ Citation de Lord Parker of Waddington : "the society's certificate of registration is made conclusive evidence that the society was an association of not less than seven persons associated together for a lawful purpose", cité dans SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 27, item 1.06.

l'Ordinance¹⁵⁵⁹ (la cause pouvant être l'intention des *founding members* d'immatriculer une *Company* et d'en devenir les *members*¹⁵⁶⁰), celle de constituer une *Company*, et en cela, le certificat d'immatriculation de cette *Company* ne pourrait être annulé au motif que l'objet social statutaire ou réel serait illicite. Lord Parker of Waddington déclare également que l'action de la Couronne ne pourrait être recevable à demander l'annulation du certificat d'immatriculation que si celui-ci a été émis suite à une faute ou à une grande négligence du *Companies Registry*. Il nous semble que Lord Parker of Waddington consacre le fait que l'émission du certificat d'immatriculation de la *Company* par le *Companies Registry* rend impossible la contestation de l'existence de la *Company* même si son objet social est illicite¹⁵⁶¹. L'Ordinance ne précise pas si cette immunité du certificat d'immatriculation empêche le gouvernement hongkongais, en la personne du *Secretary for Justice*, d'engager une procédure visant à annuler l'immatriculation d'une société dont l'objet est illicite¹⁵⁶². À ce jour, à Hongkong, cette procédure n'est qu'une supposition étant donné qu'elle n'a jamais été mise en œuvre¹⁵⁶³. Cette procédure est d'autant plus hypothétique que les documents constitutifs d'une *Company* ne comportent quasiment plus jamais la mention de l'objet social depuis la réforme de la *Companies Ordinance* abolissant l'exigence de la mention de celui-ci dans les *articles* d'une *Company*. Comme dans la jurisprudence *R v Registrar of Companies, ex p AG(1980) [1991] BCLC 476* (Queen's Bench Divisional Court), nous pourrions imaginer une saisine du *Secretary of Justice* par l'*Inland Revenue Department* suite à l'analyse des documents financiers d'une *Company* révélant que la nature effective et réelle de l'entreprise hébergée par la *Company* est illicite. Cependant, les sections 177 et 841 de l'Ordinance offrent respectivement une action en dissolution de la *Company* déclenchée à l'initiative du *Companies Registry* et non en nullité de la *Company* et la possibilité de déclencher une inspection du *Financial Secretary* pouvant conduire à la dissolution de la *Company* et non à une action en nullité de celle-ci dans les cas de fraude ou d'objet illicite. En conséquence, la procédure de constitution d'une *Company* est simplifiée par rapport à celle d'une SARL ou d'une SAS et le risque d'une annulation de la société est purement théorique. En outre, une jurisprudence de principe nous permet de confirmer qu'en vertu de la *Common Law*, les *articles* d'une *Company* ne seraient pas "*defeasible on the grounds of mis-representation, common law mistake, mistake in equity, undue influence or duress*"¹⁵⁶⁴. L'annulation de l'immatriculation d'une *Company* ne devrait donc pouvoir résulter de l'annulation des *articles*.

¹⁵⁵⁹ La section 67(2) de la *Ordinance* dispose bien qu'une "company may only be formed for a lawful purpose".

¹⁵⁶⁰ Cette cause est à notre avis révélée par l'utilité des *memorandum of association* : "it [the memorandum] evidences the intention of the subscribers to the memorandum to form a company and to become members of that company on formation." Citation tirée de SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 23, item "Memorandum of association". Cette cause pourrait être à tort comparée à l'élément psychologique constitutif d'une SARL ou d'une SAS qu'est l'affection societatis. Cette cause se distingue de l'affectio societatis en cela qu'elle n'implique pas la volonté des associés de collaborer ensemble au succès de l'entreprise commune. La notion de cause licite des *memorandum of association* n'englobe pas la notion de "business" ou d'entreprise mais seulement de "subscribers [...] to form a company". Cette cause permet de justifier la liberté attachée à l'immatriculation de la *Company* et la portée de cette liberté qui est de pouvoir en toute licéité immatriculer une *Company* et vouloir l'immatriculer sans y développer une entreprise commune mais dans le seul but de la vendre à des entrepreneurs qui pourront y héberger une entreprise commune.

¹⁵⁶¹ Section 72 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁵⁶² Annotated Ordinances of Hong Kong, *Companies Ordinance* (Cap.32), November 2013, Item [95.082].

¹⁵⁶³ Cette procédure a été mise en œuvre en Angleterre et ressort de la décision *R v Registrar of Companies, ex p AG(1980) [1991] BCLC 476* (Queen's Bench Divisional Court), cité dans SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 29, item 1.08.

¹⁵⁶⁴ *Bratton Seymour Service Co Ltd v Oxborough* [1992] B.C.L.C. 693, CA at 698 per STEYN L. J. ; Interprétation de cette décision : les statuts ne peuvent être annulé au motif de déformation/présentation déformée, d'erreur en *Common Law*, d'erreur en *Equity*, influence/ascendance excessive ou contrainte.

770. En sus des actions en dissolution d'une *Company* déclenchée à l'initiative du *Companies Registry* ou du *Financial Secretary*, les *members* d'une *Company* ont des actions qui leur sont ouvertes afin de pallier l'illicéité de l'objet social. Dans le cas où l'objet social de la *Company* se révélerait être illicite, il incomberait alors aux *members* de la *Company* d'engager la modification de l'objet social et de garantir que l'activité réelle et effective de la *Company* soit effectivement engagée dans le respect de cet objet social modifié. Les *members* disposent également de la possibilité de décider la dissolution de la *Company*.
771. Un *member* d'une *Company*, en qualité de "*contributory*", peut former une action en "*compulsory winding up on the "just and equitable" ground*"¹⁵⁶⁵. Il ressort de la *Common Law* que cette action peut être ouverte aux *members* si la *Company* a été formée pour une cause frauduleuse¹⁵⁶⁶ et il apparaît que la totalité du projet qui a contribué à la formation de la *Company* doit être frauduleux afin de permettre cette action. Dans la négative, si la *Company* est la victime de la fraude ou si les *subscribers for shares* ont été trompés par un comportement ou des propos frauduleux, cette action des *members* en *compulsory winding up* ne pourra aboutir et seuls des dommages et intérêts pourront être obtenus des personnes à l'origine de la fraude. Il ressort également de la *Common Law* que cette action peut être ouverte aux *members* d'une *Company* si la compréhension et les attentes des *founding members* sur la base de laquelle la *Company* a été immatriculée diffèrent des termes des documents constitutifs de la *Company*¹⁵⁶⁷. Ces deux actions ouvertes en droit hongkongais des sociétés pourraient être comparées aux actions en nullité ouvertes aux associés pour une cause frauduleuse ou pour une cause touchant au consentement des associés.
772. La nullité d'une *Company* ne sera pas non plus prononcée dans le cas où les attentes légitimes d'un *founding member*, même si celles-ci n'ont pas été mentionnées dans les documents constitutifs de la *Company*, sont déçues. Dans ce cas de figure, pouvant être comparé au cas français d'une action en nullité pour une cause touchant au consentement ou à l'erreur voire à la fraude, le *member* pourra obtenir une injonction visant corriger le comportement fautif de la *Company* ou une réparation des tribunaux au motif suivant "*unfairly prejudicial conduct*"¹⁵⁶⁸.
773. Les *members* se sont engagés à effectuer certains apports à la *Company* et l'Ordonnance n'impose pas de délai dans lequel le *member* doit effectuer son apport¹⁵⁶⁹. Ce délai peut être posé par les *directors* qui jugent que la *Company* a besoin de tout ou partie des apports sur lesquels les *members* se sont engagés pour fonctionner ou pour se développer. Ce délai peut résulter d'un accord entre les *members* formalisé dans un *shareholders' agreement*.
- En vertu de la *Common Law* en sa branche du droit des sociétés, les *directors* d'une *Company* disposent du pouvoir d'exiger des *members* de verser tout ou partie des apports sur lesquels ils se sont engagés. À défaut d'apports, les *directors* peuvent lancer la procédure de *forfeiture* qui aura pour effet d'exclure le *member* qui n'effectue pas les apports exigés. À défaut d'apport, la nullité de la *Company* n'est pas envisagée. Les mécanismes légaux assurent la continuité de la *Company* sans avoir recours à une

¹⁵⁶⁵ Traduction proposée : liquidation forcée pour un motif "juste et équitable".

¹⁵⁶⁶ Re Thomas Edward Brinsmead & Sons [1897] 1 Ch 406 (Court of Appeal), cite dans SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 750, item 15.10.

¹⁵⁶⁷ SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, page 184, item 4.03.

¹⁵⁶⁸ Action ouverte en vertu de la section 724 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Exemple donné par SEALY Len & WORTHINGTON Sarah, *Sealy's cases and materials in company law*, Oxford Press, 9th Edition, pages 183-184, item 4.03.

¹⁵⁶⁹ Ultimentement, les *members* sont obligés de libérer leur apport lors de la mise en liquidation de la *Company* en vertu de la section 73(3) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

procédure juridictionnelle et la continuité des engagements de la *Company* vis-à-vis des tiers et des créanciers.

En cas de défaut d'apport par un *member*, la solution communément apportée par le *shareholders' agreement* et par le droit hongkongais des sociétés¹⁵⁷⁰ sera l'exclusion de celui-ci. Fréquemment, une clause du *shareholders' agreement* intitulée "*Compulsory Transfers*" stipule qu'en cas de manquement à une des obligations majeures stipulées comme telles dans le *shareholders' agreement* (ou *material breach*), les autres *members* peuvent lui adresser un préavis dans lequel le *member* fautif doit remédier au manquement et qu'à défaut d'avoir remédié au manquement dans le délai imparti, ledit préavis équivaut à une offre irrévocable de cession de ses parts sociales. À compter du jour où ledit préavis expire et où celui-ci constitue une offre irrévocable de cession de ses parts sociales, le *member* fautif peut toujours assister aux Assemblées générales mais il ne dispose généralement plus du droit de voter aux Assemblées générales, ni du droit de recevoir de dividendes, ni du droit de souscrire à de nouvelles parts sociales si une augmentation du capital social est lancée.

2. Les inspirations pour le droit français des sociétés

774. Tout d'abord, il est possible d'envisager les alternatives à la nullité de la SARL ou de la SAS dans la mesure où l'article L. 235-4 du Code de commerce dispose que "Le tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités". Dans une moindre mesure car celui-ci ne semble n'être applicable qu'au cas des sociétés en nom collectif et en commandite simple qui peuvent être annulées au motif de l'absence de l'accomplissement des formalités de publicité, l'article L. 235-2 du Code de commerce dispose que "le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée". Ces deux articles du Code de commerce laissent apparaître une alternative judiciaire à la nullité prononcée par le tribunal. Le tribunal pourrait proposer une autre solution que la nullité de la société et pourrait enjoindre les associés d'agir pour couvrir celle-ci. Ainsi, sur le modèle du pouvoir du tribunal d'enjoindre les associés ou la société sous astreinte de régulariser la constitution d'une SARL ou d'une SAS donné par l'article L. 210-7 du Code de commerce¹⁵⁷¹, le tribunal de commerce¹⁵⁷² pourrait enjoindre les associés ou la société de régulariser la nullité afin d'assurer la sécurité juridique des tiers, même à l'encontre de la volonté des associés, et de répondre à l'esprit du droit communautaire de réduire les cas de nullité d'une société et l'application des règles de droit permettant de prononcer la nullité d'une SARL ou d'une SAS.

¹⁵⁷⁰ Comme nous l'avons vu, la procédure du *call on shares* n'est pas décrite de manière exhaustive dans la *Companies Ordinance (Cap.622)* car elle résulte de la *Common Law* et le législateur a choisi de ne pas la codifier. Cependant, l'Ordinance fait plusieurs fois référence à la procédure du *call on shares* et le modèle d'articles proposés pour une *public company limited by shares* mentionne spécifiquement cette procédure ainsi que la procédure de *forfeiture*.

¹⁵⁷¹ "Cette action [née de l'article 210-7 du Code de commerce] en régularisation ne peut être exercée lorsque l'irrégularité constitue une cause de nullité (exemple : absence d'apports), puisqu'il existe alors une action en régularisation spécifique (C. com., art. L. 235-3, L. 235-4 et L. 235-9)", BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011, Point 65.

¹⁵⁷² Il serait possible d'imaginer que, dans certains cas (comme le cas de la nullité encourue au titre de l'article L. 235-2 ou au motif du défaut d'apports car ceux-ci doivent normalement être renseignés dans les statuts en vertu de l'article R. 223-3 du Code de commerce) le greffe du tribunal de commerce soit doté de ce pouvoir d'injonction assorti du pouvoir de décider des astreintes sur le modèle de ce pouvoir mis à la disposition du Companies Registry : dans le cas de manquement à l'obligation du dépôt auprès du *Companies Registry* du consentement écrit de la ou des personnes agissant en qualité de *director* de la *Company*, la nullité de la *Company* n'est pas envisagé mais le *Companies Registry* dispose d'un pouvoir d'injonction assorti d'un pouvoir de décider le paiement d'une amende et d'une astreinte à l'encontre de la *Company*, des *responsible persons* de la *Company* et des *founder members* (section 74.2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*).

775. Nous pensons que la brièveté du délai de la prescription de l'action en nullité est un moyen de limiter cette action¹⁵⁷³ et d'augmenter la sécurité des tiers. L'allongement de ce délai serait une erreur, contrairement à l'allongement du délai de l'action en régularisation¹⁵⁷⁴ qui pourrait être l'action supplantant l'action en nullité de la société. Passé un certain délai, les associés, la société, les représentants légaux et les tiers ont fonctionné ensemble et il serait improductif de risquer d'anéantir ce fonctionnement au motif qu'une cause de nullité existe. La société n'a pas été empêchée de fonctionner à cause de ce motif propre à obtenir la nullité de la société. Le fonctionnement de la société malgré cette cause de nullité peut être bénéficiaire ou déficitaire : dans le premier cas, il y a peu de chance qu'une action en nullité soit intentée ; dans le deuxième cas, il y a plus de chance qu'une action en nullité soit intentée par un des associés et c'est justement dans ce cas que les tiers à la société doivent être protégés. L'apparence de société prévaut sur l'intérêt des associés souhaitant que soit prononcée la nullité de leur société, qui serait alors contraire à l'intérêt de tiers créanciers. Il nous semble que l'équilibre atteint par le droit hongkongais des sociétés qui ne reconnaît pas la nullité des *Companies* est plus efficace à garantir un environnement juridique sécuritaire empreint de certitude au développement du commerce et des affaires. En outre, les associés ont toujours la possibilité de régulariser la cause de la nullité sans pour autant avoir besoin d'ouvrir une action visant à obtenir le prononcé de la nullité de celle-ci.
776. Dans le cas des SARL et des SAS, la nullité est probablement moins d'actualité depuis que le Code de commerce prévoit que ces deux formes de société peuvent n'être composées que d'un associé unique. Un entrepreneur qui souhaite instituer une société seul choisira la forme sociale de la SARL ou de la SAS et il n'aura pas recours à un associé fictif (que ce soit un membre de la famille ou un autre tiers) du fait de l'absence d'exigence d'un nombre minimum d'associés¹⁵⁷⁵. La nullité de la SARL ou de la SAS ne devrait donc, en pratique, plus pouvoir être prononcée au motif du défaut d'affectio societatis dans la mesure où ces formes de société peuvent être unipersonnelles. À cet égard, une SARL ou une SAS qui pourrait aujourd'hui être frappée de nullité pour défaut d'affectio societatis pourrait, non pas être déclarée nulle par le tribunal mais être restructurée pour que les parts sociales soient réunies entre les seules mains du maître de l'affaire.
777. En cas d'absence d'apports, il serait possible d'envisager que le gérant d'une SARL exige des associés qu'ils libèrent leurs apports en numéraire ou en nature conformément à leurs engagements. Ainsi, l'action ouverte en cas d'absence d'apports pourrait être une action du gérant visant à obtenir une injonction de faire de la part de l'associé ne répondant pas à la décision du gérant appelant à la libération de tout son apport en nature ou de tout ou partie de son apport en numéraire. Les dispositions de l'article L. 223-7 du Code de commerce peuvent laisser penser que ce pouvoir de décision du gérant de la SARL ne peut être exercé que pour exiger des associés qu'ils libèrent le surplus des apports dans le délai de cinq ans à compter de la date d'immatriculation de la société. Or, ce pouvoir pourrait être étendu par une modification législative, par les statuts, par le pacte d'associés ou par une interprétation jurisprudentielle extensive des pouvoirs du gérant à qui a été confié, par les associés, la gestion de l'entreprise et des finances de la société, finances constituées également des apports libérés par les associés.

¹⁵⁷³ Article L. 335-9 du Code de commerce : "Les actions en nullité de la société [...] se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue, sous réserve de la forclusion prévue à l'article L. 235-6."

¹⁵⁷⁴ BESNARD GOUDET Raphaëlle, Constitution des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011, Point 65.

¹⁵⁷⁵ Cette réduction de la portée de la nullité des sociétés est aussi remarquée avec la volonté des pouvoirs publics de réduire l'exigence du nombre minimum d'actionnaires dans une société anonyme.

778. L'exclusion de l'associé qui ne souhaite pas, ou plutôt qui ne souhaite plus participer à la SARL ou à la SAS ou qui refuse d'effectuer son apport et qui tente, en soulevant un motif pouvant entraîner la nullité de la société, de la faire dissoudre, alors que le ou les autres associés pourraient demeurer dans la société et perpétuer celle-ci afin de continuer à développer l'entreprise, nous semble être préférable à la nullité qui entraîne la dissolution de celle-ci¹⁵⁷⁶. Même si la nullité n'est pas rétroactive et pourrait protéger les créanciers, elle pourrait avoir un effet inverse en stoppant net le développement d'une entreprise jeune du fait du court délai de la prescription de l'action en nullité. Si l'exclusion dudit associé et la continuité de la société sont préférées, l'entreprise pourrait avoir suffisamment de liquidité pour honorer tous ses créanciers publics et privés. Or, il nous semble que la Cour de cassation n'est que très peu favorable à la procédure d'exclusion comme en témoigne la succession des arrêts "Arts et Entreprises"¹⁵⁷⁷, "LOG"¹⁵⁷⁸ puis "Socoldis"¹⁵⁷⁹. Il nous semble que dans ces arrêts¹⁵⁸⁰, la Cour de cassation interprète la clause d'exclusion à l'encontre de la volonté des parties et prive d'une grande portée cette clause¹⁵⁸¹.

Pour annuler la décision d'exclusion, la Cour de cassation déclare que toute la clause d'exclusion est réputée non écrite car un des éléments de la mise en œuvre de l'exclusion indique que l'associé qui fait l'objet de l'exclusion ne peut participer au vote de la décision d'exclusion. Un associé ne peut être privé de son droit de vote même s'il y a consenti en donnant son accord en signant les statuts. Nous comprenons que, telle la ceinture de sécurité imposée aux conducteurs et aux passagers d'une voiture pour les protéger contre leur gré, le deuxième alinéa de l'article 1844-10 du Code civil protège les associés contre leur gré dans l'éventualité où ceux-ci auraient consenti à une clause des statuts sans en prendre la mesure. Nous partageons l'interprétation de la Cour de cassation qui inclut tant le terme "participer" des dispositions impératives de l'alinéa 1^{er} de l'article 1844 du Code civil le vote de l'associé ; cet alinéa aurait pu indiquer seulement "assister" si seule la convocation et la présence de l'associé était un droit¹⁵⁸². Or, l'associé a le droit de parler,

¹⁵⁷⁶ Nous partageons tout à fait le point de vue de l'auteur dans cette note sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 mars 1996, n°93-17813, Note DAIGRE Jean-Jacques, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 1996, n°7-8, page 576.

¹⁵⁷⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 octobre 2007, 06-16537 ; Source : www.legifrance.fr

¹⁵⁷⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 juillet 2013, Monsieur Z... contre SAS Logistics Organisation Grimonprez (société LOG) et autre, n°11-27235 (FS-P+B) et n°12-21238 (FS-P+B), www.legifrance.fr ; note ANSAULT Jean-Jacques, *Les clauses statutaires d'exclusion prises dans la nasse*, Revue des sociétés 2014, page 40 ; note DONDERO Bruno, Les exclusions paralysées dans les SAS ?, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°38, 19 septembre 2013, 1516.

¹⁵⁷⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 mai 2014, n°13-14.960 ; Source : www.legifrance.fr

¹⁵⁸⁰ DONDERO Bruno, "L'exclusion de l'exclu de l'exclusion exclue... et conséquences", Dalloz 2014, page 1485.

¹⁵⁸¹ En effet, nous partageons le souci des magistrats de la Cour d'appel de Douai qui semble vouloir que la clause d'exclusion puisse pleinement prendre effet en ne retenant pas le droit de vote de l'associé qui fait l'objet de la procédure d'exclusion "Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que dans le contexte de liberté contractuelle qui caractérise la société par actions simplifiée, il est possible de prévoir que l'associé susceptible d'être exclu ne participe pas au vote sur cette décision, que compte tenu de la répartition du capital entre les associés, cette stipulation a manifestement pour objectif d'empêcher que l'associé majoritaire ne puisse jamais être exclu ou qu'il puisse à lui seul exclure un associé minoritaire, que la suppression du droit de vote est donc nécessaire pour régler certaines situations de conflit d'intérêts entre la société et les associés, que tous les associés y ont consenti librement lors de la signature des statuts et qu'elle n'est en outre prévue que dans cette seule hypothèse ;", motifs de la Cour d'appel de Douai repris dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, 23 octobre 2007, n°06-16.537, Bulletin civil, IV, n° 225, arrêt dit "Arts et Entreprises".

¹⁵⁸² En comparaison au droit de participer des associés, la loi distingue le droit d'assister aux assemblées et le droit d'y être entendu. Par exemple, "Deux membres du comité d'entreprise, désignés par le comité et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, ou les personnes mentionnées aux articles L. 2323-64 et L. 2323-65 peuvent assister aux assemblées générales. Ils sont entendus, à leur demande, lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.", alinéa 3 de l'article L. 2323-67 du Code du travail. Ainsi, les droits d'assister et d'être entendu aux assemblées constitueraient un découpage du droit de participer aux assemblées détenu par les associés.

de donner son avis, d'échanger au cours de l'assemblée et de voter, il serait curieux de ne pas retenir la globalité du processus d'une Assemblée générale dans le terme "participer" et opérer un saucissonnage de la participation de l'associé. Il en résulte qu'aucune clause statutaire ne peut opérer ce saucissonnage et priver un associé de voter lors d'une Assemblée générale. Nous comprenons néanmoins les motifs de la Cour d'appel de Douai, repris dans l'arrêt de la Cour de cassation dit "Arts et Entreprises"¹⁵⁸³, qui n'a pas retenu le droit de vote à l'associé qui faisait l'objet de la décision d'exclusion. Lui reconnaître un droit de vote aurait pour effet de restreindre la portée de la clause d'exclusion car certains associés ne pourraient jamais être exclus et car certains associés ne pourraient jamais exclure.

Dans l'arrêt de la Cour de cassation dit "Socoldis", il nous semble que le principe de l'exclusion d'un associé et les motifs sur lesquels celui-ci peut être exclu sont mentionnés à la clause 11 des statuts et que la procédure de mise en œuvre de cette exclusion privant l'associé objet de l'exclusion de son droit de vote est à la clause 11.2 des statuts. Ainsi, la clause d'exclusion n'étant pas contraire à une disposition du titre IX du livre III du Code civil, elle ne peut être réputée non écrite. Seule la clause empêchant l'associé objet de l'exclusion de voter à l'Assemblée générale au cours de laquelle l'exclusion doit être décidée est contraire à une disposition du titre IX du livre III du Code civil et cette clause des statuts est alors réputée non écrite. En respectant la volonté des parties le plus largement possible, la solution que nous aurions imaginé aurait plutôt été la suivante : la clause d'exclusion est licite, l'exclusion mise en œuvre par une décision de l'Assemblée générale est licite, la clause privant l'associé objet de l'exclusion de son droit de voter lors de l'Assemblée générale dont l'agenda est son exclusion est réputée non écrite. En conséquence, l'interprétation de la volonté des parties et le respect le plus large des règles qu'ils se sont posés en adoptant les statuts serait une exclusion décidée par l'Assemblée générale au cours de laquelle aucun associé ne peut être privé du droit de vote. Or, la Cour de cassation déplace l'exigence de la clause réputée non écrite (article 1844-10 alinéa 2 du Code civil) laissant place à une interprétation dans le respect de la volonté des parties vers la nécessaire modification de la clause (article L. 227-19 du Code de commerce) pourtant réputée non écrite pour que toute la clause d'exclusion d'un associé puisse être effective. À notre sens, la Cour de cassation exige plus que l'effet posé par l'alinéa 2 de l'article 1844-10 en exigeant que la clause non écrite soit réécrite.

Ce raisonnement de la Cour de cassation semble montrer son hostilité à l'exclusion d'un associé. Or, gérer une entreprise en développement constant hébergée par une SARL ou une SAS où l'*intuitu personae* peut être fort alors que certains associés ne s'entendent plus ou ne sont pas d'accord sur les orientations à donner au développement de l'entreprise ou ne sont pas d'accord (parfois faute de moyens) sur la poursuite de l'entreprise ou alors qu'un associé sape les efforts du ou des autres associés ou néglige son rôle d'associé compromettant le développement de l'entreprise, est source de perte d'efficacité économique. La reprise de l'entreprise par une autre société par les associés qui souhaitent la perpétuer est une lourde perte de temps et d'argent, pour les associés mais aussi pour les tiers employés, co-contractants, etc.... L'associé exclu reçoit une contrepartie au rachat de ses parts sociales par le ou les associés qui vont poursuivre le développement de l'entreprise au sein de la même SARL ou de la même SAS. L'associé qui demande la nullité de la SARL ou de la SAS souhaite ne plus en faire partie ; alors, si les autres associés souhaitent continuer d'exploiter l'entreprise, l'exclusion de l'associé demandeur par le rachat de ses parts sociales par les autres associés aurait pour effet à son endroit le même effet que la nullité conduisant à la dissolution. Il n'est pas exproprié de ses parts sociales sans contrepartie ; l'exclusion n'est pas une peine ; l'exclusion est une solution.

¹⁵⁸³ Cour de cassation, chambre commerciale, 23 octobre 2007, n°06-16.537, Bulletin civil, IV, n°225, arrêt dit "Arts et Entreprises".

779. En l'absence de dispositions légales expresses, un associé ne peut être privé de son droit de vote ; les termes des statuts d'une société ne peuvent contrevenir à cette règle. Afin de permettre aux associés d'une SAS de pouvoir utiliser les dispositions de l'article L. 227-16 du Code de commerce, il pourrait être opportun de préciser que les statuts peuvent prévoir que l'associé faisant l'objet d'une procédure d'exclusion ne peut voter sur cette décision au cours de l'Assemblée générale y afférente. En effet, malgré l'expression "Dans les conditions qu'ils déterminent" laissant supposer que les associés peuvent choisir les conditions dans lesquelles l'un d'eux pourraient être exclu de la SAS, la Cour de cassation a restreint la liberté des associés et a jugé que ces conditions ne pouvaient refuser le droit de vote à un associé lors du vote de la décision d'exclusion (la deuxième phrase de l'article L. 227-16 pouvant laisser penser que la suspension des droits non pécuniaires ne peut être que postérieure à la décision d'exclusion). Cet article pourrait être rédigé comme suit :

"Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Si la décision pouvant obliger un associé à céder ses actions relève d'une décision de l'Assemblée générale, les statuts peuvent prévoir que le droit de vote de cet associé est suspendu pour ladite Assemblée générale. Si la décision pouvant obliger un associé à céder ses actions relève d'une décision d'un autre organe auquel cet associé ou une personne désignée par lui siège, les statuts peuvent prévoir que le droit de vote de cet associé ou de la personne désignée par lui est suspendu pour la réunion de cet organe. Les statuts peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession."

B. Des alternatives à la nullité de la Company demandée par les créanciers permettant de maximiser les chances de remboursement et de continuité de l'activité commerciale

780. Ces causes à la nullité de la SARL et de la SAS, qui doivent toutes être interprétées strictement comme l'a affirmé l'arrêt Marleasing, "ne permettent d'obtenir la nullité d'une société que rarement et conduisent à valider les sociétés fictives dans la plupart des cas. On peut d'ailleurs se demander si l'objectif de la directive 68/151/CEE de restreindre les cas de nullité des sociétés afin de protéger les tiers ne se retourne pas en définitive contre l'intérêt de ces derniers."¹⁵⁸⁴ Nous ne partageons pas le point de vue de cet auteur dans la mesure où la protection des tiers peut être assurée au mieux par la certitude des relations contractuelles existantes et la sûreté du respect des obligations. Cette protection nous semble être mieux assurée avec la poursuite de l'existence de la SARL et de la SAS exploitant l'entreprise permettant aux tiers intéressés, c'est-à-dire aux créanciers privés et publics, de maximiser leurs chances d'obtenir le paiement de leurs créances. Comme nous l'avons exprimé ci-avant, le maintien de la société permet de protéger également les associés de bonne foi qui ont choisi d'héberger leur entreprise au sein d'une personne morale distincte. La promotion de l'institution d'une SARL ou d'une SAS pour héberger une activité commerciale serait battue en brèche si la société pouvait être annulée dans le cas où un seul des associés ne partage pas ou plus le même objet que les autres associés et fait prévaloir un objet personnel ou patrimonial et, qu'à ce titre, les juges décident de prononcer le défaut d'affectio societatis partagé par tous les associés et la nullité de la SARL ou de la SAS. La nullité ne donne pas l'opportunité à la SARL ou à la SAS visée et à ses associés de bonne foi de continuer à héberger et à développer une entreprise commerciale afin de continuer de dynamiser

¹⁵⁸⁴ Note de Michel MENJUCQ, Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire, sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudie contre SA 3001 Informatique, Bulletin Joly Sociétés, 1 mai 2002, n°5, page 626.

l'économie. La nullité de la SARL et de la SAS ressemble au couperet qui tombe sur la société sans prendre en compte les engagements que celle-ci a pris, même si la nullité n'a pas d'effet rétroactif pour les tiers. Les intérêts catégoriels concurrents des associés, des créanciers et de la SARL ou de la SAS nous semblent être mieux équilibrés en l'absence de nullité.

781. L'objectif des créanciers de récupérer leurs créances a plus de chances d'être réalisé si la société continue d'exploiter l'entreprise et de générer un chiffre d'affaires. Le chemin de la nullité nous semble être long et le recours à la théorie de la fictivité de la personne morale établie sur la base de la fraude avérée de certains ou de tous les associés nous semble être une réponse plus adaptée à la protection des créanciers. À Hongkong, en complément de l'éventuel actif de la *Company*, les *members* peuvent être mis en cause et être obligés d'honorer les créances de la *Company* sans pour autant déclarer la dissolution de celle-ci en vertu de l'application de la théorie *lifting the corporate veil* (1). Il nous semble que cette théorie *lifting the corporate veil* pourrait inspirer le développement de l'utilisation de la théorie de la fictivité (2).

1. La théorie prétorienne "*lifting the corporate veil*"

782. Comme nous l'avons vu précédemment, au jour de l'immatriculation de la *Company*, le droit hongkongais dote celle-ci de la personnalité morale ayant une capacité juridique générale et distincte de ses *members*. La personne morale représente un écran, un voile ou "*a veil*" entre les *members* de la *Company* et les tiers à celle-ci. Les tiers contractent avec la *Company* et peuvent bénéficier de garanties émises par celle-ci et les *members* sont protégés d'action en recouvrement directe des créanciers de la *Company*. À l'origine (au cours de la deuxième moitié du 19^{ème} siècle), certains juges du fond britanniques ont parfois tenté d'ignorer cet écran au motif que la *Company*, devant être immatriculée par au moins sept personnes en vertu du *Companies Act 1862*, était immatriculée frauduleusement ou malhonnêtement car seul un des *members* était animé de l'intention de gérer l'entreprise et de bénéficier des profits réalisés (*Company* alors désignée "*one man company*") ; cette interprétation permettait aux juges du fond de qualifier la *Company* non pas de personne morale distincte de ses *members* mais d'agent de ceux-ci. Ainsi, le maître de l'affaire se voyait dans l'obligation d'indemniser la *Company* pour les dettes que celle-ci avait engagées en qualité d'agent au nom et pour le compte dudit maître de l'affaire. Cette interprétation a été rejetée par les conclusions de Lord Macnaghten de la décision *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22 (House of Lords)¹⁵⁸⁵. Le simple fait qu'une personne soit propriétaire de toutes les parts sociales ou d'une part substantielle des parts sociales d'une *Company* n'emporte pas la confusion du patrimoine de la *Company* et du patrimoine de cette personne aux yeux de la loi¹⁵⁸⁶. De cette décision dite "Salomon" et des jurisprudences postérieures successives, le principe général suivant est fortement ancré en droit des sociétés : dans l'éventualité où la *Company* ne disposerait plus des finances nécessaires pour honorer toutes ses dettes, les créanciers ne peuvent se retourner contre les *members* de celle-ci et engager leur responsabilité au seul motif qu'ils contrôlent les activités de la *Company*.

¹⁵⁸⁵ "It has become the fashion to call companies of this class "one man companies". That is a taking nickname, but it does not help one much in the way of argument. If it is intended to convey the meaning that a company which is under the absolute control of one person is not a company legally incorporated, although the requirements of the Act of 1862 may have been complied with, it is inaccurate and misleading: if it merely means that there is a predominant partner possessing an overwhelming influence and entitled practically to the whole of profits, there is nothing in that that I can see contrary to the true intention of the Act of 1862, or against public policy, or detrimental to the interests of creditors."

¹⁵⁸⁶ *Gramophone and Typewriter Co Ltd v Stanley* [1908] 2 KB 89 (Court of Appeal); *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] QB 358 (Court of Appeal), *affd* [1980] 1 WLR 627 (House of Lords)

783. La *Common Law* présente plusieurs exceptions au principe de l'écran représenté par la personne morale de la *Company* entre les *members* (et non les *directors*) et les tiers : "*lifting the corporate veil*" ou "*piercing the corporate veil*" sont les appellations sous lesquelles sont regroupées lesdites exceptions. Ces exceptions ne conduisent pas à annuler la *Company* ou à la considérer inexistante. Ces exceptions permettent d'engager la responsabilité des *members* en sus de celle de la *Company*. La doctrine de *Common Law* a tenté de classer ces exceptions mais la taxinomie de celles-ci s'est révélée infructueuse même s'il est à noter que beaucoup de ces espèces touchent au droit des contrats ou au droit immobilier. Il apparaît plutôt, comme le soulèvent certains auteurs à propos de la notion française de fictivité d'une personne morale¹⁵⁸⁷, que ces exceptions constituent une certaine flexibilité¹⁵⁸⁸ au regard du principe général de l'existence de la personne morale comme écran entre les tiers et les *members*. Ces exceptions permettent aux tribunaux de contrer la fraude, l'oppression ou une pratique déloyale des *members*. Il est important de noter que la majeure partie de la doctrine de *Common Law* rechigne à ce que cette théorie puisse être appliquée à la légère car le principe posé par la décision Salomon est fondateur et prééminent. En effet, l'Ordonnance (pas plus que le *Companies Act 2006 (Cap.46)* britannique) n'a codifié cette théorie de *lifting the corporate veil*. Nous allons présenter ci-dessous quelques exemples représentatifs de cette théorie afin d'illustrer notre propos.

Une première catégorie très spécifique et que nous pourrions qualifier aujourd'hui d'anecdotique est celle qui a permis de déterminer si une *Company* immatriculée en Angleterre par des associés allemands pouvait être qualifiée d'ennemi en période de guerre et si, en conséquence, pouvait lui être refusée le droit d'engager une action en recouvrement contre une personne anglaise en application de la règle de droit interdisant de commercer avec l'ennemi. La *House of Lords*¹⁵⁸⁹ a cassé l'arrêt de la *Court of Appeal* et a tranché en faveur de l'application de la théorie de *lifting the corporate veil* au nom de l'ordre public en temps de guerre permettant *in fine* de décréter le caractère d'ennemi de la *Company* détenue et gérée par des personnes de nationalité allemande.

Une deuxième application de la théorie *lifting the corporate veil* permet d'engager la responsabilité des *members* de la *Company* lorsque ceux-ci ont utilisé la *Company* pour perpétrer un acte frauduleux. En l'espèce¹⁵⁹⁰, les créanciers de la *Company* ont obtenu l'engagement de la responsabilité des *members* dans le cadre de la procédure de liquidation pour obtenir le paiement de leurs créances car ces derniers avaient utilisé la *Company* dans le but de constituer un écran pour camoufler leur identité et de perpétrer des transactions commerciales frauduleuses. La fraude a également été retenue lorsque les *members* d'une *Company* l'ont immatriculée dans le but de contourner leurs obligations contractuelles¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁷ La notion de fictivité développée par la jurisprudence était comme un "instrument modérateur des règles juridiques [pour] étendre la procédure collective aux maîtres de l'affaire" et encore "la fictivité est une notion pragmatique", citations extraites de COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12.

¹⁵⁸⁸ Citation des conclusions d'Auld JL dans l'affaire Conway v Ratiu [2006] 1 All ER 571 : "readiness of the courts, regardless of the precise issue involved, to draw back the corporate veil to do justice when common sense and reality demand it".

¹⁵⁸⁹ Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd [1916] a AC 307 (House of Lords).

¹⁵⁹⁰ Re Darby, ex p Brougham [1911] 1 KB 95 (King's Bench Division).

¹⁵⁹¹ Un ancien employé a immatriculé une *Company* pour y héberger une activité commerciale concurrente à celle de son ancien employeur et démarcher les clients de son ancien employeur alors que son contrat de travail lui interdisait explicitement de solliciter lesdits clients ; l'ancien employeur a obtenu une injonction de ne pas continuer une telle sollicitation ; Gilford Motor Co Ltd v Horne [1933] Ch 935 (Court of Appeal). La décision Jones v Lipman [1962] 1 WLR 832 a tenu le même raisonnement en droit immobilier : "Since the company was in the vendor's control, there was no difficulty in granting a decree of specific performance against him. Describing the company as a creation of the vendor, a device, sham and mask, the judge also decreed specific performance directly against it. Those epithets, however, do not appear to have been needed to justify the

Une troisième catégorie d'exceptions est basée sur le raisonnement suivant. L'immatriculation d'une *Company* entraîne la création de la personne morale et celle-ci n'est pas, par nature, liée par une relation d'agent avec les *members* (néanmoins, une relation d'agent peut être expressément contractuellement créée entre la *Company* et ses *members* pour la réalisation de l'entreprise sans ôter l'autonomie ni l'indépendance dont est dotée la *Company* et prouve alors que la *Company* est bien un sujet de droit distinct de ses *members*¹⁵⁹²). La *Company* est ainsi indépendante et autonome de ses *members*. Malgré cela, dans certains cas, il ressort des faits de l'espèce que seule une relation d'agent existe entre la *Company* et ses *members* qui contrôlent de manière effective les actes de la *Company* et que celle-ci ne dispose d'aucune autonomie ni indépendance. En l'espèce¹⁵⁹³, la *Company* et son *member* majoritaire (une société de production cinématographique américaine) détenant 90% du capital social avait signé un contrat au titre duquel la société américaine fournissait financement et support technique à la production d'un film par la *Company*. Or, la *Company* avait eu un rôle tellement négligeable dans la production de ce film qu'il pouvait être tenu pour insignifiant et qu'il était possible de considérer que ladite *Company* n'avait même pas d'activité (pas de bureaux, pas d'employés, pas de moyens financiers, pas de gestion propre car la direction était réalisée par le *director* de nationalité américaine). La *Company* avait eu un simple rôle d'agent de la société américaine dont le but était d'obtenir la qualification de film britannique pour le film produit. Les juges ont alors décidé de faire application de la théorie *lifting the corporate veil* et de ne pas reconnaître la qualité de film britannique au film produit étant donné que la personne ayant réellement produit le film était l'associé américain de la *Company* immatriculée en Angleterre (nous pensons que la notion de simulation aurait tout à fait pu être soulevée par les magistrats). Sur le même raisonnement, la jurisprudence de *Common Law* a parfois appliqué la théorie *lifting the corporate veil* car seule une relation de *trust* existait entre les *members* et la *Company*¹⁵⁹⁴. La fraude n'est pas mentionnée à l'argumentaire des conclusions des magistrats et la requalification de la *Company* en relation d'agent reste la base de ces constructions. Toutefois, à ce jour, il semble que, dans la jurisprudence récente, les cas d'application de la théorie *lifting the corporate veil* soient majoritairement fondés sur la fraude¹⁵⁹⁵ et plus rarement sur la relation d'agent ou de *trust*.

Une quatrième catégorie d'espèce peut être dégagée de l'application de la théorie *lifting the corporate veil*, celle de la qualification de plusieurs *Companies* qui sont associées, c'est-à-dire ayant une relation de société-mère et de filiale, d'une seule et unique *Company*. En l'espèce¹⁵⁹⁶, une *Company* "Bronze" était propriétaire d'un terrain bâti et sa société-mère "DHN" était propriétaire de l'entreprise exploitée par elle dans le bâtiment détenu par sa filiale. La filiale a été expropriée de son terrain et le *Lands Tribunal* a jugé qu'aucune des deux *Companies* ne pouvait bénéficier d'une compensation suite à cette expropriation : la filiale était propriétaire mais, n'exploitant aucune entreprise sur le terrain, n'était victime d'aucun dommage ; la société-mère exploitant l'entreprise pouvait être victime d'un dommage mais ne pouvait obtenir une compensation n'étant pas propriétaire. Shaw LJ reconnaît dans ses conclusions qu'en appliquant la règle de droit habituelle (d'ailleurs

remedy. No particular difficulty should arise in holding that a company or any other purchaser acquiring property with actual notice that the transaction is a fraud on a prior purchaser takes subject to the latter's equity."

¹⁵⁹² Rylands v Fletcher case of Rainham Chemical Works Ltd v Belvedere Fish Guano Co Ltd [1921] 2 AC 465, HL.

¹⁵⁹³ Re FG (films) Ltd [1953] 1 WLR 483 (Chancery Division).

¹⁵⁹⁴ Trebanog Working Men's Club and Institute Ltd v MacDonald [1940] 1 KB 576 (King's Bench Divisional Court) ; Abbey Malvern Wells Ltd v Ministry of Local Government and Planning [1951] Ch 728.

¹⁵⁹⁵ Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626 (Chancery Division) ; Adams v Cape Industries plc [1990] Ch 443 (CA) ; Acatos & Hutcheson plc v Watson [1995] BCLC 446 ; Gencor ACP Ltd v Dalby [2000] 2 BCLC 734 ; Trustor AB v Smallbone (No2) [2001] 1 WLR 1177.

¹⁵⁹⁶ DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council [1976] 1 WLR 852 (Court of Appeal).

appliquée par le *Lands Tribunal*), aucune des deux *Companies* ne peut obtenir de compensation ; or, l'activité de l'une n'aurait pu être engagée sans l'activité de l'autre et qu'ainsi, les deux *Companies* étant à ce point imbriquées, elles doivent être considérées comme ne formant qu'une *Company* qui peut, dans ce cas, demander compensation. Il nous semble que ce cas d'espèce illustre le pragmatisme de la théorie *lifting the corporate veil* pour réparer une injustice de l'application stricte de la règle de droit. Cependant, la jurisprudence ultérieure *Adams v Cape industries plc* [1990] Ch 433 (Court of Appeal) rappelle que le principe de l'individualité d'une *Company* par rapport à ses holdings ou filiales est d'application stricte¹⁵⁹⁷ et que l'argument d'unité économique des entités n'est pas pertinent pour ignorer ledit principe d'individualité¹⁵⁹⁸ et que seules les circonstances démontrant qu'une *Company* n'est qu'un simulacre de personne morale dissimulant des opérations frauduleuses ou douteuses permettent d'appliquer la théorie *lifting the corporate veil*.

784. Il pourrait apparaître de ces quatre catégories rapidement tracées qu'à ce jour, la dissimulation, la fraude et la volonté d'échapper à ses obligations constituent les motifs ou circonstances exceptionnelles¹⁵⁹⁹ à l'application de la théorie *lifting the corporate veil* qui n'est d'application que très limitée en équité ou dans un intérêt de justice¹⁶⁰⁰. La sécurité juridique et la certitude dégagées de l'applicabilité du principe posé dans la jurisprudence *Salomon v A Salomon & Co Ltd* de la séparation de la personnalité morale de la *Company* de ses *members* est fondamentale¹⁶⁰¹.

2. L'importance de l'application de la théorie de la fictivité de la personne morale n'entraînant pas la nullité de la SARL ou de la SAS

785. La jurisprudence hongkongaise applique la théorie *lifting the corporate veil* au motif d'une fraude ou d'une simulation ou d'une volonté des *members* d'échapper à leurs obligations en utilisant une *Company*. Il s'ensuit que la responsabilité de ceux-ci peut être engagée en soutien financier de la *Company* dont ils sont les *members*. Les tribunaux hongkongais écartent l'écran de la personnalité morale de la *Company* qui garantit habituellement aux *members* une responsabilité en principe limitée.

786. Il est intéressant de noter que les termes d'écran de la personnalité morale sont aussi utilisés par la doctrine française lors de l'analyse de jurisprudence faisant état de la fictivité de

¹⁵⁹⁷ "There is no general principle that all companies in a group of companies are to be regarded as one. On the contrary, the fundamental principle is that "each company in a group of companies (a relatively modern approach) is a separate entity possessed of separate legal rights and liabilities": *The Albazero* ([1977] AC 774 CA at 807), per Roskill LJ.", conclusions de Slade LJ dans *Adams v Cape Industries plc* [1990] Ch 443 (CA).

¹⁵⁹⁸ *Bank of Tokyo Ltd v Karoon* [1987] AC 45n, point 64 des conclusions de Robert Goff LJ "Counsel suggested beguilingly that it would be technical for us to distinguish between parent company and subsidiary in this context; economically, he said, they were one. But we are concerned not with economics but with law. The distinction between the two is, in law, fundamental and cannot be abridged."

¹⁵⁹⁹ "The concept of a limited liability company being a separate legal entity from the person who controls it is well-entrenched in our laws and the corporate veil should not be lifted unless circumstances clearly require it under established rules", *Maxgood International Ltd v Charter Victory International Ltd* [2001] 3 HKLRD 547, par Yuen J at 553.

¹⁶⁰⁰ *Yukong Lines Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corp of Liberia* [1998] 1 WLR 294 ; *Centaline Property Agency Ltd v Cyberspeed Technology Co Ltd* [2007] 4 HKLRD 745 per HH Wong at 758.

¹⁶⁰¹ *Gas Lighting Improvement Co v Inland Revenue Commissioners* [1923] AC 723, per Lord Sumner at 741 "Between the investor, who participates as a shareholder, and the undertaking carried on, the law interposes another person, real though artificial, the company itself and the business carried on is the business of that company and the capital employed is its capital and not in either case the business or the capital of the shareholders."

sociétés¹⁶⁰². Nous pensons donc que la théorie *lifting the corporate veil* pourrait venir alimenter notre argumentation selon laquelle le droit français et les tribunaux français, encouragés par le droit communautaire, ne devraient pas faire droit aux actions en nullité d'une SARL et d'une SAS d'autant plus qu'existent plusieurs alternatives à cette action en nullité permettant de condamner la fraude des associés d'une SARL ou d'une SAS et d'engager leur responsabilité financière.

787. Les motifs à la fictivité de la personne morale pourraient être rapprochés de ceux de la jurisprudence hongkongaise conduisant à l'application de la théorie *lifting the corporate veil*.

La décision constate l'absence de contrôle effectif, autonome et indépendant des gérants d'une trentaine de SARL agissant sur les instructions de leur franchiseur unique¹⁶⁰³ et a déclaré que lesdites SARL (et les contrats de gérance-mandat) n'étaient que des supports juridiques apparents destinés à masquer les relations de subordination existant entre le franchiseur et les gérants, d'où la fictivité des SARL. Cette fictivité n'a pas entraîné leur nullité mais la responsabilité financière du franchiseur comme si celui-ci avait été l'associé de fait des SARL et les gérant les employés des SARL suite à la requalification des contrats de gérance-mandat en contrats de travail. Ainsi, le motif du prononcé de la fictivité des SARL pourrait être rapproché du motif de l'existence exclusive d'une relation d'agent entre le *member* et la *Company*.

La décision de la Cour de cassation¹⁶⁰⁴ confirme que la société est fictive pour plusieurs motifs, tels que l'absence d'autonomie de la société par rapport à ses associés, l'absence de respect des obligations légales et comptables et fiscales, la confusion des patrimoines voire l'absence de patrimoine de la société et qu'en conséquence, les associés sont les maîtres de l'affaire. La société est fictive et les créanciers sont à même d'obtenir la responsabilité personnelle financière des associés en sus de celle de la société. En droit hongkongais, le juge du fonds aurait probablement levé le voile de la personnalité morale au titre de fraude et d'évasion de ses obligations légales ou de la relation d'agent ou de trust.

La décision de la Cour de cassation confirme que la société constituée par un père et ses deux enfants mineurs est fictive étant donné que celle-ci n'avait été instituée que dans le but de soustraire le bien immobilier, propriété du père, à ses créanciers et que, malgré l'existence de la société, le père en était le véritable propriétaire¹⁶⁰⁵. Le prononcé du caractère fictif de la société est motivé par le fait que le maître de l'affaire ait voulu échapper à ses obligations contractuelles.

788. La théorie de la fictivité, telle qu'elle est appliquée dans l'arrêt SARL Foncière du Centre c/ Fadlallah et autre¹⁶⁰⁶, permet aux juges de constater que la SARL n'est qu'une façade entre

¹⁶⁰² "Les juges du fond utilisent le pouvoir de qualification qu'ils tiennent de la loi et, après avoir levé le voile de l'apparence créée par la mise en œuvre des techniques juridiques, ils mettent en œuvre le régime juridique applicable à la réalité sous-jacente : les sociétés à responsabilité limitée sont des sociétés écran, donc fictives destinées à masquer les liens réels de subordination entre les gérants-mandataires et la SCHE, liens caractéristiques d'un contrat requalifié en contrat de travail", CUTAJAR Chantal, Chronique page 3, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2002, commentant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 8^{ème} Chambre commerciale, 7 juin 2001, SA Société Commerciale des Hôtels Économiques (SCHE) contre Berthet, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2002, décision n°41.

¹⁶⁰³ Cour d'appel de Paris, 8^{ème} Chambre commerciale, 7 juin 2001, SA Société Commerciale des Hôtels Économiques (SCHE) contre Berthet, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2002, décision n°41 et Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2002, Chronique page 3, CUTAJAR Chantal.

¹⁶⁰⁴ Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, 10 octobre 2007, Cabanes contre Duran, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2008 n°39 ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 octobre 2011, n°09-16293, Bulletin Joly Sociétés 2012, §19, page 19, note Irina PARACHKEVOVA.

¹⁶⁰⁵ Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, n°06-21-897, 18 décembre 2007, Société Les Aloès contre CRCAM Provence Côte-d'Azur, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 4/2008, n°367 et n°404.

¹⁶⁰⁶ Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section B, 28 octobre 1999, n°1999/03970, SARL Foncière du Centre contre Fadlallah et autre, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2000, n°2, page 219, note DOM Jean-Philippe.

son associé majoritaire et gérant unique et les tiers et que ce maître de l'affaire doit ainsi personnellement honorer les engagements pourtant pris au nom et pour le compte de la SARL. Ainsi, contrairement au principe de la responsabilité limitée des associés d'une SARL, les tribunaux déclarent la société fictive et son associé majoritaire et gérant unique lui est substitué vis-à-vis des tiers¹⁶⁰⁷. Il nous semble que cette jurisprudence pourrait être comparée à celle de *Common Law* qui relève l'existence d'une relation exclusive d'agent entre la *Company* et ses *members*¹⁶⁰⁸. Nous avons relevé des conditions similaires à la mise en œuvre des théories *lifting the corporate veil* et de la fictivité des sociétés : un associé majoritaire également gérant unique, une société sans activité, une absence d'autonomie de la société au regard de son associé majoritaire également gérant unique, une simulation de société. Nous ne partageons donc pas l'avis du Professeur Dom qui retient que cette décision de la Cour d'appel de Paris retiendrait l'inexistence de la SARL Foncière du Centre¹⁶⁰⁹. Sur le modèle de la théorie *lifting the corporate veil*, la société n'est ni nulle ni inexistante mais le juge écarte la personne morale pour engager la responsabilité de l'associé majoritaire. Il ne saurait porter atteinte à la personne morale ou à la société en les déclarant nulles ou inexistantes. Il réduit son impact sur le monde économique en laissant une chance à la société de continuer ou à ses associés ou créanciers de décider que celle-ci n'a plus d'avenir et que sa dissolution semble être à engager. Nous retenons le fait que le Professeur Dom note que "la solution de l'arrêt commenté ne peut s'expliquer que par des considérations d'équité"¹⁶¹⁰, motif qui sous-tend également l'application de la théorie *lifting the corporate veil* et l'opportunité du recours à cette théorie rend la taxinomie de ses applications difficiles. Nous sommes d'avis que l'opportunité de rendre une décision pour des considérations d'équité en ayant recours aux théories *lifting the corporate veil* et de la fictivité de la SARL et de la SAS justifie que les conséquences de leurs applications soient limitées par le juge et que la nullité soit écartée tout comme l'ouverture automatique d'une procédure collective¹⁶¹¹.

789. Le droit français des sociétés offre d'autres alternatives permettant d'engager la responsabilité des associés de la SARL ou de la SAS au prononcé de la nullité de la société entraînant sa dissolution. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 juillet 1993 dit Naudin¹⁶¹² présente l'avantage de reprendre certaines de ces alternatives de manière détaillée, dont la qualification de la SARL unipersonnelle de société fictive. Tout d'abord, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ou de redressement judiciaire à l'égard d'un dirigeant, de droit ou de fait, sur la base de l'article 182 de la loi du 25 janvier 1985¹⁶¹³ est distincte de la procédure d'extension de la procédure de liquidation judiciaire ou de redressement judiciaire de la personne morale à ses associés et dirigeants fondée sur la fictivité de ladite personne

¹⁶⁰⁷ Cette solution sera reprise par la Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2002, n°436 FS-P, Franck contre Maître Berthe et autre (cons. Rapp. Besançon), Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mai 2002, n°5, page 592.

¹⁶⁰⁸ *Re FG (films) Ltd* [1953] 1 WLR 483 (Chancery Division).

¹⁶⁰⁹ "Finalement, il semble qu'en prenant le contre-pied de cette doctrine [sanctionnant la fictivité d'une société par sa nullité non rétroactive] le présent arrêt sanctionne la fictivité de la société par son inexistence", Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section B, 28 octobre 1999, n°1999/03970, SARL Foncière du Centre contre Fadlallah et autre, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2000, n°2, page 219, note DOM Jean-Philippe, §9.

¹⁶¹⁰ Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section B, 28 octobre 1999, n°1999/03970, SARL Foncière du Centre contre Fadlallah et autre, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2000, n°2, page 219, note DOM Jean-Philippe, §10.

¹⁶¹¹ Contrairement à ce que propose Jean-Philippe DOM au §10 de sa note sous Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section B, 28 octobre 1999, n°1999/03970, SARL Foncière du Centre contre Fadlallah et autre, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2000, n°2, page 219, même si nous partageons son raisonnement quant à la solution plus rigoureuse qu'aurait pu retenir la Cour d'appel.

¹⁶¹² Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section A, 13 juillet 1993, n°92-0222037, Naudin contre Delibes ès-qualités, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 1993, n°12, page 250, note LE NABASQUE Hervé.

¹⁶¹³ Aujourd'hui, article L. 624-5 du Code de commerce.

morale¹⁶¹⁴ ou fondée sur la confusion des patrimoines¹⁶¹⁵. Ensuite, il nous semble que la Cour d'appel retient le caractère fictif de la SARL dont Monsieur Naudin était l'associé unique de fait et le gérant unique de fait (l'épouse et l'amie de Monsieur Naudin n'ayant été que des prête-noms) au motif de la cause illicite de la SARL, qui n'avait pas été constituée pour y héberger une entreprise et pour y affecter un patrimoine mais "pour éviter que le patrimoine personnel de Monsieur Naudin n'ait à répondre des dettes de l'exploitation". Le rappel des faits permet de comprendre que la SARL (unipersonnelle ou non d'ailleurs car en l'espèce, celle-ci est immatriculée avec un seul associé puis un deuxième associé rejoint l'affaire et c'est une SARL avec deux associés qui fait l'objet d'une liquidation judiciaire) n'est pas condamnée à pouvoir être qualifiée automatiquement de société fictive, le faisceau d'indices est composé des critères suivants : exploitation du patrimoine personnel du ou des associés sous le couvert d'une société de façade démontrant l'absence d'autonomie patrimoniale (en l'espèce, Monsieur Naudin n'a effectué aucun apport, le bien immobilier propriété de Monsieur Naudin avait été loué à la SARL en vertu d'un bail précaire), comptabilité tenue de manière légère démontrant l'absence de volonté de fournir à la SARL les éléments de son autonomie par rapport au patrimoine personnel des associés et du respect des exigences ou obligations sociétaires (que celles-ci soient légales ou comptables ou financières), le gérant (en l'espèce le maître de l'affaire continue d'agir au nom et pour le compte de la SARL et il agit alors en qualité de gérant de fait après avoir démissionné de ses fonctions de gérant) omet à l'égard des tiers de mentionner qu'il agit au nom et pour le compte de la SARL ou de corriger les erreurs afférentes à cette représentation (Monsieur Naudin apparaissait parfois comme entrepreneur personnel). La cause de la SARL nous semble alors illicite car elle vise uniquement et exclusivement à protéger le patrimoine du maître de l'affaire et non pas à exploiter une entreprise à laquelle des biens ou une industrie sont affectés. Enfin, la conséquence de la fictivité de la SARL n'est pas la nullité de la société mais l'extension de la procédure de liquidation judiciaire ou de redressement judiciaire aux associés qui ont fraudé et qui sont alors identifiés comme les maîtres de l'affaire et dont la responsabilité peut alors être engagée, c'est-à-dire que tous les associés ne sont pas visés par l'extension de la procédure (ici, seul Monsieur Naudin est visé par l'extension alors qu'il n'est pas associé de droit mais de fait dans la mesure où la Cour d'appel considère que Madame Vettorazzi, associé de droit, agissait en qualité de prête-nom au nom et pour le compte de Monsieur Naudin). *In fine*, la fraude fonde le raisonnement de la Cour d'appel de Paris et protège les SARL et les SAS unipersonnelles ou pluripersonnelles contre un risque majeur de fictivité (la protection du patrimoine des associés est un motif à l'institution d'une société dotée de la personnalité morale).

¹⁶¹⁴ "Considérant, en effet, que lorsqu'on est en présence non d'une société réelle mais d'une société fictive créée par une ou plusieurs personnes avec leurs capitaux et le concours de comparses et qui exploitent leur patrimoine personnel sous le couvert d'une société de façade, il est normal que le redressement ou la liquidation judiciaire, soit étendu à cette ou ces personnes puisqu'en définitive elles ne forment qu'une seule et même personne avec la société fictive ;" Citation extraite de la décision de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section A, 13 juillet 1993, n°92-0222037, Naudin contre Delibes ès-qualités, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 1993, n°12, page 250, note LE NABASQUE Hervé.

¹⁶¹⁵ "Que de même, lorsqu'on est en présence de deux ou plusieurs personnes morales et physiques qui, tout en étant des sujets de droit autonomes et indépendants et ayant des patrimoines apparemment distincts, les ont confondus, les éléments de l'un se retrouvant dans l'autre et réciproquement, il est normal dans ce cas encore, que le redressement ou la liquidation judiciaire de l'une de ces personnes soit étendu à l'autre ou aux autres en raison de l'imbrication née de cette confusion ;" Citation extraite de la décision de la Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section A, 13 juillet 1993, n°92-0222037, Naudin contre Delibes ès-qualités, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 1993, n°12, page 250, note LE NABASQUE Hervé.

790. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2001 dit "Sotrade"¹⁶¹⁶ rejoint la décision exprimée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dit Naudin tant sur la définition d'une société fictive que sur son effet. Nous retenons tout d'abord que, comme dans l'arrêt dit Naudin, la Cour d'appel de Paris n'était pas saisie d'une demande visant à confirmer la fictivité d'une SARL. L'arrêt contre lequel le pourvoi a été formé avait retenu la fictivité de la SARL et nous comprenons le charme que peut exercer la théorie des sociétés fictives au vu de la restriction des motifs de la nullité des SARL et des SAS posée par le droit communautaire. Ensuite, cet arrêt pose une définition de la société fictive et donne une liste de critères¹⁶¹⁷ qui peuvent être retenus au titre du faisceau d'indices conduisant à prononcer le caractère fictif d'une société. Enfin, l'effet du caractère fictif de la SARL retenu par la Cour d'appel puis confirmé par la Cour de cassation dans cet arrêt Sotrade nous semble être la réponse pertinente et équilibrée. L'extension de la liquidation judiciaire ou du redressement judiciaire de la personne morale à l'égard de l'associé fautif qui a orchestré la fictivité de la SARL nous semble être la réponse adéquate et l'engagement de la responsabilité de l'associé fautif en dehors de procédure de liquidation judiciaire ou du redressement judiciaire de la personne morale devrait pouvoir être retenu sur le modèle des effets de l'application de la théorie *lifting the corporate veil*. De cet arrêt Sotrade, les termes utilisés pourraient évoquer cette théorie appliquée par la jurisprudence hongkongaise. Le commentaire de l'auteur de la note sous cet arrêt a fortement retenu notre attention car celle-ci retient l'effet de l'inopposabilité de la personne morale justifiant l'extension de la liquidation judiciaire ou du redressement judiciaire au maître de l'affaire, la nullité et l'inexistence n'étant pas comparable à l'effet produit par la fictivité de la SARL. L'inopposabilité de la personne morale pourrait être la qualification juridique française équivalente à la théorie très imagée et très anglophone *lifting the corporate veil*, d'autant plus lorsque la base légale¹⁶¹⁸ pour retenir le caractère fictif d'une société est l'article 1321 du Code civil¹⁶¹⁹. L'inopposabilité de la personne morale n'est pas générale, elle ne touche qu'une ou plusieurs transactions commerciales et vise à augmenter les chances des créanciers de la personne morale fictive d'obtenir le remboursement de leur créance, tout comme l'application de la théorie *lifting the corporate veil*.

791. L'équilibre atteint par le droit hongkongais des sociétés refusant de prononcer la nullité des *Companies* et restreignant l'application de la théorie *lifting the corporate veil* à des cas spécifiques (même si les critères de cette théorie sont évolutifs du fait de l'utilité pragmatique

¹⁶¹⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 octobre 2011, n°09-16293 (n°FD), Société Sotrade, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2012, n°1, page 19, note PARACHKEVOVA Irina.

¹⁶¹⁷ Ces critères sont les suivants : absence d'autonomie de la SARL par rapport à son associé majoritaire et maître de l'affaire (mêmes locaux, mêmes numéros de téléphone et de télécopie, absence d'employés propres, rémunération et honoraires perçus par le maître de l'affaire exorbitants ou disproportionnés par rapport au chiffre d'affaires), absence d'apports (apports en nature représentant plus de la moitié du capital social, liste de ces apports non établie et non annexée aux statuts), absence d'affectio societatis (la Cour émet un doute sur cette absence ; sachant que la jurisprudence vérifie la réalité des autres associés et peut les requalifier de prête-nom ayant agi au nom et pour le compte du maître de l'affaire et qu'il est possible d'instituer une SARL unipersonnelle, le doute est permis et le maître de l'affaire aurait pu réellement avoir besoin des apports en numéraire ou en nature des autres associés sans que ceux-ci prennent part à la gestion de l'entreprise n'étant pas gérant et malgré un défaut de précision quant à ses apports – étant donné que d'autres critères étaient dans cette espèce remplis, l'utilité de mentionner l'affectio societatis pourrait être remise en doute) ou fraude constituée par la présence d'associés agissant en qualité de prête-nom au nom et pour le compte du maître de l'affaire (il est étrange que la fraude ne soit pas mentionnée dans cet arrêt ou tout au moins la simulation, à moins que la simulation puisse être déduite du fait que la société exploite l'entreprise personnelle du maître de l'affaire et qu'il y a simulation de société), société de façade exploitant l'entreprise personnelle du maître de l'affaire.

¹⁶¹⁸ Par exemple, Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, n°06-21-897, 18 décembre 2007, Société Les Aloès contre CRCAM Provence Côte-d'Azur, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 4/2008, n°367 et n°404.

¹⁶¹⁹ Article 1321 du Code civil : "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers."

de cette théorie répondant au souci de juger en équité) répond à un objectif de sécurité juridique. La gradation de la sécurité juridique serait la suivante.

La sécurité juridique des *members* de la *Company* et des créanciers est fortement compromise dans le cas où la nullité de la *Company* serait prononcée ; la nullité d'une *Company* n'est pas tolérable par rapport aux gains économiques qui pourraient résulter de la continuité de l'exploitation de l'entreprise hébergée par cette *Company*.

La sécurité juridique des tiers créanciers de la *Company*, qui visent à maximiser leurs chances d'obtenir le paiement de leurs créances vis-à-vis d'une *Company*, est favorisée par rapport à la sécurité juridique des *members* offerte par "le voile" constitué par la personnalité morale de la *Company*, qui peut être "soulevé" sans entraîner la dissolution de la *Company* mais pour mettre en œuvre la responsabilité financière des *members* à l'encontre même du principe de la responsabilité limitée. Du fait de la rupture de la sécurité juridique pour les *members* d'une *Company* et de la violation du principe fondamental de la responsabilité limitée de la *Company*, la théorie *lifting the corporate veil* ne peut être utilisée qu'avec précaution et à force d'arguments.

792. Il nous semble que le prononcé de la nullité des SARL et des SAS est en baisse, notamment sous l'impulsion du droit communautaire¹⁶²⁰, et pourrait de manière bénéfique être supplanté par l'application de la théorie jurisprudentielle de la fictivité d'une société comparable à l'application de la théorie *lifting the corporate veil*¹⁶²¹ qui répond à l'équilibre recherché de sécurité juridique entre les associés et les créanciers d'une SARL ou d'une SAS.

¹⁶²⁰ La théorie de la fictivité de la personne morale dont l'effet est de pouvoir engager la responsabilité de l'associé qui est le réel maître de l'affaire n'est pas contraire au droit communautaire. "Mais, lorsqu'il s'agit de ne constater que la fictivité sans évoquer une éventuelle nullité, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que le juge national n'est pas tenu d'interpréter le droit national à la lumière de cette directive (Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2002 : JurisData n°2002-013011 ; Bulletin Joly 2002, §132, page 592 ; JCP E 2002, page 1677, note LEGROS J.-P.)", GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Preuve des sociétés, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009, Point 18.

¹⁶²¹ En ce sens, les termes utilisés par certains auteurs en doctrine méritent d'être cités à l'appui de notre propos. "Elle [la notion de fictivité] permet d'écarter l'écran de la personnalité morale de la société", COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12, §6.

"En réalité, plus que la nullité en tant que sanction des conditions de validité d'un contrat, la Chambre commerciale utilise ici la nullité comme sanction de l'abus de la personnalité morale. Il apparaît et doit être sanctionné lorsque la société ne se présente exclusivement que comme un écran, lorsqu'elle n'est qu'un instrument juridique dénué de toute effectivité, qu'elle est entièrement détournée de sa vocation légale telle que la définit l'art. 1832 c. civ." Note PAGES Jeanne, Dalloz 1993, jurisprudence page 23, sous la décision Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 janvier 1992, arrêt dit "Demuth". Nous ne partageons pas la sanction par la nullité de la société de l'abus de la personnalité morale mais les termes utilisés ici ne sont pas sans rappeler ceux de *corporate veil* ; la notion de société écran était familière dans la doctrine française, celle de la sanction de cette société écran par la fictivité de la société et par l'inopposabilité de la personne morale pourrait remplacer la sanction de la nullité des SARL et des SAS.

"Dans d'autres espèces, elle préfère parler de *nullité absolue* (Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 15 avril 1980, Dalloz 1981, page 314, observations GHESTIN Jacques) et encore d'*inopposabilité* (Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 mai 1982, Consorts Mégevand contre Consorts Depraz et autres, Recueil Dalloz Sirey 1983, Jurisprudence, page 349, note GAILLARD Emmanuel) mais cette terminologie approximative n'est que le masque d'une inexistence inavouée, ce que l'on a appelé le *voile pudique de l'inexistence* (Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 mai 1982, Consorts Mégevand contre Consorts Depraz et autres, Recueil Dalloz Sirey 1983, Jurisprudence, page 349, note GAILLARD Emmanuel). Parfois la Cour de cassation a soulevé le voile, ainsi dans un arrêt en date du 10 juin 1986 (Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 10 juin 1986, Bulletin civil I, n°159 ; Dalloz 1988, Sommaire 14, observations ROBERT A. ; Revue trimestrielle de droit civil 1987, page 535, observations MESTRE J.), toujours à propos d'une donation non acceptée." Note COLLET Laurence, Dalloz 1993, jurisprudence page 508, sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 juin 1992, n°90-17.237, arrêt dit "Lumale", Recueil Dalloz, 1993, page 508.

793. Dans cette optique, nous nous posons la question de savoir s'il serait opportun que le législateur se penche sur la question de la codification dans le Code de commerce de la théorie de la fictivité d'une personne morale appliquée aux SARL et SAS. Le droit hongkongais des sociétés a entrepris un travail de codification de la *Common Law* applicable en droit des sociétés et a choisi de ne pas intégrer à la *Companies Ordinance* (et plus récemment à l'Ordinance) la théorie *lifting the corporate veil*. La raison principale pourrait être que cette théorie relève d'une appréciation souveraine des juges du fond qui sont les seuls à même de juger de l'opportunité d'appliquer cette théorie au vu des circonstances de l'affaire et de juger si le souci d'équité justifie la violation du principe de la responsabilité limitée des *members* d'une *Company*. L'avantage que représentent le pragmatisme et la souplesse de la théorie de la fictivité des sociétés serait probablement réduit du fait d'une codification de celle-ci et son régime serait frappé d'une rigidité contraire à la souplesse dont ont besoin les juges du fonds pour décider d'appliquer ou non cette théorie. Toutefois, une codification de la théorie de la fictivité permettrait de réduire définitivement le recours à la nullité des sociétés et de ne plus laisser aux juges d'alternative entre nullité et fictivité. L'arrêt dit "Kreditanstalt"¹⁶²² pourrait illustrer notre propos. La Cour de cassation confirme la nullité d'une société par actions au motif de sa fictivité. La fictivité fondée sur l'absence de réalité appliquant le faisceau d'indices suivants : absence d'*affectio societatis* et absence d'apports car le deuxième associé n'est qu'un prête-nom, absence de réalité de l'entreprise soi-disant hébergée par la société, absence de structure pour fonctionner. Pourtant, le droit communautaire ne reconnaît pas ce motif à la nullité d'une société par actions. Une fois la société déclarée fictive, l'effet de l'inopposabilité de sa personne morale n'aurait pas permis à la Cour de cassation de confirmer l'existence et l'opposabilité de la sûreté réelle consentie par cette société fictive. Si l'objectif était, suite à la confirmation de l'existence de la sûreté réelle (ce qui est possible si la société est simplement déclarée fictive sans que sa nullité soit prononcée), d'obtenir le remboursement de celle-ci, l'inopposabilité de la personne morale aurait pu permettre de mettre en œuvre la responsabilité financière de son associé majoritaire exploitant le navire. Nous voyons dans cet arrêt la correction d'une erreur de la Cour d'appel qui a considéré que la nullité de la société fictive était rétroactive (sur le moyen unique pris en ces deuxième et cinquième branches ; base légale de l'article 1844-15 du Code civil). Néanmoins, nous sommes d'avis que la Cour de cassation n'aurait pas dû confirmer la fictivité de la société dans la mesure où il n'y a ni fraude ni simulation avérées et où les activités de propriétaire de navire et d'exploitant de navire sont fréquemment hébergées par des sociétés distinctes sans que cette distinction ne soit contraire à l'ordre public en gênant les créanciers (tout comme il n'est pas illicite d'héberger la propriété d'un bien immobilier et l'exploitation de celui au sein de deux sociétés ; ces deux sociétés sont "juridiquement étrangères l'une à l'autre" et "la communauté d'intérêts entre deux sociétés n'est pas à elle seule le signe d'une fictivité ou d'une confusion des patrimoines" (qui nous semble être relevé dans la décision dite "Kreditanstalt"). Nous partageons le point de vue de ces auteurs pour qui, "fort heureusement, elle [la dérive des juges du fond de contester la légitimité de la dissociation de l'immeuble et de son exploitation] a été censurée à plusieurs reprises par la Chambre commerciale de la Cour de cassation"¹⁶²³. Il ne semble pas ressortir de l'arrêt dit "Kreditanstalt" que la société déclarée fictive ait eu pour but unique de protéger le patrimoine des associés, but constituant une cause illicite et entraînant "une gêne pour les créanciers" et

¹⁶²² Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 juin 1999, n°1285P, Société Kreditanstalt für Wiederaufbau contre Société Interpac Holding Limited (conseiller rapporteur Rémy), Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} octobre 1999, n°10, page 978.

¹⁶²³ Voir notamment la décision de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 mai 2005, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 10/2005, n°1113, citée dans COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, pages 94 et 95, point 168.

une "perte d'utilité pour le corps social" et constitutif d'un acte "contraire à l'ordre public"¹⁶²⁴. Nous sommes d'avis que la fictivité de cette société ne pourrait être confirmée ni en application de sa réalité technique ni de sa réalité fonctionnelle¹⁶²⁵. Dans le cas de la réalité technique, l'absence d'autonomie de cette société ne peut résulter du simple fait qu'elle est une filiale quasiment à 100% de la société qui exploite le navire et qu'elle ne dispose pas d'une structure pour fonctionner (l'activité d'être propriétaire de navires ne nécessite pas une structure de fonctionnement permanente). En outre, l'absence d'*affectio societatis* ne peut résulter du fait que le deuxième associé détient 0,01% du capital social en qualité de prête-nom car l'associé majoritaire a voulu instituer une filiale. Dans le cas de la réalité fonctionnelle, l'absence d'exploitation de l'entreprise ne peut résulter du fait que la société n'est que propriétaire du navire sans avoir une structure indépendante permettant de faire fonctionner cette activité. De surcroît, le fait que cette société soit propriétaire de plusieurs navires (cinq selon l'arrêt discuté ici) constitue un indice de la réalité de l'entreprise qui est d'être propriétaire de navires et de les faire exploiter par une ou plusieurs autres sociétés.

¹⁶²⁴ Citations extraites de COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12, §17.

¹⁶²⁵ Distinction exprimée par COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12, §8.

Section 2. La dissolution administrative, l'absence d'intervention de l'État par l'encadrement professionnel de la dissolution

795. Le succès de la *Company* tient beaucoup à la simplicité de son immatriculation et à la simplicité de sa structure. Nous sommes d'avis que le succès de la *Company* tient également à la simplicité de la dissolution combinant rapidité et simplicité pour les acteurs de la *Company* et sécurité juridique pour les tiers du fait du contrôle exercé par l'auditeur.
796. Le droit hongkongais des sociétés assume le choix de ne pas prévoir l'annulation des *Companies* en offrant une porte de sortie aux *members*, celle de la procédure administrative de dissolution de la *Company*. Une fois la *Company* immatriculée, les *members* ne peuvent plus faire marche arrière. Le droit hongkongais offre néanmoins une porte de sortie qui permet aux *members* de décider à l'amiable et pour quelque raison que ce soit la dissolution de leur *Company*. Cette dissolution à l'amiable décidée par les *members* et mise en œuvre par les *directors* est une réponse simple, pragmatique et efficace au besoin de souplesse en vue de promouvoir l'efficacité économique. Cette dissolution constitue une caractéristique de la *Company* étant donné qu'en cas d'insuccès de l'entreprise il est facile et rapide de la dissoudre.
797. En comparant une SARL ou une SAS unipersonnelle à une EIRL, l'avantage d'instituer une société pourrait être la simplicité et la rapidité de son immatriculation. Mais, en droit français, le prononcé de la dissolution nécessite une période au cours de laquelle vont intervenir plusieurs opérations (dissolution, liquidation puis radiation), plusieurs intervenants dont souvent le Tribunal de commerce, voire plusieurs procédures. Ainsi, la procédure de dissolution peut durer plusieurs années. Nous nous posons alors la question de l'attrait de l'institution d'une SARL ou d'une SAS unipersonnelle dotée de la personnalité juridique instituée en une journée si sa dissolution, sa liquidation et sa radiation prennent plusieurs années. Le droit hongkongais propose ici une inspiration : le moyen de la dissolution d'une *Company* par désenregistrement sans liquidation présente de nombreux avantages dont celui de laisser réellement aux *members* le choix de dissoudre leur *Company*. Nous présenterons donc la dissolution d'une *Company* (§1) avant de comparer cette procédure aux procédures françaises et d'en proposer des simplifications (§2).

§1. La dissolution administrative de la *Company*, une procédure autonome et indépendante de l'autorité judiciaire

798. Parmi les moyens de dissolution administrative, celui du désenregistrement représente le moyen le plus simple, le plus rapide et le plus sûr de dissoudre une *Company* à partir du moment où tous les *members* sont d'accord sur la dissolution de ladite *Company*. Ce moyen présente tellement d'avantages que la réforme de la *Companies Ordinance* entrée en vigueur le 3 mars 2014 a étendu ce moyen au *company with liability limited by guarantee*. Le désenregistrement d'une *Company* est encadrée par les sections 749 à 751 de l'Ordonnance. Nous verrons tout d'abord les spécificités de la notion de désenregistrement (A) avant d'en étudier le régime (B).

A. La notion de désenregistrement d'une *Company*

799. Le désenregistrement d'une *Company* est un des trois moyens d'obtenir la dissolution d'une *Company* sans avoir recours à une confirmation judiciaire (1) et il se distingue des deux autres moyens de dissolution administrative d'une *Company* par la maîtrise de la procédure exercée par la *Company* (2).

1. La dissolution administrative d'une *Company*, la dissolution préférée à la dissolution judiciaire

800. La *Company* continue d'exister et d'être dotée de la personnalité morale jusqu'à sa dissolution. Il n'existe pas de distinction comme en droit français entre la dissolution ayant pour effet de faire disparaître la société et la liquidation ayant pour effet de faire disparaître la personne morale. En droit hongkongais, la *Company* est dotée de tous ses caractères essentiels jusqu'à la date de sa dissolution¹⁶²⁶. Cette date de dissolution correspond au jour de la publication effectuée sous la responsabilité du *Companies Registry* dans la gazette de la dénomination sociale de la *Company* dissoute ou au jour du jugement de dissolution prononcé par les tribunaux. Cette date de la dissolution de la *Company* est la date à laquelle celle-ci cesse d'exister pour les acteurs (ses *members* et *officers* cessent d'en constituer les organes) et pour les tiers ; la *Company* n'est plus dotée de la personnalité morale ni d'un siège social. Ainsi, les *directors* de la *Company* sont tenus d'assurer leurs fonctions jusqu'à la date de la dissolution et de veiller au bon fonctionnement de la vie sociale de la *Company* jusqu'à cette date (notamment par le maintien du siège social et du mandat du *company secretary*). La procédure de liquidation, s'il y en a une, précède la dissolution de la *Company*. Pendant toute la période de liquidation, la *Company* continue d'exister et continue d'être dotée de la personnalité morale et de bénéficier d'une capacité générale pour agir. Les deux différences majeures pour la *Company* entre la période qui précède et celle qui suit la date de mise en liquidation sont la cessation de toutes les activités commerciales (sauf celles qui seraient utiles à la procédure de liquidation) et la répartition des pouvoirs de gestion entre le liquidateur et les *directors* (le liquidateur dispose du pouvoir de gérer toutes les affaires commerciales et financières et contractuelles de la *Company* alors que les *directors* continuent d'assumer la responsabilité de maintenir la structure légale de la *Company*). Il est intéressant de noter que le droit français des sociétés suit le raisonnement applicable au divorce : le divorce des époux est prononcé et la communauté des biens est ensuite liquidée conformément aux règles applicables (que ce soient les règles de droit commun ou celles nées de la signature d'un contrat de mariage). Or, cette symétrie n'est pas forcément pertinente dans le cas d'une société, comme nous avons pu le voir lors de l'étude des procédures de déclaration en nullité de sociétés fictives où la société disparaît au jour du prononcé de la nullité et de la dissolution et que la personne morale demeure pour les besoins de la liquidation alors même que le but de la qualification d'une société fictive est de pouvoir faire abstraction de la personnalité morale pour pouvoir engager la responsabilité du réel maître de l'affaire¹⁶²⁷. C'est alors que la théorie *lifting the corporate veil* nous paraît être plus pertinente car elle ne fait disparaître ni la *Company* ni sa personnalité morale qui forment un tout jusqu'à la dissolution de la *Company*. Le droit français des sociétés nous semble faire disparaître prématurément la société ou ses composantes alors que celles-ci pourraient être utiles. L'unité composée par la *Company* et sa personnalité morale du jour de son immatriculation à celui de sa dissolution pourrait être un modèle pour la société et ses composantes afin de limiter les constructions abstraites visant à maintenir artificiellement telles ou telles composantes dans l'attente du prononcé d'une dissolution ou d'une liquidation.
801. Nous avons choisi de qualifier d'administrative ce moyen de dissoudre une *Company* dans la mesure où les tribunaux ne sont absolument pas impliqués dans cette procédure de dissolution. La première ligne de séparation entre les moyens de dissoudre une *Company* est l'intervention ou non des tribunaux. Les tribunaux ne jouent un rôle dans la dissolution d'une

¹⁶²⁶ Section 231 de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)* dans le cas d'une procédure de "Voluntary Winding Up".

¹⁶²⁷ COMANGES L., Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12, point 14.

Company que dans la mesure où ils ont été saisis par la *Company* elle-même, par ses *members*, par ses *créanciers* ou par le *Companies Registry* pour au moins un des motifs listés à l'article 177 de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*. Ces motifs sont très variés et regroupent aussi bien une dissolution-sanction obtenue sur demande du *Companies Registry*¹⁶²⁸ ou par les tribunaux¹⁶²⁹ qu'une dissolution obtenue par les *members* ou les *créanciers*¹⁶³⁰ motivée par une situation financière au titre de laquelle la *Company* ne pouvait plus payer ses dettes¹⁶³¹ ou une dissolution-amiable décidée par les *members* de ladite *Company*¹⁶³². Contrairement à une dissolution administrative, la dissolution judiciaire entraîne un coût important pour celui qui ouvre la procédure car des frais fixes doivent être versés dès cette ouverture pour couvrir les frais des différents experts intervenant à la procédure. L'autre désavantage de la dissolution judiciaire comparée à la dissolution administrative est le respect, aussi bien pour la *Company*, ses *members* et *officers* que pour les *créanciers*, du calendrier des tribunaux et des convocations aux réunions successives avec les experts et les magistrats.

2. Les différents moyens de dissolution administrative d'une *Company*

802. Les moyens de dissolution administrative d'une *Company* sont au nombre de trois : la procédure de la radiation, celle de la dissolution volontaire et celle du désenregistrement. Les trois moyens de dissolution administrative présentent le point commun d'impliquer la cessation des activités commerciales de la *Company* : ces activités ont cessé avant la procédure de radiation ou de désenregistrement ; ces activités doivent cesser au jour du commencement de la procédure de dissolution volontaire, sauf celles qui sont nécessaires à ladite procédure. Ces trois moyens doivent être distingués de la procédure de mise en sommeil de la *Company*, qui n'a aucun impact sur son existence. Cette procédure de mise en sommeil d'une *Company*, dite "*dormant*", est applicable à une *Company* dont les activités commerciales sont suspendues pendant une durée indéterminée et elle a pour effet d'alléger les obligations légales administratives et financières de la *Company*¹⁶³³.
803. La procédure de la radiation, dite "*strike off*", est mise en œuvre par le *Companies Registry*. La première cause au titre de laquelle le *Companies Registry* dispose du pouvoir de radier une *Company* est que celle-ci n'a plus d'activité commerciale ou n'est plus opérationnelle¹⁶³⁴. Si le *Companies Registry* a des raisons de croire qu'une *Company* est dans cette situation, il peut envoyer une lettre par courrier à la *Company* à l'adresse de son siège social ou, à défaut d'adresse du siège social connue, à l'adresse connue d'un *officer* de la *Company* ou, à défaut d'adresse d'un *officer* connue, à l'adresse de tous les *members* renseignée auprès du *Companies Registry*. En présence d'une réponse confirmant cette situation ou en l'absence de réponse dans le délai d'un mois à compter de l'envoi de ladite lettre, le *Companies Registry* confirmera à la *Company* sa radiation par courrier et publiera un premier avis afférent à la radiation dans la gazette. Si aucune objection n'est levée pendant le délai de trois mois à compter de la publication dudit avis de radiation, le *Companies Registry* pourra publier un deuxième avis dit "de dissolution de la *Company*", qui sera dissoute à la date de la

¹⁶²⁸ Section 177 (1) (a) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

¹⁶²⁹ Section 177 (1) (f) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

¹⁶³⁰ Section 177 (2) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

¹⁶³¹ La définition de la notion au titre de laquelle la *Company* ne peut plus payer ses dettes "*unable to pay its debts*" est donnée par la section 178 de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

¹⁶³² Section 177 (1) (a) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

¹⁶³³ Sections 5, 447, 611 et 663 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. La *Company* est dispensée de tenir des Assemblées générales annuelles, de déposer son annual return chaque année auprès du *Companies Registry*, de nommer ou de maintenir le mandat d'un auditeur et de préparer des *financial statements*.

¹⁶³⁴ Sections 744 et 745 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

publication de ce deuxième avis¹⁶³⁵. Toutefois, si le *Companies Registry* a des raisons de croire qu'aucune des adresses de la *Company*, de ses *officers* ou de ses *members* n'est valable, il peut publier un avis de radiation de ladite *Company* dans la gazette et, si aucune objection n'est levée au cours du délai de trois mois à compter de la publication dudit avis de radiation, le *Companies Registry* pourra publier un avis de dissolution de la *Company* qui sera dissoute à la date de la publication de cet avis¹⁶³⁶. Une deuxième cause à la radiation d'une *Company* par le *Companies Registry* est la dissolution volontaire ou la dissolution judiciaire, que le *Companies Registry* ait la preuve de l'accomplissement de ces dissolutions jusqu'à leur terme ou que ces dissolutions aient été entamées et qu'elles aient été abandonnées en cours de route depuis plus de six mois¹⁶³⁷. La procédure sera similaire à celle de la procédure de radiation pour absence d'activité commerciale comprenant l'envoi d'une lettre informant la *Company* de sa radiation prochaine suivi de la publication d'un avis de dissolution dans la gazette au jour de laquelle la *Company* cesse d'exister. Dans l'éventualité où la *Company* radiée disposait d'un patrimoine, celui-ci devient la propriété du Gouvernement à compter du jour de la dissolution¹⁶³⁸. Ces deux procédures sont similaires dans la mesure où elles ne font intervenir ni de tribunaux ni de liquidateur professionnel. Toutefois, à la différence de la procédure de désenregistrement lancée par la *Company*, la procédure de radiation est prise à l'initiative du *Companies Registry*.

804. La procédure de dissolution volontaire est mise en œuvre par les *members* ou par la *Company*. Cette procédure n'a pas été intégrée dans l'Ordonnance contrairement aux autres procédures de dissolution administrative. Elle demeure encadrée par la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*. Quatre motifs sont énumérés à la section 228 (1) de ladite *Ordinance* : (i) les *members* confirment la dissolution de la *Company* conformément aux *articles*, que cette dissolution volontaire soit justifiée par l'arrivée du terme prévu ou par l'occurrence d'un événement mentionné dans les *articles* comme un événement déclenchant la dissolution volontaire de la *Company* ; (ii) les *members* décident la dissolution volontaire de la *Company* par une décision spéciale ; (iii) les *members* décident la dissolution volontaire de la *Company* par une décision spéciale constatant que la *Company* ne peut continuer ses activités commerciales étant donné son passif financier ; (iv) le *director* ou la majorité des *directors* de la *Company* décide de déposer au *Companies Registry* un procès-verbal de dissolution volontaire constatant que la *Company* ne peut continuer ses activités commerciales étant donné son passif financier. L'élément déterminant qui permet de différencier les deux branches de cette procédure de dissolution volontaire est la production par le ou les *directors* d'une déclaration de solvabilité¹⁶³⁹ de la *Company* ; en présence de cette déclaration signée par les *directors*, la *Company* devrait être capable d'honorer ses créances dans le délai de douze mois à compter de l'ouverture de la procédure, il s'agit d'une procédure dite "*members' voluntary winding up*" alors qu'en l'absence de cette déclaration, les *directors* jugent que la *Company* ne sera pas capable d'honorer toutes ses créances et qu'elle ne peut continuer ses activités commerciales, il s'agit d'une procédure dite "*creditors' voluntary winding up*" où les créanciers sont impliqués. Cette procédure de la dissolution volontaire prévoit la nomination d'un liquidateur : dans la première, les *members* nomment seuls le liquidateur sur proposition des *directors* ; dans la seconde, les créanciers confirment la nomination du liquidateur par les *members* sur proposition des *directors* ou peuvent proposer un autre liquidateur et leur proposition prévaut¹⁶⁴⁰. Dans ces deux branches de la procédure de dissolution volontaire, la dissolution de la *Company* intervient dans le

¹⁶³⁵ Section 746 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶³⁶ Section 746 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶³⁷ Section 747 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶³⁸ Section 752 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶³⁹ Section 233 de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

¹⁶⁴⁰ Section 242 de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*.

délai de trois mois à compter du dépôt du dossier de dissolution complet par le liquidateur auprès du *Companies Registry*¹⁶⁴¹. Cette procédure de la dissolution volontaire reste entre les mains de la *Company*, des *members* et des créanciers, tout comme la procédure de désenregistrement, contrairement à la procédure de dissolution judiciaire. Contrairement à la procédure de désenregistrement, cette procédure de dissolution volontaire fait intervenir un liquidateur car les *members* peuvent ne pas être d'accord sur la répartition des actifs entre eux et l'intervention du liquidateur évite une procédure judiciaire ou car les *members* ont perdu intérêt à l'exploitation de l'entreprise et souhaite que celle-ci soit liquidée par un tiers et non par les *directors*.

805. Le désenregistrement constitue la dissolution administrative la plus simple. Contrairement aux deux autres moyens de dissolution administrative, son processus est entièrement décidé et maîtrisé par la *Company* et ses *members* et elle ne fait pas intervenir de liquidateur.

B. Le régime pragmatique du désenregistrement de la Company, l'application de la théorie du parallélisme des formes

806. Le régime du désenregistrement d'une *Company* est frappant par l'application d'un principe bien connu en droit français, celui du parallélisme des formes et notamment du parallélisme des formalités¹⁶⁴² étant donné que l'extension de la forme du premier acte juridique au second est imposée par la loi. L'acte modèle est celui de l'immatriculation de la *Company* et l'acte reflet est le désenregistrement de la *Company*¹⁶⁴³. L'acte reflet est ici un acte contraire à l'acte modèle dans la mesure où son effet est de dissoudre l'objet créé par l'acte modèle, la *Company*. L'identité entre la forme des deux actes est rigide et seul le laps de temps exigé par la procédure de dissolution administrative distingue la forme de l'acte reflet de l'acte modèle. La dissolution par désenregistrement ne fait intervenir que les *members* de la *Company* à qui appartient la décision de désenregistrer leur *Company* et ils contrôlent l'application de leur décision par les *directors* (tout comme les *members* sont à l'origine de l'immatriculation de celle-ci et encadre sa réalisation) (1). Les autorités fiscales et le *Companies Registry* sont les seules autorités intervenant dans le cadre de la procédure de désenregistrement et aucune de ces autorités n'effectue de contrôle sur les motifs qui ont animé ou animent les *members*¹⁶⁴⁴ (tout comme lors de l'immatriculation de la *Company*, seules les autorités fiscales et le *Companies Registry* interviennent et aucune d'elles n'effectue un contrôle d'opportunité de l'immatriculation de la *Company*) (2). La volonté des *members* et leur contrôle sur l'existence de leur *Company* priment sur les autres intérêts catégoriels en présence qui pourraient tout à fait être opposés. Cette procédure pourrait être une illustration du postulat idéologique de la

¹⁶⁴¹ Sections 239(4) et 248(4) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance* (Cap.32).

¹⁶⁴² BECQUE-ICKOWICZ Solange, "Le parallélisme des formes en droit privé", thèse publiée aux Éditions Panthéon Assas le 13 juillet 2004, ISBN 2-913397-57-3.

¹⁶⁴³ La *Companies Ordinance* (Cap.622) entrée en vigueur le 3 mars 2014 offre même une procédure administrative de restauration d'une *Company* dissoute par erreur. Le parallélisme des formalités est complet.

¹⁶⁴⁴ Cette absence de contrôle des motifs diffère de la procédure française : il est tout à fait possible que les *members* décident de dissoudre une société dont l'entreprise est florissante et dont les finances ne sont pas en périls contrairement à la position ancienne de la Cour de cassation "Mais attendu, d'une part, que, réfutant les allégations de Jacques Y..., l'arrêt énonce "que la situation actuelle de la société n'est ni désespérée, ni même compromise ; qu'au contraire, les bilans produits dans l'année 1954 font apparaître des bénéfices importants et une distribution de dividendes proportionnés et en augmentation chaque année, que la mésintelligence existant principalement entre les deux frères Y... n'a pas mis et ne met pas obstacle au fonctionnement de la société, dont les décisions ont toujours été prises à l'unanimité des voix, sauf celle de Jacques Y..., demandeur en dissolution; que l'opposition d'un seul, qui en prait avoir pour objet que de conserver à celui-ci son poste de directeur général, ne saurait conduire à prononcer la dissolution d'une société florissante, dont la gestion est approuvée par tous les autres actionnaires;", Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 mai 1960, Jacques Y... contre Frères Y..., décision publiés au bulletin, www.legifrance.fr

gouvernance. Toutefois, elle n'est applicable qu'aux *Companies* (et non aux *public companies* et *listed public companies*) qui hébergent plutôt des PME que de grandes entreprises multinationales qui ont inspirées à l'origine cette idéologie¹⁶⁴⁵.

1. Un régime simple maîtrisé entièrement par la *Company*

807. Tout d'abord, le désenregistrement a été codifié dans l'Ordonnance et n'est donc pas assimilé à une procédure de liquidation, ou "*winding up*", faisant intervenir un liquidateur et encadrée par la *Companies (Winding Up an Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*. Ainsi, le désenregistrement ne peut être engagé que si et seulement si la *Company* n'a jamais eu d'activité ou a cessé ses activités depuis plus de trois mois avant la décision d'engager le désenregistrement et si la *Company* n'a plus de créances commerciales ou fiscales. Ces deux conditions sont cumulatives et la responsabilité des *members* et des *officers* de la *Company* peut être engagée en cas de fausses déclarations ou de déclarations fallacieuses ou trompeuses à ces deux conditions.

Si la *Company* n'a jamais eu d'activité, celle-ci va simplement le confirmer dans le formulaire NDR1 (reproduit en annexe 7) dédié au dépôt de la demande d'enregistrement et l'obtention du quitus des autorités fiscales hongkongaises n'est qu'une formalité.

Si la *Company* a eu une activité et que celle-ci a cessé depuis au moins trois mois immédiatement avant le dépôt de la demande de désenregistrement auprès du *Companies Registry*, celle-ci va simplement l'indiquer dans le formulaire dédié au dépôt de la demande d'enregistrement. L'obtention du quitus des autorités fiscales hongkongaises est sujet au dépôt des derniers comptes annuels audités et approuvés par les *members* de la *Company* sur présentation des *directors* (ainsi, les *members* contrôlent efficacement le processus de désenregistrement). La préparation de ces derniers comptes annuels par l'auditeur permettra aux autorités fiscales d'imposer une dernière fois la *Company* et de délivrer le quitus après règlement de l'impôt sur les bénéfices éventuellement dû. Ladite préparation permettra également de confirmer que la *Company* et ses filiales éventuelles ne sont pas propriétaires de biens immobiliers sis sur le territoire de Hongkong, que la *Company* a réglé toutes ses créances et que la *Company* n'est pas engagée dans une procédure contentieuse. En conséquence, la procédure de désenregistrement vise à être sûre pour les acteurs de la *Company* mais aussi pour les tiers et les créanciers privés ou publics.

808. Ensuite, le désenregistrement ne peut être opéré pour une *public company*¹⁶⁴⁶ ni pour une *company* qui exploiterait des activités réglementées telles que des activités bancaires, d'assurance ou de gestion des cotisations retraites¹⁶⁴⁷.

809. Enfin, la demande de désenregistrement peut être librement demandée par la *Company*, ses *directors* ou ses *members* et déposée auprès du *Companies Registry*¹⁶⁴⁸. Toutefois, même si la procédure administrative peut être effectuée par la *Company*, ses *directors* ou ses *members*, ce sont les *members* qui décident d'opérer le désenregistrement de la *Company*¹⁶⁴⁹. La

¹⁶⁴⁵ COURET Alain, La structure juridique des entreprises (corporate governance), Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 339.

¹⁶⁴⁶ Section 749 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶⁴⁷ Section 749 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Il est intéressant de noter ici une communauté entre les activités qui ne peuvent pas être hébergées par une SARL (article L. 223-1 du Code de commerce) et les activités qui, hébergées par une *Company*, ne permettent pas à celle-ci de choisir pour la dissolution par le moyen du désenregistrement. L'application de la conception contractuelle du droit de l'*enabling law* est illustrée par cette remarque de comparaison : en droit hongkongais des sociétés, les limitations à la liberté d'entreprendre ne sont imposées que si elles sont justifiées selon un principe *a minima*.

¹⁶⁴⁸ Section 750 (1) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶⁴⁹ Section 750 (2) de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

décision de procéder au désenregistrement doit être adoptée à l'unanimité des *members* de la *Company* et les *articles* ne peuvent contrevenir à cette exigence de l'unanimité. Jusqu'au jour de la dissolution de la *Company*, les *members* demeurent libres de disposer de leurs parts sociales et une cession de parts sociales peut tout à fait être réalisée sans contrôle ou approbation préalable du *Companies Registry*, des autorités fiscales ou des *directors*.

2. Un régime n'exigeant pas de contrôle judiciaire ou de contrôle des motifs

810. À partir du jour où les *members* de la *Company* ont décidé de procéder à son désenregistrement par une décision votée à l'unanimité des *members* de la *Company* et que les *directors* ont cessé toutes les activités commerciales et ont réglé toutes les créances de la *Company*, aucune personne ou autorité ne peut contrôler les motifs du désenregistrement.
811. Si la *Company* a cessé ses activités, les autorités fiscales effectuent un contrôle visant à imposer au taux normal les bénéfices réalisés par la *Company* au titre de son dernier exercice social sur présentation des derniers comptes annuels préparés par l'auditeur. Les autorités fiscales n'effectuent aucun contrôle d'opportunité de la cessation des activités de la *Company*.
812. Le *Companies Registry* qui reçoit une demande de désenregistrement d'une *Company* doit¹⁶⁵⁰ publier dans la gazette un avis de désenregistrement de la *Company*, à moins que son contrôle sur les conditions de forme et de fond ne révèle un manquement aux conditions du désenregistrement et lui permette de surseoir à la publication dudit avis. Afin d'effectuer son contrôle sur ces conditions, le *Companies Registry* est habilité à demander à la *Company* des compléments d'information ou des documents supplémentaires¹⁶⁵¹. Aucune de ces conditions ne porte sur le contrôle des motifs du désenregistrement. Les conditions de forme¹⁶⁵² sont le dépôt du dossier complet contenant les documents suivants : le formulaire afférent à la demande de désenregistrement dûment complété et signé ; la somme correspondant au paiement des frais de désenregistrement¹⁶⁵³ ; la copie du quitus des autorités fiscales. Les conditions de fond¹⁶⁵⁴ sont celles que nous avons listées précédemment, auxquelles s'ajoute la désignation d'une personne physique habilitée par la *Company* à recevoir les avis relatifs au désenregistrement émis par le *Companies Registry*¹⁶⁵⁵ (il s'agit fréquemment du *company secretary* s'il s'agit d'une personne physique ou d'un *director*).
813. Le contrôle effectué par le *Companies Registry* est encadré de manière rigide et ne laisse à cette institution aucune liberté quant à effectuer un contrôle d'opportunité. De même, en l'absence d'objection au désenregistrement levée par un tiers, le *Companies Registry* est quasiment tenu de tirer les conséquences du désenregistrement en publiant l'avis de dissolution de la *Company*. En effet, la dissolution de la *Company* par désenregistrement est déclarée par le *Companies Registry* après l'écoulement d'une période de trois mois à compter de la publication de l'avis de désenregistrement et si aucune objection n'a été levée au cours de cette période de trois mois¹⁶⁵⁶. Le *Companies Registry* publie alors un avis de dissolution dans la gazette et doit adresser une copie de cet avis à la *Company* ou à la personne habilitée à recevoir cet avis conformément au formulaire de demande de désenregistrement¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁰ Section 751 (1) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁶⁵¹ Section 750 (5) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁶⁵² Section 750 (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁶⁵³ Au 24 mars 2015, ces frais s'élèvent à la somme de 420 Hong Kong Dollars, soit approximativement 40 euros.

¹⁶⁵⁴ Sections 750 (1), (2) et (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁶⁵⁵ Section 750 (4) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁶⁵⁶ Sections 751 (2) et (3) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁶⁵⁷ Sections 751 (4), (5) et (6) de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

§2. La simplification de la procédure de dissolution d'une SARL et d'une SAS sur décision des associés

814. La pertinence de notre argumentaire en faveur de la simplification des procédures de dissolution des SARL et des SAS repose notamment sur le constat suivant. En 2014¹⁶⁵⁸, 35.592 *Companies* ont été dissoutes suite à une procédure de désenregistrement alors que seules 1.160 ont été dissoutes par dissolution volontaire (*voluntary winding up*¹⁶⁵⁹) (889) et dissolution judiciaire (271). Il serait alors intéressant de pouvoir analyser les différentes notions de dissolution d'une SARL et d'une SAS afin d'identifier les éléments qui pourraient être simplifiés (A) avant d'étudier les moyens de la simplification du régime de la procédure menant à la dissolution qui pourrait se rapprocher le plus du désenregistrement (B).

A. La simplification des notions de dissolution, de liquidation et de radiation

815. La distinction la plus frappante entre les notions de dissolution et de liquidation et de radiation entre Hongkong et la France est leur déroulement chronologique (1). À Hongkong, il y a fréquemment dissolution sans liquidation, ce qui est le cas de la dissolution par désenregistrement. S'il y a liquidation à Hongkong, elle est antérieure à la dissolution de la *Company* et elle est dispensée de tout contrôle judiciaire dans 75% des cas de dissolution par liquidation. La dissolution et la radiation sont concomitantes, c'est-à-dire que la *Company* cesse d'exister au jour de sa dissolution qui correspond au jour de sa radiation du registre par le *Companies Registry*. La deuxième différence tient au fait que la dissolution légale d'une SARL ou d'une SAS ne peut être motivée sur la cessation de l'activité commerciale (2).

1. Le chassé-croisé des notions se rapportant à la cessation de la SARL et de la SAS

816. Les trois notions de dissolution, de liquidation et de radiation sont bien distinctes et elles évoquent trois événements successifs : dissolution de la société, liquidation de la personne morale, radiation de la société du Registre du commerce et des sociétés.

817. Ces trois notions semblent opérer un chassé-croisé chronologique. Tout d'abord, la société instituée sous la forme d'une SARL ou d'une SAS est dissoute à la date de sa dissolution pour un des motifs listés à l'article 1844-7 du Code civil ou par un motif qui lui est spécifique. Ensuite, la personne morale continue d'exister malgré cette dissolution pour les besoins de la liquidation et la personne morale est liquidée au jour de la clôture de la liquidation. Puis la société est radiée du Registre du commerce et des sociétés seulement après la clôture de la liquidation mais elle peut aussi être radiée d'office dans le délai de trois ans, ou de tout autre délai statutaire (ce qui n'est pas forcément simple pour le greffier), à compter de la mention au registre de sa dissolution¹⁶⁶⁰. Enfin, la personne morale peut survivre à la radiation¹⁶⁶¹. Le droit hongkongais n'opère pas la dissolution de la *Company* dans le même ordre chronologique : la *Company* dotée de la personnalité morale ne peut être dissoute sans que la

¹⁶⁵⁸ En 2014, 57.820 *Companies* ont été dissoutes, 25.592 par désenregistrement, 21.059 par "striking off", 1.160 par liquidation et 9 par un autre moyen.

Source du 27 mars 2015 : http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_04.htm

¹⁶⁵⁹ En 2014, le ratio entre le nombre de "members' voluntary winding up" et de "creditors' voluntary winding up" est le suivant : 1.086 "members' voluntary winding up" sont en cours contre 680 "creditors' voluntary winding up". Source du 27 mars 2015 : http://www.cr.gov.hk/en/statistics/statistics_05.htm

¹⁶⁶⁰ Article R. 123-131 du Code de commerce.

¹⁶⁶¹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 février 2001, JurisData n°2001-008283, JCP E 2001, page 687 ; Cour d'appel de Paris, 13 septembre 1994, JCP E 1995, II 655, note BONNNEAU Th.

liquidation ait été effectuée puis clôturée¹⁶⁶². Le droit hongkongais ne distingue pas l'extinction de la *Company* et de sa personnalité morale ; il n'en a pas besoin car la dissolution de la *Company* dotée de sa personnalité morale est la finalité du processus de dissolution administrative ou de dissolution judiciaire. Dans le cas d'une dissolution-sanction décidée d'office par le *Companies Registry* et en l'absence d'objection levée dans le délai imparti¹⁶⁶³, il n'y a pas liquidation étant donné que les biens de la *Company* tombent dans l'escarcelle du Gouvernement.

818. Ces trois notions semblent également opérer un chassé-croisé quant à leur objet. Les notions de dissolution et de liquidation sont distinguées en ce qu'elles renvoient à deux objets différents : la dissolution concerne la société et la liquidation concerne la personnalité morale de la société dissoute¹⁶⁶⁴ et la radiation concerne de nouveau la société pourtant dissoute.

Au jour de la dissolution, la SARL ou la SAS et ses organes cessent d'exister. Les représentants légaux ne peuvent plus avoir de mandat¹⁶⁶⁵, sauf dans le cas d'une liquidation judiciaire où les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou de l'Assemblée générale, en vertu de l'article L. 641-9 du Code de commerce. Les associés devraient "retour[ner] à l'état indépendant"¹⁶⁶⁶ et ne devraient plus être propriétaire de parts sociales d'une société dissoute ; or, cet effet n'est pas réalisé dans la mesure où les parts sociales peuvent être cédées. Le siège social ne peut plus être à l'adresse de la société dissoute. Toutefois, les fonctions du commissaire aux comptes, s'il y en a un, ne sont pas terminées à la date de la dissolution¹⁶⁶⁷. Les contenus de ces trois notions constituent un enchevêtrement de règles et d'exceptions et de tempéraments permettant que, malgré sa dissolution, la société existe encore par certains aspects. Il serait très étonnant pour un praticien hongkongais¹⁶⁶⁸ de constater que le droit français dissout une société et qu'ensuite la dénomination sociale de la société pourtant dissoute est suivie de la mention "société en liquidation"¹⁶⁶⁹.

Contrairement au droit hongkongais en vertu duquel la liquidation de la *Company* précède sa dissolution, la liquidation d'une SARL ou d'une SAS suit la dissolution de la société. Il nous semble que cette logique puisse être compréhensible par certains aspects : dans les

¹⁶⁶² Cette chronologie hongkongaise a récemment été adoptée par le droit français lors de l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 de la nouvelle formulation de l'article 1844-7, 7^o du Code civil indiquant que "La société prend fin : 7^o par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif." Ordonnance n^o2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (Journal officiel de la République française du 14 mars 2014, page 5249).

¹⁶⁶³ À cet égard, dans le cas où un ancien *member* ou un ancien *director* ou un créancier d'une *Company* dissoute par une décision du *Companies Registry* souhaiterait faire valoir ses droits, une action en *restoration* est ouverte auprès du *Companies Registry* et des tribunaux et, si le *Companies Registry* ou les tribunaux font droit à la demande en *restoration*, la *Company* est considérée n'avoir jamais été dissoute et est remise dans la situation où elle se trouvait à la veille de sa dissolution, dotée de la personnalité morale. Sections 760 à 773 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁶⁶⁴ Cette dichotomie des notions de dissolution et de liquidation et de leur objet peut être tirée de la lecture des articles suivants : articles 1844-7 et 1844-8 du Code civil ; article L. 237-2 du Code de commerce ; article 1844-5 du Code civil au titre de l'alinéa 3 qui dispose qu' "il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition" de trente jours courant à compter de la publication de la dissolution de la société.

¹⁶⁶⁵ Article L. 237-15 du Code de commerce.

¹⁶⁶⁶ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 261, point 462.

¹⁶⁶⁷ Article L. 237-16 du Code de commerce.

¹⁶⁶⁸ La section 280 (1) de la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)* dispose également que chaque document émis par une *Company* sujette à une procédure de dissolution par *voluntary* ou *compulsory winding up* mentionne "the Company is being wound up" (ou tout autre mention équivalente) ; or, la *Company* n'est pas dissoute au jour de la décision de l'ouverture d'une telle procédure. La responsabilité de la *Company* et de ses *officers (directors et liquidators)* peut alors être engagée et une sanction financière appliquée.

¹⁶⁶⁹ Alinéa 1 de l'article L. 237-2 du Code de commerce.

situations où la fin de la SARL ou de la SAS tombe de plein droit, les associés peuvent ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour effectuer les derniers comptes annuels avant la fin automatique de leur SARL ou SAS, d'autant plus que les derniers comptes annuels devraient théoriquement être clôturés au jour de cette fin automatique. En outre, nous partageons l'idée selon laquelle il doit exister un événement déclencheur de la période de liquidation. C'est dans cette situation que les notions de dissolution et de radiation pourraient être reconsidérées. Au lieu de constater la dissolution de la SARL ou de la SAS au jour de l'événement déclencheur, la SARL ou la SAS pourrait voter une décision de dissolution ou de mise en liquidation précisant le motif de celle-ci et la date de l'événement déclencheur. Cette décision pourrait tout à fait être irréversible (comme la décision des associés de dissoudre volontairement et de manière anticipée la SARL ou la SAS) et ouvrirait alors la période de liquidation au cours de laquelle la société existerait toujours dotée de sa personnalité morale et serait en attente d'être dissoute. Comme en l'état de la procédure actuelle où la dissolution de la société doit faire l'objet d'une publicité¹⁶⁷⁰, cette décision devrait faire l'objet de cette publicité à la place de la dissolution de la SARL ou de la SAS afin de donner une chance à tous les créanciers qui pourraient être malheureusement oubliés pendant la liquidation de se manifester. À la clôture de la période de liquidation, la SARL ou la SAS serait effectivement dissoute par une décision des associés, charge ensuite à ceux-ci ou au liquidateur d'effectuer la publicité de la dissolution de la SARL ou de la SAS entraînant alors sa radiation. Liquidation, dissolution et radiation constituent bien trois étapes et cette succession permet d'éviter le découpage artificiel de la société où certains éléments sont conservés et pas d'autres au gré des besoins de la cause. La mention de "société en liquidation" est alors beaucoup plus juste par rapport à la réalité de l'existence de la société, qui n'est pas maintenue artificiellement. La période entre dissolution de la société et radiation opposables aux tiers est ainsi raccourcie assurant une meilleure sûreté juridique. Il serait même envisageable, comme en droit hongkongais, que la dissolution de la SARL ou de la SAS et l'opposabilité de celle-ci aux tiers soient concomitantes car la dissolution de la société n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publicité au Registre du commerce et des sociétés¹⁶⁷¹.

819. Il serait simple de pouvoir dissoudre, clôturer la liquidation voire radier le même jour ou, tout du moins, dissoudre et clôturer la liquidation le même jour et radier dans les jours qui suivent. Cependant, cette possibilité de procédure ramassée dans le temps a été éprouvée et même si elle ne constitue pas une fraude aux créanciers¹⁶⁷², le respect des deux étapes successives de la procédure est impératif pour garantir une information aux tiers. Les associés ne peuvent le même jour dans une même décision dissoudre et liquider leur SARL¹⁶⁷³. Si l'ouverture de la période de liquidation était préalable à la dissolution de la société qui ne serait déclarée et qui ne produirait ses effets qu'à la clôture de la liquidation, il serait possible d'envisager que la clôture de la liquidation et la dissolution fasse l'objet d'une même décision des associés de SARL ou de SAS.

¹⁶⁷⁰ Une curiosité de ce chassé-croisé des notions et de leurs effets : les pouvoirs des gestionnaires prennent fin à compter de la décision de justice déclarant la liquidation de la société ou de la dissolution de la société (article L 237-15 du Code de commerce) ; les formalités de publicité sont effectuées à la diligence et sous la responsabilité des représentants légaux des sociétés (article R. 210-18 du Code de commerce) ; or, il est possible qu'il existe une période grise au cours de laquelle les gestionnaires n'ont plus de pouvoirs et le liquidateur n'est toujours pas nommé.

¹⁶⁷¹ Alinéa 3 de l'article L. 237-2 du Code de commerce.

¹⁶⁷² Cour d'appel de Paris, 1^{er} juillet 2010, n°08-05389, Bulletin Joly Sociétés 2010, §188, page 866, note RUBELLIN P.

¹⁶⁷³ Cour d'appel de Lyon, 13 juin 1997, JCP E 1998, page 421, note GARNIER Th., référence extraite de COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 279, point 501.

2. L'absence de dissolution légale d'une SARL ou d'une SAS motivée par la cessation de l'activité commerciale, une grande différence entre Hongkong et la France

820. Les motifs de la dissolution d'une SARL et d'une SAS sont quasiment tous communs. Ils sont au nombre de dix pour la SAS et de douze pour la SARL (les deux derniers motifs cités ci-dessous sont uniquement applicables à la SARL).

- Par dissolution de plein droit, l'arrivée du terme entraîne la dissolution automatique de la SARL et de la SAS en vertu de l'article 1844-7, 1° du Code civil et de l'article 1844-6 du Code civil. Ce cas de dissolution est par essence peu fréquent et pourrait même être d'autant plus rare si le droit français permettait d'instituer une SARL ou une SAS sans terme.
- Par dissolution de plein droit, l'extinction ou la réalisation de l'objet entraîne la dissolution automatique de la SARL et de la SAS en vertu de l'article 1844-7, 2° du Code civil. Ce cas de dissolution est également peu fréquent et pourrait être utilisé de manière encore plus sporadique si le droit français autorisait l'institution de société sans objet social.
- Par décision judiciaire, l'annulation du contrat de société entraîne la dissolution de la SARL et de la SAS en vertu des articles 1844-7, 3° et 1844-15 du Code civil et L. 235-10 du Code de commerce. Sous l'influence du droit communautaire et comme nous l'avons précédemment décrit, ce moyen à la dissolution des SARL et des SAS est réduit à très peu de cas et l'évolution du droit des sociétés vise à ne plus permettre le prononcé de la nullité de ces deux formes de société.
- Par décision des associés, la dissolution anticipée volontaire décidée en vertu de l'article 1844-7, 4° du Code civil et cette décision est irréversible en vertu de l'article 1844-8 du Code civil. Ce moyen pourrait être encouragé du fait de la faible portée des autres moyens de dissolution ouverts à l'initiative des associés et en l'absence de clause statutaire mentionnée dans les statuts.
- Par décision judiciaire, la dissolution de la SARL et de la SAS est prononcée pour justes motifs sur requête d'un associé ayant un intérêt légitime à la dissolution en vertu de l'article 1844-7, 5° du Code civil.
- Par décision de l'associé, devenu associé unique d'une SARL et d'une SAS suite à la réunion de toutes les parts sociales entre ses mains, qui peut prononcer la dissolution de la société en vertu de l'interprétation *a contrario* des articles L. 223-4¹⁶⁷⁴ et L. 227-4¹⁶⁷⁵ du Code de commerce combinée à l'article 1844-5 du Code civil et en application de l'article R. 210-14 du Code de commerce.
- Par décision judiciaire, le jugement clôturant¹⁶⁷⁶ la liquidation judiciaire d'une SARL ou d'une SAS pour insuffisance d'actif entraîne automatiquement la dissolution de celle-ci en vertu de l'article 1844-7, 7° du Code civil.

¹⁶⁷⁴ Cour d'appel de Rouen, 22 juin 2000, Bulletin Joly Sociétés, 2001, § 76, page 290, note DAIGRE Jean-Jacques.

¹⁶⁷⁵ Bien que n'ayant pas reçu de confirmation jurisprudentielle, il est réaliste d'imaginer que la solution retenue par la Cour de d'appel de Rouen pour une SARL puisse être retenue pour une SAS dans la mesure où les dispositions des deux articles du Code de commerce applicables en la matière sont identiques.

¹⁶⁷⁶ L'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (Journal officiel de la République française du 14 mars 2014, page 5249) et le décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour son application ont modifié le 7° de l'article 1844-7 du Code civil à compter du 1^{er} juillet 2014 ; la dissolution de la SARL et de la SAS est postérieure à la liquidation, ce qui nous semble répondre à une chronologie plus pertinente au vu des besoins de la procédure de liquidation et de la pertinence de conserver la société tout au long de celle-ci.

- Par décision des associés, une clause statutaire organisant la dissolution de la SARL ou de la SAS en fonction de la survenance d'un événement spécifique prévu et confirmé en vertu de l'article 1844-7, 8° du Code civil (le décès d'un associé peut être une cause de dissolution si cette cause est indiquée dans les statuts en vertu de l'article L. 223-41 du Code de commerce).
- Par décision judiciaire, un délit ou un crime peut être sanctionné par "la dissolution, lorsque la personne morale a été créé ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés" article 131-39 du Code pénal.
- Par décision des associés ou par décision judiciaire consécutive au défaut de régularisation de la situation de la SARL et de la SAS si "du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social" en vertu de l'article L. 223-42 du Code de commerce pour la SARL et de l'article L. 225-248 sur renvoi de l'alinéa 3 de l'article L 227-1 du Code de commerce pour la SAS.
- Par dissolution de plein droit, le dépassement du nombre de cent associés entraîne la dissolution automatique de la SARL à défaut de régularisation en vertu de l'article L. 223-3 du Code de commerce.

821. Parmi ces motifs à la dissolution des SARL et SAS, il est possible de dégager trois catégories de moyens : les dissolutions de plein droit, les dissolutions décidées par les associés et les dissolutions judiciaires.

La première catégorie est curieuse par son incertitude. Cette incertitude réside dans la date certaine de la dissolution (notamment dans le cas de la réalisation ou de l'extinction de l'objet) et dans la procédure à mettre en œuvre. En l'absence de mention dans les statuts, la loi est assez silencieuse sur les étapes à suivre sauf à ce que "La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit"¹⁶⁷⁷. Nous nous demandons si une décision des associés est tout de même nécessaire à ces dissolutions de plein droit ou si la publicité du document prouvant la dissolution est suffisante¹⁶⁷⁸. Si les associés n'ouvrent pas la procédure de liquidation, nous imaginons que tout intéressé pourrait demander cette ouverture par une décision judiciaire. En l'absence de prise de décision des associés, le représentant légal pourrait être la personne à même d'engager la période de liquidation et à tirer les conséquences de la dissolution mais il n'est plus investi de pouvoir dans la SARL ou dans la SAS au jour de la dissolution de celle-ci. Il nous semble alors peu efficace qu'en réponse à une dissolution de plein droit (qui pourrait être d'une efficacité maximale), une intervention judiciaire soit nécessaire pour concrétiser la fin de vie de la SARL ou de la SAS. La SARL ou la SAS est dissoute ; il est à notre avis dommageable aux administrés de monopoliser les tribunaux alors que cette société dissoute n'a plus d'intérêt économique.

Les deux autres catégories se retrouvent en droit hongkongais même si leur taxinomie dans l'Ordonnance et dans la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)* est différente de celles des Codes civil et de commerce qui classent par motifs à la dissolution puis par forme de sociétés. La taxinomie hongkongaise légale est procédurale car elle procède de l'intervention ou non d'un liquidateur et de l'implication ou non des tribunaux dans le processus de dissolution et les motifs à la dissolution d'une *Company* par les tribunaux sont alors traités dans cette catégorie étant donné qu'il n'y a pas de contrôle des motifs dans le processus de dissolution en l'absence d'intervention judiciaire.

¹⁶⁷⁷ Article L. 237-2 du Code de commerce.

¹⁶⁷⁸ Publicité effectuée en application des articles R. 123-66 et R. 123-70 du Code de commerce.

822. Il serait surprenant pour un praticien hongkongais de se rendre compte que la cessation d'activité n'est pas une cause de dissolution d'une SARL ou d'une SAS. En cela qu'elle n'est pas une cause de dissolution automatique, le droit français est proche du droit hongkongais car ce dernier ne reconnaît pas de dissolution automatique ou de plein droit d'une *Company* dans ce cas de figure. La principale raison à cette absence de dissolution automatique réside probablement dans l'incertitude qui en découle comme nous l'avons présenté ci-dessus. Quelle est la date de la dissolution automatique ? Peut-elle être fixée avec certitude, c'est-à-dire sans contestation ? La dissolution doit être certaine et le moyen utilisé par le droit hongkongais pour s'assurer de cette certitude est double : la transcription par écrit de cette dissolution par la *Company* et par le *Companies Registry* et la publicité de cet écrit pour garantir son opposabilité et éviter une contestation postérieure à sa dissolution par un tiers créancier public ou privé. Le droit français est toutefois différent du droit hongkongais, qui reconnaît que la cessation d'activité est un des motifs principaux du désenregistrement de la *Company* ayant pour effet sa dissolution. Le droit français reconnaît la possibilité de l'ouverture d'une liquidation judiciaire aux personnes morales de droit privé après la cessation de leurs activités en vertu de l'article L. 640-3 du Code de commerce et la radiation comme conséquence de la cessation d'activité d'une société. Il nous semble qu'à la lecture du point 2° de l'article R. 123-129 du Code de commerce, le greffier ne peut radier d'office une personne morale au terme du délai d'un an après la mention au registre de la cessation totale d'activité car les SARL et les SAS peuvent faire l'objet d'une dissolution et que la deuxième partie de la phrase de ce point 2° nous semble être l'exception au principe de la radiation d'office (nous relevons que le terme de "personne morale pouvant faire l'objet d'une dissolution" pourrait porter à confusion car la société peut être dissoute). Cependant, l'article R. 123-130 du Code de commerce permet au juge commis à la surveillance du registre d'ordonner la radiation d'une SARL ou d'une SAS sur demande du greffier au motif que cette société a déposé une notification de cessation totale d'activité depuis plus de deux ans sans modification ni notification contraire depuis. Le jeu des articles R. 123-125¹⁶⁷⁹ et R. 123-136 du Code de commerce permet également de radier la SARL ou la SAS pour laquelle le greffier a des raisons de croire qu'elle a cessé totalement ses activités ; le délai est ici encore plus court que dans l'application de l'article R. 123-130 du Code de commerce car la radiation peut intervenir dans les trois mois de la mention de cessation totale d'activité d'office. Ainsi, la cessation d'activité peut entraîner une liquidation judiciaire ou une radiation et non une dissolution, ce qui alimente le chassé-croisé des notions. Pour certains auteurs, il apparaît qu'"Aucun principe ni aucun texte n'imposent de dissoudre et de liquider une société qui a cessé l'activité pour laquelle elle a été constituée."¹⁶⁸⁰, il serait alors imaginable de prévoir l'insertion d'une clause statutaire prévoyant expressément la cessation totale d'activité comme cause de dissolution de la SARL ou de la SAS en dehors de la réalisation ou l'extinction de l'objet sous couvert de l'application de l'article 1844-7, 8° du Code civil. Suite à la mise en œuvre de cette clause statutaire par une décision des associés, le dirigeant pourrait établir les comptes sociaux finaux en adoptant la date de la cessation d'activité déclarée par la société au Registre du commerce et des sociétés. Alternativement, les associés peuvent décider de la dissolution anticipée volontaire de leur SARL ou de leur SAS sur ce motif. Ces suppositions d'ajouter la cessation totale d'activités à la liste des motifs de la dissolution d'une SARL ou d'une SAS sont d'autant plus plausibles que la cessation totale d'activités doit faire l'objet

¹⁶⁷⁹ Nous voyons ici, avec le jeu de l'information du domiciliataire d'une SARL ou d'une SAS et de l'article R. 123-168 1° alinéa 3 du Code de commerce, l'intérêt que peut représenter pour les pouvoirs publics la domiciliation des sociétés. Le domiciliataire représente alors une source d'information sur les sociétés et leur situation et constitue un relais entre les autorités et les sociétés sur le modèle, mais dans une moindre mesure, du *company secretary*.

¹⁶⁸⁰ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, Droit des sociétés, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012, page 278, point 500.

d'une inscription modificative dans le mois de l'acte déclarant cette cessation¹⁶⁸¹ et qu'en conséquence, la dissolution de la société pourrait être tout à fait certaine et ne nécessiterait aucunement l'implication des tribunaux.

823. Étant donné que, contrairement au droit hongkongais, la cessation d'activités n'est pas un motif spécifique à la dissolution de la SARL ou de la SAS, nous allons envisager le régime de la dissolution sur décision des associés et de la liquidation de ces sociétés afin d'identifier les éléments qui pourraient permettre de simplifier cette procédure de liquidation à la lumière de la procédure de désenregistrement d'une *Company*.

B. La simplification du régime de dissolution et de liquidation sur décision des associés

824. Des articles 1844-7 du Code civil et L. 237-1 du Code de commerce, il nous semble que les associés pourraient disposer d'une grande liberté pour organiser la dissolution et la liquidation de leur SARL et de leur SAS. Au titre des motifs de la dissolution d'une société, l'article 1844-7 du Code civil énumère notamment la décision des associés et toute autre cause prévue par les statuts. Ces deux motifs laissent présager une grande liberté pour les associés de décider la dissolution pour toute cause que ce soit dont une cause non énumérée par la loi et une cause non prévue dans les statuts et de prévoir la dissolution pour toute cause insérée dans les statuts. L'article L. 237-1 du Code de commerce dispose que "Sous réserve des dispositions du présent chapitre, la liquidation des sociétés est réglée par les dispositions contenues dans les statuts". En conséquence, il pourrait être possible de proposer des éléments relatifs au régime de la dissolution (1) et de la liquidation (2) d'une SARL et d'une SAS permettant de limiter tant le temps, que les coûts et l'intervention des tribunaux sur le modèle du régime du désenregistrement de la *Company*.

1. L'adaptation du régime existant de la dissolution des SARL et SAS pour offrir souplesse et simplicité

825. Notre démarche de comparaison et d'analyse retient les moyens de dissolution d'une SARL et d'une SAS engagée par une décision des associés. Ces moyens sont au nombre de trois.

La dissolution anticipée volontaire¹⁶⁸² et irréversible¹⁶⁸³ est décidée par les associés¹⁶⁸⁴ d'une SARL et d'une SAS et il nous semble alors que toute cause à ce moyen de dissolution pourrait être licite étant donné qu'aucune limite n'est posée par les articles 1844-7 et 1844-8 du Code civil. Toutefois, la théorie de la fictivité de l'immatriculation de la SAS ou de la SARL pourrait être applicable à la dissolution de ces formes de sociétés. Une dissolution décidée par les associés afin d'empêcher l'engagement de leur responsabilité ou d'éviter à leur SARL ou SAS de faire face à leurs obligations ou à une procédure contentieuse pourrait faire l'objet d'une action entamée par tout intéressé (principalement un créancier) visant à empêcher cette dissolution fictive ou

¹⁶⁸¹ Articles R. 123-66 et R. 123-69 du Code de commerce.

¹⁶⁸² Article 1844-7, 4° du Code civil.

¹⁶⁸³ Article 1844-8 du Code civil.

¹⁶⁸⁴ Les associés peuvent, à tout moment, décider la dissolution anticipée de la société (article 1844-7, 4° du Code civil). Cette décision n'appartient qu'aux associés (Cour d'appel de Rouen, 14 avril 2004, n°02-372, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2005, n°39). Elle doit être prise à la majorité requise pour les modifications des statuts, majorité qui est différente selon chaque type de société. Pour une application à la dissolution d'une SARL confirmant l'exigence d'une décision prise à la majorité des trois-quarts du capital social, voir la décision de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 18 juin 1973, Agostini et autre contre dame Agostini, Revue des sociétés 1974, page 312, note HEMARD Joseph.

frauduleuse¹⁶⁸⁵. Ainsi, la cessation d'activité pourrait être une cause à ce moyen de dissolution. Ce moyen de dissolution se distingue du désenregistrement dans la mesure où les associés nomment un liquidateur. La procédure de désenregistrement est décidée par les *members* et est conduite par les *directors* de la *Company* qui instruisent l'auditeur pour préparer les derniers comptes annuels de la *Company* clos à la date de la cessation de l'activité de celle-ci. Une fois achevés, ces comptes annuels sont approuvés par les *members* sur présentation des *directors*. Une fois approuvés et confirmant que la *Company* n'a pas de dettes impayées, les *directors* engagent la phase administrative du désenregistrement pour obtenir le quitus de l'*Inland Revenue Department* puis la décision de désenregistrement du *Companies Registry*. Ainsi, la dissolution anticipée volontaire serait plus proche du moyen *members' voluntary winding up* permettant de dissoudre pour quelque motif que ce soit une *Company* solvable dans la mesure où ce moyen de dissolution de la *Company* résulte d'une décision des *members* et déclenche la nomination d'un liquidateur. Cependant, un liquidateur peut être le gérant de la SARL ou le président de la SAS. Dans le cas où les associés d'une SARL ou d'une SAS désignent le gérant ou le président en qualité de liquidateur, la dissolution volontaire anticipée motivée par la cessation d'activité pourrait ressembler au désenregistrement d'une *Company*. En outre, si les aspects comptables et financiers sont traités par le représentant légal de la SARL ou de la SAS en collaboration avec l'expert-comptable, cette procédure pourrait être fortement similaire au déroulement du désenregistrement d'une *Company*. Si les statuts prévoient que les associés peuvent motiver leur décision de dissoudre leur SARL ou leur SAS¹⁶⁸⁶ sur le fondement d'une cessation d'activité et que le gérant ou le président de cette société est désigné en qualité de liquidateur, ce moyen de dissolution peut être comparé au désenregistrement d'une *Company*.

La dissolution résultant de la décision de l'associé, devenu associé unique d'une SARL et d'une SAS suite à la réunion de toutes les parts sociales entre ses mains¹⁶⁸⁷, ne pourrait être comparée au désenregistrement d'une *Company* dans la mesure où, si ce moyen à la dissolution est retenu alors qu'il en dissimule un autre, celui de la cessation de l'activité de la société, tout intéressé pourrait déclencher une action visant à remettre en cause cette dissolution, notamment dans le cas où l'associé unique est une personne morale et que la dissolution intervient sans liquidation. Toutefois, la procédure attachée à la dissolution d'une SARL ou d'une SAS décidée par son associé unique au motif de la réunion des parts en une seule main est intéressante par sa simplicité : la dissolution d'une société peut être déclarée par son associé unique au greffe du Tribunal de commerce pour publication au Registre du commerce et des sociétés et celui-ci est alors le liquidateur de la société, sauf en cas de désignation d'une autre personne¹⁶⁸⁸. L'opposabilité de cette dissolution est effective au jour de l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales et de l'inscription modificative au Registre du commerce et des sociétés¹⁶⁸⁹. Cette procédure pourrait être plus avantageuse que la dissolution volontaire anticipée dans le cas où l'associé unique est une personne morale étant donné qu'une telle dissolution entraîne non

¹⁶⁸⁵ En exemple, est nul l'acte de dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle visant à échapper au débat sur son état éventuel de cessation de paiement et l'ouverture éventuelle d'une procédure collective subséquente, Cour d'appel de Paris, 19 mai 2011, n°10-08992, Bulletin Joly Sociétés 2011, §445, page 915, note COQUELET Marie-Laure. Autre exemple, la décision de dissolution anticipée d'une société en nom collectif prise par les associés peut être annulée si les associés ont été animés d'une intention frauduleuse commune, ce qui était le cas dans les faits ayant conduit à la décision de la Cour d'appel de Rouen, 14 octobre 1966, Kohler contre Criblez, Recueil Dalloz Sirey 1967, Jurisprudence, page 134

¹⁶⁸⁶ Article 1844-7, 8° du Code civil.

¹⁶⁸⁷ Articles L. 223-4 et L. 227-4 du Code de commerce combinée à l'article 1844-5 du Code civil et en application de l'article R. 210-14 du Code de commerce.

¹⁶⁸⁸ Article R. 210-14 du Code de commerce.

¹⁶⁸⁹ Article R. 123-70 du Code de commerce et article R. 210-14 du Code de commerce.

pas une liquidation mais la transmission universelle du patrimoine¹⁶⁹⁰ dans les trente jours de la publication de l'avis de dissolution dans le journal d'annonces légales et seul le droit d'enregistrement de 375 euros (ou 500 euros si le capital social de la société dissoute est supérieure à 225.000 euros) est dû au titre de l'assimilation de cette dissolution par transmission de patrimoine au régime fiscal des fusions et même le transfert de propriété des biens immobiliers n'est pas soumis aux droits d'enregistrement¹⁶⁹¹. Il semble que ce moyen de dissolution peut être mis en œuvre par l'associé unique à tout moment ; il est alors pertinent dans un groupe de constituer des filiales avec deux associés (dont au moins l'un est une personne morale) et engager ce moyen de dissolution au lieu d'une fusion pour laquelle la loi impose en principe la désignation d'un commissaire à la fusion et une procédure légèrement plus formaliste dans le but de protéger les associés minoritaires¹⁶⁹². La dissolution née de la décision des associés ou par décision judiciaire consécutive au défaut de régularisation de la situation de la SARL et de la SAS si "du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social"¹⁶⁹³ ne peut non plus être comparée au désenregistrement dans la mesure où ladite société n'a pas cessé son activité.

826. Le régime de ces dissolutions par décision des associés apporte de la simplicité à la fin de la SARL et de la SAS et cette simplicité nous semble tout aussi importante que la simplicité de l'institution d'une société. L'intervention des tribunaux pourrait être réduite et les associés pourraient être beaucoup plus autonomes dans la mesure où leur action est encadrée par des professionnels (experts-comptables dans les cas où la SARL ou la SAS serait solvable ou liquidateurs dans le cas où la SARL ou SAS pourrait rencontrer des problèmes de paiement des créanciers) et exécutée par les représentants légaux.
827. Les mesures de publicité de la dissolution sont doubles. Même si la publicité dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social¹⁶⁹⁴ pourrait paraître superfétatoire par rapport à la publicité effectuée dans le délai d'un mois de la date de la dissolution au registre du commerce et des sociétés¹⁶⁹⁵ (surtout que la date de la publicité au Registre du commerce et des sociétés est la date à laquelle l'opposabilité de la dissolution est effective¹⁶⁹⁶), nous comprenons que cette double publicité soit encouragée afin de multiplier les chances de l'information des créanciers. Cependant, l'unicité des sources d'information permet aux créanciers de ne pas perdre de temps à consulter deux sources et permet aux associés, aux représentants légaux ou au liquidateur de ne pas perdre de temps à multiplier les démarches alors que la société est dissoute et bientôt liquidée. Une deuxième publicité dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social est effectuée pour la désignation du liquidateur¹⁶⁹⁷. Même si, généralement, l'avis de cette nomination est publié en même temps que l'avis de dissolution, la loi prévoit deux publicités successives. Il serait efficace de simplifier cette procédure et d'exiger dans la loi que les deux éléments fassent l'objet d'une seule et unique publicité. Il en résulterait des avantages pour la société dissoute : les associés ne se réunissent qu'une seule fois pour décider de la dissolution et de la nomination du liquidateur ; les associés ou le liquidateur n'effectuent qu'une seule démarche de publicité ; les créanciers

¹⁶⁹⁰ Alinéas 3 et 4 de l'article 1844-5 du Code civil.

¹⁶⁹¹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 décembre 2008, n°08-11974, Droit fiscal 2009, n°20, commentaire 316.

¹⁶⁹² Articles L. 236-10 et L. 236-11 du Code de commerce.

¹⁶⁹³ Article L. 223-42 du Code de commerce pour la SARL et article L. 225-248 sur renvoi de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce pour la SAS.

¹⁶⁹⁴ Article R. 210-9 du Code de commerce applicable à la publicité des mentions modificatives des statuts.

¹⁶⁹⁵ Article R. 123-66 sur renvoi de l'article R 123-70 du Code de commerce.

¹⁶⁹⁶ Alinéa 3 de l'article L. 237-2 du Code de commerce.

¹⁶⁹⁷ Articles L. 237-3 et R. 237-2 du Code de commerce.

bénéficient de toutes les informations dont ils ont besoin dans un même avis (la dissolution et l'identité du liquidateur à contacter). Nous comprenons que la démarche de la publicité de la dissolution soit effectuée par les associés et que celle de la nomination du liquidateur soit effectuée par celui-ci, ne serait-ce que pour s'assurer que celui-ci a bien pris connaissance de la décision des associés de le nommer en cette qualité. Si ces deux démarches étaient réunies, la personne en charge de l'effectuer pourrait être le liquidateur afin de s'assurer effectivement qu'il prend la mesure de sa nomination (surtout s'il n'est pas un professionnel) tout en démontrant qu'il a pris en main la procédure de liquidation. Le fait que le liquidateur soit en charge d'effectuer cette publicité est d'autant plus cohérente que celui-ci est en charge d'effectuer toutes les publicités durant la période de liquidation et notamment celle de la clôture de la liquidation et de la demande de radiation de la société du registre du commerce et des sociétés¹⁶⁹⁸. Enfin, la mesure de publicité au Bodacc effectuée par le greffier¹⁶⁹⁹ a été supprimée pour les SARL et pour les SAS unipersonnelles dont l'associé unique personne physique assume la gérance ou la présidence¹⁷⁰⁰. Nous sommes d'avis que si cette mesure de publicité a été supprimée pour ces SARL et SAS unipersonnelles, elle devrait également être supprimée pour les SARL et SAS unipersonnelles dont l'associé unique personne physique n'assume pas la gérance ou la présidence ou dont l'associé unique est une personne morale et pour les SARL et SAS pluripersonnelles dans un souci d'unité du régime applicable à ces formes de sociétés et dans la mesure où le caractère unipersonnel n'emporte pas de différence sur la dissolution ou sur la liquidation ou sur la radiation d'une société. Celle-ci peut avoir tout autant de créanciers à informer que les autres et le fait que cette mesure soit de toute façon effectuée par le greffier, ne soulage pas l'associé ou le représentant légal unique d'une démarche administrative.

828. Dans les mentions particulières insérées dans l'avis de dissolution publié, il est curieux que la date de la dissolution de la SARL ou de la SAS, étant donné que cette date est antérieure à la liquidation et à la radiation du Registre du commerce et des sociétés, ne soit pas obligatoirement indiquée. Même si la date de la dissolution est censée être la date de l'Assemblée générale extraordinaire l'ayant décidé et qu'un exemplaire de ce document est effectivement remis audit Registre, ce document n'est pas communiqué avec l'avis de dissolution publié dans un journal d'annonces légales et ce document n'est pas obligatoirement consultable gratuitement par les tiers. Les articles du Code de commerce ne mentionnent pas la date de dissolution et l'avis du Comité du registre du commerce et des sociétés n'exige la communication expresse de cette date que si celle-ci est postérieure à la date de l'Assemblée générale extraordinaire l'ayant décidée¹⁷⁰¹.

2. Réflexions sur la simplification du régime de la liquidation des SARL et des SAS

829. Partant du postulat qu'à partir du moment où les associés d'une SARL ou d'une SAS ne souhaitent plus héberger leur entreprise au sein d'une telle forme de société ou qu'ils ne souhaitent plus ensemble développer l'entreprise alors hébergée et considérant que l'intérêt des associés n'est pas de perdre de l'argent ni de ne pas bénéficier d'économies, il serait dans l'intérêt des pouvoirs publics que la dissolution d'une SARL ou d'une SAS soit rapide et facile pour les associés. Ceux-ci pourraient alors utiliser leur temps et leur argent à développer une autre entreprise et contribuer ainsi que développement économique par un autre biais. Les administrations impliquées dans cette dissolution pourraient concentrer leurs services et leur

¹⁶⁹⁸ Article R. 123-75 du Code de commerce.

¹⁶⁹⁹ Article R. 123-159 du Code de commerce.

¹⁷⁰⁰ Article R. 123-159 du Code de commerce renvoyant à l'article R. 123-155.

¹⁷⁰¹ Comité de Coordination du Registre du commerce et des sociétés, Avis 02-75 du 4 février 2003, Bulletin du Registre du commerce et des sociétés, 21-22/03, page 21.

soutien aux sociétés hébergeant des entreprises naissantes, en développement ou florissantes. En partant de ce postulat et de cette considération, le droit hongkongais a opté pour un régime simple et rapide (voire expéditif pour un praticien français). Le droit français pourrait disposer des outils pour que la dissolution d'une SARL ou d'une SAS soit simple et rapide pour les associés et pour les pouvoirs publics. Au vu des récentes modifications simplificatrices du droit des sociétés, il semblerait que le droit français dispose également de la volonté de mettre en place des démarches préventives, préalables et planificatrices.

830. La dissolution d'une SARL ou d'une SAS sur décision des associés revêt un intérêt à la simplification de la radiation de la société, que celle-ci résulte de la cessation de l'entreprise, de la vente de l'entreprise ou de la faillite de l'entreprise. Dans la pratique, ce moyen de dissolution pourrait être exploité pour rendre la procédure de dissolution et de liquidation de la société plus souple et plus flexible. Ce moyen pourrait être présenté comme un moyen de dissolution amiable décidée par les associés et orchestrée en collaboration avec le ou les représentants légaux et l'expert-comptable de la SARL ou de la SAS. Dans certains cas, l'associé peut même être désigné liquidateur de la SARL ou de la SAS, ce qui pourrait réduire le coût de la liquidation dans la mesure où aucune rémunération n'est versée au représentant légal agissant en qualité de liquidateur car l'associé unique assume la procédure de liquidation¹⁷⁰². Le cumul de la fonction d'associé et de liquidateur peut aussi apparaître comme le cumul des fonctions de juge et partie et pourrait voir poindre des dérives de négliger le rappel de certains créanciers. Aucun autre professionnel ne devrait avoir à intervenir dans la mesure où ces trois acteurs de la société ont entre les mains tous les pouvoirs, tous les outils et toutes les informations suffisantes à la dissolution de la société. En l'absence de conflit majeur justifiant une dissolution judiciaire pour justes motifs ou en l'absence d'une situation financière telle que la protection des acteurs de la société et de ses créanciers et l'incapacité des représentants légaux à redresser la situation nécessitant un contrôle judiciaire et la désignation d'un liquidateur extérieur à la société, les tribunaux devraient pouvoir rester en dehors de la procédure de liquidation d'une SARL ou d'une SAS. Le volume de ce contentieux des liquidations pourrait être réduit en encourageant les sociétés à opter pour une dissolution décidée par les associés. En outre, les actes des deux acteurs de la liquidation, les représentants légaux et l'expert-comptable, sont encadrés par leur responsabilité pour les premiers et leur déontologie pour les seconds et par le contrôle des associés lors du vote des comptes de clôture et par le contrôle des créanciers qui peuvent toujours saisir la justice si leurs intérêts ont été négligés.
831. Le développement de ce moyen de dissolution et de liquidation simplifié pourrait d'autant plus être mis en œuvre que le Code de commerce offre une grande liberté aux associés pour organiser les conditions de la liquidation de leur société¹⁷⁰³. Les associés peuvent alors organiser la liquidation en prenant en compte les obligations légales (nomination d'un liquidateur, préparation et approbation des comptes de clôture, mesures de publicité) de manière à limiter leurs coûts et le temps de leur intervention et de manière à préparer l'ensemble de la liquidation avant la décision de dissolution de manière à ce que la société ait cessé ses activités et que la période entre dissolution et liquidation et radiation soit la plus courte possible. Le fait de préparer la liquidation avant la décision de dissolution pourrait éviter les conflits postérieurs à la décision de dissolution et permettrait probablement de réduire les contentieux entre associés alors que leur société est dissoute (même si la personne morale demeure, cette période ne mérite pas de durer). En cas de conflits ou de divergences de point de vue des associés au cours de la période de préparation de la dissolution, la société existe toujours, les représentants légaux sont toujours dotés de leurs pouvoirs de gestion et

¹⁷⁰² Article R. 210-14 du Code de commerce

¹⁷⁰³ Article L. 237-1 du Code de commerce.

tous les outils et documents nécessaires à l'apaisement des divergences ou à la mise en place d'une solution sont toujours entre les mains des acteurs de la société.

832. Tout du moins, la dissolution sans liquidation lorsqu'une SARL ou une SAS pluripersonnelle devient unipersonnelle et que l'associé unique restant est une personne morale pourrait être étendue à tous les autres motifs de dissolution où la SARL ou la SAS dissoute était détenue par un associé unique personne morale. Sur la base de cette dissolution sans liquidation, il serait possible d'étendre ce processus et d'en travailler le déroulement pour aboutir à une procédure similaire à celle du désenregistrement, qui a fait et continue de faire ses preuves à Hongkong. La transmission universelle du patrimoine postérieure à la dissolution est automatique en l'absence d'opposition d'un créancier¹⁷⁰⁴ et l'évaluation dudit patrimoine établie par l'expert-comptable de la SARL ou de la SAS dissoute pourrait devenir méthodique et automatique. L'expérience positive de cette extension de la procédure de transmission universelle du patrimoine encadrée par une évaluation professionnelle pourrait encourager l'évolution du trio "dissolution, liquidation, radiation" vers une simplification encadrée et une plus grande rapidité.
833. Le problème majeur réside dans la fiscalité applicable à la liquidation et notamment au boni de liquidation éventuel. En vertu du droit fiscal applicable aux *Companies*, les dividendes versés aux *members* ne sont pas imposables. Ainsi, dans le cadre de la procédure de désenregistrement, la *Company* a cessé ses activités depuis au moins trois mois, les derniers comptes annuels ont été préparés par l'auditeur et approuvés par les *members*, le montant de l'impôt sur les bénéfices (*profits tax*) a été calculé et a été réglé par la *Company* avant de pouvoir déposer sa demande de désenregistrement auprès du *Companies Registry*. Ce montant de l'impôt sur les bénéfices n'est pas différent entre une *Company* en activité et une *Company* ayant cessé ses activités. Le droit d'enregistrement versé lors du transfert d'un bien immobilier de la *Company* à l'acquéreur (qu'il soit *member* ou autre) est calculé en application du droit commun. Les sommes qui font l'objet d'une déclaration de dividendes et qui sont versées aux *members* de la *Company* ne font pas l'objet d'une imposition spécifique au titre des dividendes en application du droit commun mais aucune autre qualification fiscale n'est retenue afin de taxer ces sommes du fait de la cessation des activités de la *Company*. Le Gouvernement hongkongais ne cherche pas à démotiver les *members* de désenregistrer leur *Company* par une politique fiscale défavorable. Le Gouvernement ne juge pas nécessaire d'intervenir dans les affaires d'une *Company* au point de limiter les changements d'orientation commerciale d'une entreprise que ce soit par le changement total des activités au sein d'une même *Company* ou par la dissolution d'une *Company*. Le Gouvernement ne juge pas nécessaire d'intervenir dans les affaires d'une *Company* au point de contrôler les motifs pour lesquels les *members* ont décidé cette dissolution et de les en décourager si les affaires sont florissantes. La liberté est donnée aux *members* de décider leurs propres orientations commerciales jugeant que les entrepreneurs, animés par la volonté de faire prospérer leur entrepreneuriat pour créer de la richesse, n'ont aucun intérêt à clôturer une *Company* qui prospèrent. En outre, une *Company* dissoute rapidement permet aux entrepreneurs de leur libérer le temps, l'énergie et l'argent nécessaires à développer une nouvelle entreprise avec les mêmes partenaires ou avec d'autres partenaires pour que l'économie soit dynamique, dynamisée et dynamisante.

Conclusion du Chapitre 2. Le respect de la volonté des associés

834. La volonté des associés est respectable. Les associés sont des acteurs économiques dynamiques, porteurs de projets d'entreprises. Ils doivent être encouragés et soutenus dans

¹⁷⁰⁴ Alinéa 3 de l'article 1844-5 du Code civil.

leur entreprise. Le fait qu'une *Company* ne puisse quasiment pas être annulée en droit hongkongais est un message politique fort donné par les pouvoirs publics aux acteurs économiques : "vous avez un projet d'entreprise, vous avez un financement adéquat, vous avez institué une société pour héberger ce projet et l'y développer, allez-y et persévérez". Les *members* au sein d'une *Company* ne peuvent qu'avancer une fois leur entité immatriculée, avancer en développant leur entreprise, avancer vers le succès de celle-ci ou vers son échec et rebondir. L'échec de l'entreprise et de ses animateurs n'est pas présenté comme la fin de l'esprit d'entreprise. L'échec constitue une expérience qui peut (qui doit) être profitable. L'échec ne constitue pas une fin de non-recevoir à retenter l'expérience de l'entrepreneuriat. D'autres projets naissent de l'échec d'une entreprise, d'autres projets plus adaptés peuvent voir le jour suite à un revers de fortune. La solution adoptée par le droit hongkongais pour encourager les acteurs économiques à persévérer et à maintenir leur esprit d'entreprise est la facilité et la sécurité avec lesquelles l'entité juridique société peut être dissoute. En outre, le droit hongkongais ne grève pas le futur financier de ces acteurs économiques. L'impact fiscal sur une *Company* dissoute ou sur ses *members* et *directors* est inexistant en dehors du paiement normal par la *Company* de l'impôt sur les bénéfices. Ainsi, que la *Company* dissoute ait hébergé une entreprise florissante ou ruineuse¹⁷⁰⁵, les *members* ne subissent pas d'entrave fiscale à la dissolution. Les fruits récoltés par les *members* suite à la dissolution d'une *Company* à succès pourront être dédiés au développement d'une nouvelle entreprise dans le cadre d'une nouvelle *Company*.

Conclusion du Titre 2. Le soutien aux PME par l'importation de remèdes hongkongais à une gouvernance équilibrée des SARL et aux SAS

835. Nous pensons que l'efficacité économique d'une entreprise peut être améliorée si elle est hébergée au sein d'une société. Nous pensons qu'une société outil représentant une institution stable, sécuritaire et pérenne est une source d'efficacité économique. Comme nous l'avons démontré, le caractère institutionnel de la *Company* permet de simplifier les questions juridiques relatives à l'étape de la formation et du développement d'un projet d'entreprise commerciale, de proposer aux acteurs de la *Company* un rapport temps administratif / temps commercial en faveur de ce dernier et d'autoriser les associés d'une *Company* à se concentrer sur le développement de projets d'entreprise concomitants et successifs. Le caractère institutionnel de la *Company* joue en faveur d'une efficacité économique renforcée. Le caractère institutionnel de la *Company* évoluant au sein d'une conception contractuelle des règles du droit des sociétés accompagnée par des professionnels constitue une combinaison propice au renforcement de l'efficacité économique des entreprises. D'une part, la conception contractuelle du droit des sociétés hongkongais, qui peut sembler, à première vue, nourrir une certaine dose de dérégulation ou de déréglementation, met en avant les principes d'intelligibilité et d'effectivité de la loi et de conformité et de sécurité des *Companies*. D'autre part, la conception contractuelle du droit des sociétés accompagne et soutient la volonté des *members* par des mécanismes juridiques déjudiciarisés et autorise leur contrôle et leur sécurité par un accompagnement et un soutien professionnel en application du concept analytique de gouvernance. Ces éléments permettent de suggérer des pistes de réflexion aux entrepreneurs et aux pouvoirs publics français pour rationaliser les SARL et les SAS de manière à disposer d'outils souples et flexibles pour héberger et protéger les entreprises et de

¹⁷⁰⁵ Dans le cas d'une entreprise ruineuse, les *members* peuvent considérer intéressant de développer une nouvelle entreprise au sein de la même *Company* si celle-ci bénéficie d'un crédit d'impôt. Cependant, la problématique du financement de cette *Company* auprès d'établissement de crédit pourra conduire les *members* à tout de même constituer une nouvelle entité (l'ancienne pouvant alors être dissoute simplement) ou à renflouer le capital social de la nouvelle entité avec leurs deniers personnels ou à consentir de nouvelles garanties sur leurs biens personnels auprès de l'établissement de crédit.

concilier ces souhaits avec les intérêts parfois contraires des pouvoirs publics d'assurer le respect et l'effectivité des règles de droit ainsi que leur compétitivité et leur attractivité.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

836. La question de l'importation de règles communes aux SARL et SAS pour une meilleure gouvernance se pose. Ces deux formes sociales hébergent des PME et leurs régimes leur interdisent de procéder à une offre au public. Ces deux formes sociales présentent des différences mais nous avons identifié que certaines de ces différences ont été gommées par les vagues de modernisation et de simplification successives du droit français des sociétés. Ces deux formes sociales pourraient évoluer de manière parallèle en cultivant leurs différences (comme celle de l'intangibilité du principe de l'égalité entre associés d'une SARL) et en donnant à la SAS une portée plus large par fusion de cette forme sociale avec la SA ne pouvant offrir ses titres au public. Pour ces trois raisons, la question de la mise en œuvre de règles communes visant à promouvoir une meilleure gouvernance au sein des SARL et SAS se pose. La gouvernance est une problématique inhérente à l'existence d'une *Company* du fait des rapports créés entre les *members* et les *directors* et de leur articulation, du fait de l'existence des mandats de *company secretary* et d'auditeur et du fait du respect de la personnalité morale et de la volonté des *members* sur l'existence de cette personnalité morale. Il nous semble que l'existence des règles afférentes à l'amélioration de la gouvernance ne devrait pas être limitée aux SA. Le succès de la *Company* pour les PME hongkongaises est une illustration de cette prise de position en faveur de l'importation des règles hongkongaises. L'arbitrage entre l'intérêt de la SARL et de la SAS et de ses acteurs de limiter les coûts de gestion juridique encourus par le support du *company secretary* et de l'auditeur et l'intérêt de ces mêmes personnes de se libérer du temps commercial sur le temps administratif nous semble conduire à ce que les pouvoirs publics français favorisent la libération du temps commercial dans un souci de développement et d'efficacité économiques.

CONCLUSION GÉNÉRALE

837. Les discours et débats politiques, les articles et dossiers thématiques des journaux spécialisés et les attentes de l'opinion expriment la nécessité de la simplification du droit français des sociétés et la modernisation de ses règles pour une meilleure adaptation au monde des affaires contemporain. Les indicateurs économiques français et européens rappellent aux pouvoirs publics le besoin de réduire les coûts des politiques publiques et favoriser le dynamisme économique des entreprises pour réduire les effets du ralentissement économique européen¹⁷⁰⁶.
838. Le droit des sociétés peut être modernisé pour apporter un soutien à ces orientations de politiques publiques contemporaines. Le droit des sociétés constitue un ensemble de règles et propose un cadre bénéfique à l'épanouissement des entreprises pour renforcer le tissu des PME, sources de richesses pour le territoire. La réduction des coûts pour l'État peut donner l'impulsion nécessaire à la rationalisation des services aux sociétés. L'État a donné un signal fort d'une volonté interventionniste dans le monde des affaires en adoptant la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, il y a bientôt cinquante ans. Le monde contemporain des affaires est plus mature qu'en 1966, il ne nécessite plus le même accompagnement rigide. D'une part, la sécurité des transactions et des personnes morales doit être assumée par l'État et les services publics sont alors un outil pour assurer l'effectivité de cette mission. D'autre part, les acteurs économiques ont conscience de leur autonomie et de leur potentiel économique. Ces acteurs économiques souhaitent la sécurité mais ils ont conscience de leurs potentialités à se développer, à être autonome et à s'enrichir dans un cadre moins dirigé. L'ouverture aux autres systèmes juridiques par une transnationalisation des échanges commerciaux et l'accès intensifié à l'information soulèvent, auprès des acteurs économiques, la critique du cadre dirigiste français. Les modèles britannique et américain font recettes du rapprochement de leur relative santé économique et financière par rapport à la France et de l'image d'un droit qui pose moins de pression administrative sur ses usagers et qui pose moins de barrières à l'entrée, à l'existence et à la fin des sociétés. Ces modèles sont pourtant critiqués pour le caractère précaire de leur système. L'équilibre entre la sécurité destinée à parer la précarité et la liberté des sociétés et des transactions évolue et s'ajuste vers plus de liberté.
839. Les réformes opérées en France depuis la création de la SAS démontrent que les modèles américain et anglais sont une source d'inspiration pour le législateur français. Cette démarche est positive car le droit français ne peut que s'enrichir des expériences d'autres ordres juridiques. Cette démarche est positive car la performance des entreprises françaises hébergées au sein de structures juridiques françaises compétitives par rapport à celles hébergeant des entreprises anglaises, américaines et des économies dynamiques (notamment asiatiques) qui fonctionnent sur le même modèle, comme Hongkong. Cette démarche est positive car elle démontre une volonté de convergence réfléchie plutôt qu'une uniformisation globale appliquée. Cette convergence juridique des formes sociales est une source d'efficacité économique nationale. D'une part, les entreprises françaises sont plus compétitives en étant hébergées au sein de formes sociales françaises dans lesquelles elles peuvent évoluer avec moins de contraintes et de barrières. D'autre part, les sociétés françaises sont plus attractives pour les entreprises étrangères qui envisagent de pénétrer le marché national.
840. Nous avons présenté des éléments de modernisation du droit français des sociétés que nous avons identifiés au titre d'un élan d'adaptation au monde des affaires contemporain. Nous avons souvent noté que ces éléments de modernisation présentent un caractère inabouti par

¹⁷⁰⁶ Banque de France, Tableaux de bord des principaux indicateurs économiques européens, 13 janvier 2016, <https://www.banque-france.fr/accueil.html>

rapport à l'ordre juridique duquel ils s'inspirent. Pourquoi ? Car les sources d'inspirations appartiennent à un ordre juridique fréquemment décrié pour son libéralisme trop intense pour la culture juridique française et pour la précarité qu'il peut engendrer. L'ordre juridique hongkongais propose des éléments de modernisation et d'adaptation au monde des affaires contemporain et présente de fortes garanties à la sécurisation des échanges, des transactions, des opérations et des personnes morales. L'ordre juridique hongkongais ne nous semble pas précaire et représenterait plutôt un étalon international en droit des sociétés car il est intégré dans un monde économique dynamique et dense, car il offre aux acteurs économiques une société outil polymorphe pour héberger et protéger leur entreprise, car il fait preuve de pragmatisme dans ses réformes et car il ne réduit pas la sécurité au nom d'un libéralisme débridé. La *Company* est l'objet de cette attention vigilante du législateur hongkongais qui s'inspire traditionnellement des évolutions anglaises et américaines, qui compare avec les évolutions de tout un panel d'autres ordres juridiques¹⁷⁰⁷, qui prend en compte son économie et l'état de son propre marché local et qui, avec pragmatisme, adopte ou refuse les modifications suggérées par les études élaborées pour le législateur.

841. Au titre de ce pragmatisme, le législateur hongkongais a adopté des modifications de la *Companies Ordinance* parfois contraires aux principes traditionnels, comme la reconnaissance du principe général de l'unipersonnalité des personnes morales ou l'abolition de l'exigence de l'objet social statutaire. Le législateur hongkongais a écarté des propositions de modification de la *Companies Ordinance* tenant pourtant à une libéralisation du fonctionnement de la *Company*, comme l'abolition de la désignation obligatoire d'un *company secretary* par une *Company*¹⁷⁰⁸. Le législateur hongkongais a approuvé des modifications contraires à la liberté existante au sein d'une *Company* avec l'objectif de renforcer la transparence et la sécurité de son droit des sociétés malgré l'impopularité de ces modifications, comme l'obligation de désigner au moins un *director* personne physique. Le droit hongkongais est porteur d'une plus grande efficacité économique que le droit français. Le droit hongkongais n'hésite pas à faire table rase ou à renverser certains principes juridiques afin d'éviter des règles contradictoires ou obscures pour répondre aux évolutions du monde des affaires. Il nous semble important de mentionner les éléments de guidage et les principales suggestions de notre étude constituant des remèdes, des mécanismes, des techniques et des méthodes qui pourraient doter le droit français d'une efficacité économique analogue à celle du droit hongkongais des sociétés.

- La modification de l'article 1832 du Code civil consacrant le principe général de l'unipersonnalité des sociétés françaises. Plus généralement, la méthodologie hongkongaise pragmatique permet de faire évoluer le droit en questionnant les entraves théoriques.
- L'élaboration de modèles de statuts-type pour les SARL et pour les SAS adaptés aux caractères unipersonnel et pluripersonnel et la rationalisation de la mise à jour des statuts et de l'extrait Kbis devenant complémentaires. Ces modèles seraient émis et publiés par décret.
- La rationalisation de la procédure d'institution d'une SARL et d'une SAS, notamment dans le but de faire coïncider la naissance de la société et de sa personnalité morale et dans le but de rendre effectif la politique du guichet unique personnalisé par les greffes.
- La rationalisation de la preuve de la qualité d'associé et l'aboutissement de la ventilation des droits attachés aux actions entre actions ordinaires et de préférence.

¹⁷⁰⁷ Les autres ordres juridiques dont le Committee s'inspire sont principalement le Canada, l'Afrique du Sud, Australie, Nouvelle-Zélande et l'Allemagne, dans le Rapport du Committee.

¹⁷⁰⁸ Section 270 (1) du *Companies Act 2006 (Cap.46)* : "A private company is not required to have a secretary."

- Le recours à la notion d'intérêt social pour régler les conflits entre associés, encourager le maintien des sociétés et la continuité des entreprises et éviter de recourir à la dissolution voire à l'annulation de la société.
- La rationalisation de l'organe de gestion et la contractualisation de ses missions.
- La désignation d'un tabellion et d'un auditeur.
- La mise en place d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation.
- La rationalisation des formes de société fermée à risque limité et des sources du droit des sociétés.

842. Les impacts de ces quelques suggestions de simplification et de modernisation du droit français des sociétés ne sont certes pas quantifiables mais ils peuvent être relevés grâce aux enseignements tirés du droit hongkongais. L'objectif de gratuité de l'institution d'une SARL et d'une SAS pourrait être atteint. La conséquence de la mise en œuvre aboutie de cet objectif sera une réduction des ressources pour les finances publiques mais cet objectif a été affiché par le Gouvernement qui en mesure donc l'impact financier. En outre, l'attente des pouvoirs publics suite à la réduction des coûts d'institution d'une SARL et d'une SAS est l'augmentation du nombre des SARL et des SAS et la protection renforcée des entreprises hébergées au sein de ces formes sociales entraînant l'augmentation du nombre de sujets fiscaux et l'assiette d'imposition (aussi bien en termes de chiffre d'affaires imposable que de création d'emplois). La rationalisation des procédures et des autorités administratives devrait entraîner une baisse des coûts pour les pouvoirs publics, que ce soit par le financement direct d'administrations (le Greffe ou le Guichet des entreprises) ou par le versement de subventions à des associations adossées à l'État (comme l'Agence pour la création d'entreprises ou les Chambres de commerce). L'obligation de la désignation d'un tabellion et d'un auditeur aurait pour conséquence la réduction de la charge de travail des administrations et la réduction des coûts pour les financer. La rationalisation des procédures administratives et le soutien apporté par des interlocuteurs extérieurs devraient permettre aux associés, aux gérants des SARL et aux présidents et dirigeants des SAS de dédier leur temps au développement de l'entreprise grâce à une baisse du temps administratif dédié à la création du véhicule juridique et à la gestion de sa vie sociale. L'obligation de la désignation d'un tabellion et d'un auditeur représenterait un coût annuel nouveau pour les SARL et les SAS mais un coût relatif dans la mesure où nombreuses sont celles qui ont déjà recours aux services d'un expert-comptable ou d'un cabinet juridique (la création de sociétés pluridisciplinaires dans les métiers du droit et du chiffre pourra forcément permettre une réduction de ce temps administratif par la réunion au même endroit des interlocuteurs de la SARL et de la SAS et par la réduction de coûts pour ces professions grâce aux économies d'échelle). Le temps dégagé pour la gestion des affaires commerciales du fait de l'accompagnement professionnel pour les obligations administratives (légales, financières et fiscales) se traduirait par une augmentation des revenus.

843. La rationalisation des formes de sociétés commerciales est utile pour renforcer l'attractivité de la forme sociale pour les entrepreneurs français et étrangers et la compétitivité des entreprises françaises à l'international. Nous avons suggéré deux alternatives. La première serait de conserver la SA avec ses deux régimes, celui applicable à la SA avec offre au public et celui applicable à la SA sans offre au public, et de fusionner les SARL et les SAS en conservant la terminologie SARL. Il nous semble que cette fusion est tout à fait réalisable à plusieurs titres. Le nombre de SAS n'est pas significativement important ni supérieur à celui des SARL. Les réformes appliquées à la SAS depuis sa création et les récentes évolutions de la SARL démontrent un rapprochement des régimes de ces deux formes sociales, tout du moins un lissage de leur différence. La fusion pourrait être envisagée sur le modèle du régime double de la SA ou de la *Company* : la SARL fusionnée pourrait offrir un régime souple au sein duquel les associés disposeraient d'une grande liberté statutaire hérité de la SAS et un

régime encadré par les dispositions héritées de la SARL au sein duquel les associés adopteraient le modèle de statuts-type proposé quel que soit le nombre d'associé. La conservation de la terminologie SARL nous semble plus cohérente tant au niveau interne par la distinction entre la société par actions et la société de personnes qu'au niveau international où la SARL trouve une résonance familière. La deuxième serait de conserver la SARL en l'état, de conserver la SA avec offre au public et de fusionner la SAS et la SA sans offre au public. L'appellation SAS serait alors à conserver afin de permettre aux entrepreneurs locaux et étrangers de bien distinguer les trois formes sociales. La SAS fusionnée avec la SA sans offre au public offrirait une société souple au sein de laquelle la volonté des associés trouverait à s'exprimer dans des statuts peu encadrés. La lisibilité du paysage juridique des sociétés française en serait renforcée. Le choix des entrepreneurs se portant sur une SA avec offre au public ou sur deux sociétés sans offre au public, la SAS offrant une grande souplesse et nécessitant la préparation de statuts et la SARL offrant un cadre explicite, un modèle de statuts-type et une société outil rapidement disponible.

844. Quant à la rationalisation des sources du droit des sociétés, la rationalisation des formes sociales pourrait déclencher une autonomisation du droit des sociétés français par rapport au code civil et au code de commerce et une stabilisation bénéfique du corpus normatif applicables aux sociétés. "Codifier est un art difficile"¹⁷⁰⁹ ; la rationalisation des formes sociales et la modernisation de règles générales organisant leur existence et leur fonctionnement pourrait être l'opportunité de donner l'impulsion nécessaire à une codification lisible et intelligible. L'objet de cette codification est identifié et identifiable, il s'agit de la société. L'extraction de toutes les règles applicables aux sociétés est "singulièrement ardue" du fait de leur profusion¹⁷¹⁰. La codification neuve à l'occasion de la rationalisation des formes sociales (le principe de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁷¹¹ pourrait être promulgué et l'exigence de l'objet social supprimé) est plus visionnaire pour que le droit des sociétés autonomisé offre des outils aux acteurs du monde des affaires contemporain. Ce code pourrait regrouper dispositions générales applicables à toutes les sociétés puis les dispositions spécifiques classées par formes sociales en respectant (ou non, suivant le degré de rationalisation envisagée et l'aboutissement des réflexions sur l'identification et la délimitation du contenu d'un tel Code) la dichotomie entre sociétés commerciales et sociétés civiles¹⁷¹². La réforme de la Companies Ordinance entrée en vigueur au mois de mars 2014 a scindé en deux cet instrument : les règles applicables à l'existence et au fonctionnement des sociétés (Ordonnance Cap.622) d'une part et les règles applicables à la liquidation des sociétés (Ordonnance Cap.32) d'autre part. Cette évolution est un indice sur ce que pourrait (et pourrait ne pas) être un nouveau Code des sociétés.

845. En droit des sociétés, il semblerait que les modèles les plus simples soient tirés des ordres juridiques de la Common Law. L'analyse et la comparaison des méthodes, des règles et des mécanismes français et hongkongais tendent à confirmer cette présomption. Il n'est alors pas étonnant que la société européenne emprunte beaucoup aux règles du droit britannique des sociétés. Si le droit français pouvait s'inspirer davantage des méthodes et mécanismes

¹⁷⁰⁹ TERRE François, OUTIN-ADAM Anne, Codifier est un art difficile (a propos d'un... "code de commerce"), Recueil Dalloz 1994, Chronique, page 99.

¹⁷¹⁰ Opinion formulée par TERRE François, OUTIN-ADAM Anne, Codifier est un art difficile (a propos d'un... "code de commerce"), Recueil Dalloz 1994, Chronique, page 99.

¹⁷¹¹ TERRE François, OUTIN-ADAM Anne, Codifier est un art difficile (a propos d'un... "code de commerce"), Recueil Dalloz 1994, Chronique, page 99.

¹⁷¹² Certains auteurs relèvent le déclin de l'opposition formulée entre société civile et société commerciale et qu'il existe une réelle convergence entre les régimes juridiques de ces sociétés, tel qu'ANSAULT Jean-Jacques, La disharmonie entre la forme et l'objet dans une structure sociétaire, Journal des sociétés, n°124, novembre 2014, page 13, LEBEL Christine, Propos introductifs au dossier sociétés civiles, sociétés commerciales : divergences et convergences, Journal des sociétés, n°124, novembre 2014, page 11.

hongkongais, l'image des sociétés à risque limité françaises et de leur fonctionnement (aussi bien du point de vue de la souplesse de l'organisation de son actionnariat que de l'efficacité de la gestion globale de la forme sociale) évoluerait vers une image attractive permettant à la France de jouer un rôle majeur dans l'élaboration du droit européen des sociétés et la création de la société européenne privée (proche de la SARL) considérée comme l'outil du soutien au dynamisme économique du territoire européen. Les entrepreneurs français pourraient utiliser d'autant plus facilement la société européenne existante, pourraient jongler avec efficacité entre forme sociale nationale, forme sociale européenne et forme sociale étrangère empruntée à la Common Law dans des territoires économiquement dynamiques et ainsi, gagner en compétitivité. Le renforcement des convergences des droits nationaux des sociétés, dont un des objectifs serait de développer un droit des sociétés européen cohérent, sera source d'efficacité économique.

BIBLIOGRAPHIE

I. Sources de droit français

A. Législation et travaux parlementaires

1. Codes et lois

Constitution du 4 octobre 1958, <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution>

Code civil

Code de commerce

Code général des impôts

Code monétaire et financier

Code rural et de la pêche maritime

Loi du 7 mars 1925, Institution des sociétés à responsabilité limitée, Journal officiel de la République française du 8 mars 1925, page 2382.

Loi n°66-357 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Journal officiel de la République française du 24 juillet 1966, page 6402.

Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), Journal officiel de la République française du 12 juillet 1985, page 7862.

Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, Journal officiel de la République française du 5 janvier 1991, page 216.

Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, Journal officiel de la République française du 4 janvier 1994, page 129.

Loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite "loi Madelin", Journal officiel de la République française du 13 février 1994, page 2493.

Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Journal officiel de la République française du 24 juin 1999, page 9247.

Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, Journal officiel de la République française du 13 juillet 1999, page 10396.

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, Journal officiel de la République française du 16 mai 2001, page 7776.

Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, Journal officiel de la République française du 3 juillet 2003, page 11192.

Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, Journal officiel de la République française du 2 août 2003, page 13220.

Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, Journal officiel de la République française du 5 août 2003, page 13449.

Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, Journal officiel de la République française du 10 décembre 2004, texte 1 sur 118.

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, loi dite "LME", Journal officiel de la République française du 5 août 2008, page 12471.

Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Journal officiel de la République française du 16 juin 2010, page 10984.

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, Journal officiel de la République française du 29 mars 2011, page 5447.

Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, Journal officiel de la République française du 18 mai 2011, page 8537.

Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, Journal officiel de la République française du 23 mars 2012, page 5226.

Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, Journal officiel de la République française du 30 décembre 2012, page 20859.

Loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 autorisant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, Journal officiel de la République française du 3 janvier 2014, texte n°1.

Loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, Journal officiel de la République française du 21 décembre 2014, page 21647.

Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques publiée, Journal officiel de la République française du 7 août 2015, page 13537.
Ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable.

Ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969 modifiant la loi 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Journal officiel de la République française du 28 décembre 1969, page 12679.

Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce, Journal officiel de la République française du 21 septembre 2000, page 14783.

Ordonnance n°2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du Code monétaire et financier, Journal officiel de la République française du 16 décembre 2000, page 20004.

Ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, Journal officiel de la République française du 27 mars 2004, page 5871.

Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, Journal officiel de la République française du 26 juin 2004, texte 11 sur 105.

Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, Journal officiel de la République française du 23 janvier 2009, page 1431.

Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, Journal officiel de la République française du 14 mars 2014, page 5249.

Ordonnance n°2015-681 du 18 juin 2015 portant simplification des obligations déclaratives des entreprises en matière fiscale, Journal officiel de la République française du 19 juin 2015, page 10078.

Ordonnance n°2015-900 du 23 juillet 2015 relative aux obligations comptables des commerçants, Journal officiel de la République française du 24 juillet 2015.

Décret n°2008-1488 du 30 décembre 2008 portant diverses mesures destinées à favoriser le développement des petites entreprises, pris en application des articles 8, 14, 16, 56 et 59 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, Journal officiel de la République française du 31 décembre 2008, page 20637.

Décret n°2012-1547 du 28 décembre 2012 relatif à l'insertion des annonces légales portant sur les sociétés et fonds de commerce dans une base de données numérique centrale, Journal officiel de la République française du 31 décembre 2012, Décrets, arrêtés et circulaires, Textes généraux, texte 112 sur 168, page 21189.

Décret n°2014-912 du 18 août 2014 modifiant le décret n°2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable, Journal officiel de la République française du 21 août 2014, texte 10 sur 100.

Décret n°2015-903 du 23 juillet 2015 relatif aux obligations comptables des commerçants, Journal officiel de la République française du 24 juillet 2015.

Arrêté du 28 décembre 2010 portant homologation du règlement n°2010-10 de l'Autorité des normes comptables, Journal officiel de la République française du 30 décembre 2010, page 23245.

Arrêté du 3 février 2014 portant approbation de la convention constitutive du groupement d'intérêt public "Portail de la publicité légale des entreprises (www.pple.fr)", Journal officiel de la République française du 5 février 2014, Décrets, arrêtés et circulaires, Textes généraux, texte 1 sur 115, page 2081.

Comité de Coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°02-75, 4 février 2003, Bulletin du Registre du commerce et des sociétés, 21-22/03, page 21.

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°03-43, 25 mars 2004, Bulletin du Registre du commerce et des sociétés, n°25, janvier-février-mars 2004.

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2013-012, 27 mars 2013, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2013-027, 4 octobre 2013, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2013-029, 4 octobre 2013, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2014-010, 11 avril 2014, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2014-012, 11 avril 2014, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2014-016, 12 juin 2014, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2014-017, 12 juin 2014, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2015-04, 5 février 2015, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, avis n°2015-09, 23 avril 2015, publié sur le site internet www.justice.gouv.fr, accès "textes & réformes".

Ordre des experts-comptables, Réglementation du professionnel de l'expertise comptable, publié sur le site internet www.experts-comptables.fr au mois d'août 2014.

2. Débats, rapports, articles et vidéos parlementaires

Réponse ministérielle n°36410 publiée au Journal officiel de la République française, Assemblée nationale, Question, 16 juillet 1977.

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°2577 relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée par Monsieur Gérard GOUZES, député, et annexé au procès-verbal de la séance de l'Assemblée nationale du 10 avril 1984, page 3.

Débats de l'Assemblée nationale du 11 avril 1985, page 140, page 142, page 143, page 146, page 152.

Rapport n°2598 établi lors des discussions portant sur la future loi du 11 juillet 1985, Assemblée nationale, page 10.

Rapport n°287 annexé au procès-verbal de la séance du Sénat du 15 mai 1985 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'entreprises unipersonnelle à responsabilité limitée par Monsieur Jean ARTHUIS, sénateur, page 21, page 24, pages 27 et suivantes, page 42, ainsi que le tableau comparatif page 51 du rapport n°287.

Débats du Sénat sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, séance du mercredi 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, Sénat, jeudi 23 mai 1985, pages 648, 649, 650, 651, 653 et 665.

Discours de Monsieur Arthuis, sénateur et rapporteur de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, séance du mercredi 22 mai 1985, Journal officiel de la République française, Sénat, jeudi 23 mai 1985, page 655.

Intervention de Germain Authié sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, séance du jeudi 23 mai 1985, Journal officiel de la République française, Sénat, vendredi 24 mai 1985, pages 687 et 689.

Texte n°166 (1984-1985) adopté définitivement par le Sénat le 28 juin 1985 ; le titre 1^{er} correspond à l'adoption de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

Question écrite n°01419 de Monsieur Marcel Bony (Puy-de-Dôme - SOC) publiée dans le Journal Officiel Sénat du 12 juin 1986, page 799.

Réponse du Ministère de la Justice publiée dans le Journal officiel de la République française, Sénat, 17 juillet 1986, page 1014.

Réponse ministérielle n°9520, Journal officiel de la République française, Assemblée nationale, Question, 22 mai 1989, page 2351.

Rapport du groupe de travail présidé par Monsieur Bernard Field sur "La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises" publié au mois d'octobre 1990 par la Commission économique du Conseil National du Patronat Français, ci-après le "Rapport Field".

Projet de loi sur l'innovation et la recherche, Sénat, Texte n°152, rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 22 décembre 1998 et enregistré à la Présidence du Sénat le 14 janvier 1999.

Rapport n°1642 de M. Robert BRET, député, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé et enregistré le 27 mai 1999 à la Présidence de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°74.

Texte adopté n°330 par l'Assemblée nationale, 3 juin 1999, Projet de loi modifié par l'Assemblée nationale en première lecture sur l'innovation et la recherche, page 7.

Présentation de Madame la Présidente de deux amendements, n°46 et 16, pouvant être soumis à une discussion commune, Séance publique de l'Assemblée nationale, 2ème séance du 3 juin

1999, Journal officiel de la République française, Assemblée nationale, 4 juin 1999, page 5423.

Présentation de Monsieur Claude Allègre, ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, Séance publique de l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 3 juin 1999, Journal officiel de la République française, Assemblée nationale, 4 juin 1999, pages 5378 et 5379.

Rapport n°452 (1998-1999) de M. Pierre LAFFITTE, fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat, déposé le 23 juin 1999, page 3.

Avis n°453 (1998-1999) de M. René TREGOUËT pour la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat déposé le 23 juin 1999, page 5.

Rapport n°452 (1998-1999) de M. Pierre LAFFITTE, établi au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, déposé le 23 juin 1999.

Sénat, Séance du 30 juin 1999, Discussion du projet de loi sur l'innovation et la recherche n°404, 1998-1999, présentation générale de Monsieur Pierre LAFFITTE, rapporteur de la commission des affaires culturelles.

Texte n°167 (1998-1999) adopté définitivement par le Sénat le 30 juin 1999 ; l'article 3 correspond notamment à l'adoption de la SAS unipersonnelle.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, Journal officiel de la République française du 30 juillet 2004, texte 36 sur 109.

Relevé de décision du 17 juillet 2013 du Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique, Décision 20, page 8, "Répondre aux obligations comptables et fiscales".

Allocution du 4 décembre 2013 du Sénateur Thani MOHAMED SOILHI ; Dossier(s) législatif(s) : projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises ; Commission(s) : commission des affaires économiques, commission des lois.

<http://videos.senat.fr/video/videos/2013/video20606.html>

Conseil de la simplification pour les entreprises, *Les 50 premières mesures de simplification pour les entreprises*, dossier de présentation publié le 14 avril 2014 sur www.simplifier-entreprise.fr

Propos liminaires de GARAPON Antoine et MIGNON COLOMBET Astrid aux travaux de la commission des lois du Sénat présidée par M. Philippe BAS, sur le thème "Droit des entreprises, enjeux d'attractivité internationale, enjeux de souveraineté" le 11 mars 2015.
<http://videos.senat.fr/video/videos/2015/video27688.html>
<http://videos.senat.fr/video/videos/2015/video27689.html>

Rapport d'information n°534 enregistré à la Présidence du Sénat le 18 juin 2015 fait au nom de la délégation aux entreprises relatif aux environnements britannique et français du point de

vue des entreprises rencontrées à Londres par la délégation aux entreprises par Monsieur Olivier CADIC et Madame Élisabeth LAMURE, sénateurs.

Document n°564 enregistré à la Présidence du Sénat le 26 juin 2015 : Exposé des motifs de la proposition de loi visant à développer l'entrepreneuriat étudiant présentée par Monsieur Claude KERN, sénateur.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, Journal officiel de la République française n°0210 du 11 septembre 2015, pages 15850-15851, texte n°5

source : <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2015/9/11/JUSC1513525P/jo/texte>

Rapport législatif préparé par Monsieur André REICHARDT au nom de la Commission des lois du Sénat, publié le 19 novembre 2015 et intitulé "Projet de loi de finances pour 2016 : Développement des entreprises (avis – première lecture)", source : www.senat.fr.

Autres : publications d'Alain LAMBERT, président de la commission consultative d'évaluation des normes.

B. Jurisprudence

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 mai 1960, Jacques Y... contre Frères Y..., publié au bulletin, www.legifrance.fr

Cour d'appel de Rouen, 14 octobre 1966, Kohler contre Criblez, Recueil Dalloz Sirey 1967, Jurisprudence, page 134.

Cour de cassation, Chambre commerciale et financière, 2 juin 1969, Veuve Monier contre Servonnat et autres, n°68-10053, Bulletin civil 1969, Quatrième Partie, n°202, page 195.

Cour de cassation, Chambre commerciale et financière, 1^{er} mars 1971, Furlan contre Milano, n°70-10.178, Bulletin civil 1971, Quatrième Partie, n°66, page 62.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 18 juin 1973, Agostini et autre contre dame Agostini, Revue des sociétés 1974, page 312, note HEMARD Joseph.

Cour d'appel de Rouen, 8 février 1974, Société Lintra Terminal N.V. contre Société Maritime de Gestion et de Transport et autre, Revue des sociétés 1974, page 507, note RODIERE René.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 mai 1974, Association La Demeure Historique contre Commerçants Mercier et Voisin, Droit des sociétés 1974, page 85.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 18 juin 1974, Société civile immobilière de Caspio en Corse contre consorts Padovani, n°73-11425, Bulletin civil 1974, Première Partie, page 169, n°198.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 juin 1976, Champier contre Maret, Revue des sociétés 1977, page 237, note HEMARD Joseph.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 8 novembre 1976, A. L. Poreaux contre Coopérative de vinification union des producteurs de la Côte des blancs, Revue des sociétés 1977, page 285, note ATIAS Christian.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 février 1979, Caroff contre Société Compagnie Générale d'Alimentation et autre, Recueil Dalloz Sirey 1979, Informations Rapides, page 248.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 15 avril 1980, Association de vacances et de loisirs culturels de la vallée de l'Huveaune contre Sapiega, Recueil Dalloz 1981, Informations Rapides, page 314, observations GHESTIN Jacques.

Cour de cassation, Chambre sociale, 8 octobre 1980, , Assedic contre Cavrois, JurisData 1980-705196, Recueil Dalloz Sirey 1981, Jurisprudence, page 259, note REINHARD Yves.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 février 1982, Badach contre Teisseire, JurisData n°1982-799421.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 mai 1982, Consorts Mégevand contre Consorts Depraz et autres, Recueil Dalloz Sirey 1983, Jurisprudence, page 349, note GAILLARD Emmanuel.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 27 novembre 1985, Consorts Céola contre Société Voréal, n°84-10.805, JurisData n°1985-003352, Bulletin civil 1985, Première Partie, page 286, n°323.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 3 décembre 1985, n°84-16.085, P+B, Jurisdata n°1985-003288.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 10 juin 1986, Bulletin civil I, n°159 ; Dalloz 1988, sommaire 14, observations ROBERT A. ; Revue trimestrielle de droit civil 1987, page 535, observations MESTRE J.

Cour de cassation, Chambre commerciale et financière, 9 novembre 1987, pourvoi n°86-14356 Monsieur Rosenkranz contre Monsieur Moulette, syndic à la liquidation des biens de la société anonyme Crouzil et pourvoi n°86-14357 Monsieur Crouzil contre Monsieur Moulette, syndic à la liquidation des biens de la société anonyme Crouzil, Bulletin civil 1987, Quatrième Partie, page 176, n°236.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 mars 1989, SA Saimag contre Peltié et autres, JCP 1989, II - Jurisprudence, n°21316, conclusions JEOL Michel, note REINHARD Yves.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 20 mars 1989, SCI "Ibiscus" contre Lienhard, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mai 1989, n°5, page 423.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 17 mai 1989, Revue des sociétés 1990, page 32.

Cour d'appel d'Orléans, 26 septembre 1989, Droit des sociétés 1990, n°163.

Cour de cassation, Chambre sociale, 20 novembre 1990, Bulletin Joly 1991, page 204, §66, note LE CANNU Paul.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 janvier 1992, Demuth et autre contre Simoncini et autres, note LE CANNU Paul, *Conditions de l'annulation d'une société à responsabilité limitée pour fraude*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 1992, n°4, page 419 ; note PAGES Jeanne, *La nullité d'une société constituée par un époux en fraude des droits de son épouse : nécessité de constater que tous les associés ont concouru à cette fraude*, Recueil Dalloz 1993, page 23.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 mars 1992, JurisData n°1992-000455 ; Bulletin civil 1992, IV, n°109 ; JCP G 1992, II, 21962, note GUYON Yves ; Revues des sociétés, 1992, page 732, note LIBCHABER R.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 avril 1992, Bulletin Joly 1992, page 622, §202, note LE CANNU Paul.

Cour de cassation, Chambre civile, 25 mai 1992, Bulletin Joly 1992, page 785, note JEANTIN M.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 juin 1992, Direction générale des impôts contre Lumale et autres, n°90-17237, JurisData n°1992-001326 ; Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1992, n°9, page 960 ; note COLLET Laurence, *Inexistence d'un contrat de prêt à défaut d'un consentement*, Recueil Dalloz 1993, page 508.

Cour d'appel de Dijon, 1^{ère} chambre, 23 mars 1993, n°542/92, Demuth et autre contre Simoncini et autres, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1993, n°9, page 917, note VALLANSAN Jocelyne.

Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section A, 13 juillet 1993, Naudin contre Delibes ès-qualités, n°92-0222037, note LE NABASQUE Hervé, *L'EURL ne serait-elle qu'un... leurre*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 1993, n°12, page 250.

Cour d'appel de Lyon, 13 août 1993, Revue trimestrielle de droit commercial 1995, page 142, note CHAMPAUD Claude.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 juin 1994, n°92-12.571, Behrens c/ SCA Gromand d'Évry, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 9/1994, n°943.

Cour d'appel de Paris, 13 septembre 1994, JCP E 1995, II 655, note BONNEAU Thierry.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 décembre 1994, Bujon c/ Sté Etarci dite "Midi-Libre", n°93-11569 et n°93-12349, note Dominique RANDOUX, *Domaine de l'agrément des cessions d'actions et exclusion de l'actionnaire personne morale dont le contrôle se trouve modifié en cours de vie sociale*, Revue des sociétés 1995, page 298.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 février 1996, n°289 P, Cazalet contre Puig-Vaudon, note DAIGRE Jean-Jacques, *Dès lors que la mésentente entre les associés est reconnue et qu'on ne peut pas déterminer à qui elle est imputable, la dissolution anticipée de la société s'impose si son fonctionnement est paralysé*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 1996, n°6, page 498 ; note HONORAT Jean, *Mésentente entre associés et dissolution de sociétés*, Revue des sociétés 1996, page 563.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 mars 1996, M. A contre la société en nom collectif Z... et Cie, Impression Location Service et autres, n°93-17813, note DAIGRE Jean-Jacques, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 1996, n°7-8, page 576.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 mars 1996, Société Nollet contre Salon, note BUREAU Dominique, *La mésentente entre associés : dissolution pour justes motifs et exclusion d'un associé*, Revue des sociétés 1996, page 554.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 26 mars 1996, n°675 P, Inguibert et autre contre Albertini, note SAINTOURENS Bernard, *Une conception restrictive des causes de nullité d'une cession de parts de SARL*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1996, n°9, page 681.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 1^{er} octobre 1996, n°131 D, Consorts Murez contre société immobilière et financière Sif Seteb, note SAINTOURENS Bernard, *Autorisation de cession de parts sociales et consentement à l'acte*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 1997, n°1, page 31.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 janvier 1997, n°94-19.016, SARL Cristal c/ Groc, JurisData n°1997-000406 ; Les Petites Affiches, 11 février 1999, page 15, note ETAIN P.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 juin 1997, JurisData n° 1997-002675, Bulletin Joly 1997, § 311, page 859, note DAIGRE J.-J., Droit des sociétés 1997, commentaire 134, note HOVASSE Henri, Dalloz 1999, jurisprudence page 89, note CAUSSE H.

Cour d'appel de Lyon, 13 juin 1997, JCP E 1998, page 421, note GARNIER Thierry.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 octobre 1997, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/1998, n°67.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 7 octobre 1998, Malvezin contre Grostabussiat, n°96-14359, conclusions SAINTE ROSE Jerry, *Pour un renouvellement de la notion de cause illicite en matière contractuelle*, Recueil Dalloz 1998, page 563.

Cour d'appel de Paris, 2^{ème} Chambre, Section A, 3 novembre 1998, n°1996/12591, Époux Sourgen c/ SCI Le Résidentiel de Montfort, JurisData n°1998-213379, note SAINTOURENS Bernard, *La prescription de l'action en nullité d'une société pour défaut d'affectio societatis et violence morale*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1999, n°2, page 289.

Cour d'appel de Paris, 15^{ème} Chambre, Section A, 9 février 1999, n°1996/18826, EURL Danakyl et autres contre SARL CIGA et autres, note DOM Jean-Philippe, *L'EURL n'est pas un leurre*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mai 1999, n°5, page 548.

Cour d'appel de Toulouse, 10 juin 1999, JCP E 2000, II, 103072, note DAIGRE Jean-Jacques.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 juin 1999, n°1285P, Société Kreditanstalt für Wiederaufbau contre Société Interpac Holding Limited (conseiller rapporteur Rémetry), note COURET Alain, *La société fictive est une société nulle et non inexistante*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} octobre 1999, n°10, page 978,.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 juin 1999, JurisData n°1999-002640, note CONSTANTIN Alexis, *Conditions et effets de la fictivité d'une société*, Revue des sociétés 1999, page 824.

Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, section B, 28 octobre 1999, n°1999/03970, SARL Foncière du Centre contre Fadlallah et autre, note DOM Jean-Philippe, *De la fictivité à l'inexistence en passant par la simulation*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2000, n°2, page 219.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 février 2000, Debellis contre Casafina, n°356 D, note BAILLOD Raymonde, *Définition et élément intentionnel caractéristique de la société*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 2000, n°6, page 661.

Cour d'appel de Rouen, 22 juin 2000, Bulletin Joly Sociétés 2001, § 76, page 290, note DAIGRE Jean-Jacques.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 février 2001, JurisData n°2001-008283, JCP E 2001, page 687.

Cour d'appel de Paris, 25^{ème} chambre, Section A, 6 mars 2001, n°2000/14763, Morais-Lopez et autre contre SCP Girard-Lévy, ès-qualité, note DOM Jean-Philippe, *L'appel du non-versé de parts sociales souscrites dans une SARL à capital variable mise en liquidation judiciaire*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 2001, n°7, page 787.

Cour d'appel de Paris 27 mars 2001, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 10/2001, n°973.

Cour d'appel de Paris, 8^{ème} Chambre commerciale, 7 juin 2001, SA Société Commerciale des Hôtels Économiques (SCHE) contre Berthet, note CUTAJAR Chantal, *La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité*, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2002, décision n°41 et Chronique page 3.

Cour d'appel de Paris, 3^{ème} chambre, section civile, 21 septembre 2001, n°1999/00244, Escudié contre SA 3001 Informatique, note MENJUCQ Michel, *Premier écho de l'arrêt Marleasing dans la jurisprudence française : non-conformité du droit français des nullités des sociétés au droit communautaire*, Bulletin Joly Sociétés, 1 mai 2002, n°5, page 626.

Cour d'appel de Paris, 25^{ème} Chambre, Section B, 28 septembre 2001, n°2000/06068, Société Knauf Technique Béton contre Lépine, note SAINTOURENS Bernard, *Révocation ad nutum d'un président de SAS : bénéfice de la jurisprudence sur la révocation abusive mais soumission corrélatrice aux exigences de preuve*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 2001, n°12, page 1253.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2002, n°98-20.578, Recueil Dalloz, 2002, page 1071.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2002, n°436 FS-P, Franck contre Maître Berthe et autre, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mai 2002, n°5, page 592 ; note LEGROS Jean-Pierre, *Critère et conformité avec le droit communautaire*, Droit des sociétés 2002, n°8, commentaire 154 ; Recueil Dalloz 2002, page 1071.

Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 29 avril 2002, n°220759 ; JurisData n°2002-080141 ; Bulletin Joly 2002, page 808, §182, note PAROT J.-C.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 octobre 2002 ; JurisData n°2002-016193 ; Bulletin Joly 2003, page 59, §9, note LE NABASQUE Henri ; Revue trimestrielle de droit commercial 2003, page 324, n°1, chronique CHAZAL J.-P. et REINHARD Y.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 17 décembre 2002, n°98-21918, note LIENHARD Alain, *Contentieux du non-renouvellement du mandat d'un gérant non associé*, Recueil Dalloz 2003, page 206.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 25 novembre 2003, n°00-22.089 ; Dalloz 2003, page 3053, observations LIENHARD A. ; Droit des sociétés, avril 2004, n°95, observations TREBULLE F.-G. ; JCP E 2004, 601, n°2, observations CAUSSIN J.-J., DEBOISSY Florence, WICKER Guillaume ; Revue des sociétés, 2004, page 93, note CHARTIER Y.

Cour d'appel de Paris, 16^{ème} Chambre, Section A, 10 mars 2004, Perriot c/ Dhib Main Ben Hassine ; JurisData n° 2004-237210 ; Droit des sociétés 2004, commentaire 193, 1^{ère} espèce, note MONNET J. ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 8-9/2004, n°1002, page 914 ; Revue des sociétés 2004, page 733, observations URBAIN-PARLEANI I.

Cour d'appel de Paris, 10 mars 2004, A. Perriot et R. Ben, Mehrez Zarrouk c/ Dhib Main Ben Hasine ; JurisData n°2004-237210 ; Droit des sociétés, n°11, novembre 2004, commentaire 193 MONNET Joël.

Cour d'appel de Lyon, 6 mai 2004, M. Bouarfa c/ Sté AS2K SARL, JurisData n°2004-247859, Droit des sociétés, n°11, novembre 2004, commentaire 193, MONNET Joël.

Cour d'appel de Rouen, 14 avril 2004, n°02-372, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2005, décision n°39.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 septembre 2004, n°1273, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 2/2005, décision n°147.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 6 octobre 2004, n°01-00896 (n°965 FS-P+B), Z. contre Caisse régionale Crédit agricole mutuel Finistère, note LE CANNU Paul, *Quand le droit commun de la nullité fait mieux que l'inexistence...*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2005, n°1, page 114.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 25 janvier 2005 ; JurisData n°2005-026628 ; Droit des sociétés, avril 2005, n°62, observations TREBULLE F.-G. ; Bulletin Joly Sociétés 2005, §140, page 637, note DAIGRE J.-J. ; Dalloz 2005, sommaire page 2955, observations HALLOUIN J.-Cl. et LAMAZEROLLES E.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 février 2005 : Dn°2005-027127; note MONNET Joël, *Gérant de SARL – Démission*, Droit des sociétés, n°5, mai 2005, commentaire 93 ; note SAINTOURENS Bernard, *La démission d'un gérant de SARL est un acte unilatéral qui ne suppose pas l'acceptation de la société et qui ne peut être rétracté*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 2005, n°7, page 862.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 mars 2005 ; Dalloz 2005, page 839, observations LIENHARD A. ; JCP E 2005, 1046, n°9, observations CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY

Florence et WICKER Guillaume ; Bulletin Joly Sociétés 2005, §237 page 995, note LE CANNU Paul, Droit des sociétés, juin 2005, n°117, observations MONNET Joël.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 mai 2005, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 10/2005, n°1113.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 18 mai 2005, n°02-14019 (n°745 F-D), Société JM Station, note SAINTOURENS Bernard, *EURL et SARL : théorie et pratique du passage de l'unicité à la pluralité d'associé*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 2005, n°12, page 1373.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 juillet 2005, note SORTAIS Jean-Pierre, *EURL et liquidation judiciaire*, Revue des sociétés 2005, page 913.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 février 2007, n°06-10.109, F P+B, V. c/ SCP P. et G, JurisData n°2007-037249, JCP E 2007, 2279, décision citée par MORTIER Renaud, *Délimitation formelle et restrictive du devoir de conseil de l'expert-comptable*, Droit des sociétés, n°7, juillet 2013, commentaire 116.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 mai 2007, n°06-14.262, Saunier c/ DGI, JurisData n° 2007-038954, Droit des sociétés 2007, commentaire 174 MORTIER Renaud, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 10/2007, n°966, page 935.

Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} Chambre, Section 1, 18 septembre 2007, n°06/05248, note SAINTOURENS Bernard, *Mésentente entre associés et révocation judiciaire du gérant*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2008, n°2, page 105.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 10 octobre 2007, Cabanes contre Duran, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2008, décision n°39.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 octobre 2007, n°05/19092 (n°1167 F+S+P+B), SARL MPF contre Société Odile Luthier et autres, note SAINTOURENS Bernard, *Arrivée du terme et prorogation tacite d'une société : l'incidence de la personnalité morale*, Bulletin Joly Société, 1^{er} février 2008, n°2, page 110.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 octobre 2007, n°06-16537, SAS Arts et Entreprises et autres contre M. Z..., www.legifrance.fr ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 1/2008, n° 50, et rapport de PETIT B., page 9.

Cour d'appel de Rennes, 2^{ème} chambre commerciale, 4 décembre 2007, Civet contre Civet, n°06/05351, note GALLOIS-COCHET Dorothee, *Fixation judiciaire de la rémunération du gérant*, Droit des sociétés, février 2009, n°2, commentaire 29.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 18 décembre 2007, n°06-21-897, Société Les Aloès contre CRCAM Provence Côte-d'Azur, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 4/2008, n°367 et n°404.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 mars 2008 (2 arrêts), n°06-19.968 et n°06-20.081 F-D, Pellier c/ Magrey, JurisData n°2008-043213, Droit des sociétés 2008, commentaire 116, note COQUELET Marie-Laure.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 juin 2008, SAS Design Sportswears contre Société Kesslord Paris, note LE CANNU Paul, *Les pouvoirs du directeur général de SAS à l'égard des tiers*, Revue des sociétés 2008, page 612.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 décembre 2008, n°08-11974, Droit fiscal 2009, n°20, commentaire 316.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 janvier 2009, n°07-17962 (F-D), SARL Ham Loc contre SA Eagle Aviation, note GALLOIS-COCHET Dorothée, *Engagement de la société et mandat apparent*, Revue des sociétés, novembre 2009, n°11, commentaire 202.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 31 mars 2009, Civet contre Civet, n°08/11860 (FS-D), note GALLOIS-COCHET Dorothée, *Absence d'abus dans le refus d'augmenter la rémunération du gérant et rejet de la fixation judiciaire*, Droit des sociétés, juin 2009, n°6, commentaire 116.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 avril 2009, n°07-14626 (n°372 F-D), Y contre Maître A., ès qualités et autres, note SAINTOURENS Bernard, *Démission du gérant et agrément d'un associé : rigidités du droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 2009, n°9, page 773.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 mai 2009, JurisData n°2009-048376, JCP E 2010, 1235, note BESNARD GOUDET Raphaëlle, Droit des sociétés, 2009, commentaire 197, COQUELET Marie-Laure.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 26 mai 2009, Ligier contre Caisse régionale du Crédit maritime mutuel du Morbihan et de Loire-Atlantique, n°08-13891 (F-D), note DONDERO Bruno, *La frontière entre société en formation et créée de fait*, Revue des sociétés 2010, page 26.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 juin 2009, n°07-20.937, Troth c/ Clark, Faivre-Duboz et Defalle, JurisData n°2009-048746, note MATHEY N., Revue des sociétés 2010, page 781.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 novembre 2009, Trehu contre Société Norauto, n°08-21369 (FS-P+B), note MOURY Jacques, *Cession de droits sociaux en exécution d'une convention extrastatutaire et applicabilité de l'article 1843-4 du Code civil*, Revue des sociétés 2010, page 21.

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 8^{ème} Chambre, 24 novembre 2009, Kandil c/ MISR Voyages, note GALLOIS-COCHET Dorothée, *Fixation judiciaire de la rémunération du gérant*, Revue des sociétés, mai 2010, n°5, commentaire 92.

Cour d'appel de Paris, 1^{er} juillet 2010, n°08-05389, Bulletin Joly Sociétés 2010, §188, page 866, note RUBELLIN P.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 juillet 2010, Société Creno contre Société Balicco, n°09-16156 (n°800 ES-P+B), note LIENHARD Alain, *Nullité des actes de société : violation des droits de la défense*, Recueil Dalloz 2010, page 2880.

Cour d'appel de Paris, 8^{ème} Chambre, 7 septembre 2010, n°10/00718, SCI Le Patrimoine, note LUCAS François-Xavier, *Caractère irrémédiable de la dissolution provoquée par l'arrivée du terme*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2011, n°2, page 98.

Cour d'appel de Grenoble, 16 septembre 2010, n°10-62, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 6/2011, n°536.

Cour de cassation Chambre mixte, 19 novembre 2010, arrêt n°268 SAS Wirlpool France contre M. R... X... (n°10-1095), arrêt n°269 SAS ED contre M. S... X... et autres (n°10-30215), Rapport de Monsieur ANDRE, conseiller rapporteur, source : www.courdecassation.fr, onglet "jurisprudence"

Cour de cassation, Chambre commerciale, 14 décembre 2010, n°09-71712 (n°1302 F-P+B), note LIENHARD Alain, *SAS : pouvoir de représentation du directeur général*, Recueil Dalloz 2011, page 75.

Cour d'appel de Colmar, 1^{ère} Chambre civile, section A, 18 janvier 2011, Wolf c/ SARL New Tailors distribution, JurisData n°2011-002991, note ROUSILLE Myriam, *Nullité de la clause d'exclusion pour atteinte au droit de vote de l'associé*, Droit des sociétés, juin 2011, n°6, commentaire 110.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 février 2011, n°10-11.788 (FD), Société TFN contre Société Casif, note LUCAS François-Xavier, *La dissolution abusive*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2011, n°4, page 288.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 16 mars 2011, n°10-15459 (n°FSPB), SCI LAJG, note LUCAS François-Xavier, *La disparition de l'affectio societatis n'est pas en elle-même un motif de dissolution de la société*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 2011, n°6, page 471.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 mai 2011, n°10-16323 (F-D), SCI des Moteles, note LUCAS François-Xavier, *Dissensions entre associés, dissolution anticipée et abus de minorité*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} novembre 2011, n°11, page 874.

Cour d'appel de Paris, 19 mai 2011, n°10-08992, Bulletin Joly Sociétés 2011, page 915, §445, note COQUELET Marie-Laure.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 28 septembre 2011, Detourbay contre Candela, n°10-13.733 (F-P+B+R+I), JurisData n°2011-020301, note MORTIER Renaud, *Réduction en acte sous seing privé de l'acte authentique de cession de parts sociales*, Droit des sociétés, n°12, décembre 2011, commentaire 210.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 octobre 2011, n°09-16293 FD, Société Sotrade, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2012, n°1, page 19, note PARACHKEVOVA Irina.

Cour d'appel de Paris, 19 novembre 2011, n°10-08992, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 11/2011, décision n°921.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 mars 2012, M. contre Société Finamag, n°11-10855 (F-PB), JurisData n°2012-004961 ; note LUCAS François-Xavier, *Qualification d'exclusion du rachat forcé des droits sociaux d'un associé salarié licencié*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 2012, n°7, page 538 ; note MORTIER Renaud, *Consécration de la liberté statutaire d'exclusion d'un associé*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°19, 11 mai 2012, page 1310.

Cour d'appel de Grenoble, 1^{ère} Chambre civile, 26 mars 2012, n°11/02714, Campagne épouse Codridex contre SCI Mafate ; note HOVASSE Henri, *Apport en numéraire d'un associé marié sous le régime de la communauté légale et nullité du contrat de société*, Droit des sociétés 2012, commentaire 99 ; note LUCAS François-Xavier, *Nullité d'une société visant à conférer un caractère propre à l'immeuble acquis par un époux*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} novembre 2012, n°11, page 777.

Cour d'appel de Limoges, Chambre civile, 28 mars 2012, n°10/00576, SAS Groupe R., note GERMAIN Michel, *Confirmation du droit à l'information des associés de SAS*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 2012, n°9, page 623.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 avril 2012, n°11-17130 (F-PB), SAS Groupe Duclot, note LUCAS François-Xavier, *Intérêt à agir en vue d'enjoindre à une société de procéder au dépôt de ses comptes annuels*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 2012, n°7, page 545.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 30 mai 2012, Monsieur Giroix contre Société First Racing et autres, n°11-16272 (n°607 F-P+B), note LIENHARD Alain, *SARL : sanction des irrégularités des décisions modifiant les statuts*, Recueil Dalloz 2012, page 1581.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 4 juillet 2012, n°11-13.384, FS-P+B+I, JurisData n°2012-014917, commentaire MORTIER Renaud, *Le mystère de la naissance des droits sociaux*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°23, 5 juin 2015, page 1183.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 septembre 2012, n°11-11.141, Revue de jurisprudence de droit des affaires, 12/2012, n°1078.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 25 septembre 2012, n°11-22754 (F-PB), SARL Garreau, note MENJUCQ Michel, *Rémunération du gérant de SARL : clarifications et formalisme*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2013, n°1, page 22.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 24 octobre 2012, SCI Michelet contre Gitton, n°11-21.980 (FS-D), JurisData n°2012-024120, note MORTIER Renaud, *Est relative la nullité de la cession de droits sociaux consentie à prix dérisoire*, Droit des sociétés, n°2, février 2013, commentaire 22.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 décembre 2012, n°11-27.454, P+B, JurisData n°2012-028178, note MORTIER Renaud, *Consécration du devoir de conseil de l'expert-comptable dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires*, Droit des sociétés, n°4, avril 2013, commentaire 59.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 26 février 2013, n°11-28.397, F-D, Société Steelform contre Société Cabinet Guéant, Chiss, Lesure, Philippe, JurisData n°2013-010079.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 mars 2013, X... épouse Y... contre Y..., n°12-15283 (F-P+B), note LE CANNU Paul, *Une violation bien tranquille (nullités et statuts de société)*, Revue des sociétés 2014, page 51.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 juin 2013, Adjemian contre Arnodinot, épouse Chasserieu, n°12-22.296 (F-P+B), JurisData n°2013-011988, note MORTIER Renaud, *Indifférence de l'affectio societatis dans une cession de droits sociaux*, Droit des sociétés, n°11, novembre 2013, commentaire 175.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 juillet 2013, Monsieur Z... contre SAS Logistics Organisation Grimonprez (société LOG) et autre, n°11-27235 (FS-P+B) et n°12-21238 (FS-P+B), www.legifrance.fr. ; note ANSAULT Jean-Jacques, *Les clauses statutaires d'exclusion prises dans la nasse*, Revue des sociétés 2014, page 40 ; note DONDERO Bruno, *Les exclusions paralysées dans les SAS ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°38, 19 septembre 2013, 1516.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 septembre 2013, n°13-40033, F-D, note ROUSSILLE Myriam, *QPC Sur l'injonction de déposer les comptes sociaux : la question n'est-elle pas sérieuse ?*, Bulletin Joly Sociétés, 31 janvier 2014, n°1, page 13.

Cour d'appel de Paris, 8^{ème} Chambre, 1^{er} octobre 2013, Animated Ventures, n°12/17788, note DOM Jean-Philippe, *Des desseins mal animés : de la faiblesse du droit des nullités en droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2014, n°4, page 243.

Cour administrative d'appel de Lyon, 15 octobre 2013, n°12LY02362, Strzyzewski, JurisData n°2013-026762, note MORTIER Renaud, *L'augmentation de capital en numéraire s'accommode de la compensation*, Droit des sociétés, n°4, avril 2014, commentaire 58.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 16 octobre 2013, n°12-20725 (F-D), SCI Le Miroir, note SAINTOURENS Bernard, *Acte accompli pour une société en formation : mécanisme légal et stipulations contractuelles*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2014, n°2, page 69.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 décembre 2013, n°12-22118, SCI Enéide, non publié au bulletin, www.legifrance.fr.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 décembre 2013, n°12-23787, F-D, SCI G. contre Madame X., note REYGROBELLET Arnaud, *L'article 1844-5 du Code civil, une arme de dissolution massive ?*, Bulletin Joly Sociétés, 31 mars 2014, n°3, page 153.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 janvier 2014, n°12-29221, Madame Y contre Monsieur A (SARL BILTON'S), note SAINTOURENS Bernard, *Le respect du formalisme de l'agrément lors de la cession de parts sociales de SARL*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2014, n°4, page 250.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 février 2014, n°12-29.348, lettre du Centre de recherches sur le droit des affaires n°2014-06, 17 février 2014, commentaire CHACORNAC Jérôme.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 mars 2014, n°11-26.915 (FS-P+B+R+I), JurisData n°2014-04384, La semaine juridique Notariale et Immobilière n°13, 28 mars 2014, 438, *Promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé, exclusion de l'article 1843-4 du Code civil (revirement de jurisprudence)*.

Cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 9), 27 mars 2014, n°13/06816, L. contre SARL MC Holdings, note SYLVESTRE Stéphane, *De l'efficacité d'une clause de non-dilution en présence d'un coup d'accordéon*, Revue des sociétés, janvier 2015, jurisprudence page 31.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 mai 2014, SAS Socoldis contre Monsieur X..., n°13-14.960, www.legifrance.fr ; note LE CANNU Paul, *Est réputée non écrite la clause interdisant à un associé de SAS de prendre part au vote sur son exclusion pour perte de qualité*, Revue des sociétés 2014, page 550.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 mai 2014, n°13-17349 et 13-19066 (F-D), Villela-Petit contre Pépin, JurisData n°2014-009101 ; note MICHINEAU Marine, *L'associé évincé sans clause d'exclusion ou le subterfuge de la promesse unilatérale de vente*, Revue des sociétés, janvier 2015, page 36 ; note MORTIER Renaud, *De l'art d'expulser un associé sans encombre*, Droit des sociétés, n°12, décembre 2014, commentaire 182.

Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 20 mai 2014, SCI Micheline contre SCI Maxiloc, n°13-17094, non publié au bulletin, www.legifrance.fr.

Cour d'appel de Nancy, 1^{ère} Chambre civile, 16 juin 2014, n°1462/2014, n°13/01988, SAS Groupe Chanoinesses c/ Monsieur Emmanuel Risse, JurisData n°2014-017790, note MORTIER Renaud, *Consécration jurisprudentielle des actions rachetables à l'initiative de l'associé*, Droit des sociétés, avril 2015, n°4, commentaire 62.

Cour d'appel de Paris (ch. 05-08), 1^{er} juillet 2014, n°14/04237, SAS Stef Logistique Nemours.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 septembre 2014, n°13-17.807 (FS-P+B), G. contre S., note MOURY Jacques, *La date d'évaluation des actions de l'associé exclu*, Revue des sociétés, janvier 2015, jurisprudence page 19.

Cour de Cassation, Chambre civile, 8 octobre 2014, n°13-21.879, SCI Bella Vista.

Conseil d'État, Assemblée générale du 8 décembre 2014, article 73, avis n°389-494.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 décembre 2014, n°13-24.083 (F-D), Société LPA contre H., note SAINTOURENS Bernard, *Dissolution judiciaire pour mésentente entre associés : variations et précisions jurisprudentielles*, Revue des sociétés, août 2015, jurisprudence page 223.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 décembre 2014, n°13-21.557 (F-D), Genova contre Beulque, note MORTIER Renaud, *Indemnisation d'un associé : exigence d'un préjudice personnel et distinct*, Droit des sociétés, mai 2015, n°5, commentaire 83.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 mars 2015, n°13-24.740 (F-D), Meunier contre Y, Z, A et Société Imagerie Médicale de l'Argoat, JurisData n°2015-009963, note ROUSSILLE Myriam, *Préjudice subi par l'associé exclu*, Droit des sociétés, juin 2015, n°6, commentaire 110.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 31 mars 2015, n°14-13.366 (F-D), Société Établissements Le Mehauté contre Gibert, JurisData n°2015-007267, note GALLOIS-COCHET Dorothée, *Faute entraînant une perte de valeur des actions et préjudice personnel de l'associé*, Droit des sociétés, juin 2015, n°6, commentaire 111.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 novembre 2015, n°14-18179, Société Urbat Promotion contre Société G Sport International, non publié au bulletin, www.legifrance.fr

C. Encyclopédies, ouvrages généraux, monographies et thèses

ALLEGAERT Véronique, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, avril 2005.

AYNES Laurent, MALAURIE Philippe, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, L.G.D.J., octobre 2015, 7^{ème} édition.

AZARIAN Hélène, *Sociétés par actions simplifiées – Fonctionnement*, JurisClasseur Commercial, Fascicule 1534, Date de parution : 5 octobre 2012, Date de fraîcheur : 16 juillet 2015.

BAHANS Jean-Marc, *Publicité des sociétés, Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-40, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

BAHANS Jean-Marc, *Publicité des sociétés. Publicité en cours et en fin de vie sociale. Effets et sanctions de la publicité*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-50, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 15 octobre 2013.

BEAUD Olivier, *Aperçus de droit comparé*, JurisClasseur Libertés, Fascicule 15, Date de fraîcheur : 7 août 2007.

BECQUE-ICKOWICZ Solange, *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse publiée aux Éditions Panthéon Assas, 13 juillet 2004.

BESNARD GOUDET Raphaëlle, *Constitution des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 23 Septembre 2011.

BOUGNOUX Anne, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 4, Date de fraîcheur : 30 mars 2011.

BOUGNOUX Anne, *Sociétés à responsabilité limitée – Organes de contrôle*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 76-10, Date de fraîcheur : 30 mars 2008.

BRANDAC Monique, BIROTHEAU Pierre, DEBIN Cécile, DOM Jean-Philippe, GAILLET Sabine, LE ROQUAIS François, SUPIOT Marie, *Valeurs mobilières – Nature et régime des valeurs mobilières après les ordonnances de 2004*, JurisClasseur Sociétés Formulaire, Fascicule K-56, Date de parution : 15 octobre 2004, Date de fraîcheur : 10 juin 2015.

BRIGNON Bastien, GRANIER Thierry, *Actions de préférence*, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, Fascicule 1803, Date du fascicule : 12 mars 2013, Date de fraîcheur : 29 octobre 2013.

CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2014.

CARBONNIER Jean, *Droit Civil, Introduction*, Presse Universitaire de France, 23^{ème} édition, octobre 1995.

CHARVERIAT Anne, COURET Alain, *Memento sociétés commerciales 2013*, Rédaction des Éditions Francis Lefebvre, 44^{ème} édition, octobre 2012.

CHARVERIAT Anne, *Memento cession de parts et actions 2013-2014*, Rédaction des Éditions Francis Lefebvre, décembre 2012.

CONSTANTIN Alexis, *Droit des sociétés - Droit commun des sociétés, droit spécial des sociétés, restructuration et regroupement de sociétés*, Dalloz, Memento Droit privé, 5^{ème} édition, février 2012.

CONSTANTINESCO L. J., *Traité de droit comparé*, tome 2, La méthode comparative, 1974.

COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, LexisNexis Manuels, 25^{ème} édition, août 2012.

CUISINIER Vincent, *L'affectio societatis*, Thèse, 2006, Dijon ; LexisNexis, Bibliothèque de droit de l'entreprise, octobre 2008.

DAHER Afif, *Cours de droit général des sociétés*, Université Numérique Juridique Francophone, Juillet 2013.

DAIGRE Jean-Jacques, *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 82-10, Date de fraîcheur : 31 janvier 2006.

DEBOISSY Florence, WICKER Guillaume, *Code des sociétés et autres groupements 2013*, LexisNexis, Code Bleu, 16^{ème} édition, septembre 2012.

DEBOISSY Florence, WICKER Guillaume, *Code des sociétés et autres groupements 2016*, LexisNexis, Code Bleu, 18^{ème} édition, juin 2015.

DELPECH Xavier, *Société à responsabilité limitée - SARL 2013-2014 - Création, gestion, évolution*, Edition Delmas, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 27^{ème} édition, novembre 2012.

DONDERO Bruno, LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Précis Domat Droit privé, 4^{ème} édition, décembre 2011.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, *Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1996.

GERMAIN Michel, MAGNIER Véronique, *Les sociétés commerciales - Sociétés de personnes - SARL, SA, SAS - Sociétés cotées*, L.G.D.J., Traités, Traité de droit des affaires, Tome 2, 20^{ème} édition, décembre 2011

GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, *Réformes contemporaines du droit des sociétés, Évolution de 1966 à 1999*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-10, Date de fraîcheur : 1^{er} janvier 2012.

GERMAIN Michel, *Réformes contemporaines du droit des sociétés (1966 à 2011)*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-20, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011.

GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, *Sociétés par actions simplifiées, Création, Constitution directe d'une société nouvelle, Transformation d'une société d'une autre forme*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-10, Date de fraîcheur : 29 juin 2009.

GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, *Sociétés par actions simplifiées, Organisation des pouvoirs, fonctionnement*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-20, Date de fraîcheur : 15 septembre 2009.

GERMAIN Michel, PERIN Pierre-Louis, BOUGNOUX Anne, *Sociétés par actions simplifiées - Organisation des rapports entre associés - Clauses statutaires relatives à la cession d'actions*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 155-30, Date de fraîcheur : 15 septembre 2009.

GLOTIN Marie-Christine, *Société par actions simplifiée – Présentation générale – Commentaires*, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fascicule N-5, Date de parution : 22 janvier 2009, Date de fraîcheur : 10 juin 2015.

GRANIER Thierry, BRIGNON Bastien, *Action de priorité*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 1805, Date de parution : 23 janvier 2015, Date de fraîcheur : 23 janvier 2015.

GRANIER Thierry, BRIGNON Bastien, *Actions et titres de capital – Action à dividende prioritaire sans droit de vote*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 1810, Date de parution : 27 janvier 2015, Date de fraîcheur : 27 janvier 2015.

GUYON Yves, refondu par MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, *Preuve des sociétés*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 27-20, Date de parution : 29 mai 2009, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

GUYON Yves, *Affectio Societatis*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 20-10, Date du fascicule et de la dernière mise à jour : 1^{er} septembre 2013.

KADDOUCH Renée, *Le droit de vote de l'associé*, Thèse 2001, Aix Marseille.

LEBEL Christine, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*, JurisClasseur Commercial, Fascicule 80, Date de parution : 1^{er} août 2011, Date de fraîcheur : 28 février 2012.

MENJUCQ Michel, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Précis Domat Droit privé, 3^{ème} édition, septembre 2011.

MERCADAL Barthélemy, *Memento droit commercial 2012*, Edition Francis Lefebvre, Memento pratique Francis Lefebvre, 20^{ème} édition, avril 2012.

MERLE Philippe, *Droit commercial : sociétés commerciales 2013*, Dalloz, Précis Droit Privé, 16^{ème} édition, septembre 2012.

MORTIER Renaud, *Augmentation du capital en numéraire – Généralités – Conditions préalables, décision d'augmentation du capital*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 156-10, Date de parution : 2 février 2009, Date de fraîcheur : 23 mars 2015.

MORTIER Renaud, *Augmentation du capital en numéraire – Droit préférentiel de souscription – Prime d'émission*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 156-15, Date de parution : 2 février 2009, Date de fraîcheur : 2 février 2009.

MORTIER Renaud, *Augmentation du capital en numéraire - Réalisation*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 156-20, Date de parution : 2 février 2009, Date de fraîcheur : 27 mars 2014.

MORTIER Renaud, *Augmentation du capital par apports en nature*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 156-30, Date de parution : 10 janvier 2011, Date de fraîcheur : 4 avril 2012.

MORTIER Renaud, *Rachat d'actions ou de parts sociales (généralités)*, JurisClasseur Banque, Crédit, Bourse, Fascicule 1658, Date de parution : 11 avril 2011, Date de fraîcheur : 6 juin 2014.

NURIT-PONTIER Laure, *Le devoir de loyauté*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 45-10, Date de parution : 26 février 2013, Date de fraîcheur : 26 février 2013.

NURIT-PONTIER Laure, ROUSSEAU Stéphane (collectif sous la direction de), *Risques d'entreprises : quelle stratégie juridique ?*, L.G.D.J., mars 2012.

PAPACHRISTOS A.C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975.

PETOT-FONTAINE Michelle, *Sociétés à responsabilité limitée – Gestion financière – Comptes sociaux*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 78-10, Date de fraîcheur : 7 avril 2011.

PETOT-FONTAINE Michelle, *Sociétés à responsabilité limitée – Modifications du capital social*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 78-20, Date de fraîcheur : 7 avril 2011.

PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Panthéon-Assas, 2003.

RABREAU Anne, BRIGNON Bastien, *Consentement des parties*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 7-20, Date du fascicule : 23 juin 2014, Date de fraîcheur : 12 février 2015.

RICHARD Édouard, *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, Presses Universitaires de Rennes, novembre 2005.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 71-10, Date de fraîcheur : 28 septembre 2012.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée, Introduction, Caractéristiques, Intérêts*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 72-10, Date de fraîcheur : 30 novembre 2012.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée, Conditions de forme*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-10, Date de fraîcheur : 17 avril 2009.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Parts sociales – Cession. Transmission. Nantissement*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 73-20, Date de fraîcheur : 27 novembre 2012.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Organisation – Pouvoirs*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-10, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée – Gérance – Cessation des fonctions et responsabilité du gérant*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 74-20, Date de fraîcheur : 29 mai 2009.

STORCK Michel, *Sociétés à responsabilité limitée, Décisions collectives*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 75-10, Date de fraîcheur : 20 janvier 2011.

VIDAL Dominique, *La société par actions simplifiée*, Montchrestien, 1994.

VIDAL Dominique, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., Manuels Droit privé, 7^{ème} édition, août 2010.

VINCENT Catherine, *Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2011*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 3-12, Date de fraîcheur : 1^{er} octobre 2011.

WICKER Guillaume, *Personne morale*, Répertoire de droit civil, Date de parution : juin 1998, Date de mise à jour : septembre 2013.

ÉDITIONS LÉGISLATIVES, Droit des affaires, Sociétés unipersonnelles, Dictionnaire permanent, Date de fraîcheur : 12 décembre 2013.

D. Articles et colloques

ANSAULT Jean-Jacques, *La fiducie-sûreté ressuscitée !*, Journal des sociétés, n°65, mai 2009, page 22.

ANSAULT Jean-Jacques, *Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle*, Journal des sociétés, n°104, décembre 2012, page 28.

ANSAULT Jean-Jacques, *La disharmonie entre la forme et l'objet dans une structure sociétaire*, Journal des sociétés, n°124, novembre 2014, page 13.

BADINTER Robert, "Robert Badinter veut simplifier le droit du travail", Le Monde, 21 juin 2015.

BARSAN Iris M., PIETRANCOSTA Alain, *Réforme du régime juridique des actions de préférence : focus sur les règles régissant le rachat de titres à la lumière du droit communautaire*, Revue trimestrielle de droit financier 2008, volume 3, page 11.

BARTHELEMY Jacques, *Société par actions simplifiée et droit social*, Revue des sociétés 2000, page 245.

BEAUJOUR Jean-Claude, *Dirigeant et internationalisation des entreprises : quel régime de responsabilité ?*, Journal des sociétés, n°34, juillet 2006, page 52.

BEGUIN Jacques, *L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966*, Revue des sociétés 1996, page 513.

BEHRENS Peter, *Commentaire sur la corporate governance*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 376.

BERLIOZ Pierre, *Le transfert de propriété dans la cession des droits sociaux*, Revue des sociétés, janvier 2015, étude page 14.

BEYNEIX Isabelle, HEBERT Sylvie, *La prise en compte de l'entrepreneuriat dans le droit*, Revue trimestrielle de droit commercial, 2012, page 671.

BEZARD Pierre, *Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation*, Revue des sociétés 2000, page 55.

BIRON Julie, ROUSSEAU Stéphane, *L'évolution des règles de gouvernance au Canada : réflexion sur une décennie de turbulence*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 24, 14 Juin 2012, page 1385.

BISSARA Philippe, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Revue des sociétés 1990, page 553.

BISSARA Philippe, *Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?*, Revue des sociétés 2000, page 69.

BOLOGNA Francesca, *Les pactes d'actionnaires : un aperçu de droit comparé*, Journal des sociétés, n°37, décembre 2009, page 37.

BORÉ Louis, GAUTIER Pierre-Yves, TORCK Stéphane, *Experts et entreprise : l'évaluation des droits sociaux*, Revue de droit d'Assas, octobre 2012, n°6, page 74.

BOULOC Bernard, *L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966*, Revue des sociétés 1996, page 437.

BRENNER Claude, *Acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Date de mise à jour : janvier 2013.

BRIGNON Bastien, *Quelques grains de poivre dans les SEL d'avocats*, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, étude 19.

BRUNSWICK Philippe, *SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extrastatutaires ?*, Recueil Dalloz 2000, page 595.

BUCHBERGER Matthieu, *Cessions de droits sociaux et exigence d'un prix déterminable*, Recueil Dalloz 2012, page 1632.

CASTALDI Enrico, JULIEN Lisa Alice, *La cession de participations en droit italien*, Journal des sociétés, n°82, décembre 2010, page 26

CHAMPAUD Claude, *Le droit français des sociétés à l'aube du XXIème siècle*, Revue des sociétés 2000, page 77.

CHAMPAUD Claude, *Mondialisation et droit économique - Introduction*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 171.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Personnalité morale de l'EURL. Garantie des dettes sociales par l'associé unique (non)*, Revue trimestrielle de droit commercial 1999, page 440.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle (L. 99-587 du 12 juill. 1999)*, Revue trimestrielle de droit commercial 1999, page 872.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Durée de la société*, Revue trimestrielle du droit commercial 2006, page 843.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée*

sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de « substitution fidéicommissaire (loi n°2007-211 du 19 février 2007), Revue trimestrielle de droit commercial 2007, page 128.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n°2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique*, Revue trimestrielle de droit commercial 2007, page 734.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Fiduciaire. Qualités et compétences professionnelles pour l'exercice des fonctions de « fiduciaire ». Loi du 19 février 2007. Réserve aux financiers. Exclusion des juristes*, Revue trimestrielle de droit commercial 2007, page 737.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Immatriculation des EURL*, Revue trimestrielle de droit commercial 2008, page 346.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Loi de modernisation de l'économie dite LME*, Revue trimestrielle de droit commercial 2009, page 147.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, *Distinction des statuts juridiques sociétaux à raison de leurs caractéristiques socio-économiques. Rapport de gestion. Suppression dans les sociétés unipersonnelles (loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des PME et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, article 8, JO 20 octobre)*, Revue trimestrielle de droit commercial 2009, page 742.

CHARVERIAT Anne, *La réforme de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme*, Opinion Finance, n°556, 12 juillet 1999, page 25.

COMANGES L., *Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2003, n°1, page 12.

COPPENS Philippe, *La fonction du droit dans une économie globalisée*, Revue internationale de droit économique, 2012/3, tome XXVI, page 269.

COURET Alain, *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, Revue des sociétés 2000, page 89.

COURET Alain, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 339.

COURET Alain, *La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée*, Colloque sur Les petites et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans l'Union européenne, Madrid, 4 et 5 février 2004, CREDA, www.creda.ccip.fr.

COURET Alain, DE LA BRUSLERIE Hubert, *Analyse économique de l'appropriation de la richesse dans l'entreprise et évolutions récentes du droit français*, Revue internationale de droit économique, 2002/4, tome XVI, page 575.

CUTAJAR Chantal, *La corruption ou le nouvel âge de la transparence – Paradis fiscaux et corruption*, Séminaire de philosophie du droit, Institut des Hautes Études sur la Justice, 20 janvier 2014, publié sur www.ihej.org le 26 septembre 2014.

CUZACQ Nicolas, *Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal*, Revue internationale de droit économique, 2008/1, tome XXII, page 27.

DAIGRE Jean-Jacques, *La société unipersonnelle en droit français*, Revue internationale de droit comparé, volume 42, n°2, avril-juin 1990, page 665.

DAIGRE Jean-Jacques, *La perte de la qualité d'actionnaire*, Revue des sociétés, 1999, page 541.

DAIGRE Jean-Jacques, FRANCOIS Bénédicte, *La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ?*, Revue des sociétés, 2010, page 11.

DARMON Stéphanie, DESPREZ Frédérique, *La transformation en société par actions sous turbulences législatives*, Revue des sociétés 2005, page 119.

DE BERMOND DE VAULX Jean-Marie, *L'empire des faits et l'émergence de la notion de société*, Recueil Dalloz 1996, page 185.

DELPECH Xavier, *Modernisation de l'économie : droit de l'entreprise*, Recueil Dalloz 2008, page 1604.

DIDIER Paul, *La théorie contractualiste de la société*, Revue des sociétés 2000, page 95.

DOM Jean-Philippe, *La transposition de la première directive communautaire (n°68-151 du 9 mars 1968) en droit français*, Droit 21 – www.droit21.com, 24 décembre 2000.

DOM Jean-Philippe, *La sécurité juridique à l'épreuve du droit constant : aspects de droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2001, n°2, page 215.

DOM Jean-Philippe, *La sécurité juridique à l'épreuve du droit constant : aspects de droit des sociétés (suite...)*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mars 2001, n°3, page 335.

DOM Jean-Philippe, *La protection des minoritaires*, Revue des sociétés 2001, page 533.

DONDERO Bruno, *Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société*, Journal des sociétés, n°53, avril 2008, page 42.

DONDERO Bruno, *La SAS, une adolescente à la croissance mouvementée*, Journal des sociétés, avril 2009, n°64, page 11.

DONDERO Bruno, *Les apports en industrie dans la SAS*, Journal des sociétés, avril 2009, n°64, page 12.

DONDERO Bruno, *Le droit mauricien des sociétés*, Journal des sociétés, n°71, décembre 2009, page 32

DONDERO Bruno, *L'exclusion d'un associé, les droits de la défense et le régime restrictif des nullités du droit des sociétés*, Recueil Dalloz 2010, page 2880.

DONDERO Bruno, *Dispense de rapport de gestion dans certaines sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (décret n°2011-55 du 13 janvier 2011)*, Revue trimestrielle de droit commercial 2011, page 126.

DONDERO Bruno, *Caractère restrictif des nullités en droit des sociétés... et trouble*, Recueil Dalloz 2012, page 1581.

DONDERO Bruno, *Chacun cherche sa prescription*, Recueil Dalloz 2013, page 1384.

DONDERO Bruno, *L'exclusion de l'exclu de l'exclusion exclue... et conséquences*, Dalloz, 2014, page 1485.

DUCOULOUX-FAVARD Claude, *La société par actions simplifiée par Dominique VIDAL*, Les Petites Affiches, 6 mai 1994, n°54.

DUCOULOUX-FAVARD Claude, *Les S.A.R.L. française et italienne et la GMBH allemande : lignes de comparaison*, Petites affiches, PA200101702, 24 janvier 2001 n°17, page 6.

DUFFOUR Angeline, MILLERET-GODET Anna, *Le statut de dirigeants de société : une notion à géométrie variable*, Droit des sociétés 2015, n°8-9, étude 15.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, *La sécurité juridique, le point de vue du juge constitutionnel*, 20 septembre 2005, source : www.conseil-constitutionnel.fr.

FASTERLING Björn, DUHAMEL Jean-Christophe, *Le Comply or Explain : la transparence conformiste en droit des sociétés*, Revue internationale de droit économique, 2009/2, tome XXIII, page 129.

FOYER Jean, *Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ?*, Revue des sociétés 2000, page 101.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Définition du droit de la régulation économique*, Chapitre 1 de l'ouvrage Droit et économie de la régulation, Presses de Science Po, Hors collection, 2004, page 7.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Exclusion statutaire et exclusion judiciaire*, Droit des sociétés, juillet 2012, n°7, commentaire 123.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Allègement des obligations comptables des petites entreprises*, Droit des sociétés, juin 2014, n°6, étude 12.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire*, Droit des sociétés, décembre 2014, n°8, étude 23.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Demande d'inscription modificative d'une SAS devenue unipersonnelle*, Droit des sociétés, janvier 2015, n°1, commentaire 9.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Loi de simplification de la vie des entreprises : dispositions relatives aux SARL et aux fusions*, Droit des sociétés, mars 2015, n°3, commentaire 48.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Loi relative à la simplification de la vie des entreprises : enregistrement des statuts*, Droit des sociétés, mars 2015, n°3, commentaire 52.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Principales dispositions de droit des sociétés dans le projet de loi "Macron"*, Droit des sociétés, mai 2015, n°5, commentaire 92.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *SEL et SPFPL*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°10, commentaire 167.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Transfert du siège social par le gérant de SARL*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°10, commentaire 172.

GALLOIS-COCHET Dorothée, *Obligations comptables des PME*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°10, commentaire 173.

GALLOT Alyssa, *Aperçu des opérations de fusions-acquisitions aux États-Unis*, Journal des sociétés, n°82, décembre 2010, page 36

GARAPON Antoine, *Entretien avec Antoine Garapon sur le droit dans la mondialisation et l'anti-juridisme de la pensée française*, Cahiers philosophiques, 2008/4, n°116, page 121.

GARAPON Antoine, propos extraits de son intervention devant la Commission des lois du Sénat présidée par Monsieur Jean-Pierre Sueur le mercredi 14 mai 2014 sur le thème "prévention de la récidive et individualisation des peines", Source : www.sénat.fr

GARAPON Antoine, secrétaire général de l'Institut des Hautes Études Juridiques, Propos extraits de la Synthèse des débats du séminaire organisé par l'Institut des Hautes Études Juridiques et Sciences Po « Droit, marchés et globalisation » le 14 mai 2013, dont le thème est "Les juristes d'entreprises en France : évolution et dilemmes", page 6 ; synthèse publiée sur www.ihej.org le 26 septembre 2013.

GARAPON Antoine, *Les pistes envisagées pour décharger les juges de certaines affaires*, propos rapportés par Marie Boëton, La Croix, 31 mai 2013.

GARAPON Antoine, *Antoine Garapon, le magistrat « intello »*, propos recueillis par Florence Thomasset, La Croix, 27 décembre 2013.

GIBIRILA Deen, *Société à responsabilité limitée*, Répertoire de droit des sociétés, Edition Dalloz, mois de parution : décembre 2012, mois de mise à jour : juin 2013.

GIBIRILA Deen, *L'apport en industrie : du droit commun au droit spécial des SARL et SAS*, Journal des sociétés, n°111, septembre 2013, page 31.

GLASSNER Jean-Jacques, *Du bon usage du concept de cité-État ?*, Journal des africanistes, 2004, 74-1/2.

GODON Laurent, *Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports*, Journal des sociétés, n°111, septembre 2013, page 39.

GODON Laurent, *Condition juridique des dirigeants de SAS : la liberté statutaire confortée*, Revue des sociétés, février 2015, page 108.

GRIMALDI Michel, *L'introduction de la fiducie en droit français*, Revue de droit Henri Capitant, n°2, 30 juin 2011

GUESMI Amelle, *EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives*, Recueil Dalloz 2001, page 104.

GUYON Yves, *La coordination communautaire du droit français des sociétés*, Revue trimestrielle de droit européen, 1990, page 241.

GUYON Yves, *L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 (aspects de droit interne)*, Revue des sociétés 1996, page 501.

GUYON Yves, *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)*, Revue des sociétés, 1999, page 505.

GUYON Yves, *Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée*, Revue des sociétés, 2000, page 255.

GUYON Yves, *Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (présentation générale)*, Revue des sociétés 2001, page 503.

HANNOUN C., *Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés*, Revue des sociétés 1991, page 45, n°14, page 55-56.

HARNAY Sophie, BERGE Jean-Sylvestre, *Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ?*, Revue internationale de droit économique, 2011/2, tome XXV, page 165.

HELMLINGER Laurence, *Commentaire de la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche*, Actualité juridique du droit administratif 2000, page 72.

HIRTE Heribert, SCHALL Alexander, *La société d'entrepreneur en droit allemand*, Revue des sociétés 2013, page 198.

HONORAT Jean, *La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Les Petites Affiches, 16 août 1996, page 4 et 19 août 1996, page 4.

HONORAT Jean, *Les nullités des constitutions de sociétés*, Defrénois 1998, article 36706.

HOUIN Roger, GORÉ François, *La réforme des sociétés commerciales*, Recueil Dalloz Sirey, 1967, Chronique, page 123.

HUGLO Jean-Guy, *La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, décembre 2001.

JEANCOLAS Cédric, FELTEN Bernard, *Les sociétés commerciales au Grand-Duché de Luxembourg*, Journal des sociétés, n°71, décembre 2009, page 21

KEREBEL Fabienne, *La SAS sous forme de liste à la Prévert : de quelques pièges à déjouer...*, Bulletin Joly Sociétés, 2 novembre 2014, n°11, page 463.

KESSLER G., *Société créée de fait : les leçons du droit comparé* : Dalloz 2005, p. 86.

LAITHIE Yves-Marie, *Le droit comparé et l'efficacité économique*, Revue de droit Henri Capitant, n°, 30 décembre 2010.

LAMARCHE Thierry, *La notion d'entreprise*, Revue trimestrielle de droit commercial, 2006, page 709.

LAURIN Benoît, *La GmbH se modernise*, Le Moci, n°1877, 11 novembre 2010, page 73.

LEBEL Christine, *Propos introductifs au dossier sociétés civiles, sociétés commerciales : divergences et convergences*, Journal des sociétés, n°124, novembre 2014, page 11.

LE BARS Benoît, *La fiducie dans les opérations sociétaires*, Journal des sociétés, n°65, mai 2009, page 18.

LECOURT Benoît, *Société européenne : rapport de la Commission européenne sur l'application du règlement*, Revue des sociétés 2011, page 123.

LE CANNU Paul, *Inexistence ou nullité des sociétés fictives*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 1992, n°9, page 875.

LE CANNU Paul, *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, Revue des sociétés 1994, page 241, n°3.

LE CANNU Paul, *L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même*, Revue des sociétés 1996, page 485.

LE CANNU Paul, *Qu'est-ce qu'un actionnaire ? L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire*, Revue des sociétés 1999, page 519.

LE CANNU Paul, *Société par actions simplifiée*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Mois de parution : février 2000, Mois de mise à jour : juin 2013.

LE CANNU Paul, *Le contentieux de la SAS – I : La nullité des décisions d'associé(s) fondée sur l'article L. 222-7 dernier alinéa du Code de commerce*, Droit 21 – www.droit21.com, 15 février 2001.

LE CANNU Paul, *Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable (articles 124 de la loi NRE, L. 223-7 et L. 231-5 du Code de commerce)*, Revue des sociétés 2001, page 633.

LE CANNU Paul, *La SAS : un cadre légal minimal*, Revue des sociétés 2014, page 543.

LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008*, Revue trimestrielle de droit commercial 2008, page 784.

LE CORRE Pierre-Michel, *L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté*, Recueil Dalloz 2011, page 91.

LE NABASQUE Hervé, *La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Revue des sociétés 2001, page 589.

LENOIR Noëlle, *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, www.conseil-constitutionnel.fr.

LE NORMAND Sabrina, *La modification des statuts par le dirigeant*, Droit des sociétés 2012, n°8, étude 11.

LEGROS Jean-Pierre, *Redressement judiciaire*, Droit des sociétés, Décembre 2015, n°12, commentaire 218.

LIENHARD Alain, *Intérêt à agir en nullité en cas de convocation frauduleuse du Conseil d'administration et responsabilité civile du tiers pour violation d'un pacte d'actionnaires*, Recueil Dalloz 2000, page 384.

LIENHARD Alain, *Loi pour l'initiative économique, quoi de neuf pour les sociétés?*, Recueil Dalloz 2003, chronique page 190.

LIENHARD Alain, *Modernisation de l'économie : droit des sociétés*, Recueil Dalloz 2008, page 1611.

LIENHARD Alain, *EURL et SAS : dispense de rapport de gestion*, Dalloz Actualité, 18 janvier 2011.

LUCAS François-Xavier, *Représentation de la SAS : Hourra pour la Cour de cassation*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 2010, n°12, page 951.

LUCAS François-Xavier, *Quel régime pour l'EURL en difficulté ?*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2011, n°1, page 1.

LUCAS François-Xavier, *Le droit des sociétés a été simplifié et amélioré*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juillet 2011, n°7, page 541.

LUCAS François-Xavier, *Exécution forcée des pactes : les bonnes lectures du Tribunal de commerce de Paris*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} octobre 2011, n°10, page 745.

LUCAS François-Xavier, *Être ou ne pas être associé*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} décembre 2011, n°12, page 941.

LUCAS François-Xavier, *LE RCS, expression du génie français*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2013, n°1, page 1.

LUCAS François-Xavier, *Fonctionnariser pour moderniser les tribunaux de commerce ?*, Bulletin Joly Sociétés, 31 janvier 2014, n°1, page 1.

LUCAS François-Xavier, *L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 2014, n°6, page 403.

LUCAS François-Xavier, *Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} octobre 2014, n°10, page 418.

LUCAS François-Xavier, *L'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 2 novembre 2014, n°11, page 473.

LUCAS François-Xavier, PORACCHIA Didier, *Le nouvel article 1843-4 du Code civil*, Bulletin Joly Sociétés, 2 novembre 2014, n°11, page 474.

LUCHAIRE François, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, Septembre 2001, source : www.conseil-constitutionnel.fr.

MACKAAY Ejan, *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?*, Revue de droit Henri Capitant, n°1, décembre 2010.

MAINGUY Daniel, *Le "raisonnable" en droit (des affaires)*, Les concepts émergents en droit des affaires, LexisNexis Éditions, juin 2010, page 307.

MARTIN Didier, ALOGNA Forrest G., *A European Delaware: the nascent regulatory market in Europe*, Corporate Finance & Capital Markets Law Review, 18 December 2007 (available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1345005>).

MASSART Thibaut, *Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro*, Bulletin Joly Société, décembre 2002, n°289, page 1361.

MENJUCQ Michel, *La circulation internationale des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} mars 2001, n°3, page 233.

MENJUCQ Michel, *La société européenne : enfin l'aboutissement !*, Recueil Dalloz 2001, page 1085.

MENJUCQ Michel, *La société européenne – règlement CE n°2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001*, Revue des sociétés 2002, page 225.

MENJUCQ Michel, *Droit communautaire et droits nationaux des sociétés : des relations ambiguës*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} octobre 2008, n°10, page 803.

MENJUCQ Michel, *La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ?*, Recueil Dalloz 2008, page 2954.

MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, www.conseil-constitutionnel.fr.

MESSINE Francine, NOIRET Émilie, *Les sociétés belges : ressemblances et dissemblances avec leurs voisines françaises*, Journal des sociétés, n°71, décembre 2009, page 12

MICHAELS Ralf, *EU law as private international law? Re-conceptualising the country-of-origin principle as vested rights theory*, Working Paper, Conference launching the Journal of Private International Law in Aberdeen, 29 March 2005.

MICHAELS Ralf, *The new European choice-of-law revolution*, Tulane Law Review, volume 82, n°5, May 2008, page 1607.

MONÉGER Joël, *De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification*, Revue internationale de droit économique, 2004/2, tome XVIII, page 171.

MONNET Joël, *Capital social*, Droit des sociétés, n°10, octobre 2003, commentaire 170.

MONNET Joël, *Capital social à un euro*, note sur la réponse ministérielle apportée par le Ministre délégué au PME à la question de Monsieur Jérôme RIVIERE (n°41247, JOAN Q n°33, 17 août 2004, p. 6494), Droit des sociétés, novembre 2004, n°11, commentaire 191.

MONNET Joël, *Cession de parts sociales*, Droit des sociétés Novembre 2004, n°11, commentaire 192.

MORTIER Renaud, *Le pacte d'actionnaires source de responsabilité délictuelle*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°16, 17 avril 2008, page 1516.

MORTIER Renaud, *La modernisation du droit des sociétés*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°41, 9 octobre 2008, page 2233.

MORTIER Renaud, *La réalisation du coup d'accordéon*, La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°19, 12 mai 2011, étude page 1365.

MORTIER Renaud, *La simplification des augmentations de capital*, Droit des sociétés, n°7, juillet 2011, repère 7.

MORTIER Renaud, *Généralisation de l'inefficacité des statuts : les méfaits d'une conception institutionnelle des nullités en droit des sociétés*, Droit des sociétés, n°6, juin 2013, commentaire 98.

MORTIER Renaud, *Délimitation formelle et restrictive du devoir de conseil de l'expert-comptable*, Droit des sociétés, n°7, juillet 2013, commentaire 116.

MORTIER Renaud, *Indifférence de l'affectio societatis dans une cession de droits sociaux*, Droit des sociétés, n°11, novembre 2013, commentaire 175.

MORTIER Renaud, *Proposition de réforme des actions rachetables (articles L. 228-12-1 et L. 228-12-2 du Code de commerce proposés)*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°19, 8 mai 2014, page 336.

MORTIER Renaud, *Des sociétés unipersonnelles conçues pour faire des ravages*, Droit des sociétés, n°6, juin 2014, repère 6.

MORTIER Renaud, *Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014*, Droit des sociétés, n°10, octobre 2014, étude 19.

MORTIER Renaud, *Une originalité tristement française : l'interdiction des actions rachetables sur l'initiative de l'actionnaire*, Droit des sociétés, n°5, mai 2015, alerte 19.

MORTIER Renaud, *Le mystère de la naissance des droits sociaux*, La semaine juridique notariale et immobilière, numéro 23, 5 juin 2015, 1183.

NURIT-PONTIER Laure, *Le statut social des dirigeants de sociétés*, La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°5, 31 janvier 2002, page 222.

NURIT-PONTIER Laure, *La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences*, Recueil Dalloz 2003, chronique page 1612.

NURIT-PONTIER Laure, *Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques*, Recueil Dalloz 2009, Chronique page 585.

NURIT-PONTIER Laure, *Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ?*, Recueil Dalloz 2010, chronique page 2081.

NURIT-PONTIER Laure, *LA libération partielle du capital social : un choix pertinent pour les sociétés dispensées de capital minimum ?*, Recueil Dalloz 2011, chronique page 828.

NURIT-PONTIER Laure, *L'inscription statutaire, vecteur juridique de RSE ?*, Revue des sociétés 2013, page 323.

OPPETIT Bruno, *L'expérience française de codification en matière commerciale*, Recueil Dalloz 1990, Chronique page 1.

PAILLUSSEAU Jean, *Le droit moderne de la personnalité morale*, Revue trimestrielle de droit civil 1993, page 705.

PAILLUSSEAU Jean, *La modernisation du droit des sociétés commerciales*, Recueil Dalloz 1996, page 287.

PAILLUSSEAU Jean, *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, Recueil Dalloz 1997, page 97.

PAILLUSSEAU Jean, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, Recueil Dalloz 1999, page 157.

PAILLUSSEAU Jean, *La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !*, Recueil Dalloz 1999, page 333.

PAILLUSSEAU Jean, *L'adaptation du droit des sociétés aux entreprises – Commentaire*, Revue internationale de droit économique, 2002/2, tome XVI, page 368.

PAILLUSSEAU Jean, *La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote*, Recueil Dalloz 2008, page 1563.

PAPACHRISTOS A.C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975, critique par TANCELIN Maurice, Les Cahiers du droit, volume 19, n°3, 1978, page 844.

PELISSE Jérôme, *"Les juristes d'entreprises en France : évolution et dilemmes"*, propos extraits de la synthèse des débats du séminaire organisé par l'Institut des Hautes Études Juridiques et Sciences Po "Droit, marchés et globalisation" le 14 mai 2013, page 7; synthèse publiée sur www.ihej.org le 26 septembre 2013.

PEREIRA Sandra, *La loi Macron : source de débat sur le périmètre du droit*, Droit des sociétés, décembre 2015, n°12, alerte 55.

PERIN Pierre-Louis, *SAS et commissariat aux comptes : simplification du contrôle et sécurité*, Journal des sociétés, avril 2009, n°64, page 21.

PICARD Etienne, *L'état du droit comparé en France*, Revue internationale de droit comparé, 1999, volume 51, numéro 4, pages 885 à 915.

PORACCHIA Didier, *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, Revue des sociétés, 2000, page 223.

PORACCHIA Didier, *A propos de la représentation de la SAS*, Journal des sociétés, avril 2009, n°64, page 17.

PORACCHIA Didier, GAY Bruno, *Société par actions simplifiée et actions de préférence*, Journal des sociétés, n°34, juillet 2006, page 37.

PRIEUR Jean, *La gestion des conflits au sein des groupes familiaux*, Journal des Sociétés, n°123, octobre 2014, page 31.

RABU Gaylor, *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques*, Revue international de droit économique, 2008/3, tome XXII, page 335.

RAFFARIN Jean-Pierre, *Intervention du Premier ministre lors de la présentation du plan gouvernemental d'aide en faveur de la création d'entreprises*, 7 octobre 2002, source : <http://archives.internet.gouv.fr/archives/article93b1-54468.html>

RANDOUX Dominique, *Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre*, Revue des sociétés 2000, page 105.

REIGNÉ Philippe, DELORME Thibault, *Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire*, Recueil Dalloz 2002, page 1330.

REINHARD Yves, *La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée*, Revue trimestrielle de droit commercial 1999, page 898.

REYGROBELLET Arnaud, *Commentaire sur les décisions n°2013-368 QPC et n°2013-372 du Conseil constitutionnel datant du 7 mars 2014*, commentaire publié dans la lettre du Centre de recherches sur le droit des affaires n°2014-11 publiée le 7 avril 2014 sur le site internet <http://www.creda.cci-paris-idf.fr>.

RICHARD Géraldine, BRIGNON Bastien, *Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ?*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur, mars-avril 2014, page 31.

ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal des sociétés, dépenalisation saupoudrée*, Droit des sociétés novembre 2003, n°11, chronique 11.

ROBERT Jacques-Henri, *Tableau récapitulatif des dépenalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions*, Droit des sociétés, mars 2005, n°3, étude 3.

ROBINEAU Sébastien, *SAS et liberté contractuelle*, Journal des sociétés, n°104, décembre 2012, page 14.

RONTCHEVSKY Nicolas, *Le gouvernement d'entreprise à la française, brèves observations sur le volet société de la loi "NRE"*, Recueil Dalloz 2001, page 2578.

ROUSSILLE Myriam, *Le gérant engage la société par les actes qu'il accomplit ès qualités*, Droit des sociétés, mai 2011, n°5 commentaire 93.

ROUSSILLE Myriam, *La société mère doit inclure dans son rapport de gestion les informations sociales et environnementales concernant toutes ses filiales*, Droit des sociétés, juin 2011, n°6, commentaire 112.

ROUSSILLE Myriam, *Modifications de certains éléments du régime des SEL*, Droit des sociétés, juin 2011, n°6, commentaire 111.

ROUSSILLE Myriam, *Exclusion d'un associé et date de prise d'effet de la décision*, Droit des sociétés, août 2011, n°8, commentaire 154.

ROUSSILLE Myriam, Observations sur l'avis n°2013-027 du 4 octobre 2013 du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés, Droit des sociétés 2014, n°11.

ROUSSILLE Myriam, *Ouverture des sociétés commerciales aux professions juridiques : les SEL concurrencées ?*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°11, commentaire 168.

ROUSSILLE Myriam, *Sociétés cotées – Création des sociétés d'exercice en commun des professions du droit et du chiffre*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°11, commentaire 174.

ROUSSILLE Myriam, *Création d'un nouveau véhicule d'investissement*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°11, commentaire 176.

ROUSSILLE Myriam, *Règles relatives au rapport de gestion*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°11, commentaire 196.

ROUSSILLE Myriam, *Repenser le droit des sociétés*, Droit des sociétés, novembre 2015, n°11, repère 10.

SAENKO Laurent, *SAS et droit pénal des sociétés*, Journal des sociétés, avril 2009, n°64, page 41.

SAINTE ROSE Jerry, *L'intérêt général et le juge*, www.conseil-constitutionnel.fr.

SAINTOURENS Bernard, *Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1ère directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 1991, n°2, page 123.

SAINTOURENS Bernard, *L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ?*, Revue des sociétés 2000, page 109.

SAINTOURENS Bernard, *La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2002, n°4, page 461.

SAINTOURENS Bernard, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 2005, n°6, page 667.

SAINTOURENS Bernard, *Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, Revue des sociétés 2008, page 477.

SAINTOURENS Bernard, *Révocation d'un dirigeant de SAS : attractivité et danger de la liberté contractuelle*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 2011, n°6, page 536.

SAINTOURENS Bernard, REYGROBELLET Arnaud, PARLEANI Gilbert, *Les apports en droit des sociétés de la loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises*, Revue des sociétés, août 2015, étude page 211.

SALAH MATOUSSI Mohamed, *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation*, Revue internationale de droit économique, 2001/3, tome XV, page 251.

SCHILLER Sophie, *Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*, Répertoire de droit des sociétés, Mois de parution : février 2009 ; Mois de mise à jour : février 2013.

SCHILLER Sophie, *La gouvernance des entreprises familiales*, Journal des Sociétés, n°123, octobre 2014, page 11.

SCHILLER Sophie, *La direction de l'entreprise familiale*, Journal des Sociétés, n°123, octobre 2014, page 19.

SCHMIDT Dominique, *Les lois du 1^{er} août 2003 et le droit des sociétés*, Recueil Dalloz 2003, page 2618.

SEGAL Laurent, PELCERF Valéry, *Le sort des actionnaires titulaires d'actions de préférence en cas d'augmentation de capital : un état des lieux et une vision de la pratique*, Journal des sociétés, n°109, juin 2013, page 21.

SERLOOTEN Patrick, *Droit fiscal des sociétés : perspectives pour le XXI^{ème} siècle*, Revue des sociétés 2000, page 147.

SERVICE PUBLIC, Communiqué sur l'option de confidentialité pour les comptes annuels des petites entreprises, Droit des sociétés, Novembre 2015, n°11, alerte 49.

SEUBE Jean-Baptiste, *La relativité de la distinction des "contrats organisation" et des "contrats échange"*, Journal des sociétés, n°53, avril 2008, page 42.

SIMON Joëlle, *La société par actions simplifiée et la proposition de création d'une société privée européenne*, Revue des sociétés 2000, page 263.

STOUFFLET Jean, *Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*, Revue des sociétés 2000, page 241.

TANDEAU DE MARSAC Valérie, *Actions de préférence et droit de vote*, Journal des sociétés, n°34, juillet 2006, page 44.

TCHOTOURIAN Ivan, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, préface Y. Dereu, Bibliothèque de droit privé T. 522 : LGDJ, 2011, n° 6, page 10.

TERRE François, OUTIN-ADAM Anne, *Codifier est un art difficile (à propos d'un... "code de commerce")*, Recueil Dalloz 1994, Chronique page 99.

THOMAS Vincent, *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans le droit des sociétés*, Revue Lamy du droit des affaires, juillet-août 2013, n°84, page 95.

TORCK Stéphane, HOVASSE Henri, *Loi de modernisation de l'économie : analyse des mesures en faveur des petites et moyennes entreprises (aspects juridiques)*, Droit des sociétés, n°11, novembre 2008, Étude 10.

URBAIN-PARLEANI Isabelle, *L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966*, Revue des sociétés 1996, page 447.

VALETTE Didier, *Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999), Présentation du dispositif*, Revue des sociétés, 2000, page 2015.

VAN ENDEN Erik, VAN'T HOF Sanna, *Les formes juridiques du droit néerlandais*, Journal des sociétés, n°71, décembre 2009, page 17

VATINET Raymonde, *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés, vers une "contre-réforme" de l'entreprise ?*, Droit social 1997, page 608.

ZATTARA-GROS Anne-Françoise, *La SAS et le droit des entreprises en difficultés : illusions et réalités*, Journal des sociétés, avril 2009, n°64, page 28.

II. Sources de droit européen

A. Législation

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), Journal officiel de l'Union européenne, n° C 326/01, 26 octobre 2012.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), Journal officiel de l'Union européenne, n° C 326/01, 26 octobre 2012.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 326/02, 26 octobre 2012.

Première directive n°68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 65, 14 mars 1968.

Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du Traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, Journal officiel n° L 026 du 31 janvier 1977, pages 1 à 13.

Directive n°89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 395, 30 décembre 1989.

Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), Journal officiel des Communautés européennes, n° L 294/1, 10 novembre 2001.

Directive n°2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 294, 10 novembre 2001.

Directive n°2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 modifiant la directive n°68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicités de certaines formes de société, Journal officiel de l'Union européenne n° L 221, 4 Septembre 2003.

Directive n°2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, Journal officiel de l'Union européenne n° L 258/11, 1^{er} octobre 2009.

Directive n°2009/102/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé (version codifiée), Journal officiel de l'Union européenne n° L 258/20, 1^{er} octobre 2009.

Directive n°2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 315/74, 14 novembre 2012.

Règlement (UE) n°1024/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur et abrogeant la décision 2008/49/CE de la Commission ("règlement IMI"), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 316/1, 14 novembre 2012.

Directive n°2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur ("règlement IMI"), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 354/132, 28 décembre 2013.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée [COM(2014) 212 final].

B. Jurisprudence

Cour de Justice des Communautés européennes, 9 mars 1999, n° C212/97, Centros Ltd c/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen, note DOM Jean-Philippe, *Société à l'étranger et succursale chez soi : le law shopping communautaire*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} juin 1999, n°6, page 705.

Cour de justice des Communautés européennes, 13 novembre 1990, n° C106/89, Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Demande de décision préjudicielle (Juzgado de Primera Instancia e Instruccion no1 de Oviedo, Espagne), Recueil de jurisprudence 1990, page I-04135.

Cour de Justice de l'Union Européenne, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, note LUBY Monique, *Liberté d'établissement et définition du statut juridique des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2003, n°4, page 452.

Cour de Justice de l'Union Européenne, 30 septembre 2003, n° C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Limited*, Recueil de jurisprudence 2003, page I-10155.

III. Sources de droit hongkongais et de Common Law

A. Législation et travaux parlementaires

1. Constitution et lois

L'ensemble de la législation hongkongaise est disponible gratuitement sur le portail suivant :
<http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/index.html>

The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China.

Bankruptcy Ordinance (Cap.6).

Bill Of Rights Ordinance (Cap.383).

Business Registration Ordinance (Cap.310).

Companies Ordinance (Cap.32).

Companies (Amendment) Ordinance 1984 (Ord No 6 of 1984).

Companies (Amendment) Ordinance 1997 (Ord No 3 of 1997).

Companies (Amendment) Ordinance 2003 (Ord No 28 of 2003).

Companies Ordinance (Cap.622).

Companies (Accounting Standards (Prescribed Body)) Regulation (Cap.622C).

Companies (Model Articles) Notice (Cap622H), Schedule 1, Model Articles for Public Companies Limited by Shares.

Companies (Model Articles) Notice (Cap622H), Schedule 2, Model Articles for Private Companies Limited by Shares.

Companies (Winding up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32).

Hong Kong Export Credit Insurance Corporation Ordinance (Cap.1115).

Hong Kong Reunification Ordinance (Instrument A601 ou Cap. 110 of 1997).

Inland Revenue Ordinance (Cap.112)

Inland Revenue (Double Taxation Relief and Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and Capital) (French Republic) Order (Cap.112BT)

Joint Declaration in the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong (Instrument A301)

Interpretation and General Clauses Ordinance (Cap.1)

Limited Partnership Ordinance (Cap.37).

Mass Transit Railway Ordinance (Cap.556).

Partnership Ordinance (Cap.38).

Professional Accountants Ordinance (Cap.50).

Reunification Ordinance (Instrument A601)

Societies Ordinance (Cap.151).

Trade Union Ordinance (Cap.332).

2. Circulaires administratives

L'ensemble des circulaires administratives publiées par le Companies Registry est disponible gratuitement sur le portail suivant : www.cr.gov.hk

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 1/2004 regarding the Companies (Amendment) Ordinance 2003*, published on 16 January 2004.

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 6/2005 regarding the implementation of shareholder remedies-related provisions of Companies (Amendment) Ordinance 2004*, published on 14 July 2005.

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 7/2005 regarding the implementation of Companies (Amendment) Ordinance 2005*, published on 25 November 2005.

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 4/2011 regarding shadow companies*, published on 28 March 2011.

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 3/2012 regarding the Companies Ordinance (Amendment of Eight Schedule) Order 2012 – Abolition of Capital Duty*, published on 11 May 2012.

COMPANIES REGISTRY, *Briefing notes on Part 15 of the new Companies Ordinance - Dissolution by striking off or deregistration*, published in January 2013.

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 3/2014 regarding the new Companies Ordinance (Cap.622) – A Guide on Directors' Duties*, published on 6 January 2014.

COMPANIES REGISTRY, *Guideline on Registration of Company Names for Hong Kong Companies*, published in January 2014.

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 13/2014 regarding the Companies (Disclosure of Company Name and Liability Status) Regulation (Cap.622B)*, published on 24 July 2014.

COMPANIES REGISTRY, *A Guide on Directors' Duties*, published in March 2014.

COMPANIES REGISTRY, *Modèle court d'articles of association* publié au mois de mars 2014 ; source : www.cr.gov.hk/en/electronic/e-Registry.htm

COMPANIES REGISTRY, *Modèle long d'articles of association* publié au mois de mars 2014 ; source : www.cr.gov.hk/en/electronic/e-Registry.htm

COMPANIES REGISTRY, *External Circular No. 2/2015 regarding the delivery of annual returns under the Companies Ordinance*, published on 31 July 2015.

L'ensemble des circulaires administratives publiées par l'Inland Revenue Department est disponible gratuitement sur le portail suivant : www.ird.gov.hk

INLAND REVENUE DEPARTMENT, Stamp Duty Office, *Stamp Duty Rates Table*, published in July 2014.

INLAND REVENUE DEPARTMENT, *A brief guide to taxes administered by the Inland Revenue Department 2015-2016*, published in October 2015.

3. Travaux parlementaires et autres rapports

HONG KONG INSTITUTE OF CHARTERED SECRETARIES, *The Essential Company Secretary*, published in October 2013 ; source : www.hkics.org.hk

HONG KONG INSTITUTE OF DIRECTORS, *Guidelines for Directors*, fourth edition published in 2014 ; source : www.hkiod.com

HONG KONG MORTGAGE CORPORATION LIMITED, *Microfinance Scheme*, published in July 2013, source : www.hkmc.com.hk/eng/our_business/microfinance_scheme.html

PASCUTTO Ermanno, *Review of the Hong Kong Companies Ordinance, Consultancy Report*, March 1997 ; source : www.cr.gov.hk

STANDING COMMITTEE ON COMPANY LAW REFORM, *Ninth Annual Report for 1992-1993* ; source : www.cr.gov.hk

STANDING COMMITTEE ON COMPANY LAW REFORM, *The Report on the Recommendations of the Consultancy Report of the Review of the Hong Kong Companies Ordinance*, published in February 2000 ; source : www.cr.gov.hk

STANDING COMMITTEE ON COMPANY LAW REFORM, *Corporate Governance Review, Consultation Paper on Proposals made in Phase I of the Review*, published in July 2001 ; source : www.cr.gov.hk

STANDING COMMITTEE ON COMPANY LAW REFORM, *Thirty First Annual Report for 2014-2015* ; source : www.cr.gov.hk

STOCK EXCHANGE OF HONG KONG LIMITED, *Listing Rules and Regulations* ; source : <https://www.hkex.com.hk/eng/rulesreg/listrules/rulesandguidelines.htm>

TRADE AND INDUSTRY DEPARTMENT, *Guide for SMEs in obtaining business loan from lending institutions*, published in December 2008 ; source : <http://www.hktdc.com>

WORLD TRADE ORGANISATION - Organisation Mondiale du Commerce, *Rapport de la réunion du Comité des engagements spécifiques tenue le 25 juin 2012*, Restricted, S/CSC/M/63, 13 juillet 2012 ; source : www.wto.org

B. Jurisprudence

Sutton's Hospital Case (1612) 10 Co Rep 1a, 23a at 29b, [1558-1774] All ER Rep 11 at 18, Ex Ch.

Foss v Harbottle (1843) 2 hare 461.

Burnes v Pennell (1849) 2 HL Cas 497.

Straffon's Executors' Case (1852) 1 De G M & G 576.

Bargate v Shortridge (1855) 5 HL Cas 297.

Simpson v Westminster Palace Hotel Co (1860) 8 HL cas 712).

Re Life Association of England Ltd, Blake's Case (1865) 34 Beav 639.

Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v Riche (1875) LR 7 HL 635.

Feiling's and Rimington's Case (1867) 2 Ch App 714.

Re General Floating Dock Co Ltd (1867) 15 LT 526.

Hoole v Great Western Rly Co (1867) 3 Ch App 262.

Weston's Case, (1868-69), LR 4 Ch. App 20, at 27, per Page Wood LJ.

Fox's Case (1868) LR 5 Eq 118.

Re Bahia and San Francisco Railway Company (1868) LR 3 QB 584 (Court of Queen's Bench).

Land Credit Co of Ireland v Lord Fermoy (1869) LR 8 Eq 7.

Marshall v Glamorgan Iron and Coal Co (1869) LR 7 Eq 129.

Snell's Case (1869) 5 Ch App 22.

Heritage's Case (1869) LR 9 Eq 5.

Royal Bank of India's Case (1869) 4 Ch App 252.

Hall's Case (1870) 5 Ch App 707.

Wright's Case (1871) 7 Ch App 55.

Princess Reuss v Bos (1871) LR 5 HL 176.

Ind's Case (1872) 7 Ch App 485.

Murray v Bush (1873) LR 6 HL 37.

Weikersheim's Case (1873) 8 Ch App 831.

Hertfordshire Brewery Co (1874) 43 LJ Ch 358.

Hope v International Financial Society (1876) 4 ChD 327, CA (Eng).

Re London and Provincial Consolidated Coal Co (1877) 5 ChD 525.

Re Wedgwood Coal and Iron Co, Anderson's Case (1877) 7 ChD 75 at 99, CA (Eng) par JESSEL MR.

Re Forest of Dean Mining Co (1878-79) LR 10 Ch D 450, per Jessel MR at 455.

Re Norwich Provident Insurance Society, Bath's Case (1878) 8 ChD 334, CA (Eng).

Cuninghame v City of Glasgow Bank (1879) 4 App Cas 607, HL.

A-G v Great Eastern Rly Co (1880) 5 App Cas 473 at 481, HL.

Anderson's Case (1881) 17 ChD 373.

Guinness v Land Corporation of Ireland Limited (1882) 22 ChD 349.

Baroness Wenlock v River Dee Co (1883) 36 ChD 675n at 685, CA (Eng); affd (1885) 10 App Cas 354, HL.

Re Scottish Petroleum Co (1883) 23 ChD 413, CA (Eng).

Re Taurine Co (1883) 25 ChD 118, CA (Eng).

Hutton v West Cork Rly Co (1883) 23 ChD 654, CA (Eng).

Standing v Bowring (1885) 31 ChD 282, CA (Eng).

Barrow Mutual Ship Insurance Co v Ashburner (1885) 54 LJQB 377, CA (Eng).

Witley Partners Ltd (1886) 32 ChD 337, CA (Eng).

Trevor v Whitworth (1887) 12 App Cas 409 at 438, HL.

Re Walker and Hacking Ltd (1887) 57 LT 763).

Grant v United Kingdom Switchback Rlys Co (1888) 40 ChD 135, CA (Eng).

Birch v Cropper (1889) 14 App Cas 525 (House of Lords).

Laxon & Co (No 2) [1892] 3 Ch 555.

Ooregum Gold Mining Co of India Limited v Roper [1892] AC 125 per Lord Watson.

Balkis Consolidated Co v Tomkinson [1893] AC 396 (House of Lords).

Re MacDonald, Sons & Co [1894] 1 Ch 89, CA (Eng).

Salomon versus A Salomon & Co., Limited [1897] AC 22 at 46, HL. Conclusions de Lord Macnaghten ayant conduit à la décision Salomon v A salomon & Co. Ltd. [1897] AC 22 (House of Lords) Les conclusions de Lord Halsbury LC sous la même décision sont de la même nature

Re Thomas Edward Brinsmead & Sons [1897] 1 Ch 406 (Court of Appeal).

Re Companies Guardian Society, Lord Wallscourt's Case (1899) 7 Mans 235.

Alexander v Automatic Telephone Co [1900] 2 Ch 56 at 72, CA (Eng).

Bellerby v Rowland and Marwood's SS Co Ltd [1902] 2 Ch 14 at 32, CA (Eng) ; see the dictum of Cozens-Hardy LJ at 32, that every surrender involves reduction of capital, explained and modified in Rowell v John Rowell & Sons Ltd [1912] 2 Ch 609 at 620.

Percival v Wright [1902] 2 Ch 421.

Mother Lode Consolidated Gold Mines Ltd v Hill (1903) 19 TLR 341.

Re Letheby and Christopher Ltd [1904] 1 Ch 815.

Automatic Self-cleansing Filter Syndicate Co Ltd v Cuninghame [1906] 2 Ch 34.

Ruben v Great Fingall Consolidated [1906] AC 493 (House of Lords).

Stanley Re. [1906] 1 Ch.131 Per Buckley J. at 134.

Gramophone and Typewriter Co Ltd v Stanley [1908] 2 KB 89 (Court of Appeal).

Re Darby, ex p Brougham [1911] 1 KB 95 (King's Bench Division).

R v Registrar of Companies, ex p Bowen [1914] 3 KB 1161 at 1167 (King's bench Divisional Court).

Dundee Harbour Trustees v Nicol [1915] AC 550 at 556, HL.

Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd [1916] a AC 307 (House of Lords).

Hopkinson v Mortimer, Harley & Co Ltd [1917] 1 Ch 646 at 653-655.

Bowman v Secular Society Ltd [1917] AC 406 (House of Lords).

Cotman v Brougham [1918] AC 514.

Rylands v Fletcher case of Rainham Chemical Works ltd v Belvedere Fish Guano Co Ltd [1921] 2 AC 465, HL.

Gas Lighting Improvement Co v Inland Revenue Commissioners [1923] AC 723, per Lord Sumner at 741.

Deuchar v Gas Light and Coke Co [1925] AC 691, HL.

Kirby v Wilkins [1929] 2 Ch 444).

R v Registrar of Joint Stock Companies, ex p More [1931] 2 KB 197 (Court of Appeal).

Gilford Motor Co Ltd v Horne [1933] Ch 935 (Court of Appeal).

Crane v Hegeman-Harris Co Inc [1939] 4 All ER 68, CA (Eng).

Trebanog Working Men's Club and Institute Ltd v MacDonald [1940] 1 KB 576 (King's Bench Divisional Court).

Scott v Frank F Scott (London) Ltd [1940] Ch 794, [1940] 3 All ER 508, CA (Eng).

Re Smith and Fawcett Ltd [1942] Ch 304 per Lord Greene MR at 306, [1942] 1 All ER 542 at 543, CA (Eng).

Regal (Hastings) Limited v Gulliver [1942] 1 All ER 378.

Moodie v W and J Shepherd (Bookbinders) Ltd [1949] 2 All ER 1044, 1950 SC (HL) 60.

Edwards v Halliwell [1950] 2 All ER 1064, CA (Eng).

Abbey Malvern Wells Ltd v Ministry of Local Government and Planning [1951] Ch 728.

Smellie's Trustees v Smellie (1952) 103 L Jo 139.

City of Winnipeg v Canadian Pacific Rly Co [1953] AC 618 at 630, [1953] 2 All ER 988 at 993, PC.

Re FG (films) Ltd [1953] 1 WLR 483 (Chancery Division).

International Harvester Co of Australia Pty Ltd v Carrigan's Hazeldene Pastoral Co (1958) 100 CLR 644

Lyle & Scott Limited v Scott's Trustees [1959] 2 All ER 661.

Re Bugle Press Limited [1961] Ch 270 (Court of Appeal), per Lord Evershed Mr.

Jones v Lipman [1962] 1 WLR 832.

Fitch Lovell Ltd v IRC [1962] 3 All ER 685 at 694, [1962] 1 WLR 1325 at 1338-1339.

Parke v Daily News Ltd [1962] Ch 927, [1962] 2 All ER 929.

Re Quality International Ltd. [1964] HKLR 699.

Bell Houses Ltd v City Wall Properties [1966] 2 QB 656, [1966] 2 All ER 674, CA (Eng).

Hogg v Cramphorn Ltd [1967] Ch 254, [1966] 3 All ER 420.

Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942 [1967] 2 AC 134, [1942] 1 All ER 378, HL

Re Paradise Motor Co Ltd [1968] 2 All ER 625, [1968] 1 WLR 1125, CA (Eng)

Re Swaledale Cleaners Ltd [1968] 2 All ER 610, [1968] 1 WLR 1710, CA (Eng).

Joscelyne v Nissen [1970] 2 QB 86, [1970] 1 All ER 1213, CA (Eng).

Charterbridge Corpn Ltd v Lloyds Bank Ltd [1970] Ch 62 at 74, [1969] 2 All ER 1185 at 1194.

Pergamon Press Ltd v Maxwell [1970] 2 All ER 809, [1970] 1 WLR 1167.

Keith Spicer Ltd v Mansell [1970] 1 WLR 333

Gaiman v National Association for Mental Health [1971] Ch 317 at 330, [1970] 2 All ER 362 at 374.

Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd [1974] AC 821, [1974] 1 All ER 1126, PC.

Re Butlin's Settlement Trusts, Butlin v Butlin [1976] Ch 251, [1976] 2 All ER 483.

Re New Cedos Engineering Co Ltd (1976) 120 Sol Jo 146.

DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council [1976] 1 WLR 852 (Court of Appeal).

The Albazero ([1977] AC 774 CA at 807), per Roskill LJ.

Coleman v Myers (1977) NZ.

Re Slocock's Will Trusts [1979] 1 All ER 358.

Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd [1980] QB 358 (Court of Appeal), affd [1980] 1 WLR 627 (House of Lords).

Lee Tak, Samuel v Chou Wen-hsien [1982] HKLR 350 at 354 per FUAD J.

Re Horsley and Weight Ltd [1982] Ch 442 at 453-454, [1982] 3 All ER 1045 at 1054.

Safeguard Industrial Investments Limited v National Westminster Bank Ltd. [1982] 1 All ER 449.

Thames Guaranty Ltd v Campbell [1985] QB 210; [1984] 2 All ER 585, CA (Eng).

Ronald Li-Kai Chu v Deacon Te-ken Chiu [1986] HKLR 1011 at 1028 CA per FRUAD J. A.

Carrian Investments Ltd v Wong Chong-po [1986] HKLR 945 at 1947-948 par SEARS J..

Chan Sau Kut v Gray & Iron Construction Engineering Co [1986] HKLR 84

NRMA v Parker (1986) 4 ACLC 609 at 614 par McLelland J.

Cumbrian Newspapers Group Ltd v Cumberland & Westmorland Herald Newspaper and Printing Co Ltd [1987] Ch 1, [1986] 2 All ER 816).

Re Blue Arrow plc [1987] BCLC 585 at 590).

Winkworth v Edward Baron Development Co Ltd [1987] BCLC 193 at 197, HL.

Simon Fireman v Golden Rice Bowl Limited [1987] HKLR 981, at 984B per Jones J.

Bank of Tokyo Ltd v Karoon [1987] AC 45n, point 64 des conclusions de Robert Goff LJ.

West Mercia Safetyware Ltd v Dodd [1988] BCLC 250, CA (Eng).

Pearl Island Hotel Ltd v Li Ka Yu & Anor [1988] HKC 512 at 515, Cruden J.

Re Inverdeck Ltd. [1988] 2 BCLC 242.

Dawson International plc v Coats Paton plc (1989) UK.

Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626 (Chancery Division).

Adams v Cape Industries plc [1990] Ch 443 (CA), conclusions de Slade LJ.

Re Welfab Engineers Ltd [1990] BDLC 833.

R v Registrar of Companies, ex p AG (1980) [1991] BCLC 476 (Queen's Bench Divisional Court).

Bratton Seymour Service Co Ltd v Oxborough [1992] B.C.L.C. 693, CA at 698 per STEYN L.J.

Russel v Northern Bank Development Corp Limited [1992] BCLC 1016.

Chingtung Futures Limited (in liquidation) v Lai Cheuk Kwan Arthur [1992] 2 HKC 637.

Choy Bing Wing v Max Share Ltd (unreported, 31 August 1993; MP 1096/1993).

Equiticorp Finance Ltd v Bank of New Zealand (1993) 32 NSWLR.

Good Profit Development Ltd v Leung Hoi [1993] 2 HKLR 176 at 179-180, [1992] 2 HKC 539 at 543 per WOO J.

Harman v BML Group Ltd [1994] 1 WLR 893, [1994] 2 BCLC 674, CA (Eng).

Acatos & Hutcheson plc v Watson [1995] BCLC 446.

Kishimoto Sangyo Co Ltd v Okia Oba [1996] 2 HKC 260.

Yukong Lines Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corp of Liberia [1998] 1 WLR 294.

David Ho Yuk Wah v Goa Jiaren [1999] 3 HKLRD 862.

Gencor ACP Ltd v Dalby [2000] 2 BCLC 734.

Trustor AB v Smallbone (No2) [2001] 1 WLR 1177.

Maxgood International Ltd v Charter Victory International Ltd [2001] 3 HKLRD 547, par Yuen J at 553.

Khan v Miah [2001] 1 All ER 20.

Kwok Shun On v Wong Sai Wing [2001] 3 HKLRD 811.

Re Sedgfield Steeplechase Co (1927) Limited [2002] 2 BCLC 211.

Towcester Racecourse v Racecourse Association [2003] 1 BCLC 260 per Patten J at 268, applied in Hong Kong Rifle Association v Hong Kong Shooting Association [2007] 4 HKLRD 121.

HKSAR v Gammon [2003] 3 HKC 276 paragraph 14.

Conway v Ratiu [2006] 1 All ER 571.

Triple Trading Limited v Prosperfield Ventures Limited [2006] 9 HKCFAR 173.

Centaline Property Agency Ltd v Cyberspeed Technology Co Ltd [2007] 4 HKLRD 745 per HH Wong at 758.

Wong Kam San v Yeung Wing Keung [2007] 2 HKLRD 267.

Re Neath Rugby Ltd [2008] 1 BCLC 527.

UDL Holdings Ltd v Leung Yuet Keong [2008] 6 HKC 127.

Akai Holdings Ltd v Kasikorn Bank Ltd [2010] 13 HKCFAR 283.

C. Encyclopédies, traités, ouvrages généraux et monographies

ARJUNAN Krishnan, BIN NABI BAKSH Abdul Majid, *Business Law in Hong Kong*, LexisNexis Hong Kong, Second Edition, 2009.

BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Private Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, First Edition, December 2004.

BREWER John, *The Law and Practice of Hong Kong Companies*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, November 2009.

CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011.

CHEANG Loh Siew, WONG William M. F., *Company Law: Powers and Accountability*, LexisNexis Hong Kong, 2003.

CHENG Po Wah, SUM Heung Suet Anna, YUEN Kam Tim Francis, *The Hong Kong Company Secretary's Handbook: Practice and Procedure*, Longman Hong Kong, 2012.

CHEUNG Rita, *Company Law and Shareholders' Rights in Hong Kong*, LexisNexis Hong Kong, September 2010.

CHEUNG Rita, SUEN Jenkin, *Shareholder Rights and Remedies in Hong Kong*, LexisNexis Hong Kong, July 2011

DAVIES Paul, *Introduction to Company Law*, Clarendon Law Series United-Kingdom, Second Edition, September 2010.

DOBINSON Ian and ROEBUCK Derek, *Introduction to Law in the Hong Kong Special Administrative Region*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, 2001.

FISCHER Michael J., *The Legal System of Hong Kong*, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010.

FRENCH Derek, MAYSON Stephen, RYAN Christopher, *Company Law*, Oxford University Press United-Kingdom, Twenty-Eighth Edition, 2011.

GITTINGS Danny, *Introduction to the Hong Kong Basic Law*, Hong Kong University Press, 2013.

GOO S. H., CARVER Anne, *Corporate Governance: The Hong Kong Debate*, Sweet & Maxwell Hong Kong, December 2003.

GOWER and DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell United-Kingdom, Ninth Edition, July 2012.

HALSBURY'S LAWS OF HONG KONG, Volumes 6(1) and 6(2), *Companies and Corporation, Companies (95)*, LexisNexis Butterworths Hong Kong, Date: 6 June 2013.

HALSBURY'S LAWS OF HONG KONG, *Contracts (115)*, LexisNexis Butterworths Hong Kong, Date: 6 June 2013.

HICK and GOO, *Cases and Materials on Company Law*, Oxford University Press United-Kingdom, Seventh Edition, 2011.

JOHNSTON Graeme, *The Conflict of Laws in Hong Kong*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, August 2012.

JONES Gordon, *Corporate Governance and Compliance in Hong Kong*, LexisNexis Hong Kong, February 2012.

KWAN Paul, *Hong Kong Corporate Law*, LexisNexis Hong Kong, 2010.

KWAN Susan, *Company Law in Hong Kong - Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell Hong Kong, October 2012.

LEE Mason, *Contract Law in Hong Kong*, Sweet & Maxwell Hong Kong, 2011.

LO P. Y., *The Hong Kong Basic Law*, LexisNexis Hong Kong, 2011.

LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012.

MAY Stephen D., *Tort law in Hong Kong*, Hong Kong University Press, 2010.

NICHOLSON Rosalind, *Articles of Association: Table A and the New Model Articles*, Sweet & Maxwell United-Kingdom, Second Edition, December 2009.

RAMSDEN Michael, *The Hong Kong Basic Law Annotations and Commentary*, Sweet & Maxwell Hong Kong, 2010.

RIBEIRO P. J., *Chitty on Contracts, Hong Kong Specific Contracts*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Third Edition, 2013.

SEALY Len, WORTHINGTON Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, Oxford University Press, United-Kingdom, Ninth Edition, 2010.

SMART Philip St John, LYNCH Katherine, TAM Anna Y.M., *Hong Kong Company Law Cases, Materials and Comments*, LexisNexis Hong Kong, December 1997.

SRIVASTAVA D. K., *Business Law in Hong Kong*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Third Edition, September 2012.

STOTT Vanessa, *Hong Kong Company Law*, Pearson Hong Kong, Thirteenth Edition, July 2011.

STOTT Vanessa, *Hong Kong Company Law*, Pearson Hong Kong, Fourteenth Edition, May 2015.

THE ANNOTATED ORDINANCES OF HONG KONG, *Companies Ordinance (Cap.32)*, LexisNexis Hong Kong, November 2013.

THURSTON John, ANNELLS Deborah, *A Practitioner's Guide to Trusts*, CCH Hong Kong, November 2007.

TYLER Edward L. G., *Butterworths Hong Kong Company Law Handbook*, LexisNexis Hong Kong, Fourteenth Edition, 2012.

VEITCH Scott, CHRISTODOULIDIS Emilios, FARMER Lindsay, *Jurisprudence, Themes and Concepts*, Routledge, Second Edition, 2012.

WACKS Raymond, *Understanding Jurisprudence, An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, Third Edition, 2012.

WESLEY-SMITH Peter, *An Introduction to the Hong Kong Legal System*, Hong Kong University Press, Third Edition, 1998.

WILD Charles, WEINSTEIN Stuart, *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson United-Kingdom, Fifteenth Edition, 2011.

WONG Belinda, *The Hong Kong Company Secretary's Practice Manual*, Wolters and Kluwer Hong Kong, Third Edition, 2015.

D. Articles et conférences

BEJA Alice, *N'oublions pas Hong Kong !*, Revue Esprit, Octobre 2014, page 15.

BEJA Jean-Philippe, *Hong Kong : les parapluies restent ouverts*, Revue Esprit, Octobre 2014, page 1.

BERKAHN Matthew, *Regulatory and enabling approaches to corporate law enforcement, Patterns of litigation 1986-2002 and the effect of recent reforms in New Zealand, Australia and the United Kingdom*, Thesis for the degree of Doctor of Juridical Science, Deakin University, November 2003.

BLACK Bernard and KRAAKMAN Reinier, *A Self-Enforcing Model of Corporate Law*, 109 Harvard Law Review 1911-1982 (1996),
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10037

BOURKE Patrick, *New developments in minority shareholder rights to challenge maladministration*, Hong Kong Lawyer, December 2004.

BOWERS Kevin, *Message from the court: shareholder beware!*, Hong Kong Lawyer, March 2012.

BRATTON William W. and McCAHERY Joseph A., *An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of the Firm and Regulatory Competition*, 1997, Faculty Scholarship, Paper 904, published in 54 Wash. & Lee Law Review, 1997, page 629, disponible http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/904/

BRATTON William W., McCAHERY Joseph A. and VERMEULEN Erik P. M., *How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper n°91/2008, January 2008, disponible <http://ssrn.com/abstract=1086667>

BRIDGE Michael, *Freedom to Exercise Contractual Rights of Termination*, Asian Institute of International Financial Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 4 avril 2014.

BROWNLEE Hunter J., *Comment: The Shareholders' Agreement: A Contractual Alternative to Oppression as a Ground for Dissolution*, Stetson Law Review, 1994, n°24, page 267, disponible <http://www.stetson.edu/law/lawreview/stetson-law-review-24-1-fall-1994.php>

BUTLER Henry N, *The Contractual Theory of the Corporation*, George Mason University Law Review, Volume 11, n°4, page 99, summer 1989.

BUXBAUM Richard M., *Corporate Legitimacy, Economic Theory and Legal Doctrine*, 45 Ohio St. L. J. 515 (1984), <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1016/>

CARVER Anne, *Misconduct and mismanagement by the directors: perspectives and problems under the existing law*, Centre of Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, First Company Law Colloquium, 18 February 2011.

CHAN Gordon, *Corporate responsibility: implications on daily legal work*, Hong Kong Lawyer, August 2012.

CHAN Johannes M. M., *The Application of the Bill of Rights to a Body Corporate*, Hong Kong Law Journal, 1992, n°22, page 269.

CHAU Charles C. C., *Codification of Directors' Duties: The Hong Kong and British Approaches Contrasted*, Hong Kong Lawyer, March 2002.

CHEFFINS Brian R., *Current trends in corporate governance: going from London to Milan via Toronto*, Duke Journal of Comparative and International Law, 1999, Volume 10:5, page 5, disponible <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1225&context=djcl>

CHEUNG Rita, *The Use of Alternative Dispute Resolution Allied to Active Judicial Case Management, A New Forum to Deal with Shareholder Disputes in Hong Kong?*, Asia Pacific Law Review, 2008, volume 16, n°1.

COHEN Jérôme, TAI Benny, TANG Rick, YOUNG Simon, *The Rule Of Law in China and Hong Kong*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 29 mai 2013.

DAWSON Georgia, *Hong Kong class action reform proposal*, Hong Kong Lawyer, September 2012.

DEVA Surya, *Corporate law and socially responsible business: lessons for Hong Kong*, Hong Kong Lawyer, July 2011.

DEWHURST Steven, *Directors and officers' liability insurance in Hong Kong*, Hong Kong Lawyer, June 2004.

DIGNAM Alan, *Remuneration and Riots: Rethinking Corporate Governance Reform in the Age of Entitlement*, Asian Institute of International Financial Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 31 mai 2013.

DONALD David C., *History's marks on Hong Kong Law: from British colony to Chinese Special Administrative Region*, Centre of Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Working Paper n°5, October 2011.

DRURY R. R., *Nullity of companies in English law*, *The Modern Law Review*, 1985, volume 48, page 625.

DU PLESSIS Jean-Jacques, *New Trends regarding Sustainability and Integrated Reporting for Companies: What Protection Do Directors Have?*, Asian Institute of International Financial Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 21 septembre 2015.

EASTERBROOK Frank H. and FISCHER Daniel R., *The Corporate Contract*, *Columbia Law Review*, 1989, page 1416, disponible
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2163&context=journal_articles

ENCHELMAIER Stefan, *English and German Company Law Compared*, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 29 septembre 2015.

FILIPPELLI Marilena, *Shareholders' Agreements and Corporate Control*, Asian Institute of International Financial Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 13 mai 2015.

FREEDMAN Judith, *Small Businesses and the Corporate Form: Burden or Privilege?*, *Modern Law Review*, 1994, volume 57, page 555, disponible
<http://www.researchgate.net/publication/229783551>

GITTINGS Dany, *Introduction to the Hong Kong Basic Law*, Conférence du 15 octobre 2013.

GOO Say H., *Study report on history of company incorporation in Hong Kong*, Companies Registry, July 2013.

HILL Jennifer, *Images of the shareholder, the regulatory implications of shareholder power and powerlessness*, Asian Institute of International Financial Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 12 mars 2014.

JOHNSON Vincent R., LOOMIS Stephen C., *The rule of law in China and the prosecution of Li Zhuang*, *The Chinese Journal of Comparative Law*, volume 1, n°1, 2013, page 66.

LAM Jeffrey, LAU Emily, TONG Ronny, *To Pocket or Not To Pocket: Government's Reform Proposal on the Method Selecting the Chief Executive*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 14 novembre 2013.

LAI Henry, CHOW Edward, *The New Companies Ordinance: Enhancing Corporate Governance and Facilitating Business*, The Hong Kong Institute of Directors, Conférence du 29 mai 2014.

LAU Stuart, *Hong Kong is the world's freest economy yet again*, *South China Morning Post*, 14 January 2014.

LING Bing, *The "confused topic" of act of state under the Hong Kong Basic Law*, The Chinese Journal of Comparative Law, volume 1, n°1, 2013, page 84.

LO Stefan H. C., *Corporate governance and the new Companies Ordinance*, Asia Pacific Law Review, 2013, volume 21, n°2.

LOW C. K., *Selecting the Chief Executive of Hong Kong in 2017*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 14 novembre 2013.

MA Teresa, *The New Companies Ordinance*, Hong Kong Lawyer, October 2012.

MAC INTOSH, Jeffrey G, *Minority Shareholder Rights in Canada and England: 1860-1987*, Osgoode Law Journal, 1989, n°27, page 561, disponible <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1787&context=ohlj>

MAC KENNA Phyllis, *Perspectives on the new Companies Ordinance*, Centre of Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Third Company Law Colloquium, 30 January 2013.

MILLER Sandra K., *What Standards of Conduct Should Apply to Members and Managers of Limited Liability Companies*, St. John's Law Review, 1994, volume 68, page 21, disponible <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1662&context=lawreview>

MILLON David, *Theories of the Corporation*, Duke Law Journal, 1990, page 201, disponible <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3111&context=dlj>

MORLEY Catherine, *New Companies Ordinance, an accountant's perspective*, Centre of Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Third Company Law Colloquium, 30 January 2013.

NEUWIRTH Rostam, *The Function of Comparative Law Tomorrow: hypothesis vs hypophysis?*, Centre for Chinese Law, The University of Hong Kong, Conférence du 22 octobre 2013.

NG Margaret, *Legislative Council's rules of debate: Design Purpose and Design Failure*, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 6 mars 2014.

NG Margaret, *Legislation and Good Governance: Is Legislative Council For fir Purpose?*, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 20 mars 2014.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, *Multilevel Governance of Interdependent Public Goods: Constituting, Limiting, Regulating and Justifying Democratic Governance in Times of Globalization*, Centre for Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Conférence du 19 septembre 2013.

PETRIN Martin, *Reconceptualizing the theory of the firm, from nature to function*, Penn State Law Review, 2013, volume 118, page 1, disponible [http://www.pennstatelawreview.org/118/1/1-Petrin%20\(PS%20final\).pdf](http://www.pennstatelawreview.org/118/1/1-Petrin%20(PS%20final).pdf)

PLATSAS Antonios, *Comparative Regional Models of Human Rights Protection: Asia as the Great Absentee*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 20 juillet 2013.

QU Zhen Charles, *Some Reflections on the General Meeting's Power to Control Corporate Proceedings*, *Common Law World Review*, 2007, volume 36, n°3, page 231.

RASS-MASSON Lukas, *Establishing Civil Jurisdiction in the European Union and at Common Law*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 18 mars 2015.

REISBERG Arad, *Shareholders' remedies: the choice of objectives and the social meaning of derivative actions*, *European Business Organization Law Review*, Cambridge University Press, volume 6, 2005, page 227.

SPENCER Rebecca, *Corporate law and structures, exposing the roots of the problem*, *Corporate Watch* 2004, www.corporatewatch.org.uk

TAI Benny Y. T., *Developing an Index of the Rule of Law: Sharing the Experience of Hong Kong*, *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 2, Issue 1, 2007, Article 4, page 135.

THOMPSON Robert B., *Preemption and federalism in corporate governance: protecting shareholder rights to vote, sell and sue*, Georgetown University, Law Centre, *Law and Contemporary Problems*, 1999, Volume 62, n°3, page 215, disponible <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=lcp>

TYLER Edward, *Rewriting the Companies Ordinance*, Centre of Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, First Company Law Colloquium, 18 February 2011.

TYLER Edward, *Perspectives on the new Companies Ordinance, the process and some outcomes*, Centre of Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Third Company Law Colloquium, 30 January 2013.

TYLER Edward, HIE Dennis, *Piercing the corporate veil*, *The Hong Kong Accountant*, May 2002, page 68.

VENTORUZZO Marco, *The role of comparative law in shaping corporate statutory reforms*, *Duquesne Law Review*, volume 52, winter 2014, page 151.

WEATHERSEED Stephen, WEST Laurel, ZOU Mimi, *The Road from Principles to Practice, Today's Challenges for Business in Respecting Human Rights - A Report from The Economist Intelligence Unit*, Centre for Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Conférence du 13 mai 2015.

WORTHINGTON Sarah, *Piercing the corporate veil – is Salomon controversial again?*, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 10 avril 2013.

WORTHINGTON Sarah, *Corporate Insolvency – modern problems or old problems recycled?*, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Conférence du 18 avril 2013.

WU Davy, *Corporate governance and compliance in Hong Kong*, Hong Kong Lawyer, August 2012.

YAP Ji Lian, *Whither the common law derivative action?*, Common Law World Review, 2009, volume 38, n°3, page 197.

YAP Ji Lian, *Reforming ratification*, Common Law World Review, 2011, volume 40, n°1, page 1.

YOUNG Angus, *Chinese family companies in Hong Kong: a regulatory dilemma or delight?*, Centre for Financial Regulation and Economic Development, Faculty of Law, The Chinese University of Hong Kong, Conférence du 7 avril 2014.

YOUNG Simon N. M., *Can Functional Constituencies Co-exist with Universal Suffrage?*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong, Occasional Paper No. 14, January 2005.

YOUNG Simon N. M., DA ROZA Antonio M., *Judges and judging in the Court of Final Appeal: a statistical picture*, Hong Kong Lawyer, August 2010.

IV. Ouvrages et références méthodologiques – Dictionnaires

ARABEYRE Patrick, HALPERIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques, *Dictionnaire historique des juristes français, XII^{ème} – XX^{ème} siècle*, Presse Universitaire de France, 1^{ère} Edition, 2007.

BAHRIJ J., *Hong Kong Legal Research: Methods and Skills*, Sweet & Maxwell Hong Kong, 2007.

BEAUD Michel, GRAVIER Magali, DE TOLEDO Alain, *L'art de la thèse : Comment préparer et rédiger un mémoire de master, une thèse de doctorat ou tout autre travail universitaire à l'ère du Net*, La Découverte, 2006.

CABANIS André, CROUZATIER Jean-Marie, IVAN Ruxandra, SOPPELSA Jacques, *Méthodologie de la recherche en droit international, en géopolitique et en relations internationales*, Agence Universitaire de la Francophonie, 2010.

CENTRE FOR LEGAL EDUCATION UNITED-KINGDOM, *What is empirical research on law?*, Disponible sur : <http://www.ukcle.ac.uk/resources/ethics/ethics/what/>

CHAN Patrick (Mr. Justice), *Hong Kong Legal Dictionary*, Butterworths Hong Kong, 2004.

COTTRELL Jill, *Legal research, a guide for Hong Kong students*, Hong Kong University Press, 1997.

DELMAS-MARTY Mireille, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit – Leçon inaugurale*, Paris, Collège de France, Collection Leçons inaugurales, n°172, 20 mars 2003.

DELMAS-MARTY Mireille, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit – un pluralisme ordonné*, Paris, Collège de France, Collection Cours, page 475, 2006.

DHUIQC Bernard, FRISON Danièle, *Dictionnaire de l'anglais juridique, Anglais / Français et Français / Anglais*, Langues pour tous, Business Management Series, 2004.

GENN Hazel, PARTINGTON Martin, WHEELER Sally, *Law in the real world: Improving our understanding of how law works*, The Nuffield Enquiry on Empirical Legal Research, November 2006.

GREENBERG Daniel, *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, Sweet & Maxwell, Eighth Edition, 2012.

GRUA François, CAYROL Nicolas, *Méthode des études de droit*, Dalloz, Collection Méthode du Droit, 2^{ème} édition, 2011.

GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, sous la direction de Serge Guinchard et Gabriel Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001.

HEISE Michael, *The past, present and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism*, University of Illinois Law Review, 2002, page 819.

JAILLARDON Édith, ROUSILLON Dominique, *Outils pour la recherche juridique : Méthodologie de la thèse de doctorat et du mémoire de master en droit*, Edition des archives contemporaines, Agence Universitaire de la Francophonie, 2010.

JALUZOT Béatrice, *Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective*, Revue internationale de droit comparé, 1-2005, page 29.

KATZ Jean-Daniel, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, Américain, Français suivi d'un abrégé Français-Anglais*, La Maison du Dictionnaire, Seconde Edition, juillet 2011.

LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presse Universitaire de France, octobre 2010.

LE GRAND ROBERT & COLLINS, *Anglais / Français*, Dictionnaires Le Robert, Troisième Edition, 2008.

MAINGUY Daniel, *La soutenance de thèse*, Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2003, page 651.

MARKESINIS Basil, *Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain*, Revue internationale de droit comparé, volume 53, n°4, octobre-décembre 2001, page 807.

MC CONVILLE and CHUI, *Research Methods for Law*, Edinburgh University Press, 2007.

MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET MINISTÈRE DE LA RECHERCHE, *Guide pour la rédaction et la présentation des thèses à l'usage des doctorants*, Edition 2006

PAQUIN Stéphane, *Bouchar, Durkheim et la méthode comparative positive*, Politique et Sociétés, volume 30, n°1, 2011, page 57.

ROMI Raphaël, *Méthodologie de la recherche en droit - Master et doctorat*, LexisNexis Litec, 2^{ème} édition, 2011.

SAINT DAHL Henry, BOUDREAU Tamera, *Dictionnaire juridique Dahl - Dahl's Law Dictionary, Français-Anglais, French-English*, Dalloz & William S. Hein & Co. Inc., Third Edition, May 2008.

SERVERIN Evelyne, *Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ?*, Droit et Société, volume 50, 2002, page 59.

VAN HOOF D. C., VERBRUGGEN D., STOLL C. H., *Elsevier's Legal Dictionary*, Elsevier, 2001.

GLOSSAIRE DES TERMES DE DROIT HONGKONGAIS

Accounting records¹⁷¹³ – **documents de comptabilité** : Les documents comptables d'une société doivent être établis afin de montrer et d'expliquer toutes les transactions entrantes et sortantes, de permettre d'établir avec précision à tout moment la situation financière et les performances financières et de permettre aux gérants d'établir un bilan conformément aux dispositions de l'Ordonnance. Ces documents comptables doivent être conservés au format papier ou au format électronique pendant une période de sept années à compter de la date de clôture de l'exercice comptable auquel ils se réfèrent. Ces documents comptables peuvent être conservés au siège social ou à tout autre endroit décidé par les gérants de la société (même en dehors du territoire de Hongkong) dans la mesure où ils peuvent être consultés à tout moment par lesdits gérants.

Accounts - comptabilité : Il s'agit de la comptabilité de la société établie par les, ou sous la responsabilité des, gérants.

Allotment of shares¹⁷¹⁴ – **émission de parts sociales ou souscription d'actions** : L'émission de parts sociales caractérise l'étape préliminaire de l'attribution de parts sociales par la société à un associé existant ou à un nouvel associé. L'émission se distingue de la cession de parts sociales qui relève d'une relation conventionnelle entre un associé de la société et un coassocié ou un tiers qui deviendra associé à l'accomplissement de la procédure de cession. L'émission de parts sociales par une société doit être notifiée au *Companies Registry* dans le mois de la date d'émission, il s'agit du *return of allotment*. L'étape de l'émission des parts sociales est préalable ou concomitante à l'étape de l'attribution dénommée *issue of shares* et à l'étape de la libération des parts sociales dénommée *paid up shares*.

Annual return¹⁷¹⁵ – **extrait Kbis** : Il s'agit d'un formulaire pré-imprimé établi par le *Companies Registry* et complété chaque année civile par une société avec les informations sociales à jour à la date anniversaire de l'immatriculation de ladite société. Ce formulaire complété et signé par un gérant ou par le tabellion de la société doit être déposé au *Companies Registry* dans le délai de quarante-deux jours à compter de ladite date d'anniversaire accompagné du paiement d'un frais s'élevant à la somme de cent-cinq Hong Kong Dollars (somme majorée par tranche en cas de dépôt tardif). Ce formulaire est ensuite publié sur le portail du *Companies Registry*.

Articles of association – statuts : Il s'agit des statuts d'une société immatriculée sous l'empire de la *Companies Ordinance* (Cap.622) entrée en vigueur le 3 mars 2014. Les *articles of association* se distinguent des *memorandum and articles of association* qui sont les statuts d'une société immatriculée sous l'empire des *Companies Ordinances* antérieures à la *Companies Ordinance* (Cap.622).

Auditor¹⁷¹⁶ – **auditeur** : Le mandat d'auditeur au sein d'une société est occupé par un *certified public accountant (practising)* désigné, s'il s'agit du premier auditeur de la société, par les gérants ou, s'il s'agit du premier auditeur ou des auditeurs suivants, par les associés.

Auditor's report¹⁷¹⁷ – **rapport de l'auditeur** : Le rapport de l'auditeur est établi pour chaque exercice social et mentionne l'opinion de l'auditeur sur les points suivants : si les comptes

¹⁷¹³ Sections 373 à 378 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷¹⁴ Sections 140 à 146 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷¹⁵ Sections 662 à 665 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷¹⁶ Sections 392 à 404 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷¹⁷ Sections 405 à 409 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

annuels ont été correctement préparé conformément aux dispositions de l'Ordonnance, si les comptes annuels donnent une image réelle et fidèle de la situation et des performances financières de la société, si les informations contenues dans le rapport de gestion ne sont pas cohérentes avec les comptes annuels, si la comptabilité est tenue correctement, si les comptes annuels sont cohérents avec la comptabilité et si la société a fourni à l'auditeur les informations et explications nécessaires à sa mission. Le rapport de l'auditeur est signé par celui-ci et est présenté par les gérants à l'Assemblée générale dans le délai de neuf ou six mois (selon la forme de société) de la date de clôture de l'exercice social.

Body corporate¹⁷¹⁸ – **personne morale** : Dans le cadre de l'Ordonnance, il s'agit d'une société immatriculée à Hongkong en vertu de l'Ordonnance ou d'une Companies Ordinance antérieure ou d'une société immatriculée en dehors de Hongkong ; cette notion exclut l'entreprise.

Board of directors – masse des gérants : Dans la mesure où le pouvoir de gestion de la société est exercé par tous les gérants de manière collective¹⁷¹⁹, le terme de masse des gérants¹⁷²⁰ permet de faire référence à cet exercice collectif du pouvoir de gestion.

Buy-back of shares¹⁷²¹ – **rachat de parts sociales ou d'actions** : Il s'agit de la procédure au terme de laquelle une société rachète une partie de ses parts sociales dans le but de les annuler.

Call – appel : Il s'agit du pouvoir des gérants de mettre en demeure un associé de payer à la société la somme non libérée au titre des parts sociales dont il est le propriétaire. Le montant du capital social d'une société qui n'a pas été libéré est dénommée *uncalled capital*.

Capital¹⁷²² – **capital** : Le capital social d'une société fermée à responsabilité limitée est divisé en parts sociales. Le montant du capital social est mentionné dans les statuts. Le montant du capital social émis (*issued share capital*) est traditionnellement distingué du montant du capital social libéré (*paid up share capital*) ; le capital social émis correspond au nombre total de parts sociales émises et du montant total que les associés se sont engagés à libérer alors que le montant du capital social libéré correspond au montant réellement libéré par les associés au titre des parts sociales dont ils sont propriétaires ; la différence entre les deux montants est le montant du capital social non encore libéré (*uncalled share capital*). La composition du capital social doit être tenue à jour dans un état (*statement of capital*) et toute modification apportée à cet état doit être notifiée au *Companies Registry*.

Certificate of incorporation – certificate d'immatriculation / extrait Kbis : Ce certificat est émis et publié par le *Companies Registry* au jour de l'immatriculation de la société et de la naissance concomitante de la personne morale.

Chairperson¹⁷²³ – **Président de séance** : Dans le cadre d'une Assemblée générale ou d'une réunion de la masse des gérants, il s'agit du président de séance désigné au début de

¹⁷¹⁸ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷¹⁹ Articles 3, 7 et 8 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹⁷²⁰ Par exemple, article 40 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H).

¹⁷²¹ Section 236 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷²² Sections 200 à 202 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷²³ Section 586 de la *Companies Ordinance* (Cap.622) et article 40 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice* (Cap622H) dans le cas de l'Assemblée générale. Article 12 du modèle d'*articles-type* proposé par le

l'Assemblée ou de la réunion conformément aux termes des statuts. Les statuts peuvent prévoir que le président de séance de l'Assemblée soit le même que le président de séance de la réunion de la masse des gérants si celui-ci est également associé.

Common Law – Common Law : La Common Law est la loi non codifiée héritée des règles de droit traditionnelles britanniques développées par la jurisprudence ainsi que par l'interprétation de celle-ci, son élargissement et sa modification. À Hongkong, les règles de droit de la Common Law et de l'Equity sont en vigueur à moins que la loi hongkongaise n'en ait modifié le contenu¹⁷²⁴. Les tribunaux hongkongais continuent d'appliquer et de faire référence à la jurisprudence de la Common Law et de l'Equity¹⁷²⁵.

Companies Register¹⁷²⁶ – Registre des sociétés : Le Registre des sociétés reçoit toutes les notifications relatives aux sociétés conformément aux dispositions de l'Ordinance. Le Registre a la responsabilité de compiler et de conserver ces notifications dans ses registres et de publier sur son portail dédié les notifications reçues. Le Registre dispose du pouvoir d'immatriculer les sociétés, de les mettre en demeure de se conformer aux dispositions de l'Ordinance sous peine d'amendes et d'astreintes encadrées par la législation et de les radier. La personne physique désignée par le Premier ministre (*Chief Executive*) du Gouvernement de Hongkong pour tenir les registres¹⁷²⁷ du Registre des sociétés occupe les fonctions d'officier du Registre des sociétés (*Registrar of Companies*¹⁷²⁸).

Company chop – cachet : Lorsqu'un gérant de la société, ou toute personne régulièrement habilité par celui-ci, signe un document au nom et pour le compte de ladite société, sa signature doit être accompagnée des termes "For and behalf of" suivis de la dénomination de la société ou du cachet de la société reprenant ces termes et la dénomination.

Company limited by shares¹⁷²⁹ – société à responsabilité limitée par des parts sociales ou des actions : une société est une société à responsabilité limitée par des parts sociales ou des actions si la responsabilité de ses associés est limitée par les statuts au montant non encore libéré sur les parts sociales ou actions détenues par lesdits associés.

Company limited by guarantee¹⁷³⁰ – société à responsabilité limitée par garantie : une société est une société à responsabilité limitée par garantie si ladite société n'a pas de capital social et si la responsabilité de ses associés est limitée par les statuts au montant sur lequel les associés se sont engagés à verser à ladite société dans l'éventualité où la société est mise en liquidation.

Company seal ou common seal¹⁷³¹ – sceau : Ce sceau est métallique et est gravé avec la dénomination sociale de la société. Il est apposé sur un document émis par la société afin d'en attester l'authenticité, comme par exemple sur les certificats de parts sociales. Il est utilisé par

Financial Secretary pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹⁷²⁴ Article 8 de la Hong Kong Basic Law et section 7 de la Hong Kong Reunification Ordinance (Instrument A601 ou Cap. 110 of 1997).

¹⁷²⁵ Article 8 de la Hong Kong Basic Law.

¹⁷²⁶ Sections 20 à 65 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷²⁷ Sections 27 à 30 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷²⁸ Section 21 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷²⁹ Section 8 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷³⁰ Section 9 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷³¹ Sections 124 à 129 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*. Articles 60 et 81 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

au moins deux personnes parmi les gérants, le tabellion ou une personne désignée par les gérants. Le sceau est utilisé conformément aux instructions données par les gérants pour chaque document.

Company secretary¹⁷³² – **tabellion** : Le tabellion est un agent de la société. Son mandat est encadré par l'Ordinance et par les statuts de la société. Sa responsabilité est celle d'assurer la conformité de la documentation légale et administrative de la société avec l'Ordinance.

Deregistration¹⁷³³ – **désenregistrement** : le *Companies Registry* peut désenregistrer une société suite au dépôt d'une telle demande par celle-ci. La société est considérée dissoute au jour de la publication dans la gazette de l'avis de désenregistrement. Le désenregistrement étant à l'initiative de la société, il se distingue de la radiation. En outre, il n'est pas ouvert aux sociétés ouvertes ni aux sociétés dont les activités sont réglementées (e.g. les activités bancaires, d'assurance, de trust, etc...).

Director¹⁷³⁴ – **gérant** : Le gérant est un agent de la société. Son mandat est encadré par l'Ordinance et par les statuts de la société. Il est investi des pouvoirs de représentation de la société vis-à-vis des tiers et de gestion de la société et de son entreprise conformément aux dispositions de l'Ordinance. Il fait partie de la masse des gérants.

Director's service contract¹⁷³⁵ – **contrat de service du gérant** : Ce contrat de service est conclu entre la société et un de ses gérants afin d'encadrer les services rendus par ledit gérant à la société dans le cadre de son mandat de gérant ou en dehors de celui-ci. Dans certaines conditions fixées par l'Ordinance, la signature d'un tel contrat doit être approuvée par l'Assemblée générale. Par exemple, les pouvoirs du *managing director* sont généralement encadrés par les termes d'un tel contrat. Nous proposons la mise en place d'un tel contrat en droit français des sociétés sous le vocable "contrat de management".

Directors' report¹⁷³⁶ – **rapport de gestion** : le rapport de gestion est établi pour chaque exercice social et mentionne (a) le nom de toutes les personnes qui ont été gérant au cours de l'exercice social, (b) les activités principales de la société, (c) toutes autres informations qui permettraient aux associés d'apprécier la situation de l'entreprise sans que la mention de ces informations ne cause un préjudice à l'entreprise (la mention de ces informations est laissée à l'appréciation des gérants). Le rapport de gestion est signé par ceux-ci et est présenté par ces derniers à l'Assemblée générale dans le délai de neuf ou six mois (selon la forme de société) de la date de clôture de l'exercice social.

Dissolution¹⁷³⁷ – **dissolution** : La dissolution de la société intervient au jour de la publication dans la gazette de l'avis de son désenregistrement ou au jour de la radiation de son nom, par décision du *Companies Registry* ou par décision judiciaire, dans le registre tenu par le *Companies Registry*. En d'autres termes, la procédure de radiation ou de désenregistrement est préalable à la dissolution. Au jour de la dissolution, la société et sa personne morale cessent d'exister.

Enabling Law vs. Regulatory Law – conception contractuelle du droit vs. conception institutionnelle du droit: Le modèle hongkongais du droit des sociétés répond à une conception contractuelle développée par l'École de la conception contractuelle (dite *enabling*

¹⁷³² Sections 474 à 479 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷³³ Sections 749 à 751 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷³⁴ Sections 453 à 473 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷³⁵ Sections 530 à 535 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷³⁶ Sections 388 à 391 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷³⁷ Sections 744 à 751 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

law) dont les principaux éléments pourraient être les suivants : l'organisation de la société, utilisée comme outil d'une entreprise qui s'y développe de manière dynamique, est principalement laissée à la liberté des associés ; la majorité des normes est applicable par défaut ; l'impact institutionnel via l'édition de normes impératives est réduit au strict nécessaire pour protéger principalement les associés minoritaires et les tiers créanciers. Le droit français des sociétés répond plutôt à une conception institutionnelle du droit des sociétés où l'État est un acteur dirigiste encadrant les sociétés de nombreuses règles impératives. Les conceptions contractuelle et institutionnelle du droit des sociétés sont à distinguer du caractère contractuel ou institutionnel de la société selon lequel les associés ou *members* disposent d'une liberté contractuelle plus ou moins importante pour constituer leur société, en organiser sa gestion et décider de sa durée et de la nature contractuelle des statuts ou *articles*.

	Conception contractuelle du droit des sociétés	Conception institutionnelle du droit des sociétés
Caractère contractuel de la société	<i>Company</i>	SAS
Caractère institutionnel de la société	<i>Company</i>	SARL

Fiduciary duties – devoirs fiduciaires : Une obligation fiduciaire est l'obligation d'agir de bonne foi pour quelqu'un. Une obligation fiduciaire naît d'une relation fiduciaire, comme celle qui naît entre l'associé fiduciaire et le bénéficiaire conformément à la convention fiduciaire. La personne soumise à une obligation fiduciaire ne peut agir dans le but de profiter de sa position dans son intérêt personnel ou ne peut agir de manière à créer un conflit entre l'intérêt du bénéficiaire et son intérêt personnel. Dans le cas spécifique du *director* d'une *Company* à Hong Kong, les obligations fiduciaires qui pèsent sur le *director* sont posées par la *Common Law* et la *Companies Ordinance*. Au titre de ses devoirs fiduciaires et en sus de l'obligation d'agir de bonne foi, un *director* doit agir dans les meilleurs intérêts de la *Company* en sa globalité, il doit exercer ses pouvoirs uniquement dans un but approprié et en évitant tout conflit d'intérêts¹⁷³⁸ et avec "care, skill and diligence". D'une manière générale, le *director* a également le devoir de préserver et d'entretenir les biens de la *Company*, étant donné qu'il est responsable de la gestion des affaires de la *Company*.

Financial statements¹⁷³⁹ – **comptes annuels** : Les comptes annuels d'une société sont préparés par les gérants et doivent donner une image réelle et fidèle de la situation financière et des performances financières de la société à la date de clôture de son exercice social. Les comptes annuels sont signés par les gérants et sont présentés par ces derniers à l'Assemblée générale dans le délai de neuf ou six mois (selon la forme de société) de la date de clôture de l'exercice social.

Financial year¹⁷⁴⁰ – **exercice social** : L'exercice social couvre une période de douze mois, à l'exception du premier exercice social et du dernier qui peuvent couvrir une période maximale de dix-huit mois. Les comptes annuels et le rapport de gestion sont préparés sur la base de chaque exercice social.

Founder member¹⁷⁴¹ – **associé fondateur** : L'associé fondateur est un associé qui a signé les statuts de la société.

¹⁷³⁸ Regal (Hastings) Limited v Gulliver [1942] 1 All ER 378; Kishimoto Sangyo Co Ltd v Okia Oba [1996] 2 HKC 260; Triple Trading Limited v Prosperfield Ventures Limited [2006] 9 HKCFAR 173.

¹⁷³⁹ Sections 379 à 387 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴⁰ Section 367 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴¹ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

Gazette – gazette : Il s'agit du journal officiel du Gouvernement de Hongkong publié sur le portail de la gazette. La gazette est divisée en sept parties : la publication principale regroupant les avis du Gouvernement et de ses départements, les nominations au Gouvernement et à ses départements et les offres de marché public ; le supplément 1 regroupant les lois promulguées ; le supplément 2 regroupant les règlements ; le supplément 3 regroupant les projets et propositions de lois en discussion ; le supplément 4 regroupant les listes des personnes faisant partie d'une profession réglementée ; le supplément 5 regroupant les projets et propositions de lois en cours de rédaction, les décrets du Premier ministre et de son Conseil ; le supplément 6 regroupant les avis nécessitant une publicité au titre d'une Ordinance.

General meeting – Assemblée générale : L'Assemblée générale d'une société est la réunion de ses associés convoquée par les gérants¹⁷⁴² ou par au moins 5% des associés¹⁷⁴³ pour discuter et voter sur les propositions de décision mentionnées dans l'agenda ou toute autre proposition soulevée lors de ladite réunion¹⁷⁴⁴. L'Assemblée générale est annuelle ou extraordinaire ou d'une classe de parts sociales. En cas de pluralité d'associés et sauf clause contraire dans les statuts, le quorum est fixé à deux associés. Le vote peut être effectué à main levée (la majorité est dégagée par rapport au nombre d'associés présents en personne ou représentés par leur mandataire et chaque associé dispose d'une seule voix) ou par suffrage (la majorité est dégagée par rapport à la totalité des droits de vote représentés par les associés présents en personne ou représentés par leur mandataire et chaque associé dispose d'une voix par part sociale détenue); les seuils pour que la proposition de décision soit adoptée sont la majorité simple pour le vote d'une décision ordinaire (ordinary resolution¹⁷⁴⁵) et la majorité qualifiée des trois quarts pour le vote d'une décision spéciale (special resolution¹⁷⁴⁶).

Lien – sûreté réelle : Droit du créancier sur un bien du débiteur dans l'attente de recevoir le paiement de sa créance. Dans l'éventualité où le débiteur ne peut honorer le paiement de la créance, le créancier a le droit de disposer du bien gagé. Dans cette étude, les parts sociales, qui constituent une chose mobilière, peuvent être l'objet de la sûreté.

Member¹⁷⁴⁷ – associé : dans le cadre d'une société, il s'agit de la personne morale ou physique qui est un associé fondateur ou qui a donné son accord pour devenir un associé de la société et dont la dénomination sociale ou le nom a été renseigné, en qualité d'associé, dans le registre des associés de ladite société. Le terme de *member* est plus large que celui de *shareholder* car, quelle que soit la forme de la société à Hongkong, les associés qui la composent sont dénommés *members* alors qu'ils ne peuvent être dénommés *shareholders* dans une société à responsabilité limitée par garantie qui n'a pas de capital social. Le terme de *member* est également plus large que celui de *shareholder*, qui se limite à la fonction de détenir des parts sociales, car la notion de *member* intègre l'effet de l'entrée en vigueur des statuts de la société qui est de créer un lien contractuel entre la société et chacun de ses associés et entre les associés¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴² Section 565 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴³ Section 566 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴⁴ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴⁵ Section 563 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴⁶ Section 564 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴⁷ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁴⁸ Section 86 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

Meeting of the board of directors¹⁷⁴⁹ – **réunion de la masse des gérants** : La réunion de tous les gérants de la société convoquée par écrit ou par oral par au moins un gérant. Les décisions sont adoptées à la majorité lors d'une telle réunion. En cas de pluralité de gérants et sauf clause contraire dans les statuts ou décision contraire des gérants, le quorum est fixé à deux gérants.

Minutes¹⁷⁵⁰ – **procès-verbal** : Un procès-verbal doit être dressé pour toute Assemblée générale et pour toute réunion de la masse des gérants. Les procès-verbaux doivent être conservés au moins dix ans sous format papier ou électronique. Ces obligations pèsent sur la société et chaque personne responsable au sein de la société peut voir sa responsabilité engagée. Le procès-verbal d'une Assemblée générale est signé par le président de séance de ladite Assemblée ou par le président de séance de l'Assemblée suivante. À partir du moment où le procès-verbal est signé par un président de séance, la réunion est présumée avoir été régulièrement notifiée et tenue, avoir eu lieu et les décisions sont présumées valides. Le procès-verbal d'une réunion de la masse des gérants est signé par le président de séance de ladite réunion ou par le président de séance de la réunion suivante. À partir du moment où le procès-verbal est signé par un président de séance, la réunion est présumée avoir été régulièrement notifiée et tenue, avoir eu lieu et les décisions sont présumées valides.

Nominee member – associé fiduciaire : Est associé fiduciaire l'associé, personne morale ou physique, qui agit en qualité de prête-nom en vertu d'une relation de trust. Seul l'associé fiduciaire est connu et reconnu de la société.

Officer¹⁷⁵¹ – **agent** : Dans le cadre d'une personne morale, il s'agit du gérant, du manager ou du tabellion de ladite personne morale.

Private company¹⁷⁵² – **société fermée** : Une société est une société fermée si (a) ses statuts restreignent le droit d'un associé de céder ses parts sociales, limitent le nombre total d'associés à cinquante personnes et interdisent l'offre au public de ses parts sociales et obligations et (b) ladite société n'est pas une société à responsabilité limitée par garantie. Il est important de noter dans cette définition que le calcul du nombre d'associés (a) exclut (i) un associé qui est un employé de la société et (ii) un associé qui a été un employé de la société et qui est demeuré associé après la fin de son emploi et (b) considère que deux personnes qui sont conjointement propriétaires de parts sociales constitue un seul associé.

Public company¹⁷⁵³ – **société ouverte** : Une société est une société ouverte si elle n'est ni une société fermée ni une société à responsabilité limitée par garantie. En d'autres termes, une société à responsabilité limitée par des parts sociales ou des actions qui ne remplit pas au moins un des trois critères cumulatifs définissant une société fermée est une société ouverte.

Quorum¹⁷⁵⁴ – **quorum** : Le quorum est le seuil au-dessus duquel une Assemblée générale ou une réunion de la masse des gérants est réputée formée. Dans l'éventualité où le quorum n'est pas atteint, l'Assemblée générale est reportée à une date ultérieure et les gérants présents ne

¹⁷⁴⁹ Articles 7 à 21 du modèle d'articles-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

¹⁷⁵⁰ Sections 618 et 621 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour une Assemblée générale ; sections 481 et 482 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour le cas d'une réunion de la masse des gérants.

¹⁷⁵¹ Section 2 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁵² Section 11 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁵³ Section 12 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁵⁴ Section 585 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* et articles 11 et 12 du modèle d'articles-type proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)*.

peuvent voter sur une proposition de décision. Dès le quorum atteint, les associés et les gérants peuvent entamer les discussions et voter sur les propositions de décisions.

Redeemable shares¹⁷⁵⁵ – **parts sociales rachetables** : il s'agit de parts sociales d'une société qui peuvent être rachetées, ou qui sont susceptible d'être rachetées, à l'initiative de la société ou de l'associé.

Register of company¹⁷⁵⁶ – **registres sociaux** : Les registres font partie de la documentation sociale qui doit être tenue dans le respect des dispositions de l'Ordonnance. Sont notamment exigés les registres des associés, des gérants et des tabellions. Ils doivent être tenus en Anglais ou en Chinois. La version papier doit être conservée à l'adresse du siège social ou à toute autre adresse notifiée au *Companies Registry* ; dans le cas où seule une version électronique est tenue, celle-ci doit pouvoir être imprimée à tout moment.

Registered office¹⁷⁵⁷ – **siège social** : L'adresse du domicile de la société est notifiée au *Companies Registry*. Cette adresse est obligatoirement située sur le territoire de Hongkong et y sont adressées toutes les correspondances officielles du Gouvernement.

Resolution¹⁷⁵⁸ – **décision** : Décision adoptée suite au vote des associés réunis en Assemblée générale ou au vote de la masse des gérants. Dans le cas des décisions des associés, deux types de décision peuvent être distingués : la décision ordinaire votée à la majorité simple et la décision spéciale adoptée à la majorité des trois quarts.

Responsible person of a company¹⁷⁵⁹ – **personne responsable au sein d'une société** : Il s'agit d'une personne physique agissant en qualité d'agent de la société ou de gérant de fait de celle-ci ayant autorisé ou permis ou participé à une infraction aux dispositions de l'Ordonnance ou de règles de droit adoptées en application de l'Ordonnance, ou un manquement auxdites dispositions et règles. Cette définition est étendue aux personnes physiques agissant en qualité d'agent ou de gérant de fait de la personne morale agissant en qualité d'agent ou de gérant de fait de ladite société.

Shadow director¹⁷⁶⁰ – **De Facto Director – gérant de fait** : Dans le cadre d'une personne morale, le *shadow director* est la personne qui donne des instructions (ces instructions excluent les conseils donnés par un professionnel) aux gérants ou à une majorité de gérants de ladite personne morale et en vertu desquelles les gérants ou la majorité des gérants agissent ; le *de facto director* est la personne qui agit en donnant des instructions et des ordres relevant des fonctions de gérant, qui se présente de manière habituelle comme un gérant et qui fait partie intégrante de l'organe de gestion. Ces deux catégories de gérants de fait risquent de voir leur responsabilité engagée tout comme le gérant, que ce soit en vertu de l'Ordonnance ou de la Common Law.

Share certificate¹⁷⁶¹ – **certificat de parts sociales ou d'actions** : Document émis par la société sous l'autorité des gérants matérialisant la propriété de parts sociales de ladite société et remis aux associés dans les deux mois de l'acquisition desdites parts, que ce soit suite à une

¹⁷⁵⁵ Sections 624 à 653 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁵⁶ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁵⁷ Section 658 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁵⁸ Sections 562 à 564 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁵⁹ Section 3 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁶⁰ Section 2 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

¹⁷⁶¹ Section 137 de la *Companies Ordinance* (Cap.622).

émission¹⁷⁶² ou à une cession¹⁷⁶³. En l'absence de preuve contraire, le certificat de parts sociales constitue la preuve du droit de propriété de l'associé sur les parts sociales mentionnées.

Share transfer¹⁷⁶⁴ – **cession de parts sociales entre vifs** : Acte exécuté par écrit par lequel l'associé cédant cède tout ou partie de ses parts sociales d'une société au cessionnaire moyennant le paiement du prix.

Share transmission¹⁷⁶⁵ – **cession de parts sociales réalisée en vertu d'une opération de la loi** : Une personne notifiée par écrit à la société sa volonté d'être inscrit sur le registre des membres du fait de la transmission des parts sociales à son endroit. Malgré la valeur légale de la transmission du droit de propriété des parts sociales, la société peut accepter ou refuser d'enregistrer ladite transmission et une telle décision, susceptible de faire l'objet d'une action en justice, doit être notifiée au demandeur dans les deux mois de la notification adressée par celui-ci. En outre, les statuts de la société peuvent prévoir qu'un droit de préemption s'applique avant toute transmission. L'exemple le plus fréquent de transmission est celui du décès de l'associé.

Striking off¹⁷⁶⁶ – **radiation** : Le *Companies Registry* radie le nom de la société du registre ; le nom d'une société peut également être radiée suite à une décision judiciaire résultant d'une action ouverte par le *Companies Registry*. Deux motifs peuvent amener le *Companies Registry* à radier le nom d'une société : la société a été liquidée ; la société n'a aucune activité. La radiation se distingue du désenregistrement dans la mesure où le *Companies Registry* est à l'initiative de la radiation alors que la société est à l'initiative du désenregistrement.

Trust deed – convention fiduciaire : Le *trust* est une relation fiduciaire où une personne détient un titre de propriété pour une autre personne. Cette relation fiduciaire est héritée des règles d'Equity distinguant *legal interest* et *beneficial interest* d'un bien. Le *trust deed* est une convention dont les termes stipulent les parties à la relation fiduciaire, la désignation de l'associé fiduciaire par le bénéficiaire, le bien dont la propriété est soumise à la convention fiduciaire, les droits, pouvoirs et obligations de l'associé fiduciaire. Vis-à-vis de la société, des organes et acteurs de la société et des tiers, le propriétaire des parts sociales est la personne dont le nom est inscrit sur le registre des associés. L'associé fiduciaire est le seul à pouvoir exercer les droits attachés aux parts sociales dont il est le propriétaire apparent et il exerce ces droits dans le respect des intérêts et des instructions éventuelles du bénéficiaire.

Unlimited company¹⁷⁶⁷ – **société à responsabilité illimitée** : Une société est une société à responsabilité illimitée s'il n'y a pas de limite à la responsabilité de ses associés.

Winding-up – liquidation : Procédure par laquelle le patrimoine de la société est partagé en vue de la radiation et de la dissolution de la société. La liquidation d'une société est encadrée par la *Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*. Le droit hongkongais distingue les liquidations volontaires (*voluntary winding-up*) des liquidations forcées (*compulsory winding-up*). Une liquidation volontaire est engagée à l'initiative des associés ou des gérants et deux catégories doivent être distinguées : la liquidation volontaire pour laquelle les gérants sont d'avis que la société va pouvoir honorer ses dettes (*members'*

¹⁷⁶² Section 144 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁶³ Section 155 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁶⁴ Sections 150 à 157 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁶⁵ Sections 158 à 160 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁶⁶ Sections 744 à 748 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

¹⁷⁶⁷ Section 10 de la *Companies Ordinance (Cap.622)*.

voluntary winding-up) ou que la société ne va pouvoir les honorer (*creditors' voluntary winding-up*).

Written resolutions¹⁷⁶⁸ – **décisions écrites** : Toute décision (ordinaire ou spéciale) qui peut être votée au cours d'une Assemblée générale (ou d'une Assemblée réunissant les associés propriétaires d'une même classe de parts sociales) peut être adoptée par écrit par les associés en l'absence de réunion des associés en Assemblée générale et en l'absence de convocation à une telle Assemblée. Seule la révocation avant le terme du mandat d'un gérant ou de l'auditeur par les associés ne peut faire l'objet d'une décision écrite. La décision écrite de la masse des gérants est organisée par le modèle d'*articles-type* et l'unanimité des gérants est, dans ce modèle, exigée. Dans l'éventualité où une société n'est composée que d'un seul associé ou d'un seul gérant, toutes leurs décisions sont adoptées selon le format d'une décision écrite.

¹⁷⁶⁸ Sections 548 à 561 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour les décisions écrites des associés ; section 483 de la *Companies Ordinance (Cap.622)* pour le cas d'un gérant unique ; articles 7, 8 et 20 du modèle d'*articles-type* proposé par le *Financial Secretary* pour une *private company limited by shares, Schedule 2* de la *Companies (Model Articles) Notice (Cap622H)* pour les décisions écrites des gérants.

ANNEXES

Liste des annexes

1. Tableau comparatif des formes de sociétés fermées à risque limité en France et à Hongkong
2. Synthèses des suggestions de simplification du droit français des sociétés
3. *A Guide on Directors' Duties* publié par le *Companies Registry* au mois de mars 2014
4. *Guidelines for Directors* publié par *The Hong Kong Institute of Directors Limited* en 2014
5. *Reminder to Company Secretaries of Private Companies Incorporated in Hong Kong from the Hong Kong Institute of Chartered Secretaries* publié par *The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries* au mois de juillet 2012
6. *The Essential Company Secretary* publié par le *Hong Kong Institute of Chartered Secretaries* au mois d'octobre 2013
7. Formulaires pré-imprimés publiés par le *Companies Registry*
8. Formulaires pré-imprimés publiés par le Registre du commerce et des sociétés
9. Modèles de procès-verbaux d'une *Company*
10. Liste des portails des services administratifs français et hongkongais apportant support aux sociétés et au monde des affaires en général
11. Carte politique du continent asiatique
12. Carte de Hongkong
13. Brève présentation de l'histoire constitutionnelle de Hongkong

1. Tableau comparatif des formes de sociétés fermées à risque limité en France et à Hongkong

Éléments comparés	Sociétés fermées à risque limité (France)		Société fermée à risque limité (Hongkong)
	SARL	SAS	Private company limited by shares
Base légale	<ul style="list-style-type: none"> • Articles 1832 à 1844-7 du Code civil relatif aux sociétés • Articles du Code de commerce relatifs aux sociétés commerciales • Articles L. 223-1 à L. 223-43 et R. 223-1 à R. 223-36 du Code de commerce relatifs à la SARL 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles 1832 à 1844-7 du Code civil relatif aux sociétés • Articles du Code de commerce relatifs aux sociétés commerciales • Articles du Code de commerce relatifs aux SA auxquels renvoie l'article L. 227-1 du Code de commerce • Articles L. 227-1 à L. 227-20 du Code de commerce relatifs aux SAS 	Companies Ordinance (Cap.622).
Morphologie			
Taux de souplesse	Société rigide, poids important de l'ordre public.	Société souple et grande liberté statutaire.	Société souple et grande liberté statutaire.
Société ouverte ou fermée	Société à caractère <i>intuitu personae</i> , société fermée, société de conception institutionnelle.	Société à caractère <i>intuitu personae</i> , société fermée, société de conception contractuelle.	Société à caractère <i>intuitu personae</i> , société fermée, société de conception contractuelle.
Organisation des pouvoirs	Séparation des pouvoirs entre les associés et les gérants.	Séparation des pouvoirs entre les associés et la direction, pouvoirs qui sont complémentaires ; pas de hiérarchie <i>a priori</i> ; les associés organisent les pouvoirs de direction dans les statuts et la direction gère la SAS dans le cadre des stipulations statutaires.	Séparation des pouvoirs entre les <i>members</i> et les <i>directors</i> .
Caractère civil ou commercial	Société commerciale par la forme, quel que soit son objet social statutaire (article L. 210-1 du Code de commerce).	Société commerciale par la forme, quel que soit son objet social statutaire (article L. 210-1 du Code de commerce).	Cette distinction entre des sociétés commerciales et des sociétés civiles n'existe pas.

Objet social	Mention de l'objet social dans les statuts (article L. 210-2 du Code de commerce), tout objet social, civil ou commercial, même les professions libérales réglementées (SELARL), sauf certains secteurs fermés aux SARL (article L. 223-1 alinéa 5 du Code de commerce).	Mention de l'objet social dans les statuts (article L. 210-2 du Code de commerce), tout objet social, civil ou commercial.	Pas de mention obligatoire de l'objet social dans les <i>articles of association</i> . Si mention de l'objet social dans les <i>articles of association</i> , tout objet social licite (section 115 de l'Ordonnance).
Capital	Montant librement fixé par les statuts (article L.223-2 ccom) ; la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports respectifs (article L. 223-1 ccom)	Pas de minimum (article L. 227-1 ccom) ; la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports respectifs.	Pas de minimum, le montant est librement fixé dans les <i>articles of association</i> et la responsabilité des <i>members</i> est limitée au montant non libéré des parts sociales dont ils sont propriétaires.
Forme du capital	Apports en numéraire, en nature (article L. 223-9 ccom) et en industrie (article L. 223-7 ccom et articles 1843-2, 1843-3 et 1844-1 cciv) ; capital variable possible (article L. 223-1 à L 223-43 et L. 231-1 à L 231-8 ccom).	Apports en numéraire, en nature et en industrie (article L. 227-1 ccom) ; capital variable possible (article L. 227-2 ccom).	Apports en numéraire (<i>cash consideration</i>), ou non-numéraire (<i>non-cash consideration</i> , i.e. pas de distinction entre les apports en nature et en industrie) ; pas de capital variable.
Libération du capital	Libération immédiate d'au moins un cinquième du montant des apports en numéraire et le solde dans les cinq ans de l'immatriculation (article L. 223-7 ccom).	Libération immédiate d'au moins la moitié du montant des apports en numéraire et le solde dans les cinq ans (article L. 225-3 ccom sur renvoi de l'article L. 227-1 ccom).	Pas de limite de temps pour la libération du capital social, à part la dissolution de la <i>Company</i> .

Nature des actions ou parts sociales	Capital social divisé en parts sociales égales, indivisibles et non négociables (articles L. 223-2, L. 223-12, L. 223-28 et L. 228-5 ccom) ; les parts sociales en industrie ne composent pas le capital social, elles sont incessibles, intransmissibles et annulées lorsque leur titulaire quitte la SARL (articles 1843-2, 1843-3 alinéa 6 et 1844-1 cciv ; articles L. 223-7 et L. 223-28 ccom).	Capital social divisé en actions ; émission d'actions aux associés ou à un cercle restreint d'investisseurs ; pas d'offre au public ; action ordinaire (article L. 225-8 ccom) ou actions de préférence (articles L. 228-11 à L. 228-19, L. 225-14 et L. 225-147 ccom).	Capital social divisé en parts sociales ; pas d'appel au public ; classes de parts sociales dont les droits qui sont attachés aux dites parts peuvent être différenciés.
Comptes sociaux	Publicité par dépôt au greffe du tribunal de commerce.	Publicité par dépôt au greffe du tribunal de commerce.	Pas de publicité.
Surveillance	Nomination facultative d'un commissaire aux comptes (article L. 223-35 ccom), sauf dans deux cas (seuils franchis ou sur demande d'associés).	Nomination facultative d'un ou plusieurs commissaires aux comptes, sauf dans trois cas (article L. 227-9 et s. ccom).	Nomination obligatoire d'une personne physique ou d'une personne morale en qualité d'auditeur.
Fiscalité	Régime de l'impôt sur les sociétés, sauf exercice d'une option.	Régime de l'impôt sur les sociétés, sauf exercice d'une option.	Régime unique de l'impôt sur les bénéfices, dénommé Profits Tax.
Financement	Émission d'obligations nominatives possible dans certaines conditions (article L. 223-11 ccom).	Émission de valeurs mobilières possibles dont obligations ordinaires par le (ou les) dirigeant(s) sauf stipulation contraire dans les statuts ou décision collective contraire (article L. 228-40 ccom).	Émission d'obligations (<i>debenture</i>) nominatives possible.
Statuts	Pas de modèle de statuts-type pour les SARL, excepté un modèle pour l'EURL dont l'associé unique est également gérant (article L. 223-1 et D. 223-2 ccom) ; publicité obligatoire (article L. 235-1 ccom).	Pas de modèle proposé pour la SAS ni pour la SASU ; publicité obligatoire.	Modèles d' <i>articles</i> -type proposés par l'Ordonnance et par le <i>Companies Registry</i> ; publicité obligatoire.

Registres	Obligation de tenir un registre des décisions de l'associé unique (article L. 223-31 ccom).	Les décisions de l'associé unique doivent être répertoriées sur un registre (article L. 227-9 alinéa 3 ccom).	Obligation de tenir les registres sociaux afférents aux <i>members</i> , aux <i>directors</i> , aux <i>company secretaries</i> , aux décisions des <i>members</i> et des <i>directors</i> , aux obligations et aux sûretés.
Associés			
Capacité et conditions de nationalité	L'associé n'a pas la qualité de commerçant et il n'est pas tenu indéfiniment des dettes sociales donc capacité civile suffit ; personne physique ou personne morale, française ou étrangère.	L'associé n'a pas la qualité de commerçant et il n'est pas tenu indéfiniment des dettes sociales donc capacité civile suffit ; personne physique ou personne morale, française ou étrangère.	Aucune limite.
Nombre	Entre un associé et cent (articles L. 223-1 et L. 223-3 ccom) ; à l'expiration du délai d'un an, la SARL qui n'a pas régularisé sa situation (réduction du nombre d'associés au-dessous de 100 ou transformation en une autre forme, SA ou SAS) est dissoute de plein droit (article L. 223-3 ccom).	Au minimum un associé ; pas de maximum dans les dispositions du Code de commerce spécifique à la SAS mais un maximum de cent associés du fait des dispositions relatives à l'offre au public de titres financiers et au placement privé (article L. 227-2 ccom, ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009, articles L. 411-2 et D. 411-4 du Code monétaire et financier).	Entre un et cinquante <i>members</i> .
Qualité de personne physique ou de personne morale	Personne physique ou personne morale.	Personne physique, personne morale, société à but lucratif ou non, association ou groupement	Personne physique ou toute personne morale.

Cession des parts sociales et actions	Cession de parts sociales est une cession de créance encadrée par le droit commun de la vente (C. civ., article 1690 cciv) couplé à des articles spécifiques (articles L. 221-14 et L. 223-13 à L. 223-17 ccom) ; libre cession (i.e. sans agrément) entre conjoints et entre ascendants et descendants (article L. 223-13 ccom, sauf clause statutaire contraire) et entre associés (article L. 223-16 ccom, sauf clause statutaire contraire) ; libre transmission de parts sociales (article L. 223-13 ccom, sauf clause statutaire contraire) ; cession à un tiers est soumise à un mécanisme légal d'agrément obligatoire (articles L.223-14 et R. 223-11 et s. ccom).	Cession au caractère fermé avec possibilité d'offres à des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs (article L. 227-2 ccom) ; clause d'inaliénabilité statutaire (articles L. 228-23 et L. 227-12 ccom) ; clause statutaire d'agrément préalable (article L. 227-14 ccom) ; clause statutaire d'exclusion ou de cession forcée (article L. 227-16 et s. ccom) ; clause statutaire de suspension de droits non pécuniaires couplée à une clause statutaire d'exclusion lors du changement de contrôle d'un associé personne morale (article L. 227-17 et L. 233-3 ccom) ; rachat par la SAS (article L. 227-18 ccom).	L'Ordonnance dispose que les <i>articles of association</i> d'une <i>private company</i> doivent limiter le droit de cession des parts sociales au sein de ladite <i>Company</i> . Liberté statutaire de mettre en place un mécanisme garantissant l'obligation de limiter le droit de cession des parts sociales au sein de ladite <i>Company</i> . Dans le modèle d'articles-type, la liberté de cession des parts sociales du <i>member</i> est assortie d'un droit de refus d'enregistrement de la cession et du cessionnaire dans le registre des <i>members</i> par les <i>directors</i> .
Préparation des décisions collectives	Dispositions légales encadrent la convocation et la préparation des Assemblées générales.	Grande souplesse, les statuts organisent la préparation et la convocation des Assemblées générales (article L. 227-9 ccom).	Dispositions obligatoires de l'Ordonnance quant à la convocation, au préavis de la convocation, quant à l'agenda et quant aux documents à adresser avec la convocation à l'Assemblée.

<p>Modalités d'exercice du droit de vote lors des décisions collectives</p>	<p>Droit de vote lors de l'assemblée ou par consultation écrite ou par acte unanime signé par tous les associés si les statuts le prévoient (article L. 223-27 ccom), sauf dans deux cas (articles L. 223-26 alinéa 1 et L. 223-27 alinéa 4 ccom) ; vote à la majorité simple en capital pour les décisions ordinaires (article L. 223-29 ccom), quorum et vote à la majorité des deux tiers des parts sociales des associés présents ou représentés pour certaines décisions extraordinaires (article L. 223-30 ccom), vote à l'unanimité pour certaines décisions listées par la loi (articles L. 223-30 et L. 223-43 ccom).</p>	<p>Grande souplesse des statuts, sauf décisions prises à la majorité (article L. 227-9 ccom) ou à l'unanimité (article L.227-19 ccom) listées par la loi ; les associés peuvent délibérer sans tenir une Assemblée générale par la signature d'un acte unanime (sous seing privé ou en la forme authentique, non synallagmatique), par une consultation écrite ou par une consultation verbale ; régime des droits politiques : liberté statutaire ; régime des droits pécuniaires : régime de droit commun ; convention de vote possible mais en général limitée sur une question donnée.</p>	<p>Décision adoptée lors de la tenue d'une Assemblée générale ou dans une décision écrite des <i>members</i> ; le quorum pour qu'une Assemblée soit valablement constituée est de deux <i>members</i> ; les décisions sont ordinaires et adoptée à la majorité simple ou spéciales et adoptée à la majorité des trois quarts ; les modalités de vote sont doubles et le choix pour une méthode dépend des <i>members</i>, à la majorité des droits de vote où chaque <i>member</i> dispose d'une voix pour chaque parts sociale détenue (vote on poll) ou à la majorité des votes émis où chaque <i>member</i> dispose d'une voix (vote on show of hands).</p>
---	--	--	--

<p>Domaine des décisions collectives</p>	<p>Domaine légalement réservé à une décision extraordinaire des associés : décision qui entraîne une modification des statuts (article L. 223-30 ccom). Domaine légalement réservé aux décisions ordinaires : toutes les affaires courantes traitées par les associés (article L. 223-29 ccom). Décision collective obligatoire par la tenue d'une Assemblée pour l'approbation des comptes annuels, pour décider l'émission d'obligations, pour décider une augmentation du capital social dans le cadre d'un projet de plan de sauvegarde ou de redressement.</p>	<p>Domaines légalement réservés aux associés : augmentation, amortissement ou réduction de capital, fusion, scission, dissolution, transformation en une société d'une autre forme, nomination de commissaires aux comptes, comptes annuels et bénéfiques (article L. 227-9 ccom). Autres domaines réservés aux décisions collectives : liquidation (articles L. 237-18, 6° et L. 237-27, I, 3° ccom), conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou ses dirigeants (article L. 227-10 ccom), adoption ou modification des clauses statutaires relatives à la stabilité du capital de la SAS et à la cohésion de ses associés (article L. 227-19 ccom), perte de la moitié du capital social (article L. 225-248 ccom), modification des statuts par accord unanime des associés, sauf clause statutaire contraire (article 1836, alinéa 1^{er} cciv). Liberté statutaire pour les autres domaines.</p>	<p>Domaines légalement réservés aux <i>members</i> et nécessitant une décision spéciale en vertu de l'Ordonnance : la modification des <i>articles of association</i> ; la modification de l'objet social ; le changement de la dénomination sociale ; la transformation d'une société à responsabilité illimitée en société à responsabilité limitée ; la modification des droits attachés à une classe de parts sociales ; la réduction du montant du capital social sur la base d'une déclaration de solvabilité ; la réduction du montant du capital social confirmée par une décision judiciaire ; le rachat de parts sociales ou le rachat de parts sociales rachetables financé par des fonds du capital social ; la liquidation ; l'autorisation donnée au liquidateur d'accepter des parts sociales en paiement de la vente de biens de la société dans la cadre d'une liquidation volontaire. Libertés statutaire et conventionnelle pour les autres domaines.</p>
--	---	---	---

Responsabilité civile des associés	<p>Les associés auxquels la nullité de la société est imputable sont solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation (article L. 223-10 ccom).</p> <p>Les associés fondateurs sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société (article L. 210-8 ccom).</p> <p>Les associés sont solidairement responsables envers les tiers de la valeur attribuée aux apports en nature, au moment de l'institution de la société dans deux cas : lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou quand la valeur retenue diffère de celle proposée par le commissaire (article L. 223-9 ccom).</p>	<p>Les associés auxquels la nullité de la société est imputable sont solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation (article L. 225-249 ccom).</p> <p>Les associés fondateurs sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société (article L. 210-8 ccom).</p>	<p>La responsabilité des <i>members</i> est limitée au montant non libéré des parts sociales qu'ils détiennent.</p> <p>Inexistence de l'action en nullité de la société.</p> <p>Apports effectués par un <i>member</i> au moment de l'attribution de parts sociales sont confirmés par la convention passée entre le <i>member</i> et la société sur le montant en numéraire ou sur l'évaluation d'un apport autre que numéraire ; la société confirme l'évaluation de l'apport. Une action contre l'évaluation est possible mais n'est pas prévue dans l'Ordonnance.</p>
Responsabilité pénale des associés	Articles L. 241-2 à L. 241-9 ccom.	Articles L. 244-1 à L. 244-4 ccom.	
Dirigeants			

<p>Direction de la société</p>	<p>Nomination d'un ou de plusieurs gérants, obligatoirement une personne physique (article L. 223-18 ccom) ; le gérant est révocable sans condition et à la majorité simple (article L. 223-25 ccom) ; les régimes fiscaux des rémunérations du gérant de SARL et du dirigeant de SA ont été pratiquement alignés ; à la différence de l'administrateur, le gérant peut réclamer des dommages-intérêts si la révocation est décidée sans juste motif (article L. 223-25 ccom).</p>	<p>Liberté statutaire sur les conditions de nomination et de révocation des dirigeants, sur leur nombre, la durée de leur mandat, leur mode de rémunération et leurs pouvoirs, droits et obligations (article L. 227-5 ccom) ; le pouvoir de gestion et celui de contrôle peuvent être réunis dans un seul organe ou séparés entre différents organes (comme dans les SA avec le directoire/conseil d'administration et le conseil de surveillance) ; désignation d'au moins un président (articles L. 227-1 et L. 227-6 ccom) et possibilité de désigner des directeurs généraux et directeurs généraux délégués (article L. 227-6 ccom).</p>	<p>Désignation d'au moins un <i>director</i> personne physique ; au-delà de cette désignation obligatoire d'un <i>director</i> personne physique, les autres <i>directors</i> peuvent être des personnes morales.</p>
<p>Représentation de la société</p>	<p>Le gérant unique est le représentant légal investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société (article L223-18 alinéa 5 ccom) ; si plusieurs gérants, chacun a séparément le même pouvoir d'engager la société et chacun est représentant légal (article L223-18 alinéa 7 ccom).</p>	<p>Obligation de nommer un président agissant au titre de représentant légal de la SAS vis-à-vis des tiers, personne physique ou morale, qualité d'associé ou non (articles L227-6 et L227-7 ccom) ; possibilité de nommer un (ou plusieurs) directeur général et un (ou plusieurs) directeur général délégué ; le président, le (ou les) directeur général et le (ou les) directeur général délégué doivent être déclarés au greffe.</p>	<p>Le <i>sole director</i> est le représentant légal investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la <i>Company</i> ; si plusieurs <i>directors</i>, ils exercent leurs pouvoirs de manière collective et désignent celui d'entre eux qui représentera la <i>Company</i> vis-à-vis des tiers pour la signature d'accords, de conventions et de contrats.</p>

Pouvoirs de représentation	Engage la société en cas de dépassement de l'objet social (article L223-18 ccom).	Engage la société même en cas de dépassement de l'objet social, sauf exception (article L227-6 ccom).	Engage la <i>Company</i> vis-à-vis des tiers étant donné que la mention de l'objet social n'est pas obligatoire ; en cas de mention de l'objet social, la <i>Company</i> est engagée vis-à-vis des tiers de bonne foi.
Statut fiscal et social	Régime fiscal et social des salariés.	Régime fiscal et social des salariés.	Régime fiscal des salariés et régime social des travailleurs indépendants ou des salariés.
Cumul avec un contrat de travail	Cumul possible mais réglementé.	Cumul possible mais réglementé ; il est possible d'être dirigeant et salarié de la SAS.	Cumul possible.
Responsabilité civile des dirigeants	Les premiers gérants auxquels la nullité de la société est imputable sont solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation (article L. 223-10 ccom). Les premiers gérants de la SARL sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société (article L. 210-8 ccom).	Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la SAS (article L. 227-8 ccom renvoie au régime général de l'action en responsabilité des articles L. 225-249 à L. 225-257 ccom).	Règles disparates : l'Ordonnance ne liste pas à une section les cas dans lesquels la responsabilité civile des <i>directors</i> peut être engagée ; manquements et infractions sont indiqués à la section des devoirs et obligations auxquels ils se rapportent. L'identification individuelle en est difficile et laborieuse. Les actions en responsabilité sont notamment détaillées à la Part 14 de l'Ordonnance (sections 722 à 743). Principe général de Common Law : le manquement d'un <i>director</i> à ses devoirs fiduciaires peut engager sa responsabilité civile. Ce principe général est repris dans le cas spécifique du devoir fiduciaire "duty of care, skill and diligence" par la section 466 de l'Ordonnance. Principe général posé par l'Ordonnance, section 469 : toute mention dans les <i>articles of association</i> ou dans un contrat visant à limiter la responsabilité des <i>directors</i> est nulle.
Responsabilité pénale des dirigeants	Existence de délits spécifiques : abus de biens sociaux, présentation de comptes infidèles ; également articles L. 241-2 à L. 241-9 ccom.	Existence de délits spécifiques : abus de biens sociaux, présentation de comptes infidèles ; également articles L. 244-1 à L. 244-4 ccom.	Règles disparates : l'Ordonnance ne liste pas à une section les cas dans lesquels la responsabilité pénale des <i>directors</i> peut être engagée ; manquements et infractions sont indiqués à la section des devoirs et obligations auxquels ils se rapportent. Principe général de Common Law : le manquement d'un <i>director</i> à ses devoirs fiduciaires peut engager sa responsabilité pénale.

<p>Conventions entre la société et ses dirigeants</p>	<p>Conventions libres, réglementées (soumises à l'approbation des associés) et interdites (articles L. 223-19, L. 223-20 et L. 223-21 ccom).</p>	<p>Le contrôle des conventions passées entre la société et ses dirigeants, ses actionnaires détenant plus de 10% des droits de vote et les personnes interposées répond à un principe d'ordre public. Les conventions portant sur un emprunt ou une garantie passées entre la société et son dirigeant sont interdites (articles L. 227-12 et L. 225-43 ccom), sauf si le dirigeant est une personne morale avec procédure d'autorisation (article L. 227-10 ccom) puis tempérament supplémentaire (article L. 227-11 ccom). Les conventions sont ratifiées par une décision collective ou par une décision de l'associé unique</p>	<p>Convention libres ou soumises à l'approbation spécifique des <i>members</i> (Part 11 "Fair Dealing by Directors", section 484 à 546 de l'Ordinance).</p>
<p>Rapport de gestion</p>	<p>Rapport établi par les gérants et soumis aux associés réunis en Assemblée dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice social (articles L. 223-26 et L. 223-31 ccom). Certaines SARL sont exemptées (article L. 232-1 IV ccom).</p>	<p>Rapport établi par le président dans le cas d'une SAS unipersonnelle (article L. 227-9 ccom). Rapport établi par l'organe de gestion et présenté aux associés en même temps que les comptes sociaux dans le délai légal de présentation de ces derniers (article L. 232-1 ccom). Certaines SAS sont exemptées (article L. 232-1 IV ccom).</p>	<p>Les comptes annuels sont accompagnés du rapport des <i>directors</i> et du rapport de l'auditeur. Ces deux documents sont présentés et soumis aux <i>members</i> dans le délai légal de leur présentation (six ou neuf mois selon les Companies).</p>

2. Synthèses des suggestions de simplification du droit français des sociétés

Recommandation 1 - §41, §58, §105 et §112 : L'adoption du caractère unipersonnel applicable à toutes les formes sociales et la modification de l'article 1832 du Code civil.

Recommandation 2 - §69 et §154 : La fusion des SAS et des SA sans offre au public des titres financiers.

Recommandation 3 - §73 et §75 : L'abolition de la différenciation dans la pratique des SARL unipersonnelle et pluripersonnelle et des SAS unipersonnelle et pluripersonnelle par l'utilisation des sigles SARL, EURL, SAS, SASU.

Recommandation 4 - §76 : L'utilisation du sigle SURL ou SARLU au lieu du sigle EURL.

Recommandation 5 - §78 et §79 : L'abolition de la différenciation des SARL unipersonnelle et pluripersonnelle et des SAS unipersonnelle et pluripersonnelle par l'adoption d'un régime commun et unifié aux SARL et aux SAS, quel que soit le nombre d'associé.

Recommandation 6 - §80 : L'abrogation de l'article L. 223-5 du Code de commerce (abrogation opérée par l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014).

Recommandation 7 - §81 : L'allègement de l'article L. 223-9 du Code de commerce par la suppression de l'alinéa 3.

Recommandation 8 - §82 : L'élaboration d'un modèle de statuts-type pour toutes les SARL, quelle que soit leur structure interne.

Recommandation 9 - §82 : L'unicité du régime applicable aux SARL unipersonnelle et pluripersonnelle quant au mécanisme des alinéas 2 et 3 de l'article L. 223-31 du Code de commerce.

Recommandation 10 - §103 et §108 : L'unification du régime applicable aux statuts considérant que les statuts constituent un acte unilatéral.

Recommandation 11 - §108 : L'institution d'une SARL et d'une SAS offre le choix aux futurs associés d'adopter des statuts-type et d'utiliser un modèle de statuts-type.

Recommandation 12 - §145 : La clarification de l'articulation des articles L. 210-2, L. 223-6, L. 223-7, L. 223-18, R. 210-3 et R. 210-4 du Code de commerce visant à simplifier les mentions obligatoires des statuts d'une SARL.

Recommandation 13 - §145 : La suppression expresse de la nécessité d'indiquer le nom du gérant dans les statuts de la SARL.

Recommandation 14 - §152 et §154 : La disparition de la SAS au profit d'une forme libéralisée de SARL.

Recommandation 15 - §163 et §171 : L'élargissement du champ d'application du modèle de statuts-type pour les SARL UPP à toutes les SARL unipersonnelles composées avec un seul ou plusieurs gérants.

Recommandation 16 - §170 et §171 : L'insertion des dispositions légales et réglementaires impératives dans le modèle de statuts-type d'une SARL.

Recommandation 17 - §172, §183 et suivants : L'élaboration d'un modèle de statuts-type court pour chaque forme sociale, i.e. un modèle pour la SARL et un modèle pour la SAS.

Recommandation 18 - §186 : L'élaboration d'un modèle de statuts-type extensif et modulable pour la SAS dans le but de proposer un guide d'utilisation de la liberté statutaire offerte aux associés.

Recommandation 19 - §200 et §201 : L'unification des conditions de fond pour une société unipersonnelle et une société pluripersonnelle.

Recommandation 20 - §242 et §243 : La suppression expresse de l'exigence de l'affectio societatis au titre de l'élément psychologique constitutif d'une SARL et d'une SAS.

Recommandation 21 - §247 et §248 : La suppression expresse de la possibilité d'annuler une SARL et une SAS.

Recommandation 22 - §276 et § 672 : La simplification du service de domiciliation proposé aux SARL et SAS.

Recommandation 23 - §292 et §293 : L'encouragement de la responsabilisation des acteurs quant aux informations fournies lors de la création d'une SARL et d'une SAS dans le but d'éviter les erreurs et omissions par le développement de l'aspect formel voire solennel.

Recommandation 24 - §295 et suivants : L'allégement de la procédure de création d'une société dotée de la personnalité morale.

Recommandation 25 - §300 : La réduction de la période entre la formation de la société par la signature des statuts et son immatriculation par le Registre du commerce et des sociétés.

Recommandation 26 - §302 : La confirmation de la coïncidence du point de départ de l'existence de la société et de celui de sa personnalité morale à la date de l'immatriculation conformément à l'article R. 210-2 du Code de commerce.

Recommandation 27 - §304 : La simplification des formalités de publicité afférente à l'institution de la société et à la création de sa personnalité morale par la suppression de certaines formalités et par l'homogénéisation de celles-ci.

Recommandation 28 - §306 : La suppression ou la réunion des deux formalités de publicité, la première attachée à l'institution de la société par la signature des statuts et la deuxième attachée à la création de la personnalité morale par l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés.

Recommandation 29- §311 : La réunion des informations légales sur un seul site internet.

Recommandation 30 - §313 : L'unification des régimes de publicité afférente à la création des SARL et SAS quelle que soit la géographie de leur capital social.

Recommandation 31 - §320: L'abolition de la superposition des déclarations relatives à la formation d'une SARL et d'une SAS auprès du greffe ou du centre de formalités des entreprises et le service des impôts des entreprises dans le but d'aboutir au guichet unique.

Recommandation 32 - §324 : La modernisation de la procédure de création d'une SARL et d'une SAS dans le but d'aboutir à sa gratuité.

Recommandation 33 - §349 : L'acquisition de la qualité d'associé dépourvue d'élément intentionnel dans le but de garantir une plus grande sécurité juridique.

Recommandation 34 - §354 : L'ajout de la liste des associés d'une SARL et d'une SAS dans l'extrait Kbis et en assurer la mise à jour suite au dépôt des statuts modifiés dans un court délai.

Recommandation 35 - §355 : L'obligation de désigner un *company secretary* (que nous désignerons sous l'appellation de tabellion) au sein des SARL et SAS dans le but, notamment, de garantir une plus grande sécurité juridique, mais aussi d'améliorer les relations entre les SARL et SAS et les pouvoirs publics, d'augmenter la qualité et la lisibilité de la documentation sociale et de réduire les erreurs, omissions et manquements aux obligations juridiques, financières et fiscales.

Recommandation 36 - §356 : La facilitation de la possibilité d'exclure un associé dépourvu de l'intention de participer à la société.

Recommandation 37 - §358 : La préparation d'un guide à l'attention des associés d'une SARL et d'une SAS sur leurs droits et obligations en qualité d'associé.

Recommandation 38 - §366 : Le pouvoir conditionnel donné aux gérants pour décider une augmentation de capital dans le respect de l'égalité des associés.

Recommandation 39 - §369 : La modernisation des règles applicables au régime des apports en industrie.

Recommandation 40 - §379 : L'aboutissement de la simplification et de la modernisation de la définition et de la procédure d'émission des actions de préférence au sein des SAS ; l'autonomisation de la procédure d'émission des actions de préférence et de la procédure des avantages particuliers.

Recommandation 41 - §389 et §390 : La simplification au sein d'un seul article de l'articulation des articles L. 228-12 et L. 228-20 du Code de commerce applicables au mécanisme des actions rachetables.

Recommandation 42 - §391 : La réouverture du mécanisme des actions rachetables à l'initiative de l'associé d'une SAS.

Recommandation 43 - §470 : La simplification de la procédure de rachat des parts sociales par la modernisation des mécanismes en responsabilisant davantage les gérants et présidents (qui peuvent toujours s'appuyer sur les services professionnels des tabellions pour la préparation de la documentation sociale et des experts-comptables pour la partie chiffrée) plutôt que d'avoir recours aux commissaires aux comptes.

Recommandation 44 - §519 : L'unification des mandats de président, de directeur général et de directeur général délégué au sein de la SAS par la simplification de la rédaction de l'article L. 227-6 du Code de commerce.

Recommandation 45 - §519 : La clarification de l'articulation des articles L. 227-5 et L. 227-6 du Code de commerce sur l'attribution des pouvoirs de représentation, de direction et de gestion et leur cumul éventuel.

Recommandation 46 - §520 : La désignation préalable notifiée au Registre du commerce et des sociétés de l'équivalent d'un mandataire dans les SARL et SAS où l'associé unique assume personnellement et uniquement la gérance ou la présidence afin de prévenir le gel de la représentation et de la gestion de ladite société en cas d'incapacité du gérant unique ou du président unique également associé unique.

Recommandation 47 - §514 : L'encadrement de la durée du mandat du gérant en dehors des statuts par une décision des associés de la SARL afin d'offrir plus de souplesse, notamment administrative.

Recommandation 48 - §533 : La formalisation expresse de l'acceptation du gérant par la signature et la mention de la date de celle-ci sur le procès-verbal mentionnant le vote des associés ou sur la consultation écrite mentionnant sa désignation.

Recommandation 49 - §535 : L'absence de mention des noms des dirigeants et représentants légaux de SARL et de SAS dans les statuts et la simplification de la procédure interne de désignation d'une personne à l'un de ces mandats.

Recommandation 50 - §535 : La simplification de la procédure de notification de la désignation d'une personne aux mandats de dirigeants et de représentants légaux de SARL et de SAS auprès du Registre du commerce et des sociétés.

Recommandation 51 - §542 : L'ajout de dispositions relatives à la démission du gérant de SARL.

Recommandation 52 - §543 : L'ajout d'intitulés organisant les articles applicables à la SARL afin de rendre plus intelligible la lecture des dispositions du Code de commerce.

Recommandation 53 - §544 : La simplification de la notification et de la publicité afférentes à la fin du mandat de gérant vers une notification unique effectuée par la SARL et une publicité unique effectué par le Registre du commerce et des sociétés.

Recommandation 54 - §554, §615 et §635 : L'encouragement de la signature de contrat de travail entre la SARL et le gérant dénommé contrat de management.

Recommandation 55 - §562 : Le regroupement au sein d'un même chapitre du Code de commerce les actions en responsabilité civile applicables aux sociétés commerciales à responsabilité limitée.

Recommandation 56 - §583 et §586 : L'abolition de la mention obligatoire de l'objet social dans les statuts d'une SARL et d'une SAS.

Recommandation 57 - §600 : Le renversement du principe de la capacité des SARL et des SAS, d'une capacité spéciale à une capacité générale.

Recommandation 58 - §619 et §644 : L'approbation préalable par les associés des termes d'un contrat de management signé entre la SARL et son gérant ou la SAS et ses représentants légaux ou dirigeants.

Recommandation 59 - §642 et §643 : L'encouragement de la signature de contrat de prestations de service dénommé contrat de management entre la SAS et ses représentants légaux ou dirigeants regroupant les éléments relatifs à leur mandat et à leurs missions.

Recommandation 60 - §649, §650, §651, § 672 et suivants : La désignation obligatoire d'un tabellion au sein des SARL et SAS sans créer de nouvelles procédures de notification au Registre du commerce et des sociétés et sans créer une nouvelle profession réglementée.

Recommandation 61 - §649, §650, §696, §715 et suivants : La désignation obligatoire et unifiée d'un expert-comptable au sein des SARL et SAS, quels que soient leur structure interne et leur niveau de développement commercial et social.

Recommandation 62 - §649 et §765 : L'abolition expresse de l'action en nullité d'une SARL et d'une SAS.

Recommandation 63 - §649 : La création d'une procédure administrative de dissolution d'une SARL et d'une SAS.

Recommandation 64 - §652 : La création d'un guide décrivant le rôle du tabellion et listant les devoirs de celui-ci au sein des SARL et SAS.

Recommandation 65 - §720, §721 et §721 : La création de différents niveaux d'exigence quant aux règles comptables appliquées par l'expert-comptable aux SARL et SAS suivant le niveau de développement commercial et social de leur entreprise (utilisation des distinctions existantes entre micro-entreprises, petites entreprises, moyennes entreprises), dans le but de ventiler les coûts afférents à la désignation obligatoire d'un expert-comptable en fonction du chiffre d'affaire et du volume des activités.

Recommandation 66 - §723 : La simplification des démarches des SARL et des SAS dans le but de rendre effectif l'obligation de dépôt des comptes annuels auprès du greffe du tribunal de commerce par la simplification de la procédure des articles L. 232-24 et L. 611-2 II du Code de commerce.

Recommandation 67 - §723 : La gratuité du dépôt des comptes annuels des SARL et SAS auprès du greffe du tribunal de commerce.

Recommandation 68 - §723 et §724 : Le développement de la confidentialité des comptes annuels des SARL et SAS déposés auprès du greffe du tribunal de commerce.

Recommandation 69 - §723 : L'abolition du dépôt des comptes annuels des SARL et SAS auprès du greffe du tribunal de commerce et la gratuité du dépôt des comptes annuels des SARL et SAS auprès du service des impôts des entreprises.

Recommandation 70 - §729 : L'encouragement de la création d'entreprise et de leur hébergement par une SARL et une SAS par l'abolition des droits d'enregistrement sur les apports (et plus généralement sur les opérations sur le capital social).

Recommandation 71 - §733 : Le recours à l'expert-comptable et à l'Ordre des experts-comptables plutôt qu'à une procédure judiciaire dans la procédure de l'article 1843-4 du Code civil.

Recommandation 72 - §751 : La modification de l'article L. 235-11 du Code de commerce dans le cadre de la transposition de l'article 12 de la directive n°2009/101/CE en droit interne.

Recommandation 73 - §752 : La réécriture de l'article L. 235-1 du Code de commerce en trois alinéas dans le but de clarifier les règles applicables aux SARL et SAS et de limiter les cas dans lesquels une SARL ou une SAS peut être annulée.

Recommandation 74 - §776 : La réduction du délai dans lequel une action en nullité de la SARL ou de la SAS peut être enclenchée.

Recommandation 75 - §776 : L'allongement du délai dans lequel une action en régularisation de la SARL ou de la SAS peut être enclenchée et la promotion de cette action en régularisation qui devrait supplanter l'action en nullité de la société.

Recommandation 76 - §780 : La modification de l'article L. 227-16 du Code de commerce dans le but de prévoir que les statuts d'une SAS peuvent prévoir que l'associé faisant l'objet d'une procédure d'exclusion ne peut voter sur cette décision au cours de l'Assemblée générale y afférente.

Recommandation 77 - §797 : La réduction de la période nécessaire à la succession des étapes de dissolution, de liquidation et de radiation d'une SARL et d'une SAS.

Recommandation 78 - §800 et §818 : Le maintien de la société et de sa personnalité morale jusqu'à la dernière étape de la procédure de dissolution – liquidation – radiation. Société et personne morale devrait disparaître de manière simultanée et leur disparition devrait être concomitante de la dernière étape de radiation.

Recommandation 79 - §827 : La simplification des mesures de publicité afférentes à la dissolution et à la désignation du liquidateur par la conservation de la seule publicité au Registre du commerce et des sociétés.

Recommandation 80 - §832 et §833 : La création d'une dissolution et d'une radiation d'une SARL et d'une SAS sans liquidation sur le modèle de la procédure de désenregistrement d'une Company.



A Guide on Directors' Duties



Address	: 15th Floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong
Website	: www.cr.gov.hk
e-Registry	: www.eregistry.gov.hk
Cyber Search Centre	: www.icris.cr.gov.hk
Company Search Mobile Service	: www.mobile-cr.gov.hk
Email	: crenq@cr.gov.hk
Enquiry Hotline (IVRS)	: (852) 2234 9933

¹⁷⁶⁹ Source : <http://www.cr.gov.hk/en/compliance/obligations.htm>

■ A Guide on Directors' Duties





Introduction

In general the responsibilities and liabilities of directors derive from various sources, including the constitution of the company, case law and statute law. If a person does not comply with his duties as a director he may be liable to civil or criminal proceedings and may be disqualified from acting as a director.

Although case law sets out and elaborates on most of these significant principles, it tends to be complex and inaccessible. The objective of this Guide is to outline the general principles for a director in the performance of his functions and exercise of his powers.

All directors are advised to read this Guide and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide. Companies should give copies of the Guide to their directors for information and reference. This Guide is readily accessible on the websites of the Companies Registry (www.cr.gov.hk), the Hong Kong Exchanges and Clearing Limited (www.hkex.com.hk), the Securities and Futures Commission (www.sfc.hk), the Official Receiver's Office (www.oro.gov.hk) and the Hong Kong Monetary Authority (www.hkma.gov.hk). Hard copies are also available at their offices.

In addition, directors are also encouraged to refer to more detailed reviews of the role and duties of directors in law. For example, the Hong Kong Institute of Directors (www.hkiod.com) has issued the Guidelines for Directors and the Guide for Independent Non-Executive Directors. Directors should also refer to the Corporate Governance

Code issued by the Hong Kong Exchanges and Clearing Limited (www.hkex.com.hk) to improve the manner in which listed companies are managed.

It is important to note that all the general principles of directors' duties in this Guide are of equal importance. The statements are principles only and are **not** intended to be exhaustive statements of the law. Furthermore, statute or case law could require certain forms of conduct under specified circumstances. If directors are at all in doubt about the nature of their responsibilities and obligations, they should seek legal advice.


■ The general principles of directors' duties ■

Principle 1: *Duty to act in good faith for the benefit of the company as a whole*

A director of a company must act in good faith in the best interests of the company. This means that a director owes a duty to act in the interests of all its shareholders, present and future. In carrying out this duty, a director must (as far as practicable) have regard to the need to achieve outcomes that are fair as between its members.

Principle 2: *Duty to use powers for a proper purpose for the benefit of members as a whole*

A director of a company must exercise his powers for a "proper purpose". This means that he must not exercise his powers for purposes that are different from purposes for which they were conferred. The primary and substantial purpose of the exercise of a director's powers must be for the benefit of the company. If the



primary motive is found to be for some other reasons (e.g. to benefit one or more directors and to gain control of the company), then the effects of his exercise of his power may be set aside. This duty can be breached even if he has acted in good faith.

Principle 3: *Duty not to delegate powers except with proper authorisation and duty to exercise independent judgement*

Except where authorised to do so by the company's articles of association (the "constitution") or any resolution, a director of a company must not delegate any of his powers. He must exercise independent judgement in relation to any exercise of his powers.

Principle 4: *Duty to exercise care, skill and diligence*

Section 465 of the Companies Ordinance (Cap. 622) provides that a director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence. This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with –

- (i) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company; and
- (ii) the general knowledge, skill and experience that the director has.

Principle 5: *Duty to avoid conflicts between personal interests and interests of the company*

A director of a company must not allow personal interests to conflict with the interests of the company.

Principle 6: *Duty not to enter into transactions in which the directors have an interest except in compliance with the requirements of the law*

A director of a company has certain duties where he has a material interest in any transaction to which the company is, or may be, a party. Until he has complied with these duties, he must not, in the performance of his functions as a director, authorise, procure or permit the company to enter into a transaction. Furthermore, he must not enter into a transaction with the company, unless he has complied with the requirements of the law.

The law requires a director to disclose the nature and extent of his interest in respect of such transactions. Under certain circumstances the constitution may prescribe procedures to secure the approval of directors or members in respect of proposed transactions. A director must disclose the relevant interest to the extent required. Where applicable, he must secure the requisite approval of other directors or members.



Principle 7: *Duty not to gain advantage from use of position as a director*

A director of a company must not use his position as a director to gain (directly or indirectly) an advantage for himself, or someone else, or which causes detriment to the company.

Principle 8: *Duty not to make unauthorised use of company's property or information*

A director of a company must not use the company's property or information, or any opportunity that presents itself to the company, of which he becomes aware as a director of the company. This is except where the use or benefit has been disclosed to the company in general meeting and the company has consented to it.

Principle 9: *Duty not to accept personal benefit from third parties conferred because of position as a director*

A director or former director of a company must not accept any benefit from a third party, which is conferred because of the powers he has as director or by way of reward for any exercise of his powers as a director. This is unless the company itself confers the benefit, or the company has consented to it by ordinary resolution, or where the benefit is necessarily incidental to the proper performance of any of his functions as director.

Principle 10: *Duty to observe the company's constitution and resolutions*

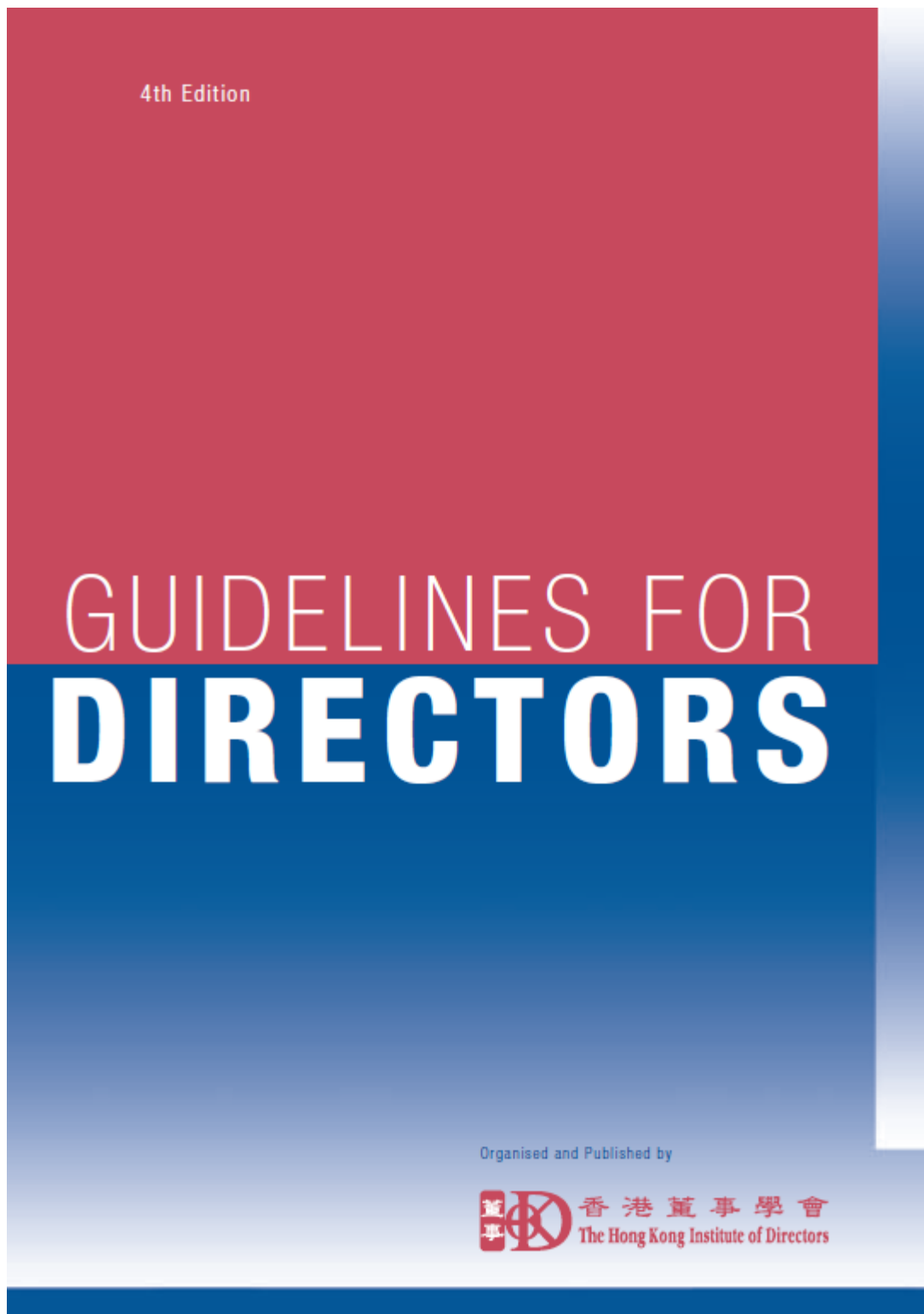
A director of a company must act in accordance with the company's constitution. He must also comply with resolutions that are made in accordance with the company's constitution.

Principle 11: *Duty to keep accounting records*

A director of a company must take all reasonable steps to secure that the company keeps accounting records that are sufficient to show and explain the company's transactions and disclose with reasonable accuracy the company's financial position and financial performance. To avoid breaching the fraudulent trading provisions in section 275 of the Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap. 32), a director must not allow the company to incur further credit knowing that there is no reasonable prospect of avoiding insolvency.

Companies Registry
March 2014

4. Guidelines for Directors publié par *The Hong Kong Institute of Directors Limited* en 2014¹⁷⁷⁰



¹⁷⁷⁰ Source : <http://www.hkiod.com/guidelines-for-directors.html>

ABOUT THE PUBLISHER

The Hong Kong Institute of Directors ("HKIoD") is Hong Kong's premier body representing professional directors to foster the long-term success of companies through advocacy and standards-setting in corporate governance and professional development for directors. A non-profit-distributing organisation with membership consisting of directors from listed and non-listed companies, HKIoD is committed to providing directors with educational programmes and information service and establishing an influential voice in representing directors. With international perspectives and a multi-cultural environment, HKIoD conducts business in biliteracy and trilingualism. Website: www.hkiod.com.

GUIDELINES FOR DIRECTORS (4th Edition)



Published by
The Hong Kong Institute of Directors Limited
2104 Shanghai Industrial Investment Building, 48 Hennessy Road,
Wanchai, Hong Kong
Tel: (852) 2889 9986
Fax: (852) 2889 9982
E-mail: executive@hkiod.com
Website: www.hkiod.com

First published in Hong Kong 1995
Second edition 2005
Third edition 2009
Fourth edition 2014
ISBN 978-988-18910-6-8

Copyright © The Hong Kong Institute of Directors Limited 2014
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in or introduced into a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means (electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise), for any commercial purpose without the prior permission in writing from the publisher of this book. These Guidelines are available for personal use in printed books and from the website www.hkiod.com. Quotation of short passages of the Guidelines for the purposes of review and education is allowed provided that it is made with explicit reference to the source and publisher.

Disclaimer

The Guidelines contain general information only and are based on experiences and research of The Hong Kong Institute of Directors. The Institute is not, by means of the Guidelines, rendering business, financial, investment, or other professional advices or services, nor should the Guidelines be used as a sole basis for any decision or action that may affect your business. Before making any decision or taking any action that may affect your business, you should consult a qualified professional adviser. The Hong Kong Institute of Directors shall not be responsible for any loss sustained by any person who relies on this publication.



gratefully acknowledges the following persons and organisations for their support in the development, publication and promotion of the Guidelines

Sponsor



1st Edition 1995

Created by the Council of The Institute of Directors Hong Kong Branch

2nd Edition 2003

Revision Editors: Ms Julianne Doe, Dr Alex Lau and Prof Christopher To

3rd Edition 2009

Revision Editors: Ms Julianne Doe and Dr Alex Lau

4th Edition 2014

Revision Editors: Ms Julianne Doe and Dr Alex Lau

Appendix contributed by the Companies Registry

Design and Printing

Equity Financial Press Limited

FOREWORD: KEY MESSAGES

The corporate governance system is the cornerstone of the modern joint-stock companies and today's free capital markets. Good corporate governance enhances investors' confidence and the appeal of our markets, which underpin the stability of our financial system. Now in its 4th edition, the Guidelines for Directors published by The Hong Kong Institute of Directors are valuable references and I encourage directors to make good use of them.

Professor K C Chan

Secretary for Financial Services and the Treasury
Financial Services and the Treasury Bureau

It is important for Hong Kong to continuously enhance its corporate governance standards if it is to maintain its position as a leading international financial and business centre. The new Companies Ordinance provides for a mixed objective and subjective test for the standard of directors' duty of care, skill and diligence, to take into account the general knowledge, skill and experience that the director has and may reasonably be expected of the director. The Guidelines for Directors published by The Hong Kong Institute of Directors provides a very valuable tool to directors on the law and best practices relating to their daily work and can be read together with the Guide on Directors' Duties published by the Companies Registry.

Ada Chung

Registrar of Companies
Companies Registry

Good corporate governance is an important aspect of a healthy and quality market. A market with a robust framework of corporate governance rules and regulations provides investors with confidence in the market and companies with the incentives to develop their businesses. Directors have a vital role to play in ensuring observance of good corporate governance standards and compliance with increasing rules and regulations, balanced against their responsibilities to their companies and stakeholders. This updated 4th edition of the Guidelines for Directors from The Hong Kong Institute of Directors provides very helpful guidance for directors and will be an invaluable reference to all directors.

Carlson Tong

Chairman
Securities and Futures Commission

Becoming a director of a listed company brings us responsibilities. Directors are in place to make sure the interests of shareholders are served and that companies adhere to good corporate governance practices. One of the challenges of the role is ensuring they are completely up-to-date with the latest information to fulfill their obligations and carry out their duties properly. This latest edition of the Guidelines for Directors is an indispensable tool that helps directors understand their responsibilities to both their companies and stakeholders.

C K Chow

Chairman
Hong Kong Exchanges and Clearing Ltd.

FOREWORD: FROM THE PUBLISHER

The Hong Kong Institute of Directors is Hong Kong's premier body representing professional directors to foster the long-term success of companies through advocacy and standards-setting in corporate governance and professional development for directors. With support from our expanding membership, we continually develop multi-pronged strategies to nurture excellence in corporate governance. A wide variety of director professionalism programmes is organised by the Institute on a regular basis to assist directors in fulfilling their duties. One of our major programmes is the publication of guidelines to enable directors to do a better job.

Guidelines for Directors is a "best-seller" of the Institute and a desk-top easy-to-carry reference book for both practising and newly appointed directors. This 4th edition of the book includes the latest legal and regulatory updates, particularly the Companies Ordinance (Cap 622) effective commencing 3 March 2014. The guidelines summarise the law and regulation and recommend good practices.

We are pleased that this book is cited by the Listing Rules of the Hong Kong Exchanges and Clearing Limited as one of the guiding publications for directors, in a Note to Rule 3.08 of the Listing Rules effective 1 January 2012. We are obliged to review the book from time to time and keep its contents up to date. It is the Institute's objective to serve directors and stakeholders so as to contribute towards enhancing Hong Kong's competitiveness and promoting Hong Kong as a leading business and financial centre.

We would like to extend our gratitude to:-

- the authorities who have provided key messages to the Foreword;
- the Companies Registry for permission to include its publication summarising the major initiatives of the New Companies Ordinance (Cap 622) in the Appendix of this 4th edition;
- Ms Julianne Doe and Dr Alex Lau for their service as revision editors of this 4th edition;
- all those who have helped to publish this 4th edition; and
- all those who take part in promoting and supporting this book.

Dr Kelvin Wong
Chairman
The Hong Kong Institute of Directors

The Hong Kong Institute of Directors has organised numerous programmes in the promotion of continuing professional development for directors, including seminars, forums, publications and workshops. We are pleased to present this 4th edition of Guidelines for Directors, which complements our many other initiatives. These guidelines aim to remind and inspire directors to address various significant issues with state-of-the-art practices.

In publishing the guidelines, the Institute has had the following readers in mind:-

- (1) newly appointed directors who need to be inducted with an appropriate outline of their new duties.
- (2) currently practising directors who need a refresher as to the breadth and scope of their responsibilities.
- (3) currently practising directors who need a brief initial guide to possible courses of action in a new situation.

In revising the guidelines, we are mindful of the major legal and regulatory changes that are relevant to directors. In particular, the clarification of directors' duty of care, skill and diligence by the Companies Ordinance (Cap 622) bears profound significance on how directors fulfil their roles. With up-to-date knowledge, this 4th edition is an essential aid for directors.

We are grateful to all those who have helped in the publication of this book. We welcome feedback of comments from readers and users, in order to enable us to enhance our service for directors, stakeholders and the economy of Hong Kong.

Dr Carlye W L Tsui
Chief Executive Officer
The Hong Kong Institute of Directors

PREFACE

This publication attempts to summarise the law and, where possible, to recommend good practice in those areas into which the law has not yet reached, but it is difficult to make firm practice recommendations on many aspects of a company's work, given the complexity of the law, the wide diversity of activities that companies pursue, and the infinite variety of the combinations of human personalities that are responsible for directing them. These guidelines reflect the law of Hong Kong with the New Companies Ordinance Cap 622 (which replaces the Old Companies Ordinance Cap 32), effective commencing 3 March 2014. Provisions relating to corporate insolvency, winding up, disqualification of directors, receivers, managers and prospectuses have now been retained in the renamed Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (WUMPO) Cap 32. Highlights of the changes introduced by the New Companies Ordinance are summarised in an article from the Companies Registry attached in the Appendix of this book.

The guidelines in this publication also make reference to the Listing Rules (for Main Board and for Growth Enterprise Market) of the Hong Kong Exchanges and Clearing Limited, including the Corporate Governance Code (the CG Code). Readers who are dealing with any listed-company matters should however always be mindful of the importance of referring to the actual provisions of the Listing Rules themselves for a complete picture of the regulatory requirements. This publication is cited by the Listing Rules in a Note to Rule 3.08 as reference guidelines for directors in fulfilling their duties.

Every effort has been made to ensure this work is as comprehensive as possible but it is not designed to be a substitute for professional advice tailored to meet the particular problems which may arise in a dynamic and complex business community such as Hong Kong. No responsibility for any loss arising as a consequence of any person relying upon the information or views contained in this publication is accepted by The Hong Kong Institute of Directors.

CONTENTS

	<i>Page</i>
FOREWORD: KEY MESSAGES	i
FOREWORD: FROM THE PUBLISHER	ii
PREFACE	iv
PART I – THE COMPANY AND ITS BOARD	
<i>INTRODUCTION</i>	5
<i>THE COMPANY</i>	
INCORPORATION AND LIMITED LIABILITY	5
DIRECTORS' LIABILITY IS UNLIMITED	5
PUBLIC AND PRIVATE COMPANIES	6
PROFIT, SURVIVAL AND GROWTH	6
<i>THE PARTIES ASSOCIATED WITH A COMPANY</i>	
CUSTOMERS	7
EMPLOYEES	8
CREDITORS	8
GOVERNMENT AND THE COMMUNITY	9
SHAREHOLDERS	10
<i>GENERAL MEETING, BOARD AND MANAGEMENT</i>	
GENERAL MEETINGS AND RESOLUTIONS	11
WRITTEN RESOLUTION PROCEDURE	12
RELATIONSHIP BETWEEN GENERAL MEETING, BOARD AND MANAGEMENT	12
<i>THE FUNCTIONS OF DIRECTORS – DEFINITION</i>	13
<i>THE FUNCTIONS OF DIRECTORS – APPLICATION TO DIFFERENT TYPES OF COMPANIES</i>	
PUBLIC COMPANIES	15
PRIVATE COMPANIES	15
SUBSIDIARIES	16
<i>HOW THE BOARD OPERATES</i>	
COLLECTIVE RESPONSIBILITY	17
NOTICE OF MEETINGS AND QUORUM	18
AGENDA	18
MINUTES	18

	<i>Page</i>
INFORMATION AND DOCUMENTATION	19
REQUIREMENTS FOR INFORMATION	19
WHO INITIATES POLICY – MANAGEMENT OR BOARD?	19
DISAGREEMENTS ON THE BOARD AND RESIGNATION	20
DELEGATION AND COMMITTEES	21
DISCLOSURE AND ACCOUNTABILITY	23
BOARD EVALUATION	24
<i>THE BOARD'S MEMBERS</i>	
CHAIRMAN	25
MANAGING DIRECTOR	25
CHAIRMAN AND MANAGING DIRECTOR?	26
NON-EXECUTIVE DIRECTORS	27
EXECUTIVE DIRECTORS	29
"QUASI DIRECTORS"	30
ALTERNATE DIRECTORS	30
THE COMPANY SECRETARY	31
<i>THE BOARD'S RELATIONS WITH ASSOCIATED PARTIES</i>	
SHAREHOLDERS	32
EMPLOYEES	33
CREDITORS AND SUPPLIERS	34
THE PUBLIC	34
PART II – DIRECTORS' LEGAL STATUS, POWERS AND DUTIES	
<i>INTRODUCTION</i>	36
<i>DIRECTORS' LEGAL STATUS</i>	
THE NATURE OF THE OFFICE	36
"DE FACTO" AND "SHADOW" DIRECTORS	36
PERSONS ASSOCIATED WITH A DIRECTOR	37
<i>POWERS</i>	
DIRECTORS' AUTHORITY TO ACT	38
CORPORATE CAPACITY – OBJECTS CLAUSE	38
WHO CAN COMMIT THE COMPANY?	38
CONTROL OF ABUSE OF POWERS	39
ACCESS TO INFORMATION	41

	<i>Page</i>
<i>DUTIES – GENERAL</i>	
INTRODUCTION	41
THE DIRECTORS’ FIDUCIARY DUTY TO THE COMPANY	42
HONESTLY, “FOR THE BENEFIT OF THE COMPANY”	43
“PROPER PURPOSE”	44
“CONFLICT OF INTEREST”	44
<i>DUTIES – CONFLICTS AND DECLARATION OF INTEREST</i>	
SECRET PROFITS	44
CONFLICTS AND DECLARATIONS OF INTEREST	45
TRANSACTIONS BETWEEN DIRECTOR AND COMPANY	45
INSIDER DEALING	50
<i>DUTIES ARISING FROM THE COMPANIES ORDINANCE AND ASSOCIATED LEGISLATION</i>	51
<i>DUTIES – DISCLOSURE, REPORTING AND ACCOUNTING</i>	
DISCLOSURE	52
LETTERHEAD AND PUBLICATION OF COMPANY NAME	52
RETURNS TO THE REGISTRAR	53
DOCUMENTS WHICH THE COMPANY MUST MAKE AVAILABLE FOR INSPECTION	54
THE COMPANY’S ACCOUNTS	54
AUDITORS	58
HONG KONG EXCHANGES AND CLEARING LIMITED DISCLOSURE REQUIREMENTS	60
<i>DUTIES IN RESPECT OF SHARES AND SHAREHOLDERS</i>	
DISTRIBUTIONS AND DIVIDENDS	61
DUTIES TO SHAREHOLDERS	61
DIRECTORS’ POWERS TO ISSUE SHARES	62
SHAREHOLDERS’ PRE-EMPTION RIGHTS	63
TAKEOVERS AND MERGERS	63
<i>DUTIES – CAPITAL AND THE MAINTENANCE OF CAPITAL</i>	
PAYMENT FOR SHARES IN LISTED COMPANIES	64
PURCHASE AND REDEMPTION OF A COMPANY’S OWN SHARES	64
FINANCIAL ASSISTANCE FOR THE ACQUISITION OF A COMPANY’S SHARES	65
OTHER WAYS TO REDUCE CAPITAL	66

	<i>Page</i>
<i>DUTIES IN RESPECT OF CREDITORS AND INSOLVENCY</i>	
DIRECTORS' LIABILITY TO CREDITORS	67
DUTIES IN THE COURSE OF WINDING UP	67
DEFRAUDING CREDITORS AND PREFERENCES	68
<i>DUTIES – HOW SHOULD THEY BE PERFORMED?</i>	
STANDARD OF SKILL AND CARE	69
"KNOWINGLY A PARTY" TO FRAUDULENT TRADING	71
UNDER A SERVICE CONTRACT	71
<i>INDEMNITY AND RELIEF FROM LIABILITY</i>	
INDEMNITY	72
RELIEF	72
<i>THE COMPANY'S GENERAL LEGAL OBLIGATIONS</i>	
GENERAL	73
IN TORT	73
CRIMINAL OFFENCES	74
STATUTORY OFFENCE WITH CIVIL LIABILITY	75
PART III – THE DIRECTORS AS AN INDIVIDUAL	
<i>ELIGIBILITY</i>	77
<i>APPOINTMENT, REMOVAL, DISQUALIFICATION</i>	
APPOINTMENT	77
EMPLOYMENT	78
REMOVAL FROM OFFICE	79
RETIREMENT	79
DISQUALIFICATION	79
<i>REMUNERATION AND COMPENSATION</i>	
ENTITLEMENT TO REMUNERATION AND EXPENSES	82
COMPENSATION FOR LOSS OF OFFICE AND EX GRATIA PAYMENTS	83
PROFIT SHARING AND OTHER INCENTIVE ARRANGEMENTS	83
APPENDIX: "THE NEW COMPANIES ORDINANCE (CAP 622): MAJOR INITIATIVES" BY THE COMPANIES REGISTRY	84

PART I – THE COMPANY AND ITS BOARD

INTRODUCTION

1. Every association or organisation needs a governing body to determine its strategic objectives and policies, to appoint and control its operational management, to monitor progress towards objectives and compliance with policies and to be accountable for its activities to parties to whom an account is properly due.
2. The governing body of a company is its board of directors. No single director can represent his or her company unless he or she is specifically authorised to do so by the board of directors.
3. Many of the functions, responsibilities, liabilities and duties of directors which are described below must be discharged by the directors of any company operating as a board, however incorporated and whether or not it has commercial objects. These guidelines are, however, primarily addressed to the directors of limited companies incorporated in Hong Kong under the Companies Ordinance, for business purposes.

THE COMPANY

INCORPORATION AND LIMITED LIABILITY

4. The nature of a company director's functions and responsibilities are heavily influenced by the special legal status of a company. A company is a corporation created by a legal process with a legal identity separate from the human beings associated with it. Its corporate status means that it enjoys a legal capacity to act as an entity distinct from the persons who hold the capital. This principle of incorporation offers the opportunity to the providers of capital to limit their liability for the company's debts to the amount they have agreed in advance to make available to it. The two principles of incorporation and limitation of liability apply in principle to all limited companies-public and private (including subsidiaries)-even though in the case of many small private companies it may appear difficult to disentangle the company from the proprietor and, in the case of many subsidiaries, de facto control may rest with a holding company.

DIRECTORS' LIABILITY FOR DAMAGES IS UNLIMITED

5. It is only the liability of a shareholder for the company's debts that is limited. There is no limit to the damages for which a director may be held liable, as director, at the instance of the company or of a third party. There may be a provision in the company's Articles of Association to this effect. If so, a director should have received notice of it before agreeing to become a director.

PUBLIC AND PRIVATE COMPANIES

6. As at the end of 2013 there were about 1.16 million companies registered in Hong Kong of which over 12,050 were registered as public limited companies (but only about 1,643 of these were companies listed on The Hong Kong Exchanges and Clearing Limited). The Articles of a private company must restrict the right of its members to transfer its shares, limit the number of its members to 50 and prohibit any invitation to the public to subscribe for any shares or debentures of the company. Any company which does not have such restrictions in its Articles is a public company.
7. Private companies are usually either subsidiaries of larger companies or companies where it is not intended that any part of the capital should be offered to the public (for example where the capital is held by a small number of individuals who for the most part play an active part in the management of the company). A small number of companies limited by guarantee and unlimited companies are also registered in Hong Kong.
8. In spite of the comparatively small number of public companies, company law in practice is primarily directed towards this type of company. On the one hand, this is appropriate because the rights of shareholders of a public company, being remote from its operations, need quite elaborate legal systems to ensure their protection. In addition, public companies and their subsidiaries dominate the economy to an extent quite disproportionate to the smallness of their number. On the other hand, the emphasis on the public company has resulted in a growing trend in corporate governance which is, in a number of respects, over elaborate for private companies.

PROFIT, SURVIVAL AND GROWTH

9. The aim of most companies is to make a profit. Profit serves three functions:
 - (i) It provides a measure of the success the company has enjoyed in satisfying its customers with the minimum overall consumption of resources;
 - (ii) It is the source of the immediate rewards for the providers of the company's equity capital – who are most exposed to the risk of irrecoverable loss;
 - (iii) It provides a source of investment for future expansion.
10. However, profit alone should not be a company's overriding aim. Companies have a wider responsibility to their employees, customers, other associated parties and the environment. Companies must also survive and grow. To achieve these aims they must both make profits and adapt to changing conditions.

THE PARTIES ASSOCIATED WITH A COMPANY

11. A number of parties will have an interest in the fortunes of a company. These include customers, suppliers, employees, lenders and other creditors whose relationship with the company is based on contract but heavily modified by statute. A company has a further and most important relationship with its shareholders and potential shareholders who enjoy, or hope to enjoy, properly rights in the company.
12. A company's obligations to its customers, suppliers and employees or its wider public obligations in respect of such issues as the protection of the environment, are not affected by its corporate status and form little part of company law. However, the mechanisms for enforcing a company's compliance with these obligations are heavily affected by its corporate status, and a great deal of the burden falls on directors personally.
13. To be successful, a company must adopt policies for its dealings with its associated parties which embrace both the economic and the legal aspects of the company's relationship with them.

CUSTOMERS

14. It is customers alone who produce revenue for companies. Every other party associated with a company through the market produces costs. Customers exercise a freedom of choice which distinguishes the free enterprise approach from the collectivist model. Nothing is more calculated to bring a business to disaster than failure to take account of its customers' requirements and interests or bring free enterprise in general into disrepute. A company must take adequate account of, or provide adequate compensation for:
 - Dangers to health or safety inherent in a particular product or service;
 - Attempts to secure unfair advantages over customers (price fixing or collusive practices);
 - Statutory safeguards for customers' economic interests.

EMPLOYEES

15. In theory, employees sell their labour to companies. In practice, a company cannot afford to treat its employees badly. Companies must take into account their employees' concerns about such factors as:
- The security of their employment;
 - The capacity of their employer to recognise and reward their individual contributions to the business;
 - The physical conditions in which they work;
 - Job satisfaction including the amount of their salary.
16. Although the Hong Kong Government has generally tended to respect freedom of contract and to minimise the extent to which legislation regulates contracts of employment, the level of protection afforded to employees in Hong Kong has gradually been extended by the addition of various rights, benefits and protections in the employment legislation (principally the Employment Ordinance). One of the surest defences against further, possibly unsuitable regulatory legislation, is for companies voluntarily to make progress in looking after their employees. A growing body of evidence suggests that harmonious employee relations and increased levels of productivity have been achieved by:
- Involving employees in decision-making (not necessarily at board level), which helps them to identify with the company (e.g. through share ownership schemes);
 - Training employees and attempting to motivate them as individuals;
 - Communicating information about the company effectively; and
 - Consulting employees before decisions are taken.

CREDITORS

17. There is a great deal of company and insolvency legislation designed to protect creditors and to compensate them for the reduction in their rights that limitation of shareholders' liability involves. The protection of depositors, who are of course creditors, is particularly important in the case of deposit-taking institutions and is the purpose behind a great deal of the specialised legislation covering such institutions as banks and insurance companies.

18. A company's liabilities to creditors may create substantial personal liabilities for its directors if the business of the company has been carried on with intent to defraud creditors and the company becomes insolvent (see paras 265 to 279 below).

GOVERNMENT AND THE COMMUNITY

19. Companies should act, and be seen to act, as "good citizens". This involves ensuring scrupulous compliance with the law of the jurisdictions in which the company does business. The problem is that a company's corporate capacity means that it can only be made subject to economic penalties if it fails in this area.
20. However, the law has never had any problem in imputing the state of mind of the individuals who can be held to be a corporation's "mind and will" to the corporation itself. The mind and will of a company is normally held to reside in its board of directors. Where questions arise concerning the criminal liability of companies, it is possible for the directors of a company to be found criminally liable on its behalf (see paras 289 to 293 below).
21. Similarly, the consciences of the members of the board of directors may be held to represent the conscience of the company where moral rather than legal issues are at stake. The Institute believes that companies should be a positive force for good in the communities in which they operate, and that companies, their directors and their employees have a great deal to contribute to the solution of many social and environmental problems, particularly in such areas as education and training, pollution, urban renewal and the stimulation and propagation of an enterprise culture.
22. A proper balance of interests must be maintained though. Directors do not have a totally free hand to act purely as their personal consciences dictate. A company may make charitable, political and other similar gifts, including ex gratia payments, if it is expressly (in its Articles of Association) or impliedly empowered to do so. In making such gifts or payments, directors are governed by rules similar to those which apply to any other payment made within their general power of management on behalf of the company. To be valid, the payment must be for the benefit of the company and made bona fide in the interests of the company. In the absence of an express power in its objects clause, it must also be reasonably incidental to its business. As Bowen J. said in *Hutton v. West Cork Railway* in 1883:

"The law does not say that there are to be no cakes and ale, but that there are to be no cakes and ale except such as are required for the benefit of the company."

SHAREHOLDERS

23. The role of shareholders in a company is a distinct one:
- Their relationship with the company is different from those of the other parties, being based on property rights; and
 - They play a formal part in the decision-making structure of the company and need therefore to be considered in this light also.
24. It is unhelpful and strictly speaking incorrect to regard the shareholders and the company as being identical. It is also unhelpful to describe them simply as the "owners" of the company. Even collectively they do not own the company or its assets outright. What they do own is a bundle of rights on which a monetary value can be placed. The extent and nature of these rights depend very largely on each company's constitution as expressed in the Articles of Association. Shareholders' rights will normally include the following main elements but most of them may be excluded or modified in the case of a particular company or class of shareholder:
- A financial return, normally in the form of a proportion of the company's distributable profits (i.e. a dividend);
 - A right to transfer their interest to another person;
 - A right to vote in general meetings, enabling them to participate in decisions on the size, shape and scope of the company and in particular in decisions to:
 - dismiss and appoint the directors;
 - change the company's constitution;
 - liquidate the company and distribute the value of the assets among themselves.
25. Many of the provisions of the Companies Ordinance are designed to protect the interests of shareholders on the assumption that their knowledge of and involvement with the company will be minimal. Shareholders' rights to information about a company are limited to those provided for in the Ordinance. Companies and their directors must comply with these disclosure provisions.

GENERAL MEETING, BOARD AND MANAGEMENT**GENERAL MEETINGS AND RESOLUTIONS**

26. Every company must hold an Annual General Meeting (AGM) each year and within 15 months of the last AGM, with the exception of a newly incorporated company which need only hold one AGM in its first two years as long as it is held within 18 months of incorporation. 21 days notice in writing, or any longer period provided for in the Articles, must be given unless all the members entitled to attend and vote at an AGM agree to a shorter period of notice.
27. Any other meeting of shareholders is an Extraordinary General Meeting (EGM) and requires 14 days notice in writing or such longer period as the Articles require. If it is proposed to pass a special resolution at an EGM (which requires a 75% majority), 21 days notice of the meeting specifying the intention to move the resolution must be given.
28. However, if a majority in number of members having the right to attend and vote at the meeting, being a majority together holding not less than 95% in nominal value of the shares giving a right to attend and vote at the meeting, agree, a shorter notice period may be given.
29. Some resolutions, such as those used to remove directors, need only a bare majority to pass them at an AGM or EGM, but special notice must be given to the company by any person intending to move such a resolution 28 days before the meeting at which it is to be moved. The company must then give notice to the members of the intention to move the resolution at least 21 days prior to the meeting.
30. Deleted.
31. A more significant power given to some shareholders is the power to require the directors of a company to call an EGM. Shareholders holding 5% or more of the value of the paid up capital carrying voting rights at the date of requisition may require this of the directors. Certain notice requirements must be met by the members involved. If the directors fail to call a meeting requisitioned in this way, the members may proceed to hold it themselves at the company's expense.

WRITTEN RESOLUTION PROCEDURE

32. This is especially appropriate for many private companies where the directors and the shareholders are the same people and therefore many provisions of the Companies Ordinance, such as those relating to resolutions and meetings, are redundant. The Companies Ordinance provides that a resolution in writing shall be treated as a resolution (or, where relevant, a special resolution) passed at a general meeting. A written resolution must be signed by all the members entitled to attend and vote at a general meeting. The signatures need not be on a single document provided that if two or more documents are used, each document is certified in advance by the Company Secretary as containing the correct version of the proposed resolution. Thus, a resolution in writing, signed by all the members, is as good as any resolution prescribed by the Ordinance or the Articles. Such a resolution becomes valid after the last person has signed it. Written resolutions are governed by Sections 548-561 under the Companies Ordinance.

RELATIONSHIP BETWEEN GENERAL MEETING, BOARD AND MANAGEMENT

33. There are three bodies with direct responsibility for shaping the company's future:
- (i) The general meeting of shareholders;
 - (ii) The board of directors;
 - (iii) The company's higher management.
34. The relationship between these three bodies is defined by the company's Articles of Association. Every director should, before accepting his or her appointment, get hold of these documents which, together with any resolutions of or agreements to a like effect between shareholders, constitute the company's written constitution. He should read them carefully to find out what the formal powers and duties of each body are. Each body may do only that which the current constitution of the company and the legislation permit it to do.
35. The general meeting of shareholders holds what is in effect a power of life and death over the company and over its board. It is also the guardian of the company's constitution, since it alone has power to alter the Articles.
36. At the other end of the spectrum, it is the function of the higher management to deploy the resources available to it in the most economical manner in pursuit of the strategic objectives and in compliance with the policies of the company, as determined by the board.

37. Between general meeting and management stands the board of directors, the body in which rests the responsibility for governing the long-term strategic direction of the company, as contrasted with its short-term operational management.

THE FUNCTIONS OF DIRECTORS – DEFINITION

38. In summary, the board of directors take responsibility for:
- Determining the company's strategic objectives and strategic policies;
 - Appointing the company's top management;
 - Monitoring progress towards the achievement of objectives and compliance with policies;
 - Giving an account of the company's activities to the parties to whom an account is properly due.
39. The main components of these functions are:

Strategy

- Determining the business activities in which the company should engage and those which it should by positive decision avoid.
- Ensuring that the company has adequate long-term objectives and strategies, expressed in both physical and financial terms.
- Taking a view, in carrying out its responsibilities to the company, on the necessary balance between the interests of shareholders, employees, customers, suppliers, creditors and the community and ensuring that the company has clearly understood policies in relation to these interests consistent with the achievement of its strategic objectives.
- Ensuring that the company reviews its business plans in the wider context of the current and likely local and international environment and with adequate intelligence as to the activities of its major competitors and developments in technology.
- Approving the budgets presented by the management and ensuring that they are compatible with short-term and long-term objectives.

- Determining the extent and priority of the company's investment in relation to the opportunities and threats ahead, having regard to the resources available.
- Approving specific major investment and policy proposals and deciding on dividend policy.

Appointing Top Management

- Selecting the Managing Director and determining the terms of his or her contract.
- Ensuring the adequacy of the company's management structure and resources for specific and general tasks. The planning of management motivation, development and succession.
- Approving top management remuneration and directors' expenses.

Monitoring

- Ensuring that the company's information systems are adequate to monitor performance and to provide for sound decisions by board and management.
- Identifying vulnerabilities in the company's financial position, both short term and long term, with particular reference to expected profitability, liquidity and solvency.
- Monitoring management performance against strategic objectives and compliance with strategic policies and initiating appropriate corrective action if failures are revealed.

Accountability

- Ensuring the fullest communication with shareholders and the company's recognition of their interest.
- Ensuring that the company complies with its legal obligations as to the disclosure of information and maintains an appropriate level of transparency about its business.

THE FUNCTIONS OF DIRECTORS – APPLICATION TO DIFFERENT TYPES OF COMPANIES

PUBLIC COMPANIES

40. In public companies there will generally be a clear distinction between direction, management and ownership and the board's function will be directed primarily towards making strategic decisions. The directors of public companies operate under a tighter regime since public companies, especially if they are listed, are subjected to far more stringent controls than private companies. The Companies Ordinance imposes more rigorous provisions on public companies in areas such as:
- Maintenance of capital;
 - Distribution of profits;
 - Loans to directors;
 - Financial assistance for the acquisition of shares in the company;
 - The issue and purchase by the company of its own shares.
41. If the company is listed on The Stock Exchange of Hong Kong Limited ("SEHK") (either on the Main Board or on the Growth Enterprise Market (GEM)), the Companies Ordinance imposes stricter provisions in these areas, particularly in relation to the distribution of profits and financial assistance for the acquisition of shares in a company. In addition, the provisions of the SEHK's "Rules Governing the Listing of Securities on The Stock Exchange of Hong Kong Limited" ("MB Rules") or the "Rules governing the Listing of Securities on the Growth Enterprise Market of The Stock Exchange of Hong Kong Limited" ("GEM Rules") must be complied with (See Para 230 below). The Rules regulate various transactions which the company may wish to embark upon, including transactions between the company and directors themselves.
42. The Securities and Futures Ordinance (Cap. 571) also includes provisions designed solely for the regulation of listed companies and those involved with such a company.

PRIVATE COMPANIES

43. In private companies there will generally be a less clear distinction between the functions of direction, management and ownership because the same individuals are often both directors and major shareholders. The same comment in fact also applies to

a number of public companies in Hong Kong. This does not remove the need to make conscious distinctions between these functions. Every company should pay proper attention to the long-term, strategic function of direction.

44. It is suggested that even small private companies, where the equity may be owned by a single individual, should adopt a formal board system for two reasons:
- (i) It is extremely unlikely that a company can comply with its legal obligations in letter or spirit, whether imposed by the general law including the Companies Ordinance or by its own Articles of Association, unless certain acts are performed collectively by a board of directors;
 - (ii) The nature of the decisions directors take are based on uncertain assumptions about the future and require discussion, consultation and the exercise of judgement which is best achieved by a small, well-informed group.
45. Every board of directors should submit itself to the discipline of having a predetermined programme of meetings with a pre-prepared agenda which will help ensure that the board:
- Fulfils its legal obligations properly;
 - Prepares in advance for its discussions;
 - Concentrates on long term strategic direction rather than day to day operational management.

SUBSIDIARIES

46. Under the definitions of Section 2 of the Companies Ordinance, a company is deemed to be a subsidiary of another company if, with regard to the subsidiary, that other company:
- (a) Controls the composition of its board of directors; or
 - (b) Controls more than half of its voting power; or
 - (c) Holds more than half of its issued share capital (excluding preference shares).

If a company is a subsidiary of another company which is itself a subsidiary of a third company, the first company will also be a subsidiary of that third company.

The same three criteria have been preserved under Section 13. But instead of using the term "subsidiary", the Companies Ordinance uses the term "holding company" to describe this relationship from the latter's point of view.

47. Subject to some exceptions, a subsidiary company is prohibited from being a member (or shareholder) of its holding company (Section 113 of the Companies Ordinance). The aims of this are twofold:
- (i) To prevent the directors of a holding company maintaining themselves in office indefinitely with the votes of the subsidiary company;
 - (ii) To prevent the capital of the holding company being indirectly depleted by the purchase of its shares by the subsidiary.
48. The function of direction as described above must be performed for each subsidiary. However, the responsibility for performing it is normally shared between the boards of the subsidiary and the parent company. How such responsibility is split depends on a company's individual circumstances. The parent company may operate simply as owner, reserving for itself only the highest level decisions. More often, it will be more involved in making operational decisions on such issues as target rates of return, investment policies, industrial relations and product strategies. If a parent company reserves too many decisions for itself, it will subvert the subsidiary board's function of direction. It must be remembered that, despite the close economic relationship between holding companies and subsidiaries, a subsidiary is a legal entity independent of its holding company. A director of a subsidiary owes duties to the subsidiary company and the parties associated with it, not the holding company. If a person is a director of both the holding company and the subsidiary or is a director of a subsidiary who is accustomed to taking directions from the parent, he or she should take care not to breach their duty to the subsidiary and declarations of interest should be made. These problems are augmented where a director of the subsidiary is also an employee of the group; the dual responsibilities – to the subsidiary as a director and to the group as an employee – can and often do conflict.

HOW THE BOARD OPERATES

COLLECTIVE RESPONSIBILITY

49. Directors have collective responsibility for the decisions made by the board. The board should therefore attempt to reach decisions by discussion and consensus. It manages as a committee.
50. The Articles of Association of a company sometimes allow board decisions to be passed by written resolutions.

NOTICE OF MEETINGS AND QUORUM

51. The Articles of Association will usually specify that every member of a board is entitled to call a meeting and to have notice of a meeting, although Articles of many companies restrict the latter entitlement to directors who are in Hong Kong. The proceedings of a meeting where all members have not had proper notice are void. The notice need not be in writing to be valid, but the period of notice must be reasonable having regard to all the circumstances, including whether notice was given early enough to enable a director to attend. Circulation of a list of prearranged dates may be taken as proof of notice (and is good practice in any event).
52. A meeting cannot proceed to business unless a quorum is present. The quorum necessary for the meetings of the board (and of shareholders) is stated in the Articles of Association which normally requires a quorum of two or a number set by the directors.

AGENDA

53. This is normally combined with the notice of a meeting but there is in fact no legal requirement to give notice of the business to be transacted when calling a board meeting. The CG Code requires generally that the agenda and board papers be sent to directors at least three days beforehand. The constructive use of an agenda, to ensure that the various functions of the board are properly performed on an appropriate cycle and that items appear in the best order, can make a considerable contribution to the efficiency of the board. Some Chairmen find it useful to hold an "agenda meeting" with the Company Secretary and Managing Director about a week before the board meeting, so as to decide what should go on the agenda and in what order, and generally to discuss how the meeting should be conducted.

MINUTES

54. Most board papers will include minutes of the previous meeting which members of the board will be asked to agree as a true record, though minutes can be prepared and signed before the meeting to which they refer breaks up. Once agreed and signed by the Chairman, they are evidence, though not conclusive evidence, of the proceedings to which they relate. Board minutes should record decisions but generally need not chart discussion. However, discussions at remuneration and audit committee meetings should be formally recorded.
55. Minutes of all proceedings at directors' meetings must be entered in a Minute Book which must normally be kept at the company's registered office. Failure to comply with this requirement can lead to the directors being subject to a daily fine (Sections 481-2 and 619 of the Companies Ordinance).

INFORMATION AND DOCUMENTATION

56. Directors are entitled to any information they require in order to perform their functions. They are entitled to rely on the information supplied by management as long as they have no grounds for suspecting that it is misleading or wrong. Directors should receive complete and accurate information sufficiently in advance of a meeting to have time to study it.
57. The CG Code states that management has an obligation to ensure the board receives adequate, complete, reliable and timely information to enable it to make informed decisions. Directors should not always rely purely on what is volunteered by management and should make further enquiries if necessary. Accordingly, the board should have separate and independent access to the company's senior management.

REQUIREMENTS FOR INFORMATION

58. As a matter of good practice, it is suggested that the following information should be included with board papers for a meeting:
 - **REGULAR INFORMATION FOR MONITORING PERFORMANCE** – e.g. management accounts and statistical returns. Key statistics should not be obscured in a mass of data more suited to management's use than to the board's. Board members must have a clear picture of the expected profit and cash position of the company.
 - **INFORMATION NEEDED TO REVIEW POLICY** – e.g. plans and budgets. Boards should have adequate information about the company's future projects and planned expenditure and particularly about the sensitivity of profits and cash flow to variations in market conditions.
 - **INFORMATION SUPPORTING PROPOSALS BY MANAGEMENT FOR NEW PROJECTS** – so that the board may decide whether to commit funds to new investments or major changes in policy.

WHO INITIATES POLICY – MANAGEMENT OR BOARD?

59. This role is shared. Management is not doing its job properly if it fails to bring to the board's attention the threats and opportunities which its day-to-day familiarity with the company's business allows it to identify. At the same time, it is the duty of every board member to bring to his or her colleagues' attention the threats and opportunities which wider acquaintance with the business environment may reveal.

60. Although management may initiate many of the projects by which a company's strategy develops, the responsibility for accepting or rejecting them rests firmly with the board. This is a particularly important issue when internal controls are concerned, and even more so when listed companies are involved.
61. The CG Code also states that directors should conduct a review (at least annually) of the effectiveness of the internal controls of the listed group and report this in their Corporate Governance Report. The review should cover all material controls, including financial, operational and compliance controls and risk management functions.

DISAGREEMENTS ON THE BOARD AND RESIGNATION

62. A board decision, even when not unanimous, is a decision of the board as a whole and a director has a duty to stand by it, once it has been taken.
63. If a member of the board disagrees with a decision or feels that a decision is wrong commercially, his or her first duty is to have such disagreement discussed and minuted at a scheduled board meeting. If no meeting is scheduled, he or she should consult the company's Articles as to an individual director's powers to call or requisition a board meeting and exercise them, circulating his or her views in advance to the other directors. But there is no compulsion on the other directors to attend such a meeting which may therefore lack a quorum and be unable to proceed to business. As a last resort therefore, the director may consider whether it is in the interest of the company that he or she should seek the support of sufficient shareholders to requisition a general meeting of the company (see paras 26 to 31 above).
64. It is a different matter if the dissenting director feels that a board decision or policy is not merely commercially unwise, but is unethical or unlawful. A director's first duty to the company in such circumstances is to take the lead in remedying the irregularity or illegality. Directors caught up in such a situation may feel they ought to resign, but increasingly they may be expected to continue in office and take positive steps to ensure that the irregularity or illegality is eliminated.
65. In attempting this they have a number of possible allies which include:
 - Professional advisers – directors should recognise that they may sometimes have to seek independent professional advice. Failure to do so in certain circumstances may leave a director open to allegations of breach of his or her director's duties;
 - The company's auditors, on issues relating to disclosure and the truth and fairness of published financial information;
 - The shareholders – shareholders have a number of rights particularly when their interests are being unfairly prejudiced (see paras 26 to 31 above and control of abuse of powers, paras 150 to 158);

- The Financial Secretary – who has wide powers to order investigations of a company’s affairs;
 - In the case of listed companies, the SEHK;
 - In some cases, some other bodies such as the Securities and Futures Commissioner.
66. A board cannot function properly if one director is continuously at variance with other members of the board over issues of commercial policy. A director in this position may well serve the company best by resigning. Resignation is something of a “nuclear deterrent” though. The threat is more valuable than the use, and notice of resignation, whether oral or written, cannot be withdrawn once given.
67. A director may wish to make public his or her misgivings about a company. If so:
- (i) He or she must take care to avoid making a defamatory statement;
 - (ii) Once a director has resigned, he or she may find it impossible to use information acquired as a director to influence shareholders, even if the information is not defamatory, because the court may grant the company, represented by the remaining directors, an injunction to restrain the publication of information the former director received in confidence as a member of the board. A director in this position is advised to take legal advice.

DELEGATION AND COMMITTEES

68. The Articles of Association normally permit a board of directors to delegate its functions, either to committees or to management. The purpose of committees is merely to examine, in greater depth than is possible in full board meetings, certain issues. The full board still retains responsibility for those issues.
69. Three committees commonly encountered in public companies are the remuneration committee, audit committee and nomination committee.

Remuneration Committees

70. As a matter of good practice, executive directors should not be responsible for fixing their own remuneration as executives. A remuneration committee provides the opportunity for non-executive directors to assist the Chairman in the sensitive task of deciding the pay and conditions of service of their executive colleagues in a manner which is demonstrably fair to them and to the company. A director should not be present when his or her own remuneration is under discussion.

71. Listed companies are required under the CG Code to establish a remuneration committee which consists mostly of independent non-executive directors (INEDs). They would have power to approve specific remuneration packages and performance-based payments, as well as to approve termination packages. Each INED's pay should not be voted on by himself or herself. In addition, the Listing Rules now require that remuneration of directors be disclosed on a named basis in the company's annual report. It is certainly a recommended practice in the CG Code that a significant proportion of executive directors' remuneration should link rewards to corporate and individual performance, and that details of any remuneration payable to members of senior management, on an individual and named basis, should be disclosed in a listed company's annual reports.

Audit Committees

72. Audit committees exist to provide a link between board and auditor, independent of the company's management which is responsible for the accounting system (including the preparation of accounts) that is the subject of the auditor's scrutiny. The primary purpose of an audit committee is to assist the board in the proper discharge of its responsibility with regard to the validity of published financial statements. It can also provide an appropriate vehicle for:
- Reviewing prospective auditors (who in Hong Kong are appointed by and report to the shareholders);
 - Any discussions the auditors may wish to initiate on the scope of the external audit and its relationship with the internal audit;
 - Negotiating the audit fee.

Audit committees should normally be comprised mainly of non-executive directors (see paras 87-89 below).

73. The CG Code now sets out what the terms of reference of the audit committee should at least cover and states that the terms of reference should include the duty to:
- (a) Make recommendation to the board on the appointment (including terms of engagement), reappointment and removal of the external auditor;
 - (b) Review and monitor the external auditor's independence and objectivity and the effectiveness of the audit process, discuss with the auditor the nature and scope of the audit and reporting obligations;
 - (c) Implement the policy on the engagement of external auditor to supply non-audit services and report to the board on necessary remedial actions;

- (d) Monitor the integrity of financial statements focusing on any changes in accounting policies and practices; major judgmental areas; significant adjustments resulting from audit; compliance with accounting standards; and compliance with the Listing Rules and other legal requirements;
- (e) Review financial controls, internal control and risk management systems and ensure that management has discharged its duty to have an effective internal control system; also to review operating, financial and accounting policies and practices;
- (f) Consider findings of major investigations of internal control matters; where an internal audit function exists, to ensure co-ordination between the internal and external auditors, and to ensure that the internal audit function is adequately resourced, is effective and has appropriate standing within the company; and
- (g) Report to the board on the matters set out in CG Code provisions.

Nomination Committees

74. The CG Code provides for the establishment of a nomination committee, which consists mostly of independent non-executive directors, to perform the following duties:
- (a) review the structure, size and composition of the board on a regular basis;
 - (b) identify individuals suitably qualified to become board members;
 - (c) assess the independence of independent non-executive directors; and
 - (d) make recommendations to the board on the above and other relevant matters relating to the appointment or re-appointment of directors and succession planning for directors in particular the chairman and the chief executive officer.

DISCLOSURE AND ACCOUNTABILITY

75. Directors should pay particular attention to the information which the company puts out. If they have not exercised due care to ensure that such information is accurate and not misleading, they may become personally liable to an individual who relies on the information to his or her detriment for business purposes. In addition, the directors may incur personal liability under various ordinances, for example, making untrue statements in a prospectus (Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (WUMPO)). They may also incur civil liability in contract, the torts of negligence and deceit, or for misrepresentation.

76. A strong body of public opinion considers that companies and their directors should be more widely “accountable”. What is meant by this is not the strict accountability which directors already owe to the company, nor the simple discharge of their extensive duties relating to accounts and disclosure created by legislation, but a willingness to provide adequate information about the company’s affairs to any party with an interest in the company. A reasonable attitude towards voluntary disclosure of information about the company is a prerequisite for satisfactory relationships with all the parties associated with a company. If companies do not make adequate voluntary disclosure, they will undoubtedly face further ill-considered attempts to secure changes by legislation.
77. Listed companies must in addition pay attention to the general and specific disclosure requirements set out in the Main Board and GEM Listing Rules. The Rules contain a blanket disclosure requirement that a listed company must keep the Exchange, the listed company’s members and other holders of its listed securities informed as soon as reasonably practicable of any information relating to the group (including information on any major new developments in the group’s sphere of activity which is not public knowledge) which:–
- (a) Is necessary to enable them and the public to appraise the position of the group;
 - (b) Is necessary to avoid the establishment of a false market in its securities; and
 - (c) Might be reasonably expected materially to affect market activity in and the price of its securities.

In addition, the Rules have a multitude of specific disclosure obligations which pertain to a variety of matters, including: circumstances where disclosure is required when the listed group enters into transactions, specific events happening to the listed group. Also, the Rules require that some transactions be specifically disclosed and sometimes shareholders’ approval is required and the directors are responsible for ensuring that the company complies with such requirements.

Main Board and GEM listed companies are also required to post their annual reports, interim reports and financial statements on the HKEx and GEM websites for public viewing when they dispatch these corporate communications to shareholders.

BOARD EVALUATION

- 77A. While the board is responsible for directing and evaluating the performance of the company, it is important to corporate governance to conduct an evaluation of the board. The objective of board evaluation is to assess how the board can do better in the way forward. In addition, the board evaluation which includes evaluation of individual directors serves to present to shareholders upon re-election the individual directors’ effectiveness and commitment to the role. There is an increasing focus on board evaluation in world trend. In the CG Code, it is recommended that a listed company’s board of directors should conduct a regular evaluation of its performance.

THE BOARD'S MEMBERS

78. The responsibility of all directors of a company is equal, but some play a special role.

CHAIRMAN

79. The Chairman is appointed by the board to preside over the board and will normally, under provision in the company's Articles, also take the chair at general meetings of the company. In practice, however, the Chairman is not only seen as being the chairman of the board, but is also expected to act as the company's leading representative, presenting the collective views of the board to the outside world. The distinctive features of the Chairman's role are:

- To take the chair at meetings of the board; to ensure the orderly conduct of meetings, so that everyone who should have a say does have a say of an appropriate length; to allocate a proper amount of time to different items; to determine the order of the agenda; to direct discussion towards a consensus view; and to sum up decisions so that everyone understands clearly what has been agreed on policy and on action.
- As suggested above, to act as the company's leading representative in its dealings with the outside world.
- To play a leading role in determining the composition of the board and any sub-structure of committees, so as to make the board an effective team, working with a high degree of harmony.
- To take, between meetings of the board, whatever decisions are delegated to the Chairman by the board.

MANAGING DIRECTOR

80. Most companies' Articles contain a provision permitting the directors to appoint one or more Managing Directors to whom any necessary powers may be delegated, and to remunerate them for their services in that capacity. In practice, the Managing Director is the pinnacle of a management structure, including any executive directors (see para 91 below). The Managing Director has personal responsibility for the success of the company's operations within the strategy determined by the board of which he or she, unlike a general manager, is a member.

CHAIRMAN AND MANAGING DIRECTOR?

81. There is considerable debate about the wisdom and propriety of combining the role of Chairman and Managing Director, particularly in listed companies. This debate arises partly from issues of principle, and partly from the verbal confusion caused by the use of the words "Chief Executive" in this context.
82. On the issue of principle, it is on the one hand argued that a board cannot function to full advantage if the undoubted power of the Chairman to shape and guide board discussions and the power of the Managing Director to pressurise Executive Directors to conform with his or her wishes are combined in one person. It is further questioned whether non-executive directors can play their full part in the boardroom if the two roles of Managing Director and Chairman are combined. In every board there is a need for vision and imagination about the company's future (the Chairman's role). This should be counter-balanced by the knowledge of the realities of the company's present (in part, the Managing Director's role).
83. On the other hand, it is argued that there are many instances of companies which have made excellent progress where the posts are combined and, as with many aspects of company direction, a great deal depends on circumstances. While, as a matter of principle, it may be better not to combine the roles of Chairman and Managing Director in a single person, in practice in Hong Kong the Chairman/Managing Director/Chief Executive is often the founder and entrepreneurial driving force behind the growth and success of the company (often a public company). It could be counterproductive to prevent this type of growth and success in the future by insisting on the divorce of the roles of Chairman/Managing Director/Chief Executive.
84. With regard to the label of "Chief Executive", this appears to be an American import. In the USA, the Chairman is often described as "Chairman and Chief Executive" in contrast with the "President and Chief Operating Officer". In Hong Kong the title of "Chief Executive" floats uneasily between Chairman and Managing Director. It is most commonly and perhaps most appropriately used as a synonym for "Managing Director" where it draws attention to his or her position as the leading executive director.
85. Further confusion arises from the use of the term "Chief Executive" to describe a Chairman who exercises a significant proportion of the board's powers through delegation. In this case the title may be "Chairman and Chief Executive" or "Executive Chairman", especially if there is also a Managing Director or Managing Directors responsible for operations. (It should perhaps be noted in passing that in Hong Kong the term "President" is an honorary title reserved for individuals, usually former Chairmen, who have played a distinguished part in the company's affairs in the past, but whose role in the company's present affairs is that of a non-executive director).

86. For listed companies, the CG Code requires a clear division of the management of the board and the day-to-day management of the company's business, to ensure a balance of power and to avoid over-concentration of power in any one individual. Accordingly, the CG Code requires separation of the roles of Chairman and Chief Executive Officer. Under the Listing Rules, companies must disclose in their Corporate Governance Report the identity of the Chairman and the Chief Executive Officer and whether these two roles are segregated and the nature of any relationship (including financial, business, family or other material/relevant relationship(s)), among members of the board and in particular, between the Chairman and the Chief Executive Officer.

In fact, it is interesting to note that the CG Code provides that the Chairman should:

- Be primarily responsible for drawing up and approving board meeting agendas (but may delegate such responsibility to a designated director or the Company Secretary);
- Take responsibility for ensuring that good corporate governance practices and procedures are established;
- Encourage all directors to make a full and active contribution to the board's affairs and take the lead to ensure that the board acts in the best interest of the company, facilitate effective contribution of non-executive directors and ensure constructive relations between executive and non-executive directors.
- Hold meetings at least annually with the non-executive directors (including independent non-executive directors) without the executive directors present.
- Ensure effective communication with shareholders and that shareholders' views are communicated to the board.

NON-EXECUTIVE DIRECTORS

87. The present legal framework in Hong Kong for appointing boards of companies permits the creation of boards composed wholly of fulltime executives. This can be a source of weakness if such boards become inbred, lacking both the wider perspectives and the stimuli to perform, which an external presence might provide. Every company listed in Hong Kong must include at least three independent non-executive directors ("INEDs") on its board, and independent directors must represent at least one-third of the board, in order to comply with the Listing Rules of the HKEx.

88. To enhance the company's sense of general responsibility, and to widen its strategic horizons, every board of a public company should, in the Institute's view, contain a proportion of suitable non-executive directors. The same considerations apply to any private company which wishes to maintain an active control over its future and not merely react passively to events. The use of suitable non-executive directors will help a board to pay proper attention to its long-term strategic function of direction. These directors should have no contractual relationship with the company and should not be under the control or influence of any other director or group of directors. The use of such directors is not new, and its extension could be regarded as a return to traditional practice. The Institute actively encourages and helps companies to appoint non-executive directors.
89. It is important to understand the contribution which can be made by non-executive directors. The overriding consideration is that they participate to the full in the board's joint deliberations. Their legal duty to act bona fide in the interests of the company as a whole is identical to that of their executive colleagues. But within this framework, their independence has three further contributions to make:
- To widen the horizons within which the board determines strategy, both by applying the fruits of a wider general experience and by bringing into board discussions any background of special skill, knowledge and experience which is relevant to strategy and which the board might otherwise lack.
 - To take responsibility for monitoring management performance and the extent to which the management of the company is achieving the results planned when strategy was determined.
 - To ensure that the board has adequate systems to safeguard the interests of the company where these may conflict with the personal interest of individual directors; to exercise a duty to the company in such areas as board appointments and remuneration; and to ensure the presentation of adequate financial information, whether or not a formal audit committee exists.
90. For listed companies, the Listing Rules require that at least one of the independent non-executive directors must have appropriate professional qualifications or accounting or related financial management expertise.

Furthermore, in order to assess the “independence” of the INEDs, The Hong Kong Exchanges and Clearing Limited takes into account the following, e.g. whether the director:–

- (1) holds more than 1% of the total issued share capital of the listed company, and whether the shares were obtained as a gift from, or by means of financial assistance, from a connected person or the listed company.
- (2) is a director, partner or principal of a professional adviser providing or having within the year prior to his or her appointment provided services, or is an employee of such professional adviser who is or has been involved in providing such services during the same period, to (a) the listed company, its holding company or any of their respective subsidiaries or connected persons; or (b) a controlling shareholder or chief executive or a director (other than an INED), of the listed company within the year prior to his or her appointment, or any of their associates.
- (3) has a material interest in any principal business activity of or is involved in any material business dealings with the listed company or its connected persons; or is financially dependent on the listed company or its connected persons.
- (4) is on the board specifically to protect the interests of an entity whose interests are not the same as those of the shareholders as a whole, is or was connected with a director, the chief executive or a substantial shareholder of the listed company, or is, or has been, an executive or director of the listed company or its connected persons.

EXECUTIVE DIRECTORS

91. Executive directors are members of the board who carry out executive functions in their capacity as working employees of the company, in addition to their board duties, and are remunerated separately for them. The appointment to the board of a department head is an everyday occurrence, but the reasons for these appointments are often muddled. A directorship should not be some sort of prize for long service with a company. The only criterion for appointment to the board should be recognisable capacity to contribute to the board’s proper function. This cannot be the case if an executive does not recognise that his or her responsibilities as, say, head of sales, are quite distinct from his or her responsibilities in the boardroom. The executive director is not there just to press the views of a particular side of the company, but should contribute to all policy decisions of the board and, if he or she has special skill and knowledge, present to the board this essential information in language that the other members can understand.

“QUASI DIRECTORS”

92. Directors are defined in Section 2 of the Companies Ordinance as any persons occupying that position by whatever name it is called. Directors are therefore recognised by their functions and the authority and power they in fact exercise, rather than the absence or presence of any title.

Local, Special or Divisional “Directors”

93. There is a tendency to describe “directors” as individuals who do not sit on company boards. Often the title is given to enhance the status of the individual concerned, either within the company or in dealings with other companies. If local or special directors are held out to the outside world with the title of “director” without qualification, there is a danger that they will become involved in arguments as to whether or not they should be able to escape the responsibilities and potential liabilities which go with that office. As regards the company, if it has held out an individual as being its “director”, it will be bound by contracts entered into by third parties in good faith with him or her (on behalf of the company) on the basis that he or she had the authority normally associated with an appointed director, even if he or she has no such authority (see para 125).

“Shadow Directors”

94. Shadow directors are the converse of the above situation. They are people whose instructions the actual directors of the company are used to following (see paras 118 to 119).
95. The difficulties which may arise out of the above situations-and they are real difficulties-would be avoided if the use of the word “director”, with all its implications of the full responsibilities associated with that title, was reserved for those persons properly appointed to act as Directors.

ALTERNATE DIRECTORS

96. An alternate director is someone empowered to perform the duties of a director, usually only at board meetings, in the temporary absence of a director. An alternate is a director of a company within the definition of that term contained in Section 2(1) of the Companies Ordinance. If the Articles are silent on the matter, an alternate director will be personally responsible for all his or her actions while acting as a director and subject to all the statutory obligations attaching to the office. (The Articles may however provide that the alternate is the agent of the appointing director, in which case the latter will be responsible for the alternate’s acts). It is therefore necessary to register the alternate as a director of the company in the books of the company

and at the Companies Registry. A director may act as an alternate for one or more of his or her colleagues on the board and, in such circumstances, would normally have an additional vote or votes to exercise on their behalf in addition to that cast in his or her personal capacity. Under Section 478 of the Companies Ordinance, an alternate director is deemed to be the agent of the appointing director.

97. The legal authority for the appointment of alternate directors is derived from a company's Articles of Association and not from statute. The form of the governing Article is most important as the extent of alternate's powers, and the answers to such questions as to whether they are entitled to remuneration from the company (usually not) or from the director appointing them, will depend on the Article's terms. While the power of appointment or nomination of an alternate is normally vested in the appointing director, the Articles, particularly in a public company, may require that the appointment be approved by a majority of the other directors if the alternate is not already a director. Clearly the choice of an alternate requires the exercise of great care.
98. Usually a person appointed as an alternate director loses the appointment automatically when the appointing or nominating director dies or ceases to hold office. An alternate may also be removed at any time at the discretion of the appointing director.

THE COMPANY SECRETARY

99. The Company Secretary is the chief administrative officer of the company. An efficient Company Secretary can make a most important contribution to both direction and management of the company by removing from the directors' and managers' shoulders the burden of knowing how to comply with the detailed provisions of company and other legislation, and ensuring the efficient despatch of the board's business at the technical level.
100. Some companies consider it undesirable that the offices of director and Company Secretary should be combined. Company Secretaries have certain statutory duties for which they are legally responsible in their own right. A Company Secretary outside the board can give independent advice on matters for which he or she is responsible; a Company Secretary who is also a director may become bound by collective decisions which conflict with his or her statutory duties.
101. In smaller companies, however, reasons of status or even expense may dictate the decision to appoint one person as Company Secretary and director. The exercise of the dual role in no way reduces the Company Secretary's obligations under the law. It should also be borne in mind that, wherever a provision of any legislation requires something to be done or approved by both a director and the Company Secretary, a person in whom those roles are combined cannot act alone to fulfil both the director's and the Company Secretary's obligations.

THE BOARD'S RELATIONS WITH ASSOCIATED PARTIES

102. The relations between the company and the parties associated with it have already been discussed (see paras 11 to 25). We must now consider the relations between the board and these parties.
103. To discuss the relationship between directors and these parties in detail would be to write yet another textbook on business management, covering marketing and sales, purchasing and supply, industrial relations, production, financial management and public affairs. It is not the individual director's job to be an expert in all these fields. That is the role of the managing director and the operational management. It is a director's task to understand that unless each field is functioning adequately the company may fail. It is further his or her duty, if he or she possesses particular expertise in any of these fields, or in any other branch of knowledge relevant to the company, to deploy that expertise in the company's interest.
104. In formulating company policy towards associated parties, directors should take their position as the collective conscience of the company seriously. To the extent that the interests of parties are protected by law, it is likely that the company's compliance with the law will be enforced by imposing penalties on its directors. Directors should also remember that the board is the guardian of the company's reputation and that a reputation for open and honest dealing is easier to lose than it is to gain.

SHAREHOLDERS

105. As indicated below (see paras 298 to 299), under the Articles of Association it is usually shareholders who appoint the directors. In practice, in many companies the Articles give the shareholders the power to confirm appointments made by the board between annual general meetings. In relation to listed companies it is a requirement of the HKEx that a person appointed by the directors of a quoted company to fill a casual vacancy, or as an additional director, holds office only until the next annual general meeting. He or she will then be eligible for re-election. The general meeting also has an overriding power under Section 462 of the Companies Ordinance to remove directors (see para 305 below). This cannot be excluded by the Articles.
106. A director's relationship with the shareholders may be terminated either by vote in general meeting or in the market place (in the case of listed companies). The normal way that the shareholders of a listed company express their dissatisfaction is not by voting out the existing board but by selling their shares, a process which, if continued long enough, may well lead to a takeover bid, a change of ownership and probably a change of directors. (It should be noted in passing that some institutional investors in other countries take an active interest in their equity holding and have been successful in removing directors). In addition, the shareholders have collectively the power to terminate the relationship by exercising their right to wind up the company.

107. Although in principle their duty is owed to the company rather than to shareholders, directors may in some circumstances become responsible to individual shareholders. This is most likely to occur in small, family companies where the directors may be shareholders and may be related to other shareholders, thus giving the directors a high degree of inside knowledge of the affairs of the shareholders. In these circumstances, and in others where there is a sufficient degree of proximity between directors and shareholders, directors may be held to owe fiduciary duties to shareholders (see paras 235 to 239 below).
108. The main justification for shareholders appointing the board is that the shareholders' relationship with the company (property rights) is different from that of other parties. Shareholders lack the leverage that other parties' contractual relationships with the company supply. Once they have subscribed the capital, they forego any detailed control over how the funds are to be used. Having control over the appointment of the company's governing body compensates them for this loss of direct control over their property. The shareholders, ranking last in priority for their income and taking the greatest risk of irrecoverable loss of their assets, are a definable group with the greatest interest in the company's success.

EMPLOYEES

109. As a general principle of company law, directors owe fiduciary duties to the company as a whole and, to a lesser degree, creditors. Whilst it may be technically correct to suppose that the interests of a company's employees do not therefore fall for consideration, we have already emphasised the integral role good employee relations play in a company's overall success (see paras 15 and 16 above) – directors ignore this at their own peril!
110. Despite the strict legal position, boards of directors cannot direct a company successfully unless they have regard to the interests of employees. What this means in practice is directing the company in such a manner that every individual employee perceives that he or she is getting a good bargain in terms of pay, security and general welfare at work.
111. The Institute advocates that, as a minimum requirement, boards of directors should:
- Keep under review their arrangements for determining pay and other terms and conditions (e.g. the degree of centralisation and recognition of trade unions) bearing in mind the need to link pay as closely as possible to productivity as well as the general factors affecting the labour market;

- Review the systems which exist within their companies for consultation with employees before decisions are taken, for communicating relevant decisions and general information about the company, for involving employees as necessary in the making of those decisions which will directly affect them at the work place and for enabling them to participate in the company's success (see paras 323 to 324 below), as appropriate;
- Ensure, whether or not collective bargaining arrangements exist, that clear guidelines have been set for the company's management before negotiations about pay and other terms and conditions of employment take place; and
- Review the company's health and safety policies and record, bearing in mind the provisions of the Factories and Industrial Undertakings Ordinance and any other legal requirements relevant to the company relating to the physical well-being of employees.

CREDITORS AND SUPPLIERS

112. The board of directors should be responsible for creating and monitoring compliance with the company's policy on terms of payment. It is extremely damaging to a company to get a reputation as a poor payer and attempts by larger companies to fund their working capital needs at their smaller suppliers' expenses are probably self defeating. The terms on which small companies can borrow are usually worse than those available to large companies.
113. In some circumstances, directors may owe general and specific duties to creditors. When a company is insolvent the members arguably have no remaining financial interest to consider and the directors' duties are owed solely to its creditors (see paras 265 to 276).

THE PUBLIC

114. There is no requirement in Hong Kong that board composition should comprise directors appointed specifically to represent special interest groups such as minorities, women and consumers. Although some companies in the USA adopt such a practice, the Institute believes that it is in the general public interest that corporate autonomy, including the unfettered right to select directors, be preserved wherever possible.

It is, however, in a company's best interest to ensure board diversity, with a diverse composition of such elements as age, gender, educational and professional backgrounds, ethnicity etc, that is relevant to the company's business model. In fact, the CG Code now includes a Code Provision that listed companies should have a policy on board diversity; disclose the policy and any measurable objectives for implementing it; and be able to report on progress on achieving those objectives. The Code Provision envisages that each listed company should take into account its own business model and specific needs.

It should be noted as a separate point that directors of listed companies have responsibility for ensuring that the company meets its substantial disclosure obligations under the HKEx's Listing Rules which were created for the benefit of the investing public.

PART II – DIRECTORS’ LEGAL STATUS, POWERS AND DUTIES

INTRODUCTION

115. Part One dealt with the functions directors are required to perform as a company’s governing body and the corporate status of the company. Part Two looks at the legal status of directors and the powers, duties and consequential exposure to personal liability that derive from these functions and that status.

DIRECTORS’ LEGAL STATUS

THE NATURE OF THE OFFICE

116. Companies have a legal personality and can therefore enter into legal relationships but they need human agents to bring those relationships into being. They can hold property but need someone to look after it for them. They have requirements imposed on them by statute and therefore need properly designated officers upon whom a duty to ensure their compliance can be imposed and they need persons to represent their mind and will. These functions usually fall upon the directors and may also fall on other officers or employees. A directorship is a statutory office. Directors are not automatically employees or members of a company, but an individual may be an employee or member (i.e. shareholder) of a company as well as being a director (see paras 301 to 304 below).
117. A number of people who have not been formally appointed as directors may be treated as if they were directors.

“DE FACTO” AND “SHADOW” DIRECTORS

118. As has already been discussed, a director is any person occupying that position, by whatever name called (Section 2 of the Companies Ordinance), and a director’s acts are valid, “notwithstanding any defect that may afterwards be discovered in his or her appointment or qualification” (Section 461 of the Companies Ordinance). In short, even though it is an offence not to comply with the formalities of registration of directors’ appointments (see paras 199 to 201 below) directors are recognised by their functions and by the authority and power they in fact exercise.
119. A “shadow director” is defined in the Companies Ordinance as any person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. Under Section 3(2) of the Companies Ordinance, liability to a fine or penalty may extend beyond appointed directors to such “shadow directors”. Accordingly, liability can extend to banks, for example if directors of a defaulting borrower act on their instructions. Parent companies or directors of parent companies may also find themselves liable as “shadow directors”, where a “hands on” policy



is operated in relation to their management of a subsidiary. Examples of situations in which the liability of directors is extended to shadow directors include the following:

- Section 662 and Schedule 6 Parts 1 and 3 of the Companies Ordinance (relating to annual returns);
- Section 641 and Section 648 of the Companies Ordinance (relating to the maintenance of a register of directors and secretaries);
- Sections 168C to 168T of the WUMPO;
- Section 271 of the WUMPO.

PERSONS ASSOCIATED WITH A DIRECTOR

120. The Companies Ordinance and other rules sometimes impose obligations on persons associated with a director or impose obligations on the director in respect of those persons. Some examples are given below.

- Companies are generally prohibited (subject to certain exceptions) from making direct or indirect loans to a director or another body corporate in which he or she has a controlling interest (including a joint or indirect interest) or providing guarantees or securities for any such loan. In the case of a listed company, or a company belonging to a group including a listed company, the prohibition is extended to loans to the director's family, the trustees of trusts whose beneficiaries include him or her or his or her family or partners of any of the same (see paras 162 to 177 below).
- A director, shadow director and chief executive of a listed company must notify that company and the HKEx of his or her interests and dealings in shares or debentures of that company or of associated companies of that company. For these purposes, interests of the director's spouse or children are treated as those of the director (see paras 178 to 183 below). There are many detailed provisions relating to this rule in Part XV of the Securities and Futures Ordinance (Cap.571).
- In the context of takeovers, a large number of obligations are imposed on "concert parties" by the Securities and Futures Ordinance and the Hong Kong Code on Takeovers and Mergers. Persons act in concert where, pursuant to an agreement or understanding (which need not be formal), they actively co-operate in the acquisition of shares in a company to obtain or consolidate control of that company. For example, directors may act in concert with each other, with their relatives or family trusts or with the company of which they are directors (see paras 244 to 248).

POWERS

DIRECTORS' AUTHORITY TO ACT

121. A company's powers and objects are given to it by law and by its Articles of Association. The exercise of these powers is usually delegated, as a general power of management, to the board of directors by the company's Articles of Association with certain powers, including composition of the board, reserved to shareholders. Any director must therefore familiarise himself or herself with the rules (Articles) of the company. He or she must observe any limits placed on the directors' own powers, normally by the Articles of Association.

CORPORATE CAPACITY-OBJECTS CLAUSE

122. A company's action is still valid notwithstanding that it is beyond its object clauses (Section 116 of the Companies Ordinance).

WHO CAN COMMIT THE COMPANY?

123. Directors' powers are not individual but collective. However, a board can, and does, delegate powers to committees or individual directors and in practice individual directors carry out many of a company's activities. An individual director who acts without the board having delegated the requisite authority can be liable for breach of duty to the company.
124. In cases where a company denies liability on a contract with an outsider because of some irregularity in the company's procedures or a lack of actual authority or appointment on the part of someone purporting to act on the company's behalf (rather than on the grounds that the contract was "ultra vires"), the outsider may nevertheless be able to claim that the contract is valid. He or she might rely on the "indoor management rule" of Turquand's case (1856) or claim that the person purporting to contract on behalf of the company had "apparent authority".
125. The rule in Turquand's case protects a person dealing with a company in good faith and without notice of the fact that the company's internal management requirements have not been followed. An outsider is entitled to assume that all internal procedures and requirements of the Articles of Association have been complied with unless he or she is alerted to the fact that this is not the case.

126. An outsider may alternatively claim that the person purporting to contract on behalf of a company had apparent or usual authority to do so, even if he or she had no actual authority or sanction from the board of directors. Apparent or usual authority can arise in a variety of ways but generally, if a representation is or has been made by a person who has actual authority to manage the business that another person has authority to act on behalf of a company, or holds a position in the company which would normally give him or her authority, the company could be bound by contracts entered into by such a person. In short, does he or she apparently have authority or would it be usual for such a person to have authority?
127. To conclude, this means that a company will be bound by a transaction authorised by the board as a whole. However, it may also be bound by a transaction entered into by a managing director or an individual director and probably by one entered into by a "local" director (see para 93 above) or other employee having the apparent authority to enter into contracts of the type in issue, whatever the state of the actual authority of the individual concerned.

CONTROL OF ABUSE OF POWERS

Members' Rights

128. A director's duties relate to the company as a whole and therefore, prima facie, fall to be enforced by the company as a whole. The underlying rule (known as the rule in *Foss v. Harbottle*, from the 1843 English case in which it was enunciated) is that a duty owed to the company can only be enforced by the company and not by individual shareholders. Moreover, if the members were permitted, and willing, to ratify a breach of duty, the approval of a bare majority would often suffice, depending on the relevant provisions of the company's constitution.
129. This rule can have very harsh consequences for minority shareholders and lead to an abuse by directors of their powers for two reasons in particular. Firstly, it is often the case that the majority shareholders are also directors and will therefore be able to ratify their own breaches of duty. Secondly, since as a general rule proceedings on behalf of the company must be taken by the directors, they can avoid their breach of duty being challenged in the first place. This is why most of cases relating to breach of directors' duties have been brought after control of the company has changed hands or by liquidators of insolvent companies after the directors' powers have lapsed.
130. There has accordingly been a considerable body of law devoted to giving minority shareholders adequate protection without unduly limiting the powers of directors acting lawfully under their general power of management. Protection has been granted by statute and by way of exceptions to the general rule in *Foss v. Harbottle*.

Exceptions to *Foss v. Harbottle*

131. Exceptions to the *Foss v. Harbottle* rule enable an individual shareholder to take proceedings against the persons who control the company (including directors who are majority shareholders) where the act complained of:
- is ultra vires or illegal (so called "personal rights" actions);
 - should have been sanctioned by extraordinary or special resolution, and was not;
 - infringes the rights of an individual shareholder in his or her capacity as a member of the company;
 - is a fraud on the minority by those controlling the company – for instance, by the expropriation of company property. Negligence could be treated as a fraud on the minority if the directors' negligent use of their powers result in their improperly receiving a benefit at the expense of the company.
132. In addition to these exceptions, the *Foss v. Harbottle* rule's emphasis on control through majority ownership was partially eroded by the case of *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd (1980)* in which the court was prepared to entertain an action brought by a minority shareholder against directors who did not hold a formal controlling interest, and to accept that such an action might be both derivative (i.e. brought in the company's name) and representative (i.e. brought by one shareholder on behalf of all).

Statutory Protection

133. The Companies Ordinance requires that certain actions of the company require a special (75% majority) rather than an ordinary (simple majority) resolution of the members in general meeting. Those actions include altering the company's rules as stated in the Articles, reducing in any way the company's capital (which may also require approval of the court) and winding up the company. Shareholders may also apply to the court to have certain resolutions cancelled.
134. A number of provisions of the Companies Ordinance also grant powers to certain groups of minority shareholders, including the ability to requisition an Extraordinary General Meeting and to requisition resolutions at the company's next Annual General Meeting. They may also apply to the Financial Secretary to appoint inspectors to investigate the affairs of a company (Section 840 of the Companies Ordinance).
135. Another important statutory protection is afforded by Sections 722-726 of the Companies Ordinance. This Section enables any "member of a company who complains that the affairs of the company are being or have been conducted in a manner unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of the members (including himself or herself)" to petition the court for relief.

136. The Financial Secretary may also petition the court under Sections 722-726 of the Companies Ordinance on receipt of an Inspector's report or under his or her own powers, as may a shareholder in a quasi-partnership company who has been excluded from sharing in the management of that company due to a breakdown in the relationship between the parties.
137. The court, if satisfied that the petition is well founded, has the widest discretion to make orders as it thinks fit. In particular, it may regulate the company's affairs in the future, order it not to do something which the petitioner has complained of, or it may order the company to do something which the petitioner has claimed it has omitted to do. It may also provide for the purchase of the shares of any members by other members or by the company itself, as long as a fair price can be determined.
138. Most importantly for directors, the court can authorise civil proceedings to be brought in the name of the company by such person as it may direct, e.g. for breach of duty against a director where the company itself refuses to act.

Ratification

139. If directors exceed the company's powers granted by the Articles of Association, but the shareholders are willing to accept the act as the company's own, the act may be ratified by an ordinary resolution of the shareholders. However, ratification is not possible if the act is unlawful.

ACCESS TO INFORMATION

140. An individual director is entitled to all information he or she deems necessary to enable him or her to carry out the duties of the office so long as it is required bona fide in the interests of the company and not for some ancillary purpose (e.g. exclusively for the benefit of a holding company).

DUTIES – GENERAL

INTRODUCTION

141. Sections 453, 462, and 465 of the Companies Ordinance group together some general provisions about appointment, removal, qualifications, duties and responsibilities. Other more specific requirements are imposed on directors elsewhere in the Ordinance. Many of the most important features of a director's duties are, however, based on the decisions of generations of judges creating and interpreting the law and a large number of duties are created by enactments well outside the traditional ambit of company law.

The Old Companies Ordinance did not contain specific provisions on directors' duty of care, skill and diligence, and general common law and fiduciary duties of directors are based on case law. However, the New Companies Ordinance clarifies a director's duty to exercise reasonable care, skill and diligence. Section 465 of the New Companies Ordinance requires a director to exercise reasonable care, skill and diligence, meaning the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with:

- (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company (an objective test); and
- (b) the general knowledge, skill and experience that the director has (a subjective test).

Therefore, in carrying out his or her duties, a director must bring to bear his or her own general knowledge, skills and experience (a subjective test), as well as the knowledge, skills and experience that would reasonably be expected of a director carrying out the same functions (an objective test). If a director has special knowledge, skill or experience, then such director will be subject to a higher standard of care under the New Companies Ordinance compared to a director without such knowledge. Conversely, a director will still be expected to meet an objective reasonable standard of care, even if the director is in fact under-qualified for the role.

142. Directors' duties can be generally classified as:

- Direct – where a director is required to act in a particular way for the benefit of the company or of a third party;
- Indirect – where the company is required to act in a particular way for the benefit of third parties or in the general public interest and an obligation is placed on the directors to ensure that it does so;
- Incidental – where other people as well as directors are required to discharge a duty, but where the nature of directors' functions means that it is particularly likely that the directors will have to discharge it.

THE DIRECTORS' FIDUCIARY DUTY TO THE COMPANY

143. Directors owe a fiduciary duty to their company. This means that they must at all times act honestly and diligently, showing the company their highest loyalty, acting in good

faith and in the company's best interests. It is convenient to express this complex duty as falling into three categories:

- To act honestly, bona fide for the benefit of the company.
- To exercise their powers for a proper purpose.
- Not to allow any conflict between their duties as directors and their personal interests.

HONESTLY, "FOR THE BENEFIT OF THE COMPANY"

144. This is the broadest expression of a director's fiduciary duty and inevitably overlaps with the other categories.
145. As the company's agents, directors must use their discretion, but whatever decision they take must be within the company's objects and be in the interests of the company and not for any collateral purpose, nor for a personal motive. The benefit of the company can be taken to mean the interests of its members, present and future (i.e. the interests of the company as a corporation). The directors may therefore legitimately balance a long-term view against short-term interests of present members.
146. A company's best interests are sometimes hard to define. For example, how should the nominated board of a subsidiary act in relation to the parent company that appointed them? The correct answer is that they owe their duty to the subsidiary in priority to the interests of other group companies. They are, of course, entitled to give due consideration to the view that benefiting the group and its component companies could also benefit their own company. What is in the interests of company may be a matter of the directors' opinion, subject to their overriding fiduciary duty, and the courts recognise this.
147. Directors have certain of the attributes of trustees as regards property of the company which is in their hands or under their control. They must ensure that it is not misapplied. The definition of property is a wide one, including not only tangible assets, such as cash at bank, but also such items as trade secrets and know-how. A misapplication would include any disposition of the company's property which ought not to have been made due to it being forbidden by an ordinance or by the Articles of Association of the company, or from the disposition being in breach of the directors' duty to act bona fide in the best interests of the company and for a proper purpose. Many of the instances where directors have been held responsible in this way are summarised in a paraphrase from the old case of *Re Sharpe* (1892), i.e. as soon as it is demonstrated

that a company's asset has been applied by the directors for purposes which the company cannot sanction, the directors become personally liable for its re-instatement, however honestly they may have acted.

"PROPER PURPOSE"

148. Directors must not use their powers for an improper purpose.
149. Even if a director acts honestly and diligently, reasonably believing that the transaction about to be approved is for the benefit of the company, that will not be enough if the transaction is based on an improper use of the director's powers.
150. Directors must not use their powers under the Articles for a purpose for which they were not intended. An example from the past is directors using their powers to issue shares, not for their proper purposes (to raise capital needed by their company), but to forestall a takeover bid. Such an action was held to be an improper use of the directors' powers to issue shares and therefore a breach of duty, even though the directors may have believed they were acting in the company's best interests. However, such a breach is an example of one which may be capable of ratification by the shareholders in general meeting.

"CONFLICT OF INTEREST"

151. A director must not take personal advantage of the company's opportunities and allow their personal interests to conflict with those of the company nor misapply the company's assets. The court expects a very high standard of honesty from all fiduciaries and will apply very stringent tests as to what constitutes impropriety, personal advantage or misapplication. This aspect of a director's fiduciary duty demands a more detailed explanation.

DUTIES – CONFLICTS AND DECLARATION OF INTEREST

SECRET PROFITS

152. If a director makes a personal profit through the use of the company's property without it being disclosed to the company, that profit belongs to the company and the director is under a duty to account for it to the company. This principle has been extended by the courts to profits arising from a director making use of a corporate opportunity. It makes no difference that the profit is one which the company could not itself have made if the director had not deployed his or her own resources to making it, nor that he or she acted in good faith, nor that there was no actual loss to the company. The required elements are simply that what was done resulted in a profit to the director

concerned, was not disclosed to the company and related to the company's affairs in such a way that it could be said to have been done in the course of the director's management or was an opportunity which came about by virtue of his or her position in the company of his or her special knowledge as a director.

153. Full disclosure to the board will probably not help in this situation. It is even doubtful whether the director's liability to account can be excused by a resolution of shareholders. There has been a suggestion by the court that the use of the opportunity could be approved by general meeting but the position is unclear.

CONFLICTS AND DECLARATION OF INTEREST

154. Like other fiduciaries, directors are required not to put themselves in a position where there is a conflict (actual or potential) between their personal interests and their duties to the company.
155. Some conflicting interests may be permitted if, and only if, they are disclosed to the company. Thus a non-executive director may be interested in a business which competes with his or her company, provided that he or she does not thereby break the director's fiduciary duty by, for instance, misappropriating the trade secrets or trade opportunities of the company. However, the connection with such a business must be made known both to fellow board members and to the shareholders.
156. The no conflict rule might be expected to prohibit a person from being a director of competing companies. In fact, the position is unclear. The courts have, in the past, been prepared to countenance this, but no great reliance should be placed on their willingness to do so in the future. In any event, a director may find that the Articles of the company or his or her own service contract demand that he or she devotes himself or herself full time to the company's business.
157. The principle of declaration of interest is strengthened by Sections 536-8 and 542 of the Companies Ordinance which requires directors to disclose to the board their interest in any contract made by the company. Failure to do so is an offence, for which a fine can be imposed. Most company Articles contain a similar provision requiring disclosure of interests in contracts. A contract for the purposes of Sections 536-8 and 542 of the Companies Ordinance means a contract which is of significance in relation to the company's business.

TRANSACTIONS BETWEEN DIRECTOR AND COMPANY

158. There are complex statutory provisions governing the areas where conflicts of interest are most likely to arise, namely, contracts between a director and a company (service contracts), loans by a company to a director, and dealings by directors in

their company's shares. In public companies, transactions are usually considered as connected transactions under the Listing Rules and depending on the size of the transaction, it would require reporting to the HKEx and sometimes shareholders' approval. If contemplating any transaction in these areas, directors are strongly advised to seek professional advice.

(i) **Service Contracts**

159. Despite the shareholders' nominal control over an individual's appointment and removal as director, executive directors are often protected by long-term employment contracts as employees of the company (see paras 301 to 304 below). The high cost of compensation on removal can therefore act as a deterrent, and make it expensive for the shareholders to exercise their powers. In an endeavour to redress the balance in the U.K., the Companies Act requires the express approval of a company in general meeting for any arrangement which would effectively give a director a fixed term service contract for a period of more than five years. Such a provision has not yet been adopted in Hong Kong.
160. Under Section 462 of the Companies Ordinance the members of a company (by ordinary resolution) may remove a director before the expiration of his or her period of office notwithstanding anything in its Articles or in any agreement between him or her and that company. The Section expressly clarifies that this will not deprive a person removed as director of compensation or damages.
161. Under Sections 517-8, 520 and 524 of the Companies Ordinance a bona fide payment to a director by way of damages for breach of contract (or a pension or similar payment) does not require the sanction of the members of the company in general meeting. However, other payments by way of compensation for loss of office must be approved by the members in general meeting.

(ii) **Loans to, and similar transactions with Directors**

162. The Companies Ordinance contains rules governing loans and similar transactions in favour of directors and certain connected persons. "Directors" in this context are directors of the company concerned and directors of any holding company it may have. Connected persons include those referred to at para 120 above.

The General Rule

163. The general rule is that all companies can provide loans to directors subject to shareholders' approval.

- 164. The loans are still subject to detailed and lengthy provisions relating to disclosure in the financial statements and accounts of the company and, where applicable, the consolidated accounts of the group (see paras 173 to 177 below).
- 165. Loans to directors have been relaxed. All companies can now provide loans to directors if approved by shareholders. If the loan is in the form of a quasi-loan or credit transaction, further restrictions apply.

In addition, the following loans do not require shareholders approval:

- (1) Expenditure on company business
- (2) Home loans and leasing of goods or land
- (3) Loans under the business of the creditor
- (4) Intra-group transactions
- (5) Small loans not exceeding 5% of the company's net assets
- (6) Expenses for defending court proceedings

Private Companies – Members' Approved Loans

- 166. Anything done by a private company which has been approved by the company in general meeting unless the company is a member of a group which includes a listed company.
- 167. – 172. Deleted

Disclosure of Loans and Other Transactions with Directors

- 173. Under Sections 383, 407-8, 451-2 of the Companies Ordinance the accounts to be laid before the company in general meeting must include particulars of the following loans:
 - (a) A loan made to a person who was an officer of the company or a director of its holding company at any time during the preceding financial year;
 - (b) A loan made to a company in which a director, jointly, severally, directly or indirectly, held a controlling interest at any time during the preceding financial year;
 - (c) A loan made by a listed company (or a company which is a member of a group of companies that includes a listed company) to: i) a person connected to a director of the company at any time during the financial year; or ii) a person connected with a director of the company's holding company at any time during the financial year; or iii) a company in which a person connected to a director held a controlling interest (whether jointly, severally, directly or indirectly). (See para 120 for examples of connected persons). The said loan must be one made during

that financial year or if made before this, is outstanding at any time during that financial year.

174. The accounts must also include details of guarantees entered into and security provided by a company in connection with any of the above types of loan if the liability of the company in respect of such guarantees or security has not been discharged by the end of the preceding financial year.
175. The Ordinance requires many details relating to the transaction or arrangement to be disclosed. These include the name of the director, borrower and (where appropriate) relevant connected person(s), the terms on which the transaction was entered into, the amounts outstanding or value of the transaction at the beginning and at the end of the financial period and the maximum amount or value at any time during the period. In the case of loans, the amount of unpaid interest due and of any provision made by the company in anticipation of non-payment must also be disclosed. Amounts paid and liability incurred by the company in fulfilling any guarantee or discharging any security (including any loss thereby incurred) must be disclosed. Failure to disclose this information can lead to a director being fined.
176. The disclosure requirements above do not apply in relation to:
- The accounts of banks and deposit taking companies (and their holding companies) in respect of loans and similar transactions for the benefit of directors and connected persons to which the bank is a party-different disclosure provisions apply;
 - Any loan made by a company or its subsidiary to any of their employees if the loan does not exceed HK\$100,000, is certified by the directors to have been made in accordance with the normal practice of lending to employees adopted by such company or subsidiary, and such loan is not guaranteed or secured by a company in the same group.



Penalties

177. Where a transaction is entered into in breach of the restrictions on loans to directors, subject to protecting innocent third party rights, the person receiving the loan is liable to repay it to the company. As a general rule any guarantee or security given in breach of the provisions is unenforceable but the rule does not apply if, broadly, innocent third party rights are affected. The director and connected person (if any) who benefit from a transaction in breach of the provisions, together with any director who knowingly and wilfully authorised or permitted the transaction, must account to the company for any gain made and are jointly and severally liable with other directors to indemnify the company for any loss. Relevant companies and their directors are also liable to criminal sanctions.

(iii) **Directors' Shareholdings**

178. The Institute favours the holding of shares by directors, provided they are held as a long-term investment. The Articles of some companies require directors to hold qualification shares. Directors should not, however, use their special knowledge to deal in their company's shares. If they do, they are in breach of their fiduciary duties to the company and are in the same position as a director making a secret profit (see paras 152 to 153 above). They may also be guilty of insider dealing (see paras 184 to 189 below). The Institute recommends a complete moratorium on directors' personal share trading during the month prior to the publication of a company's accounts.

Disclosure of Shareholdings

179. Because such dealings may be concealed, for instance behind nominees, there are a number of statutory provisions which seek to control them in the case of listed companies. The Securities and Futures Ordinance provides that directors, chief executives and shadow directors must disclose their "interests" in shares or debentures of their (listed) company and associated companies and all changes in such interests.
180. "Interests" of directors in shares (as opposed to interests of shareholders in shares of listed companies where different rules apply) is very widely defined. It includes acquiring shares or debentures of the company or any member of the company's group and disposing of such shares or debentures. A director is also interested in such shares if he or she enters into a contract for their purchase or subscribes to a rights issue. In addition, a director is taken to be interested in the shares or debentures of a company which are held by another body corporate if the director controls one-third or more of the voting power at general meetings of that body corporate, or if that body corporate is accustomed to acting in accordance with the director's instructions.
181. The obligation on a director to disclose "interests" extends to interests of his or her spouse and infant children.
182. Disclosure must be made to the company and to the HKEx, in writing, within three business days of acquiring an interest or of any change in interest.
183. Every listed company must keep a register to record the information so notified and detailed rules govern by when and how entries must be made.

INSIDER DEALING

184. Insider dealing is not only a breach of directors' duties; it is also a contravention of the insider dealing provisions of the Securities and Futures Ordinance ("SFO"). It is the duty of every officer of a company to ensure that proper safeguards exist to prevent the company from acting as an insider dealer.
185. The SFO also makes a number of activities based on the use of inside information offences which may lead to penalties being imposed by the Insider Dealing Tribunal. Briefly, certain persons (being companies, partnerships or individuals including employees, whether directors or not), must not deal on their own account on a recognised stock exchange, or off-market, in securities of a company if, by virtue of their connection with the company, they have confidential, unpublished price-sensitive information relating to those securities. The prohibition covers persons who are connected with the company in question, and all persons who have knowingly obtained, directly or indirectly, information from such individuals. If an offence is committed by a company with the consent or by the neglect of its officers, both the officers and the company are guilty of the offence.
186. A similar provision prohibits individuals connected with one company from dealing in securities of a second company where, by virtue of being connected with one company, that individual has confidential unpublished price-sensitive information about a transaction involving the two companies.
187. Insiders with confidential unpublished price-sensitive information are also prohibited from counselling or procuring others to deal in securities and from passing on such information to third parties.
188. Although it is possible that, in the case of insider dealing, a person to whom shares have been transferred may in some circumstances be able to claim rescission of the contract on the grounds of misrepresentation or fraud, the provisions do little to make it easier for the company, its shareholders or third parties who may suffer, to recover their loss. A transaction caught by the above provisions is neither automatically void nor voidable by reason of an insider dealing.
189. Insider dealing is not the only securities related offence which is provided for under the SFO. The SFO regards as offences several types of market misconduct, namely: insider dealing; false trading, price rigging, disclosure of information about prohibited transactions, disclosure of false or misleading information inducing transactions, or stock market manipulation. The possible penalties for such offences include varying degrees of fines and imprisonment.

DUTIES ARISING FROM THE COMPANIES ORDINANCE AND ASSOCIATED LEGISLATION

190. Under Sections 9, 66-7 and 84 of the Companies Ordinance) companies may be formed easily, speedily and cheaply:

“Any 1 or more persons, associated for a lawful purpose may, by subscribing their names to an Article of Association (which must be printed in the English language) and otherwise complying with the requirements of this Ordinance in respect of registration, form an incorporated company, with or without limited liability”.

191. The rest of the Companies Ordinance and the extensive legislation associated with it exists, inter alia, to spell out the mechanism for formation, identification and the formalities of registration and to deal with and regulate the consequences of incorporation and limited liability for shareholders and creditors. The means chosen to ensure that companies are run properly include:

- Disclosure – companies are required to make public a great deal of information about their affairs;
- The creation of statutory rights for shareholders and creditors;
- Elaborate requirements to ensure that a company’s capital is maintained;
- The appointment of suitable officers;
- Provisions to ensure fair dealing by officers.

192. The last item in this list relates to directors’ general fiduciary duties and has already been covered. Matters relating to their appointment are dealt with in Part Three (see paras 294 to 300 below).

193. Many elements of the categories listed above create additional duties, directly or indirectly, and corresponding liabilities for directors. Penalties may be imposed on the company and directors jointly and severally or on either party alone, if these duties are breached. We will now look at these duties in more detail.

DUTIES – DISCLOSURE, REPORTING AND ACCOUNTING

DISCLOSURE

194. Companies are required to disclose information in a number of ways:

- By including information on printed material;
- By making returns to the Registrar of Companies which are available for public inspection;
- By making available documents for inspection at the company's registered office, or elsewhere;
- By circulating information to shareholders in the form of reports and accounts and to prospective investors in the shape of prospectuses or listing particulars.

195. In all cases these documents should be prepared and processed by individuals with the requisite qualifications but the ultimate responsibility for meeting disclosure requirements falls on the board, whose members may face hefty financial liability or penalties for any incorrect or misleading statement of default (including the risk of being disqualified from acting as a director-see paras 308 to 317 below).

LETTERHEAD AND PUBLICATION OF COMPANY NAME

196. Under Sections 659-661 of the Companies Ordinance the full name of a company, including any Chinese characters forming part of the name, must be shown without abbreviation (except certain permitted abbreviations mentioned in the Ordinance) in the following places:

- At a conspicuous place outside its registered office and every other office where it carries on a business;
- On its company seal;
- In legible characters on all business letters, notices and other official publications, and in all contracts, deeds, bills of exchange, cheques, promissory notes, endorsements, orders for money and goods, purporting to be signed by or on behalf of the company, consignment notes, invoices, receipts and letters of credit of the company. These documents must also state the fact that the company is incorporated with limited liability.

197. Directors and other officers may be made personally liable on cheques, bills of exchange, promissory notes or orders for money or goods if the above provisions are not complied with.
198. There is no requirement to display the names of the company's directors on business letters and other documents, or at the registered office of the company.

RETURNS TO THE REGISTRAR

199. For companies registered in Hong Kong, documents relating to the following matters must be filed with the Registrar of Companies:
 - The Articles of Association;
 - Appointment and resignation of directors and the Company Secretary;
 - The company's Registered Office;
 - The following resolutions:
 - special resolutions of general meetings of shareholders;
 - agreements between shareholders having the same effect as such resolutions;
 - resolutions and agreements which bind all members of a class of shareholders;
 - ordinary resolutions which increase the company's authorised capital, authorise the directors to allot shares, require the company to be wound up voluntarily or which vary any provision in the Articles of Association;
 - Alterations to share capital;
 - Allotments of shares;
 - Most charges on company property;
 - The statutory annual return;
 - Removal of auditors;
 - Purchase of a company's own shares;
 - Winding up.

DOCUMENTS WHICH THE COMPANY MUST MAKE AVAILABLE FOR INSPECTION

200. The following documents must be available for inspection by the public:

- A register of members (or shareholders);
- A register of debenture holders (if any);
- A register of directors and secretaries;
- A register of directors' interests in the shares of the company (if listed) (see paras 179 to 183 above);
- A register of charges.

As a general rule these documents should be available for inspection by the public for at least two hours each day.

201. These documents are to be kept at the company's Registered Office but may be kept elsewhere within Hong Kong at the place where the work in completing such registers is carried out, provided notice of where they are kept is given to the Registrar.

THE COMPANY'S ACCOUNTS

202. A company's accounts must normally comprise a profit and loss account, balance sheet, an auditors' report, a directors' report and any notes required to explain the accounts. In addition, where a company is listed, it must comply with the financial disclosure requirements set out in the HKEx's Listing Rules (see para 230 below).

203. Whilst every director is not required to be a technical expert in accounting, or to know the statutory codes in detail, the responsibility for compliance with the requirements of the Companies Ordinance on accounts and, where applicable, the HKEx Listing Rules, rests squarely on directors' shoulders and every director should therefore be aware of at least the broad outline of them. These requirements are contained in Sections 367-436 of the Companies Ordinance.

204. It is the duty of the directors under the Ordinance:

- To ensure that proper and accessible accounting records are kept by the company;
- To approve annual accounts prepared in compliance with the Ordinance;

- To ensure that the company sends copies to parties entitled to receive them;
- To lay the accounts before members in general meeting within prescribed time limits.

If any director fails to take all reasonable steps to secure compliance by the company with its obligations in relation to its accounts, he or she may be liable to a fine and imprisonment.

Accounting Records

205. Accounting records are necessary to give a true and fair view of the state of the company's affairs and to explain its transactions.

Format and Preparation of Annual Accounts

Accounting Standards

206. The Companies Ordinance sets out the general requirement that any accounts must give a true and fair view of the state of the company's affairs and explain its transactions. Despite the fact that the Companies Ordinance has not given a clear definition of the phrase 'true and fair view', there is a general understanding that compliance with Statements of Standard Accounting Practice ("SSAPs") as issued by the Hong Kong Institute of Certified Public Accountants, and the International Accounting Standards (IAS) as issued by the International Accounting Standards Committee, where applicable, will ensure the giving of a true and fair view by the company's accounts. These standards should be complied with unless particular circumstances justify a departure from them.

Groups

207. The directors of a Hong Kong company are required to produce group accounts dealing with the state of affairs and profit or loss of the company and all its subsidiaries. These group accounts must be laid before the holding company at its general meeting and must comply with the provisions of the Companies Ordinance as to form and content. The group accounts are not required to deal with a subsidiary of the company if the company's directors are of the opinion that:
- It is impracticable, or would be of no real value to members of the company, in view of the immaterial amount involved, or would involve expense or delay out of proportion to the value to members of the company; or

- The result would be misleading, or harmful to the business of the company or any of its subsidiaries; or
- The business of the holding company and that of the subsidiary are so different that they cannot reasonably be treated as a single undertaking.

The approval of the Financial Secretary is required in order to take advantage of such exemption.

208. A company will be regarded as a subsidiary of another company if that other company:

- Has the power to control, directly or indirectly, the composition of the board of directors of the first-mentioned company; or
- Controls more than half of the voting power of the first-mentioned company; or
- Holds more than half of the issued share capital of the first-mentioned company.

Exceptions for certain private companies

209. Section 359 of the Companies Ordinance allows a private company (except for banking and insurance companies and certain private companies) to waive compliance with certain requirements as to accounts as long as the company obtains the written approval of all its shareholders each financial year. Such private company is only required to produce simplified accounts comprising a shortened directors' report and a simplified profit and loss account and balance sheet although certain matters such as payments to directors are still required to be disclosed.

Directors' Report

210. Directors of every company are required to prepare a report with respect to the profit or loss of the company for the financial year and the state of the company's affairs as at the end of the financial year. The report must be attached to every balance sheet laid before the company in general meeting. The matters to be included are set out in Sections 388-391 and Schedule 5 of the Companies Ordinance and include a business review report.

A copy of the directors' report must be sent to every share and debenture holder of the company together with a copy of the accounts and the auditors' report.

Approval of Annual Accounts and Directors' Report

211. Every balance sheet of a company shall be approved by the board of directors of the company and signed on behalf of the board by 2 of the directors (or the sole director in a one-person company). In the case of a company carrying on banking business, the balance sheet shall be signed by the secretary or manager, if any, and where there are more than 3 directors of the company by at least 3 of those directors, and where there are not more than 3 directors by all the directors.
212. If any copy of a balance sheet which has not been signed as required is issued, circulated or published, the company and every officer of the company who is in default shall be liable to a fine.
213. Every directors' report to be attached to the balance sheet shall be approved by the board of directors and signed on behalf of the board either by the chairman of the meeting at which it was approved or by the secretary of the company.
214. If the directors' report fails to comply with the Companies Ordinance's requirements about preparation and content, every person being a director of the company shall be liable to imprisonment and a fine, unless he or she can prove that he or she took all reasonable steps for securing compliance with the requirements.

Publication, Laying and Filing Accounts and Reports

215. The directors must ensure that the company sends a copy of the annual accounts, with a copy of the directors' and the auditors' reports, to every member of the company, debenture holder and person entitled to receive such accounts. These must be sent not less than 21 days before the meeting at which those documents are to be laid.
216. The directors must lay the annual accounts for each financial year, together with the directors' report and the auditors' report, before the company at its annual general meeting. The period for laying and delivering accounts runs from the end of the company's accounting reference period, that is normally the end of the company's financial year, and cannot exceed:
- For private companies – nine months;
 - For public (including listed) companies – four months.

217. If accounts are not laid or delivered within the prescribed time, or if they fail to comply with the requirements on laying and delivering in some other way, every director in office is guilty of an offence and may be liable to imprisonment and a fine, unless he or she can prove that he or she took all reasonable steps for securing compliance with the requirements.
218. It is absolutely essential for listed companies to have regard to the Listing Rules to check the required inclusion of information in the listed group's annual, interim and quarterly (for GEM companies) reports and accounts, as well as in preliminary announcements of financial results, and also note the time within which interim and quarterly reports must be provided after the end of the period in question.

AUDITORS

219. The general definition of "officer" of a company set out in the Companies Ordinance does not apply to an auditor, but in certain circumstances under the Ordinance he or she is treated as an officer.

Appointment and Removal

220. The statutory provisions relating to the appointment etc. of auditors of limited companies can be found in Sections 393-422 of the Companies Ordinance.
221. A person shall not be appointed as auditor of a company unless qualified under the Professional Accountants Ordinance. Auditors must be independent of the company by not being any other type of officer or employee of the company, nor a partner or employee of such a person, nor someone disqualified from acting as auditor of the company or of any other group company. An auditor cannot be a limited company.
222. Auditors must be appointed at each annual general meeting to act until the next such meeting, when they can either be reappointed or replaced. If a casual vacancy arises due to the disqualification, removal or resignation of auditors before the end of their period of office, the directors, or the company in general meeting, may appoint other auditors to fill the vacancy. Auditors appointed in this way will be reappointed or replaced by the company at its next general or annual general meeting.
223. The company in general meeting may remove auditors by an ordinary resolution, notwithstanding any term in any agreement between them. Notice of such a resolution must be given by the company to the Registrar of Companies within fourteen days (except in respect of auditors of a private company).

224. Special notice must be given of the intention to move resolutions at general meetings appointing or removing auditors. In the case of removal, the auditors must be told and have a right to attend and be heard at the general meeting.
225. Auditors may resign at any time by depositing a notice in writing to the Registered Office of the company. Such a notice must either:
- State that there are no circumstances connected with their resignation which the auditors consider should be brought to the attention of the members or creditors; or
 - Contain a statement of any such circumstances. In the latter case, a copy of the notice of resignation must be sent by the company to all members and other persons entitled to receive copies of the balance sheet and auditors' and directors' reports. In addition, the auditors may require the directors to convene an Extraordinary General Meeting to consider the matter.
226. In any event a notice of the resignation must be sent by the company to the Registrar of Companies.

Powers and Duties

227. Auditors have rights and duties. They have the right to receive notice of, attend and be heard at all meetings of the company's members – but not meetings of the board or management. They have a right of access at all times to the company's books, accounts and vouchers, and the right to require the officers of the company to give them such information and explanations as they consider necessary for the execution of their duties. A subsidiary (and its auditors) must give to its holding company's auditors such information and explanations as they reasonably require. If the auditors have been unable to obtain all the information and explanations which, to the best of their knowledge and belief are necessary for their audit, they must state this fact in their report.
228. In summary, their principal duty is to make a report to members on the company's accounts, stating whether they have been properly prepared in accordance with the Ordinance and whether they give a "true and fair view" of the company's financial position. However, in relation to private companies which have taken advantage of the provisions enabling them not to publish full accounts (see para 210 above), the auditors need only to state whether the balance sheet shows a true and correct view of the company's financial position.

229. A “dormant” company (i.e. one which has had no significant accounting transaction during the financial year) need not appoint auditors, provided it complies with the procedure laid down by Section 5 of the Companies Ordinance.

HONG KONG EXCHANGES AND CLEARING LIMITED DISCLOSURE REQUIREMENTS

230. Companies listed or applying for listing on the HKEx must satisfy the basic conditions for listing and comply with the relevant listing rules. Indeed, part of the documentary requirements for listing include a declaration and undertaking from directors that they will use their best endeavours to procure the company’s compliance with the Listing Rules. Reference to the Exchange’s current rules is essential as they are of mandatory force and require the circulation to shareholders of information not necessarily required by the Companies Ordinance. There have, for example, been significant amendments to the financial disclosure requirements. These amendments require the disclosure of additional information in annual accounts and listing documents which, amongst other things, include:–

- Directors’ emoluments on a named basis and senior management compensation;
- Details of directors and senior management;
- Pension schemes and costs;
- Major customers and suppliers;
- Management discussion and analysis;
- Details of reserves available for distribution to shareholders.

231. The directors should acknowledge their responsibility for preparing the accounts, and there should be a statement by the auditors about their reporting responsibilities. The directors should prepare the accounts on a going concern basis, with supporting assumptions or qualifications as necessary. When the directors are aware of material uncertainties relating to events or conditions that may cast significant doubt upon the company’s ability to continue as a going concern, such uncertainties should be clearly disclosed.



DUTIES IN RESPECT OF SHARES AND SHAREHOLDERS

DISTRIBUTIONS AND DIVIDENDS

232. The company's policy relating to the declaration and payment of dividends will be found in the company's Articles, which should be consulted, since the division of responsibilities between general meetings and board varies from company to company. Distributions are also governed by a number of statutory provisions. A company may not make a distribution except out of profits available for that purpose (Sections 291, 297 and 299 of the Companies Ordinance). Profits so available are accumulated realised profits (so far as they have not previously been utilised by distribution or capitalisation or the purchase of a company's own shares) less accumulated realised losses and provisions, so far as not previously written off in a reduction or reorganisation of capital.
233. There is an additional restriction on public listed companies. They can make a distribution only while the amount of net assets (after deducting the distribution) is at least equal to the aggregate of called-up capital and undistributable reserves (Sections 290 and 298 of the Companies Ordinance). Further requirements apply to investment and insurance companies.
234. The question of whether any distribution is lawful is to be determined by reference to relevant accounts. These are either the last annual accounts laid before the general meeting or a special set of interim accounts prepared as provided by the Companies Ordinance (Sections 290, 302 and 304-6).

DUTIES TO SHAREHOLDERS

235. Directors should pay particular attention to any decision involving the company's shareholders or prospective shareholders. The law relating to directors' obligations to shareholders is both extensive and complex, and is of great importance. Issues of shares, merger proposals or bid defences are all examples of situations in which directors may become responsible for the accuracy of the contents of documents. Any failure in this area may expose the company and the directors to both civil and criminal penalties under statute and at common law.
236. A director may become personally liable as the agent of an individual shareholder if he or she undertakes to act on the shareholder's behalf-for instance, by offering to find a buyer for his or her shares.

237. A director may also be liable for having made a negligent misstatement as to, for example, the financial strength of the company, to anyone who, with his or her knowledge, may rely on the statement for business purposes and who does so and suffers a loss as a result.
238. If a director makes an incorrect statement of fact with the intention of misleading people or enticing them to give credit to or invest funds in the company, he or she may well incur a criminal liability for fraud as well as a civil liability for deceit. In addition, Section 3 of the Protection of Investors Ordinance makes it a criminal offence by any fraudulent or reckless misrepresentation to induce another person to enter into an agreement for "acquiring or disposing of or underwriting securities". This Section must be considered carefully before a company makes any approaches to other persons which could be seen as an invitation to invest, or to dispose of securities. In the context of a prospectus or listing particulars a director may be liable to compensate anyone who suffers loss if these are untrue or misleading.
239. Note that there are various matters which may require voting by poll in the Listing Rules and it is necessary to refer to the Listing Rules to ensure that voting is carried out in compliance therewith.

DIRECTORS' POWERS TO ISSUE SHARES

240. Formerly, directors had the power to issue shares up to the limit of the company's authorised capital and it was only when that authorised capital was to be increased that a members' resolution was needed. These powers were limited by the Companies Ordinance.
241. The present position is that Sections 140-1 of the Companies Ordinance prohibit directors from allotting shares unless so approved by the company in general meeting or unless the allotment is made under an offer made pro rata to the members (such as a rights issue). Such authority can be given for a specific one-off issue, or given generally and may be given subject to conditions. The approval will continue in force only until the next annual general meeting (or the time when the next AGM should be held), although if the approval allows, the allotment itself can be made thereafter if the offer, agreement or option to acquire shares was made within the approval time. A copy of the approving resolution must be filed with the Registrar of Companies within 15 days.
242. Exempt from the above controls are subscribers' shares taken on formation.

SHAREHOLDERS' PRE-EMPTION RIGHTS

243. Sections 140-1 of the Companies Ordinance in effect give majority shareholders the right to maintain their proportion of a company's shares when further shares are offered. Minority shareholders do not have the power to prevent the majority shareholders passing an ordinary resolution approving an allotment to be made otherwise than on a pro rata basis.

TAKEOVERS AND MERGERS

244. A wise board will always bear in mind the possibility that its company may be the subject of a takeover bid and should have a contingency plan for managing such an event (e.g. by assigning responsibility for different actions to different individuals). It is better to work out this sort of detail in advance in order to leave the board free to consider the issues of principle that a bid raises.
245. The main rules governing takeovers and mergers of public companies are not all statutory. Reference must be made to the Hong Kong Code on Takeovers and Mergers ("the Code") and to the requirements of the HKEx. Perhaps the most important principles of the Code are that no relevant information should be withheld from shareholders and that all shareholders should be treated equally. They should be given sufficient evidence, facts and opinions upon which to make an informed judgement and sufficient time within which to do so. Where the board knows of an offer, or a pending offer, it should, in the interests of shareholders, seek competent independent advice at an early stage. Indeed this latter step must be the safest and best course in any takeover bid or amalgamation situation, and the machinery for doing it should form part of the contingency plan referred to above.

"Dawn Raids" and "Concert Parties"

246. A company seeking to acquire a public company will usually try to build up a substantial stake in its shares before a full bid is launched. The important thing is for the board and the shareholders of the target company to be aware of what is going on so that necessary decisions can be taken. Formerly, this could be frustrated if a potential bidder made a sudden swoop on the market and acquired a substantial stake. A bidder's ability to mount such a "dawn raid" has been restricted by the Code. Moreover, the Securities and Futures Ordinance is designed to reveal the build up of secret stakes in public companies whether listed or not. Disclosure must be made within three business days to the company and the HKEx of all known interests in relevant share capital when those interests first exceed 5% of the issued capital of the company and of any subsequent changes of 1% or more. An "interest" includes interests by virtue of a purchase contract or option, arrangements which may confer a right to exercise or control the exercise of voting power, or an obligation to take an interest in shares or a right to call for delivery of shares.

247. The provisions also deal with “concert parties”, i.e. a number of parties acting in concert but without a formal connection. Members of such a group may each acquire less than the notifiable interest in shares of the company in order to avoid the disclosure requirements. The provisions of the Ordinance therefore have the effect of attributing to each member of a party acting in concert the interests of the other members, and requiring those interests to be taken into account by the member in determining whether he or she is subject to an obligation to notify.
248. Listed companies have the power to require disclosure of the persons interested in their shares, and can apply to the courts to freeze the voting powers and transferability of shares if the identity of such persons has not been disclosed. The company must keep a register of all interests disclosed to it, and failure so to do can result in the directors being guilty of an offence.

DUTIES – CAPITAL AND THE MAINTENANCE OF CAPITAL

249. The capital of a business is the amount that would be due on the winding up of the company to its proprietors, after the lawful claims of all the other parties associated with the business have been met. The doctrine of maintenance of capital is very important for limited companies, which must neither return shareholders’ own funds to them as if they were a distribution of profits nor arbitrarily diminish the fund from which creditors may legitimately expect to be paid. Maintenance of capital does not mean that a company is not permitted to make losses, nor that it must necessarily make good a previous year’s losses before it can make a distribution of a later year’s profits. It does mean, however, that a company and its directors must make a clear distinction between what is distributable profit arising from the use of capital and what is capital itself and therefore not distributable. This distinction underlies many of the legal provisions relating to a company’s capital.

PAYMENT FOR SHARES IN LISTED COMPANIES

250. In an offer to the public, a listed company may not allot any shares unless the amount stated in the prospectus as the minimum amount (in the opinion of the directors) needed to be raised to satisfy the purpose of the issue has been received in subscriptions.

PURCHASE AND REDEMPTION OF A COMPANY’S OWN SHARES

251. The general rule is that a company may not purchase its own shares or issue redeemable ordinary shares, as this might result in a reduction in the company’s funds available for the creditors. However, the Companies Ordinance provides exceptions to this general rule subject to certain conditions designed to protect creditors and shareholders. It is now permitted to do both these things, so long as they are in accordance with the provisions of the Companies Ordinance.

252. The relevant provisions are contained in Section 234 of the Companies Ordinance.
253. All companies may now issue redeemable ordinary shares but they must always ensure that some of the company's issued shares are non-redeemable.
254. All companies may also, subject to certain rules, purchase their own shares if they do so out of the proceeds of a special share issue, or out of distributable profits and provided that they always leave some member of the company holding non-redeemable shares.
255. A company may also, subject to certain rules, use capital to redeem or purchase its own shares to the extent that it cannot do so out of distributable profits or the proceeds of a new issue. The procedure is subject to a number of procedural requirements, principally to safeguard creditors. The directors must first make a statutory declaration as to the company's solvency and viability over the coming year, confirmed by reference to reports from the auditors. The members must then approve the scheme by special resolution. The shares which are the subject of the resolution may not be voted.
256. It is an offence for directors to make the statutory declaration without having reasonable grounds for the opinion expressed in it.
257. These powers to acquire their own equity are of particular value to companies by providing a way of buying out a shareholder, whether on retirement or by reason of dissatisfaction or dispute.
258. Share repurchases by public companies are additionally regulated by the Code on Share Repurchases (administered by the Committee on Takeovers and Mergers) and the HKEx's Listing Rules.
259. Listed companies repurchasing their own shares must have regard to the Code on Share Re-purchases published by the Securities and Futures Commission, as well as applicable Listing Rule provisions.

FINANCIAL ASSISTANCE FOR THE ACQUISITION OF A COMPANY'S SHARES

260. It is in principle also unlawful for any company to give financial assistance for the acquisition of its own shares, or those of its holding company. Financial assistance is defined very widely in the Companies Ordinance and there are a number of ways in which a company may be deemed to have given such assistance. Therefore, any transaction which could be seen as having this effect should be approached with caution and in the light of a careful study of Sections 205-7, 274-5, 277-282 and 286-289 of the Companies Ordinance.

261. Generally, companies will not be found to have provided financial assistance if:
- The transaction is in good faith, in the interests of the company; or
 - The transaction is an incidental part of some larger purpose of the company or is not specifically designed for the purpose of giving assistance to the acquisition of shares or reduction of capital.
262. There are a number of other exceptions to the general rule contained in the Ordinance including:
- Where the company's business includes the lending of money and a loan in the ordinary course of that business is used by a person who subsequently acquires shares in the company;
 - Where the assistance is given in good faith in the interests of the company, for the purposes of some kind of employees' share scheme;
 - Where the company is allotting bonus shares, paying a dividend which is used by the payee to purchase more of the company's shares, or reducing its capital as approved by the court;
 - Where the company loans money to its employees (which must not include a director or a person connected to a director) to enable them to purchase shares in the company/holding company to hold them as beneficial owner.

In the first two cases above, an additional requirement is that the assistance so given must be given out of distributable profits or so as not to reduce the company's net assets.

263. There are rules for companies set out in Sections 283-289 of the Companies Ordinance. Essentially, a company may in general provide financial assistance for the purchase of its shares for any purpose but it must be approved by one of the three procedures prescribed in the said Sections. The assistance must come out of distributable profits or not reduce net assets, and there are detailed rules governing the exercise of this power on the filing of statutory declarations by a majority of the directors as to the company's solvency.

OTHER WAYS TO REDUCE CAPITAL

264. In certain limited circumstances, a company may reduce its capital by passing a special resolution and then applying to the court to have the reduction confirmed (Sections 210-211 of the Companies Ordinance).

DUTIES IN RESPECT OF CREDITORS AND INSOLVENCY

DIRECTORS' LIABILITY TO CREDITORS

265. In normal circumstances the directors will not be personally liable to the creditors of the company provided they are not contracting on their own account. A director should make it clear that he or she is contracting on behalf of the company and not on his or her own account in order to avoid doubt. This is particularly important when a director signs a document such as a cheque or any order for goods or money on behalf of the company. Failure to include the name of the company on such a document will, in addition to a fine, result in the director being personally liable for the money or the price of the goods unless duly paid by the company (Section 26 of the Bills of Exchange Ordinance).
266. However, when the company is insolvent, the directors' paramount duty is to the interests of creditors above the interests of the company and its shareholders.

DUTIES IN THE COURSE OF WINDING UP

267. A difficult problem connected with insolvency is to decide when a company is insolvent. It is particularly important for directors to get this right; the personal consequences of failing to do so may be catastrophic. Section 275 of the WUMPO makes them personally liable to make contributions to the assets of the company if, in the course of the winding up, it appears that they were knowingly a party to business being carried on with the intention of defrauding creditors or for any fraudulent purpose. Directors may also face criminal penalties for such fraudulent trading (see para 279 below).
268. A company is regarded as insolvent if it is unable to pay its debts as they fall due. A director of a company in financial difficulties who suspects that it may be, or may become, insolvent, or that a particular decision may cast doubt on a company's prospects of solvency in the future, should immediately requisition a board meeting or call one if the company's Articles empower a single director to do so, to acquaint all the directors with his or her suspicions. The board should seek professional advice, starting with the company's auditors, who are likely to be the advisers most conversant with the company's accounting records and financial affairs.
269. If the suspicions are confirmed, the company will need immediate advice from both accountants and lawyers with the necessary expertise as insolvency practitioners to determine whether any remedial measures short of liquidation are possible.
270. If remedial measures short of winding up are not possible the director should ensure that the company ceases to trade.

271. If, in the course of a company's winding up, it appears that any officer, past or present, has misapplied or retained, or become liable or accountable for, any money or property of the company, or is guilty of a misfeasance or breach of duty in relation to the company, the official receiver, liquidator, any creditor or a contributory – e.g. a shareholder-can apply to the court for the conduct of that director to be investigated (Section 276 of the WUMPO). The court has power, after such investigation, to order payments to the company by way of restitution or compensation. Misfeasance has been defined in this context as any breach of duty involving a misapplication or wrongful retention of company monies.

DEFRAUDING CREDITORS AND PREFERENCES

272. If an officer of the company, with the intention of defrauding its creditors, has made or caused any gift, transfer or charge of, or the levying of execution against, the property of the company or concealed or removed any part of the property of the company after, or within two months before, any unsatisfied judgment or order for payment against the company, and the company is subsequently wound up, he or she is guilty of an offence and is liable to a fine and imprisonment. There are also provisions for the court or liquidator to refer the matter to the Secretary for Justice for him or her to institute proceedings against the officer who has committed an offence.
273. There are a number of other offences (such as falsifying records, concealing debts or not co-operating with the liquidator) that can be committed by a past or present officer of a company (including a shadow director) in the course of or during the period of twelve months prior to winding up unless, in the case of most such offences, and depending upon the particular one, he or she can prove that he or she had no intent to defraud or conceal the state of affairs of the company or defeat the law.
274. The Companies Ordinance contains a number of provisions aimed at avoiding disposals of the assets of a company which should have been preserved for the company's creditors in its insolvency. The following paragraphs contain a very brief summary of those provisions.
275. Under Section 266(1) of the WUMPO certain conveyances, mortgages, deliveries of goods, payments, executions or other acts relating to a company's property can be deemed a fraudulent preference of the company's creditors and hence invalid. The test is whether any such transaction would have been a fraudulent preference if committed by an individual in his or her bankruptcy. For example, if a company is unable to pay all its debts and makes a payment to one of its creditors in preference to others, this may constitute a fraudulent preference. However, if such payment is made as a result of pressure from a creditor (for example-the threat of legal proceedings), it is less likely to constitute a fraudulent preference. All the surrounding circumstances of the payment will be relevant.

276. A floating charge on the undertaking or property of a company created within 12 months before the winding up is invalid unless it is proved that, immediately after the creation of the charge, the company was solvent. It will also be valid to the extent of any cash paid at the time to the company in consideration for the charge (Section 267 of the WUMPO). This Section is intended to prevent insolvent companies from creating floating charges to secure past debts and so prefer a particular creditor to the detriment of others.

DUTIES – HOW SHOULD THEY BE PERFORMED?

STANDARD OF SKILL AND CARE

277. The standards of skill and care which directors must bring to their duties and the manner in which these duties are to be performed was considered in the English case *Re City Equitable Fire Insurance Company Ltd.* (1925), and can be summarized as follows:

- A director must exercise such degree of skill and diligence as would amount to the reasonable care which an ordinary man might be expected to take in looking after his or her own interests in the particular circumstances but he or she needs not exhibit, in the performance of his or her duties, a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience;
- His or her duties are of an intermittent nature to be performed at periodical board meetings, which he or she ought to attend when reasonably able to do so;
- In respect of duties that may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in relying on that official to perform such duties honestly.

277A. Under the Companies Ordinance, Section 465 clarifies the director's duty of care and skill as follows:

Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

- (1) A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.
- (2) Reasonable care, skill and diligence mean the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with:
 - (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company; and

- (b) the general knowledge, skill and experience that the director has.
 - (3) The duty specified in subsection (1) is owed by a director of a company to the company.
 - (4) The duty specified in subsection (1) has effect in place of the common law rules and equitable principles as regards the duty to exercise reasonable care, skill and diligence, owed by a director of a company to the company.
 - (5) This Section applies to a shadow director as it applies to a director.
 - (6) For the purposes of subsection (5), a body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiaries by reason only that the directors, or a majority of the directors, of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its direction or instructions.
- 277B. To perform professionally, a director needs to strengthen capability in the duty of care in general and the duty of skill in particular. The duty of care calls for careful thought, analysis, judgment and other individual qualities. The duty of skill calls for skill-sets that apply to the various requirements in legal and regulatory compliance, strategic corporate development, board development and fulfilment of specific board roles. All these qualities and skill-sets can be enhanced through engaging in continuing professional development.
278. The Companies Registry has issued some non-statutory guideline for directors on this issue. In addition, the CG Code requires that:
- (1) Newly appointed directors should receive a comprehensive and tailored induction on the first occasion of his or her appointment, and subsequent professional development as necessary to ensure that he or she has a proper understanding of the operations and business of the company and that he or she is fully aware of his or her responsibilities under statute and common law, the Listing Rules, applicable legal requirements and other regulatory requirements and the business and governance policies of the company.
 - (2) It is a recommended best practice of the CG Code that all directors should participate in a programme of continuous professional development to develop and refresh their knowledge and skills to help ensure that their contribution to the board remains informed and relevant. Listed companies should be responsible for arranging and funding a suitable development programme.

- (3) The functions of non-executive directors should include but should not be limited to:
- (a) bringing independent judgement to bear on issues of strategy, performance, resources, key appointments and standards of conduct;
 - (b) taking the lead where potential conflicts of interests arise; and
 - (c) serving on the audit, remuneration, nomination and other governance committees.
- (4) Every director should ensure that he or she can give sufficient time and attention to the affairs of the company and should not accept the appointment if he or she cannot do so.
- (5) Directors must comply with their obligations under the Model Code on Securities Transactions by Directors of Listed Companies set out in the Listing Rules.

It is also recommended that directors disclose to the company at the time of appointment, and periodically, the number and nature of offices held in public companies or organisations and an indication of the time involved.

“KNOWINGLY A PARTY” TO FRAUDULENT TRADING

279. Mention should also be made of “fraudulent trading” which, if proved, carries criminal as well as civil sanctions. Any person (not necessarily a director) knowingly a party to the “fraudulent” carrying on of a company’s business is liable. The provisions only apply on a winding up and it must be proved that the business was carried on with intent to defraud creditors. This requires a high standard of proof. Nonetheless, the courts have indicated that the requisite intent to defraud might be evidenced by the incurring of a debt which the directors knew the company had no reasonable prospect of paying when it fell due or within a reasonable time thereafter. If, however, the directors genuinely believe that the company’s business will pick up in the future, they may be entitled to incur credit to get the company through a bad patch, even if there are no immediate prospects of the company meeting all its liabilities when they become due.

UNDER A SERVICE CONTRACT

280. Where a director has accepted an executive function, his or her obligations in this regard are in addition to any duties which he or she may have as a director. A service contract for an executive director can, and often does, include specific express obligations imposing a degree of skill that is higher than that which would otherwise be implied at law.

INDEMNITY AND RELIEF FROM LIABILITY DUTIES

INDEMNITY

281. The law, quite properly, does not make it easy for directors to be indemnified by their company if they have failed in any duty owed to it. A company cannot make a prior agreement with a company's officers (or auditors) to indemnify them against or exempt them from any liability arising from any negligence, default, breach of duty or breach of trust in relation to the company (an "officer" includes a director, manager or secretary). Any provision purporting to have this effect, whether in the Articles, in any contract with the company or otherwise, is void (Section 468 of the Companies Ordinance). Section 468 does not appear to prevent a company making a prior agreement to indemnify a director against any liability to a third party arising from his or her directorship provided that the breach of duty to the third party is not, at the same time, a breach of the director's duty to the company.
282. A company may, however, (under Section 468) make a prior agreement to indemnify its officers or auditors against the costs incurred by them in defending any proceedings, civil or criminal. Section 468 also enables a company to purchase directors' and officers' liability insurance for the benefit of its directors and officers.

The CG Code has made it a Code Provision that a listed company should arrange appropriate insurance cover in respect of legal action against its directors.

RELIEF

283. A company may also make a valid prior agreement to indemnify an officer or auditor if relief is given by the court under Sections 902-4 of the Companies Ordinance. Under this provision, if proceedings are taken or anticipated against an officer or auditor for negligence, default, breach of duty or breach of trust, the court may grant relief either wholly or partly on such terms as it thinks fit. Relief can be granted only if the court finds that:
- The director has acted honestly; and
 - Reasonably; and
 - That, having regard to all the circumstances, including those connected with his or her appointment, he or she ought fairly to be excused.
284. It is important to note that all the conditions must be satisfied. For example, a director will not obtain relief if he or she acts honestly but fails to obtain legal advice where a reasonable person would have done so. Relief is less likely to be granted if the director concerned receives substantial remuneration.

THE COMPANY'S GENERAL LEGAL OBLIGATIONS

GENERAL

285. As the company's officers are its mind and will, directors must ensure that the company complies with its general legal obligations. These are, for good reason, wide-ranging and complex. They are also becoming the subject of considerable public attention in Hong Kong, particularly in the context of the health and safety of employees and consumers and protection of the environment.
286. A company, as a corporation, can commit an unlawful act only through the agency of natural persons – directors or employees. The liability of both these parties and the degree to which the company may be involved differs depending on whether the unlawful act concerned is a tort or a criminal offence, or on how it is treated if, as can often happen, the same act is both. It also differs according to the degree of criminal intention that is required to be proved to establish whether an offence has been committed.

IN TORT

287. A tort is a wrong done involving a breach of duty which entitles a person suffering loss or damage to sue for compensation. Most motor accident claims, for instance, are based on the tort of negligence. In the context of a limited liability company it is likely that three parties may be involved in the commission of a tort: the company itself, the directors who authorised the tortious action and the employee who physically committed it. Under the doctrine of vicarious liability a company will normally be liable for employees' torts committed in the course of their employment.
288. For a director to be liable for a corporate tort involving active commission, some measure of participation in physically committing the tort or directing or procuring it is required. The bare fact that an individual is a director is not of itself sufficient. At the same time a director cannot escape liability on the ground that he or she had no tortious intention unless the tort concerned requires proof of such intention. The position of directors involved in a corporate tort based on omission (e.g. negligence) is less clear but it is safe to assume that directors who fail to ensure that the company acts with due diligence towards third parties, where a duty to do so is owed to those parties, may thereby expose themselves to an action from a third party injured through a corporate default. In these circumstances a director may also be liable to the company by way of indemnity because his or her negligence may be a breach of a director's duties of skill and care, or of a service contract.

CRIMINAL OFFENCES

I. Requiring proof of intention

289. It has been established since 1944 that a company can commit a crime requiring proof of criminal intention if its "controlling officers", including senior managers as well as directors, participate in the commission of an offence. The state of mind of such officers, who may also be guilty of the offence, is imputed to the company. When The Herald of Free Enterprise sank off the Zeebrugge coast in March 1987, causing the death of 192 passengers and crew, manslaughter charges were brought against P&O European Ferries and some of its directors and employees. The subsequent criminal trial collapsed in October 1990 when the judge directed the jury to return not guilty verdicts. That case highlighted the difficulty of indicting a company for corporate manslaughter because the prosecution had to prove that at least one of the company's directors was grossly negligent about an obvious risk of death or injury. Consequently the degree of negligence has to be of a very high order. The knowledge of several partly culpable directors cannot be added together. It is therefore difficult to find one director out of a group who had knowledge of all the relevant facts such that he or she could be found grossly negligent.
290. By contrast, in late 1994 a director of a company in England and his company were both convicted on charges of manslaughter following the death of four teenagers who drowned in Lyme Bay in March 1993 while taking part in a canoe expedition. In this case written warnings about inadequate safety procedures were ignored. The conviction serves as an important reminder to directors to heed and, if necessary, act on specific warnings which they receive.
291. Corporate manslaughter charges were also brought against a company and one of its directors in England in January 1995 following the sinking of a Cornish fishing boat in 1991, in which six people died. It seems unlikely, however, that prosecutions will be confined to tragedies at sea. Health and safety at work, transport and the environment all seem fertile areas for prosecutions in the future. Hong Kong's first manslaughter trial resulted from the death of 12 workers at a construction site in Java Road, North Point in June 1993. In view of a trend, both legal and social, to attribute blame in the wake of a disaster, directors should take particular care to ensure full compliance with their statutory and fiduciary responsibilities. Delegation of these responsibilities to others will not necessarily suffice to relieve directors from liability.



II. Not involving proof of intention

292. Many statutes besides the Companies Ordinance and the legislation associated with it affect a director's work. These statutes impose a parallel liability for offences committed by a company on a director who consents to or connives at an offence or, if the offence is one of omission and not commission, or does not require proof of criminal intention (and most do not), on a director to whose neglect it is attributable. Most statutes protecting consumers, employees or investors, or otherwise regulating the economy or protecting the environment, contain a provision to this effect.
293. Most of the statutes creating offences of strict liability also provide for statutory defences based on the concept of "due diligence", or "act or default of another person". It appears, from the case of *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass* (1971), that it may not be easy for a company, and therefore for its board, to escape liability by invoking these defences if the issue involved is of sufficient strategic importance. In the case referred to (which involved a contravention of the Trade Descriptions Act 1968) the company successfully contested liability but was only able to do so by demonstrating that there was a company policy created by the board and an adequate and appropriate system to ensure that the policy was put into practice. In these circumstances, it was held that the contravention was not the act of the company nor the directors but the act of "another person", in this case the store manager who was actually responsible.

STATUTORY OFFENCE WITH CIVIL LIABILITY

293A. Under the Securities and Futures (Amendment) Ordinance 2012 (Amendment Ordinance)(which introduces a new Part XIVA of the Securities and Futures Ordinance (SFO), a statutory disclosure regime has been established whereby listed corporations will be required to disclose price sensitive information (PSI) in a timely manner, backed by civil sanctions for non-disclosure of PSI. The Securities and Futures Commission (SFC) is empowered to directly institute proceedings before the Market Misconduct Tribunal (MMT) to enforce PSI disclosure requirement.

- (1) Under the Amendment Ordinance, a Hong Kong-listed corporation (whether primary or secondary listed) must disclose PSI as soon as reasonably practicable after such information has come to its knowledge. If the corporation breaches these disclosure requirements, an officer (meaning a director, manager or secretary of, or any other person involved in the management of, the corporation) will also be in breach if:
- (a) the corporation's breach is a result of his or her intentional, reckless or negligent conduct; or
 - (b) he or she has not taken all reasonable measures to ensure that proper safeguards exist to prevent the breach.

- (2) The term "inside information" in Part XIVA of the SFO is the same as that of "relevant information" used in Section 245 in Part XIII of the SFO in connection with insider dealing. The MMT may impose the following civil sanctions on Hong Kong-listed corporations and their officers:
- (a) disqualification of the officer from being a director or otherwise involved in the management of a listed corporation for up to five years;
 - (b) a "cold shoulder" order on the officer depriving such officer access to market facilities for up to five years;
 - (c) a "cease and desist" order on the listed corporation or officer (i.e., an order not to breach the statutory disclosure requirements again);
 - (d) a regulatory fine up to HK\$8 million on the listed corporation, each of the directors and/or the chief executive, respectively;
 - (e) a recommendation to any body of which the officer is a member to take disciplinary action against him or her;
 - (f) payment of costs of the civil inquiry and/or the SFC investigation by the listed corporation or officer;
 - (g) such order as is necessary to ensure that the listed corporation takes appropriate action to prevent a similar breach of the disclosure requirement.
- This includes:
- (i) ordering an officer to undergo training;
 - (ii) ordering a listed corporation to appoint an independent professional adviser to review its compliance procedure; and
 - (iii) ordering a listed corporation to appoint an independent professional adviser to advise on compliance matters.
- (3) In addition, any party affected by a breach of such statutory disclosure requirements by the corporation or its officers has a statutory civil right of action to recover compensation for any pecuniary loss sustained as a result of the breach.

PART III – THE DIRECTOR AS AN INDIVIDUAL

ELIGIBILITY

294. There are remarkably few restrictions under the general law about who can be a director.
295. The auditor of a company may not also be its director. No person may be appointed a director unless he or she has attained 18 years.
296. Most importantly, persons who are currently disqualified may not be appointed as directors (see paras 308 to 317 below).
297. In addition, a company's Articles may restrict eligibility further than provided for by the general law, and most companies will therefore exclude for instance persons of unsound mind who are technically eligible to be directors. Some Articles stipulate that each director must hold a certain number of shares in the company.

APPOINTMENT, REMOVAL, DISQUALIFICATION

APPOINTMENT

298. The Companies Ordinance requires every company to appoint at least two directors for non-profit companies; and one director for private companies (see however paras 87 and 89 regarding Listed Companies). A corporate body cannot be the director of a company unless the company is a private company and is not a member of a group of companies of which a listed company is a member.
299. The method of appointment of a director is laid down in the company's Articles. Normally the first directors are named in the Articles. Thereafter, the company in general meeting has a common law power to fill vacancies. Normally the Articles will also give the directors power to fill vacancies or to appoint extra directors provided the maximum number permitted by the Articles is not exceeded, and the Articles will usually give the company power to make and confirm appointment at its general meetings.
300. The CG Code requires non-executive directors to be appointed for a specific term, subject to re-election, and that all directors should be subject to retirement by rotation at least once every three years. The establishment of nomination committees is also recommended.

EMPLOYMENT

301. We have seen that a director can be just that and no more, as are many non-executive directors. He or she can also, however, combine the office with that of a company employee. The question of whether or not a director is also an employee is one of fact, but its resolution is important for many reasons. If a director is also an employee, the removal of a director at a company meeting may not necessarily end his or her employment. Moreover, as an employee, he or she acquires rights under common law and under redundancy and employment protection legislation. Also, certain benefits, e.g. the right to participate in a company's pension scheme, may be available only to employees. In a winding up, employees are entitled to be paid certain amounts in respect of wages or salary in priority to other creditors (Section 265 of the WUMPO) and receive further benefits under the Protection of Wages on Insolvency Ordinance. To be an employee, he or she would need to have a contract of service and to work under the control, and subject to the instructions of, some other employee or officer of the company.
302. All employees have contracts of service, otherwise they could not be employees. Where there is nothing in writing the contract is implied and the terms are to be inferred from the conduct of the parties, assisted by the relevant statutory conditions. A director will be an employee, therefore, when he or she has a contract of service apart from the directorship. The case of *Parsons v. Albert J. Parsons & Sons* (1979) decided that a full time working director is not necessarily to be regarded as working under an implied contract of service. The absence of such a contract was inferred there because:
- (i) There was no express contract, either oral or written;
 - (ii) In the accounts, the remuneration of the directors was shown separately under the heading "directors' fee" – not as wages or salaries; and
 - (iii) Because the directors were treated as self-employed in the purchase of National Insurance stamps.

The *Parsons* case related to a close family company run by the family and, in the absence of other evidence, a shareholder who is a working director in such a company is less likely to be regarded as an employee than a similar director of a larger concern. Thus, in one case, a managing director who held over 90% of the company's shares was held not to be an employee on the facts. By contrast, the managing director of a wholly owned subsidiary of a foreign company has been held to be an employee. In each case it is necessary to consider all aspects of the relationship and weigh each fact according to the evidence.

303. The moral is clear. Every director carrying out a function over and above his or her board duties should have a written contract of employment. The limitations and disclosure obligations now imposed in relation to such contracts have been dealt with. On the simple proposition that certainty is always preferable, an executive director's contract should deal with such matters as pay, duties and responsibility, working hours, sickness, holidays, pensions, insurance, indemnity, termination and dismissal.
304. Note that under the amended Listing Rules, directors' service contracts may be subject to independent shareholders' approval if they are longer than three years' duration or require payment of the equivalent of one year's emoluments or more in the case of termination.

REMOVAL FROM OFFICE

305. A director may be removed under any relevant provision in the company's Articles. In addition, under Section 462 of the Companies Ordinance, which cannot be excluded by the Articles, a director can be removed by an ordinary resolution of members in general meeting. Twenty-eight days' notice of intention to move such a resolution must be given to the company and the company must immediately send to the director concerned a copy of the notice. He or she is entitled to require that his or her written views be communicated to the members, provided that they are not defamatory, either by inclusion with the notice of meeting sent out to members or by having them read out at the meeting, and he or she is also entitled to speak at the meeting. Removing a director under provisions of Section 462 does not affect any right he or she may have to compensation or damages due to his or her removal from office.

RETIREMENT

306. It is normal for the Articles to provide for directors to retire by rotation, and to be eligible for re-election.
307. Beyond this provision, a directors' tenure will be governed by the Articles which provide for removal on the grounds of age, mental illness, prolonged unauthorised absence from meetings, criminal conviction and so on.

DISQUALIFICATION

308. Once eligible to act and properly appointed, a director may be disqualified, either by virtue of the company's Articles, or by one or more provisions of the Companies Ordinance.

Articles

309. A company's Articles may require that a director must resign in certain circumstances, for example if he or she becomes of unsound mind, becomes bankrupt, regularly fails to attend board meetings without reason or even if he or she is requested to resign by all the co-directors.

Companies Ordinance

310. In addition to the possibility of there being a provision in the company's Articles preventing a bankrupt person being a director, Section 480 of the Companies Ordinance makes it an offence, punishable with a fine and imprisonment, for an undischarged bankrupt to act as a director of a company, except by leave of the court by which he or she was adjudged bankrupt.
311. A person may also be disqualified from acting as a director of a company, or being in any way concerned in its management, under Sections 168C to 168S of the WUMPO.
312. Sections 168C to 168S of the WUMPO provide that the court may, or must in some circumstances, make a disqualification order preventing a person, for a specified period ranging from 1 to 15 years, from:
- Being a director, liquidator, receiver or manager of a company or its property; or
 - Being in any way directly or indirectly concerned in the promotion, formation or management of a company.
313. A number of people may apply for such an order, depending on the grounds upon which disqualification is sought. The Registrar of Companies, the Financial Secretary, the Official Receiver, a liquidator, together with any past or present member or creditor of a company affected by an offence or default of a director, may apply under the provisions. The court itself may make an order of its own volition in certain circumstances.
314. Briefly, the grounds upon which a person may be disqualified under the new provisions include:
- Where a person is convicted of an indictable offence in connection with the promotion, formation, management or liquidation of a company (maximum disqualification period 5-15 years);

- Where it appears that a person has been persistently in default of the requirements of the Companies Ordinance relating to the filing of notices, accounts, annual returns or other documents (maximum disqualification period 5 years);
- Where it appears to the court that, in the course of the winding up of a company, a person has been guilty, whether convicted or not, of an offence under Section 275 of the WUMPO or has otherwise been guilty of any fraud or breach of duty in relation to the company (maximum disqualification period 15 years);
- Where a declaration has been made under Section 275 of the WUMPO to the effect that a person is liable for the debts of a company as a result of fraudulent trading in the course of a winding up (maximum disqualification period 15 years);
- Where a company becomes insolvent and the court is satisfied that a person's conduct as director or shadow director, or former director or shadow director, of that company makes him or her unfit to be concerned in the management of a company. If the court is so satisfied, it must disqualify a person for a minimum of 1 year (maximum disqualification period 15 years);
- If, after investigation of the company by inspectors, the Financial Secretary thinks it expedient, in the public interest, he or she may apply for a disqualification order against a director or shadow director or former such directors of the company (maximum disqualification period 15 years).

Penalties: Sections 168M to 168N of the WUMPO

315. It is an offence, punishable by imprisonment and a fine, for an individual not to comply with a disqualification order against him or her.
316. In addition, a company itself or officer of the company or someone purporting to act in that capacity, or possibly even the members of a company if they manage its affairs, may be found guilty of acting in contravention of a disqualification order. This may be so if, due to their consent, connivance or negligence, a disqualified person is allowed to be a director of the company.

Personal Financial Liability

317. Under Section 1680 of the WUMPO a person involved in the management of a company in contravention of a disqualification order, or a person who is willing to act on the instructions of a person he or she knows to be declared bankrupt or subject to a disqualification order, may be made personally liable for all debts incurred by the company during the relevant time. The relevant time is the period he or she is managing the company while disqualified or taking instructions from someone disqualified.

REMUNERATION AND COMPENSATION

ENTITLEMENT TO REMUNERATION AND EXPENSES

318. At common law, directors have no automatic entitlement to remuneration for their services or reimbursement of expenses. They therefore have no automatic right to claim directors' fees for performing their duties. Such remuneration as they can receive must be provided for in the Articles of Association of the company. Sometimes the Articles provide for specific fees. Often they provide for fees to be fixed by the board. It is all a matter of what is considered best for the particular company involved and, if circumstances alter, the Articles can be changed by appropriate resolution. In the absence of an express provision in the Articles, a director is not entitled to reimbursement of expenses incurred in attending board and general meetings.
319. Directors as such are similarly not automatically entitled to a company pension. A company may, however, include a power to pay directors and their dependents a pension in the Articles of Association. Even if the board of directors is expressly so authorised to pay a pension, payment may still be unlawful if the directors act in breach of their fiduciary duties towards the company. They must act bona fide in what they consider to be the interests of the company. The same applies to any ex gratia payment. In addition, Sections 516, 523 and 529 of the Companies Ordinance state that before making any payment by way of pension to any director who has received a payment for loss of office, a company must disclose to the members the proposed pension (including the amount thereof) and the proposal must be approved by the company.
320. In any event, it is normally not desirable for non-executive directors of a company to be reliant for their future financial security on pension arrangements provided by that company; such dependence is hard to reconcile with the independence of judgement which non-executive directors are expected to bring to bear on the company's affairs.



321. In practice, the proper exercise of the duties referred to in the previous paragraphs means that pension arrangements which have been made prospectively or during the director's tenure of office and can be demonstrated to be deferred remuneration or to have some form of incentive effect will normally be lawful, so long as the company is generally authorised to make them. It will normally be more difficult to show that arrangements made retrospectively on or after a director's resignation, retirement or death are made under a proper exercise of those duties. Similar considerations apply to lump-sum ex gratia payments to retiring directors. See further paras 70 and 71 on Remuneration Committees.

COMPENSATION FOR LOSS OF OFFICE AND EX GRATIA PAYMENTS

322. Payment by a company to a director for compensation for loss of office (except a bona fide payment in settlement of a claim for breach of contract and payments by way of pension or superannuation gratuity in respect of past services) requires the prior approval of the company in general meeting.

PROFIT SHARING AND OTHER INCENTIVE ARRANGEMENTS

323. It is important to tailor remuneration arrangements, whether for directors or employees, to achieve the maximum motivational benefit in the particular circumstances of the individual and company concerned. Tax efficiency cannot be ignored but should be a secondary consideration.
324. For example, an empirical study by Bell and Hanson, Profit Sharing and Profitability (1987), found evidence of a link between profit sharing and improved company performance only where the amount of profits distributed (whatever the form of the distribution – cash or shares) was genuinely related to the recent profit performance.

APPENDIX: “THE NEW COMPANIES ORDINANCE (CAP 622): MAJOR INITIATIVES” BY THE COMPANIES REGISTRY

MEASURES FOR ENHANCING CORPORATE GOVERNANCE

Strengthening the Accountability of Directors

- Restricting the appointment of corporate directors by requiring every private company to have at least one natural person to act as director, to enhance transparency and accountability.
- Clarifying in the statute the directors’ duty of care, skill and diligence with a view to providing clear guidance to directors.

Enhancing Shareholder Engagement in the Decision-Making Process

- Introducing a comprehensive set of rules for proposing and passing a written resolution.
- Requiring a company to bear the expenses of circulating members’ statements relating to the business of, and proposed resolutions for, Annual General Meetings, if they are received in time to be sent with the notice of the meeting.
- Reducing the threshold requirement for members to demand a poll from 10% to 5% of the total voting rights.

Improving the Disclosure of Company Information

- Requiring public companies and the larger (i.e., companies that do not qualify for simplified reporting) private companies¹ and guarantee companies² to prepare a more comprehensive directors’ report which includes an analytical and forward-looking “business review”, whilst allowing private companies to opt out by special resolution. The business review will provide useful information for shareholders. In particular, the requirement to include information relating to environmental and employee matters that have a significant effect on the company is in line with international trends to promote corporate social responsibility.

1: Under the new Ordinance, a private company is regarded as small if it satisfies any two of the following conditions: (a) total annual revenue of no more than HK\$100 million; (b) total assets of no more than HK\$100 million; and (c) no more than 100 employees.

2: Under the new Ordinance, a guarantee company is regarded as small if its total annual revenue does not exceed HK\$25 million.

CONTRIBUTED BY THE COMPANIES REGISTRY

- Widening the ambit of disclosure of material interests of directors in contracts of significance with the company to cover transactions and arrangements and to expand the coverage to include the material interests of entities connected with a director in the case of public companies.

Fostering Shareholder Protection

- Introducing more effective rules to deal with directors' conflicts of interests, including expanding the requirement for seeking shareholders' approval to cover directors' employment contracts which exceed three years.
- Requiring disinterested shareholders' approval in cases where shareholders' approval is required for transactions of public companies and their subsidiaries.
- Requiring the conduct of directors to be ratified by disinterested shareholders' approval to prevent conflicts of interest and possible abuse of power by interested majority shareholders in ratifying the unauthorised conduct of directors.
- Replacing the "headcount test" with a not more than 10% disinterested voting requirement for privatisations and specified schemes of arrangement, while giving the court a new discretion to dispense with the test (in cases where it is retained) for members' schemes.
- Extending the scope of the unfair prejudice remedy to cover "proposed acts and omissions", so that a member may bring an action for unfair prejudice even if the act or omission that would be prejudicial to the interests of members is not yet effected.

Strengthening Auditors' Rights

- Empowering an auditor to require a wider range of persons, including the officers of a company's Hong Kong subsidiary undertakings and any person holding or accountable for the company or its subsidiary undertakings' accounting records, to provide information or explanation reasonably required for the performance of the auditor's duties. The offence for failure to provide the information or explanation is extended to cover officers of the company and the wider range of persons.

MEASURES FOR FACILITATING BUSINESS

Streamlining Procedures

- Allowing companies to dispense with Annual General Meetings by unanimous shareholders' consent.
- Introducing an alternative court-free procedure for reducing capital based on a solvency test.

CONTRIBUTED BY THE COMPANIES REGISTRY

- Allowing all types of companies (rather than just private companies, as in the old Companies Ordinance (Cap.32)) to purchase their own shares out of capital, subject to a solvency test.
- Allowing all types of companies (whether listed or unlisted) to provide financial assistance to another party for the purpose of acquiring the company's own shares or the shares of its holding company, subject to a solvency test. Under the old Companies Ordinance, subject to certain specified exceptions, there is a broad prohibition on the giving of financial assistance to purchase the company's own shares.
- Introducing a new court-free statutory amalgamation procedure for wholly owned intra-group companies.
- Streamlining the procedures for the restoration of dissolved companies by court order.
- Introducing a new administrative restoration procedure for a company dissolved by the Registrar in straightforward cases, without the need for recourse to the court.

Facilitating Simplified Reporting

- Facilitating SMEs to prepare simplified financial and directors' reports along the following lines:
 - a private company (with the exception of a bank/deposit-taking company, an insurance company or a stockbroker) will automatically qualify for simplified reporting if it qualifies as a "small private company".
 - the holding company of a group of companies that qualifies as a "group of small private companies" will also qualify for simplified reporting.
 - a private company that is not a member of a corporate group may adopt simplified reporting with the agreement of all the members.
- Allowing small guarantee companies and groups of small guarantee companies, which have a total annual revenue of not more than \$25 million, to qualify for simplified reporting.
- A private company or a group of private companies which is not qualified as a "small private company" or a "group of small private companies" respectively may prepare simplified reports if it meets a higher size criteria and if the members holding 75% of the voting rights so resolve and no member objects.
- Making the summary financial reporting provisions more user-friendly and extending their application to companies in general (rather than confining them to listed companies, as in the old Companies Ordinance).

CONTRIBUTED BY THE COMPANIES REGISTRY

Facilitating Business Operations

- Making the use of a common seal optional and relaxing the requirements for a company to have an official seal for use abroad.
- Permitting a general meeting to be held at more than one location using electronic technology.
- Setting out the rules governing communications to and by companies in electronic form.

MEASURES FOR ENSURING BETTER REGULATION

Ensuring the Accuracy of Information on the Public Register

- Clarifying the powers of the Registrar of Companies (the Registrar) in relation to the registration of documents, such as specifying the requirements for the authentication of documents to be delivered to the Companies Registry (the Registry) and the manner of delivery, and withholding the registration of unsatisfactory documents pending further particulars.
- Clarifying the Registrar's powers in relation to the keeping of the register, such as rectifying typographical or clerical errors, making annotations and requiring a company to resolve any inconsistency or provide updated information.
- Providing a statutory basis for applications to court for removing information from the register that is inaccurate, forged or derived from anything invalid, ineffective or done without the authority of the company.
- Requiring a company to deliver to the Registry a return, including a statement of capital, whenever there is a change to its capital structure, to ensure that the public register contains up-to-date information on a company's share capital structure.
- Requiring all guarantee companies to file annual returns with financial statements and introducing an escalating scale of annual registration fees for annual returns of guarantee companies to encourage timely compliance of statutory filing requirement.

Improving the Registration of Charges

- Revising the list of registrable charges, such as expressly providing that a charge on an aircraft or any share in an aircraft is registrable, and removing the requirement to register a charge for the purpose of securing an issue of debentures.

CONTRIBUTED BY THE COMPANIES REGISTRY

- Replacing the automatic acceleration of the repayment obligation with a choice given to the lender as to whether the secured amount is to become immediately payable when a charge is void due to non-compliance with the registration requirements.
- Requiring a certified copy of the charge instrument (in addition to the prescribed particulars of the charge) to be registered and available for public inspection, to provide more detailed information to those who search the register.
- Shortening the period for delivery to the Registrar of the charge instrument and the prescribed particulars from five weeks to one month, to reduce the period during which the charge is not visible on the register.
- Requiring written evidence of satisfaction/release of a charge to accompany a notification to the Registrar for registration of the satisfaction/release, thus making such documents available for public inspection.

Refining the Scheme for Deregistration of Companies

- Imposing three additional conditions for the deregistration of defunct companies, namely that the applicant must confirm that the company is not a party to any legal proceedings and that neither the company nor its subsidiary has any immovable property in Hong Kong, to minimise any potential abuse of the deregistration procedure.

Improving the Enforcement Regime

- Enhancing the investigatory powers of an inspector, for example, by requiring a person under investigation to preserve records or documents and to verify statements made by statutory declaration.
- Providing better safeguards to ensure the confidentiality of information obtained in investigations and enquiries and for the better protection of informers.
- Providing new powers for the Registrar to obtain documents or information to ascertain whether any conduct that would constitute an offence in relation to the provision of false or misleading statement to the Registrar has taken place.
- Strengthening the enforcement regime in relation to the liabilities of officers of companies for the companies' contravention of provisions in the new Ordinance, including lowering the threshold for prosecuting a breach or contravention and extending it to cover reckless acts through a new definition of "responsible person".
- Introducing a new offence in relation to inaccurate auditor's reports. The offence would be committed if the auditors in question knowingly or recklessly caused two important statements to be omitted from the auditor's report.

CONTRIBUTED BY THE COMPANIES REGISTRY

- Empowering the Registrar to compound specified offences to optimise the use of judicial resources. Compoundable offences are generally confined to straightforward, minor regulatory offences committed by companies that are punishable by a fine.

MEASURES FOR MODERNISING THE LAW

Rewriting the Law in Simple and Plain Language

- Modernising the language and re-arranging the sequence of some of the provisions in a more logical and user-friendly order so as to make the new CO more readable and comprehensible.

Abolishing Par Value for Shares

- Adopting a mandatory system of no-par for all companies with a share capital as par value is an antiquated concept that may give rise to practical problems, such as inhibiting the raising of new capital and unnecessarily complicating the accounting regime.

Abolishing Memorandum of Association

- Abolishing the requirement for companies to have a memorandum of association and only articles of association are required. Conditions contained in the memorandum of existing companies will be deemed to be provisions of their articles, except those relating to authorized share capital and par value, which are regarded as deleted under the new CO.

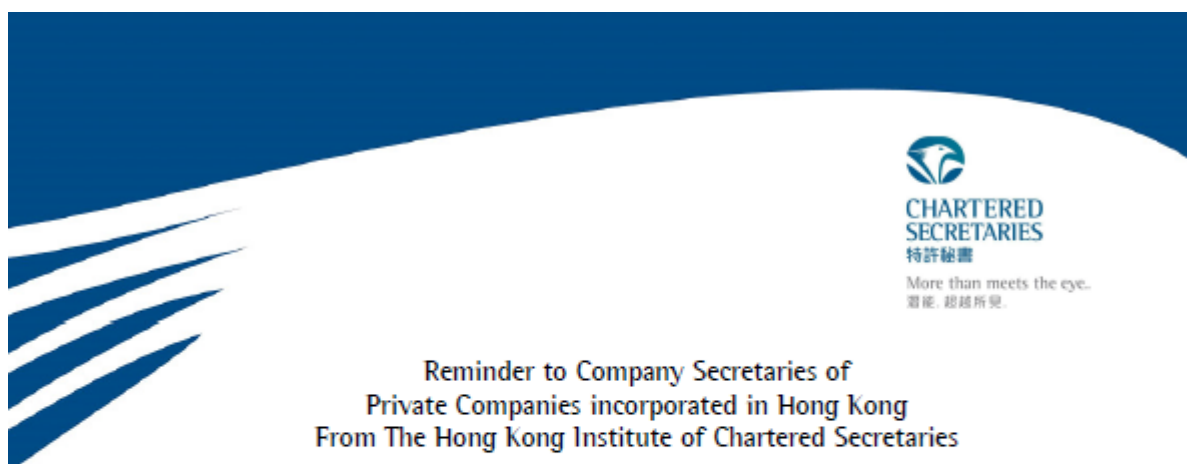
Removing the Power to Issue Share Warrants

- Removing the power of companies to issue share warrants to bearers. Share warrants are rarely issued by companies nowadays and are undesirable from the perspective of anti-money laundering because of the lack of transparency in the recording of their ownership and the manner by which they are transferred.

Clarifying the Rules on Indemnification of Directors against Liabilities to Third Parties

- Clarifying the rules on the indemnification of directors against liabilities to third parties in order to remove the uncertainties at common law.

5. Reminder to Company Secretaries of Private Companies Incorporated in Hong Kong from the Hong Kong Institute of Chartered Secretaries publié par l'HKICS au mois de juillet 2012



**Reminder to Company Secretaries of
Private Companies incorporated in Hong Kong
From The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries**

"The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS) is a professional body which represents the Chartered Secretary profession in Hong Kong. It has over 5,500 members and 3,100 students today, and promotes the study and practice of company, corporate and board secretaryship, as well as good corporate governance. Our members are sought after by employers for their qualifications and all-round training, including the qualification to serve as company secretaries for listed issuers. Our qualification is internationally recognised and transferrable, subject to requirements. Please visit our website at www.hkics.org.hk for membership information and further resources published by us."

Consistent with the objectives of The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries, this communication is a reminder of some of the salient responsibilities and attributes of a Company Secretary of a private company incorporated in Hong Kong:

- 1. Residency Qualification** If you wish to serve as a Company Secretary of a private company in Hong Kong, you must be a Hong Kong resident aged 18 or above, or a Hong Kong incorporated company, or an overseas incorporated company registered in Hong Kong as a non-Hong Kong company.
- 2. Status and Eligibility** The Company Secretary is an officer of the company. The law states that one may not serve as the Company Secretary of a company if one is also the sole director. This cannot be circumvented by using another company of which one is also the sole director to act as the Company Secretary. In short a sole director and the Company Secretary cannot be one and the same.
- 3. Roles and Responsibilities** As an officer of a company, you have roles and responsibilities. Even if you use a company to be Company Secretary, ultimately, you and others in your company could be held responsible for your actions, omissions and decisions. If you act contrary to or omit to act in accordance with your roles and responsibilities, you could be subject to daily default fines and other consequences.
- 4. Advisory and Compliance** You are an advisor to the directors. As such, you need to remind your directors frequently of their duty to comply with the requirements under applicable laws and regulations. These include, among others, the Companies Ordinance, Business Registration Ordinance and the Inland Revenue Ordinance.

5. **Administration and Record Updating** You are an administrator and need to keep proper statutory books and records. You must continuously update them accurately. These books and records include minute books, statutory registers, common seals and books of accounts. You may need to retain them for seven years or more.
6. **Record Keeping and Inspection** You need to keep the company records at the registered office or another place in Hong Kong, of which you should advise the public via appropriate filings at the Companies Registry. During office hours, anyone can come to you and ask to inspect and take copies of the registers of members, directors and secretary, by paying a reasonable fee.
7. **Corporate Filings** You need to make periodic filings. These include annual returns, information of and about directors and officers, any increase of authorised or paid-up capital and reporting of the passing of ordinary and special resolutions. There are deadlines for the submission of such filings of which you should be aware.
8. **Audit and Tax Filings** You need to remind your directors to prepare the financial statements of the company, have them audited and approved annually at the annual general meeting of the company. These statements then have to be filed with the tax return of the company with the Inland Revenue Department for all business, whether within or outside Hong Kong.
9. **Reporting and Caution** You should know that there are increasing obligations, including reporting obligations, relating to anti-money laundering and counter-terrorist financing. Do not inadvertently become caught up in such matter through being a Company Secretary of a company, or lending your address to a company.
10. **Due Diligence** Whether you are a corporate service provider or a private person, you should only take on the roles and responsibilities of a Company Secretary after careful and due diligence. You need to know the business activities of the company and its shareholders and directors and be continually updated on such information. Do not simply lend your address as the registered office of a company or incorporate a company for a client without having conducted due diligence on the client's background.
11. **Continuation Plan** Where the sole director is also the sole shareholder of a company, you should advise the sole director/shareholder to adopt a continuation plan through the appointment of a reserve director, whose particulars must be filed with the Companies Registry.
12. **Good Corporate Governance** For good corporate governance, as Company Secretary, you should familiarise yourself with in-house rules and management issues, where appropriate. You should also note that after incorporation, a company would continue in existence and there are continual obligations until the company is properly wound-up.

This reminder is not intended to be exhaustive and does not constitute legal advice. You should seek appropriate advice from professionals as you require.

July 2012
The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries

The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (Incorporated with limited liability)
3/F, Hong Kong Diamond Exchange Building, 8 Duddell Street, Central, Hong Kong
Tel: (852) 2881 6177 Fax: (852) 2881 5050 Website: www.hkics.org.hk E-mail: ask@hkics.org.hk

Page 2 of 2

6. The Essential Company Secretary publié par le Hong Kong Institute of Chartered Secretaries au mois d'octobre 2013



The Essential Company Secretary
不可或缺的公司秘書

October 2013
2013 年 10 月

About The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries 香港特許秘書公會

The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS) is an independent professional body dedicated to the promotion of its members' role in the formulation and effective implementation of good governance policies in Hong Kong and throughout China as well as the development of the profession of Chartered Secretary.

HKICS was first established in 1949 as an association of Hong Kong members of the Institute of Chartered Secretaries and Administrators (ICSA) of London. It became a branch of ICSA in 1990 before gaining local status in 1994.

HKICS is a founder member of Corporate Secretaries International Association (CSIA) which was established in March 2010 in Geneva, Switzerland to give a global voice to corporate secretaries and governance professionals.

HKICS has about 5,800 members and 3,200 students.

香港特許秘書公會（公會）是一個獨立專業團體，一直致力於訂定與執行良好公司治理政策方面，在香港以至全中國各地提升會員所擔當的角色，同時推動「特許秘書」專業的發展。

公會於1949年成立，最初為設立在倫敦的英國特許秘書及行政人員公會（ICSA）的屬會，於1990年成為ICSA的香港分會，並於1994年成為ICSA的香港成員。

公會亦是公司秘書國際聯合會（CSIA）的創會成員，CSIA於2010年3月於瑞士日內瓦成立，在國際上代表全球公司秘書和管治專業人士發聲。

公會現擁有大約5,800名會員及3,200名學員。

ACKNOWLEDGEMENT

鳴謝

Special gratitude is extended to the following persons and institution for their significant contributions in guiding the preparation of this Guide (in alphabetical order then institution):
以下人士及機構在本指南籌備期間給予指導，貢獻良多，公會謹衷心致謝（按姓氏英文字母排序，機構在後）：

April Chan 陳姚慧兒 FCIS FCS(PE)
Past President and Chairman of Technical Consultation Panel of HKICS
前會長，技術諮詢小組主席

Jack Chow 鄒小磊 FCIS FCS
Treasurer and Vice Chairman of Professional Development Committee of HKICS
司庫，專業發展委員會副主席

Mohan Datwani 高朗
Director, Technical and Research of HKICS
專業技術及研究總監

Edwin Ing 伍士榮 FCIS FCS
Former President of HKICS
前會長

Mike Scales 施米高 FCIS FCS
Former President of HKICS
前會長

Edith Shih 施熙德 FCIS FCS(PE)
President of HKICS
會長

Samantha Suen 孫佩儀 FCIS FCS
Chief Executive of HKICS
行政總裁

Institute of Chartered Secretaries and Administrators
英國特許秘書及行政人員公會

1. INTRODUCTION

- 1.1 All Hong Kong incorporated companies are required to have a company secretary.
- 1.2 Additionally, HKICS members ("Member" or "Members") are qualified to become company secretaries of Hong Kong listed issuers (Appendix I). This is a *senior management position*¹ which carries with it the duty to advise the board, through the chairman and/or the chief executive, on governance matters (Appendix II).
- 1.3 HKICS requires of its Members an exacting standard to *actively* promote good corporate governance practices.
- 1.4 HKICS, as a professional body, also requires its Members to discharge their duties with a *high degree of integrity*.
- 1.5 In the context of these requirements, this Guide summarises the essential duties and responsibilities expected of a Member serving as a company secretary of a Hong Kong company including, where he/she serves in a listed company, certain listed company specifics.
- 1.6 Any failure on the part of Members to adhere to and/or discharge the duties and responsibilities expected from them will be grounds for disciplinary action.
- 1.7 Where a Member serves in some related or subsidiary position, for example as assistant company secretary, he or she should adhere to this Guide to the extent practicable.
- 1.8 This Guide is not intended to be exhaustive, and there may be instances in which Members need to apply their professional knowledge and training in resolving issues, and in case of doubt, to escalate matters to the board and/or to seek professional and/or legal advice, as appropriate.
- 1.9 All Members are required to update their knowledge and training by complying with the Institute's prevailing mandatory continuing professional development requirements (Appendix I) which will assist them in discharging their duties.

¹ Dr. Bob Tricker, "The Significance of the Company Secretary – in Hong Kong's listed companies", HKICS (CLP Sponsored Research), 2012, http://www.hkics.org.hk/media/publication/attachment/PUBLICATION_A_2336_Research%20Report%202012.pdf, accessed December 2012

2. PROFESSIONAL CONDUCT

- 2.1 Members shall observe the highest standards of professional conduct and ethical behavior in all their work.
- 2.2 Members shall abide by both the letter and spirit of the HKICS Memorandum and Articles of Association, together with any codes or bye-laws made pursuant thereto including this Guide.
- 2.3 Members shall also abide by all other applicable rules and regulations, including the Listing Rules and the associated Corporate Governance Code.
- 2.4 In particular, Members shall:
 - 2.4.1 exercise complete integrity, honesty, diligence and due care in carrying out and performing their duties and responsibilities;
 - 2.4.2 safeguard the legitimate interests of their employers and clients; and
 - 2.4.3 ensure that they have the required knowledge, skill and technical competence to perform the duties expected of them.
- 2.5 Members shall not:
 - 2.5.1 enter into any agreement or undertake any activity which may be in conflict with the legitimate interests of their employers or clients, or which may prejudice the proper performance of their duties;
 - 2.5.2 use confidential information obtained in the performance of their duties for any personal gain or in a manner which would be illegal, or inconsistent with or detrimental to the interests of their employers or clients;
 - 2.5.3 knowingly be a party to any illegal or unethical activity; or
 - 2.5.4 behave or conduct themselves in any manner which detracts or may detract from the reputation of HKICS.

3. OVERVIEW

- 3.1 A Member serving as a company secretary is regarded as both an officer and part of the senior management team, and at the centre of the board's decision making process. The Member is expected to use his or her influence to promote good corporate governance.
- 3.2 Specifically, the Member should assist directors in their legitimate pursuit of profit and growth with integrity and independence, and also seek to protect the interests of the company, its shareholders and its employees, to the best of his or her ability.
- 3.3 The Member is required to play an active role in promoting good corporate governance, and to employ commensurate communication skills, knowledge of the company's businesses and a professional approach in discharging his or her duties.
- 3.4 The Member is required to be familiar with applicable ordinances, rules and regulations which impose numerous obligations on companies regarding the conduct of their affairs. In various instances, the company and each of its officers, which includes the company secretary, when in default are liable to a fine and, in some cases, imprisonment for the officers.
- 3.5 In view of potential liabilities, company secretaries cannot afford to ignore any cases of non-compliance with legislation or regulation that come to their attention, even if the directors have purported to make someone else responsible for those matters. As an officer of the company, the company secretary has a duty to monitor these matters, regardless of the terms of his or her employment and should draw such cases to the attention of the directors and advise them of their own and the company's duties and obligations.

4. SPECIFIC RESPONSIBILITIES

- 4.1 The detailed manner in which each Member may best discharge his or her duties, including actively promoting good corporate governance, may vary from company to company.
- 4.2 However, the management, implementation and oversight of a range of key procedures, actions and interfaces are a common thread in the fulfillment of the duties of all company secretaries.
- 4.3 Appendix III identifies the topics which it is recommended a company secretary should regularly review and consider with a view to successfully discharging his or her responsibilities.

5. GOOD CORPORATE GOVERNANCE

- 5.1 In discharging their duty to actively promote good corporate governance, Members are required to consider the following personal and professional responsibilities:
- 5.1.1 establishing an effective working relationship with the chairman and chief executive officer, with accountability to the board (through the chairman) for all matters relating to directors' duties as an officer of the company;
 - 5.1.2 ensuring the smooth running of the board's and board committees' activities by helping the chairman to set agendas, preparing papers and presenting papers to the board and board committees, advising on board procedures and ensuring that those are followed;
 - 5.1.3 keeping under close review all legislative, regulatory and corporate governance developments that might affect the company's operations, and ensuring that the board is fully briefed on these and that it has regard to them when taking decisions;
 - 5.1.4 ensuring that the concept of stakeholders (particularly employees) is in the board's mind when important business decisions are being taken;
 - 5.1.5 advising the board on the need to 'comply or explain' with the Corporate Governance Code, including provisions relating to adopting various governance policies and periodic reporting of measurable objectives for implementing such policies, and updating progress thereon in the corporate governance report;
 - 5.1.6 advising the board on potentially adopting some or all of the recommended best practices under the Corporate Governance Code;
 - 5.1.7 keeping abreast of sustainability issues, and environmental, social and governance ("ESG") reporting developments, advising the board in relation to its sustainability and ESG policies and practices and reporting thereon;
 - 5.1.8 acting as a confidential sounding board to the chairman, non-executive directors and executive directors on matters that may concern them, and taking a lead role in managing any difficult inter-personal issues on the board;
 - 5.1.9 acting as a primary point of contact and source of advice and guidance for directors, and in particular non-executive directors, as regards the company and its activities in order to support the decision making process;
 - 5.1.10 acting as an additional enquiring voice in relation to board decisions which particularly affect the company, drawing on his or her experience and knowledge of the practical aspects of management including law, tax and business finance to act as the "conscience of the company";

- 5.1.11 ensuring, where applicable, that the standards and/or disclosures required by Listing Rules are observed and, where required, reflected in the annual report. The company secretary usually takes the lead oversight role in the preparation of the annual report, in particular in drafting the directors' report and corporate governance report, and agreeing these with the board and board committees;
- 5.1.12 compliance with the continuing obligations of the Securities and Futures Ordinance, Listing Rules and Takeovers Code, including ensuring publication and dissemination of the annual report and accounts and interim reports within the periods laid down in the Listing Rules; timely dissemination of announcements to the market and ensuring proper disclosure of inside information;
- 5.1.13 managing relations with investors, particularly institutional investors, with regard to corporate governance issues and the board's practices in relation to corporate governance;
- 5.1.14 induction of new directors into the business, explaining their roles and responsibilities, and facilitating their continuing professional development and maintaining the relevant record of directors' training;
- 5.1.15 ensuring that the board is fully aware of its responsibility to avoid engaging in any market misconduct practices, including not putting out or allowing the release of misleading information, or by engaging in a course of conduct which could amount to market misconduct;
- 5.1.16 ensuring compliance with all statutory filing requirements and regulatory disclosures; and
- 5.1.17 arranging and managing any general meetings ("GM"), the annual general meetings ("AGM") and establishing, with the board's agreement, the items to be considered at any GM and the AGM, including resolutions dealing with governance matters.

6. REPUTATION

- 6.1 The reputation of the profession of company secretary generally, and the standing of HKICS within Hong Kong's corporate, investing and regulatory communities, stands and falls on the individual and collective efforts of its Members in performing their duties with integrity, skill and dedication.
- 6.2 In this respect, Members who are company secretaries of listed companies have a particular role to play, because of the visibility of their role and the implications to the shareholding public if they fail in their duties.
- 6.3 For these reasons, HKICS expects its Members who are company secretaries of listed companies to play a leading role in reinforcing the reputation and standing of the profession, and to set an example in maintaining the highest standards of professional conduct and ethical behaviour.

APPENDIX I
RULES GOVERNING THE LISTING OF SECURITIES ON
THE STOCK EXCHANGE OF HONG KONG LIMITED
("LISTING RULES")

Rule 3.28 of the Listing Rules:

The issuer must appoint as its company secretary an individual who, by virtue of his academic or professional qualifications or relevant experience, is, in the opinion of the Exchange, capable of discharging the functions of company secretary.

Notes:

1. *The Exchange considers the following academic or professional qualifications to be acceptable:*
 - a. *a Member of The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries;*
 - b. *a solicitor or barrister (as defined in the Legal Practitioners Ordinance); and*
 - c. *a certified public accountant (as defined in the Professional Accountants Ordinance).*

2. *In assessing "relevant experience", the Exchange will consider the individual's:*
 - a. *length of employment with the issuer and other issuers and the roles he played;*
 - b. *familiarity with the Listing Rules and other relevant law and regulations including the Securities and Futures Ordinance, Companies Ordinance, and the Takeovers Code;*
 - c. *relevant training taken and/or to be taken in addition to the minimum requirement under rule 3.29; and*
 - d. *professional qualifications in other jurisdictions.*

Rule 3.29 of the Listing Rules:

In each financial year an issuer's company secretary must take no less than 15 hours of relevant professional training.

Note: A person who was a company secretary of an issuer:

1. *on or after 1 January 2005 must comply with rule 3.29 for the financial year commencing on or after 1 January 2012;*
2. *between 1 January 2000 to 31 December 2004 must comply with rule 3.29 for the financial year commencing on or after 1 January 2013;*
3. *between 1 January 1995 to 31 December 1999 must comply with rule 3.29 for the financial year commencing on or after 1 January 2015; and*
4. *on or before 31 December 1994 must comply with rule 3.29 for the financial year commencing on or after 1 January 2017.*

Note: The equivalents for the Growth Enterprise Market Listing Rules ("GEM Listing Rules") are found in Rules 5.14 and 5.15 of the GEM Listing Rules.

APPENDIX II
CORPORATE GOVERNANCE CODE UNDER LISTING RULES
SECTION F OF THE CORPORATE GOVERNANCE CODE

Section F Company Secretary

Principle

The company secretary plays an important role in supporting the board by ensuring good information flow within the board and that board policy and procedures are followed. The company secretary is responsible for advising the board through the chairman and/or the chief executive on governance matters and should also facilitate induction and professional development of directors.

Code Provisions

1. The company secretary should be an employee of the issuer and have day-to-day knowledge of the issuer's affairs. Where an issuer engages an external service provider as its company secretary, it should disclose the identity of a person with sufficient seniority (e.g. chief legal counsel or chief financial officer) at the issuer whom the external provider can contact.
2. The board should approve the selection, appointment or dismissal of the company secretary.

Note: A board meeting should be held to discuss the appointment and dismissal of the company secretary and the matter should be dealt with by a physical board meeting rather than a written resolution.

3. The company secretary should report to the board chairman and/or the chief executive.
4. All directors should have access to the advice and services of the company secretary to ensure that board procedures, and all applicable law, rules and regulations, are followed.

Note: The equivalents for the GEM Listing Rules are found at Section F of the Corporate Governance Code, Appendix 15 of the GEM Listing Rules.

APPENDIX III
SPECIFIC RESPONSIBILITIES RELATING TO
BOARD OF DIRECTORS/SENIOR MANAGEMENT

The company secretary should regularly review and, bearing in mind the provision of the Companies Ordinance, Securities and Futures Ordinance, Listing Rules and the associated Corporate Governance Code and any other applicable rules and regulations, consider matters relating to the following:

A. Relationships

1. Chairman: Do you have direct access to the chairman on governance issues and all matters relating to board and shareholder proceedings?
2. Directors: Do you ensure that there is unlimited and equal provision of information to all board members?
3. Information: Do you co-ordinate the timely flow of information to the board?

B. Board Organisation

1. Frequency of meetings: should these be increased or decreased?
2. Establishment of committees: Have audit, nominating and remuneration committees been established?
3. Other delegations of authority: Can other committees be established to consider in greater detail matters on behalf of the board?

C. Provision of Information to Boards and Committees

1. Standing items: What should be considered at each meeting?
2. Regular or periodic items: What should be considered regularly (e.g. quarterly) and periodically (e.g. one-off)?
3. Schedule of key reviews for any given year: Have you given board/board committees members a broad view of the issues to be discussed at meetings?
4. Authority for setting the agenda: Do you liaise with the chairman in setting the agenda?
5. Circulars to directors: Do the Articles allow resolutions in writing and approval by electronic means? Is this facility adopted? Is it appropriate for the subject matter to be considered by resolution in writing rather than at a meeting?

D. Conduct of Board and Committee Meetings

1. Timely supply of papers: Are papers dispatched to directors in sufficient time for them to consider the matters?
2. Structure of papers: Are papers presented in a uniform manner with an appropriate introduction, discussion of the topic and conclusion with a recommendation or action to be taken?
3. Length of papers: Are the papers too long or too short?
4. Presentations in support of papers: Are senior executives invited to attend board meetings from time-to-time in order to present papers?
5. Length of meetings: Is an appropriate balance struck between unnecessarily taking up directors' time and allowing adequate discussion and consideration of the papers?
6. Conduct of meetings: Can suggestions be made to the chairman for streamlining or improving the way in which meetings are conducted?

E. Documentation

1. Minutes: Is the chairman satisfied with the content, style, length and timely dispatch of minutes? Can they be shortened or do they need to be expanded?
2. Paper meetings: Paper meetings and backdating of minutes are not allowed. Is appropriate use being made of resolutions in writing (if permitted by the Articles) or delegation of authority?
3. Record retention: Is there a policy in place for retention of documents?

F. New Directors

1. Information: Do you have an information pack for new directors covering board and committee proceedings, delegation of authority to committees or individuals and an outline of directors' duties and responsibilities?
2. Induction: Do you visit a new director shortly after the appointment, or at least in advance of his or her first Board meeting, to provide a briefing on the induction material? Do you arrange for the new director to meet with heads of key business units and operations in order to receive a briefing on the company's operations?

G. Connected Transactions

1. **Monitoring:** What procedures do you have in place to monitor and disclose notifiable/connected transactions?
2. **Education:** Are directors and senior management aware of the notifiable/connected transaction disclosure obligations?

H. Disclosure of Interests

1. **Monitoring:** What procedures do you have in place to monitor and report directors' dealings in securities?
2. **Reminders:** Are directors regularly reminded of their disclosure obligations and dealing restrictions?

I. Continuous Disclosure Obligations

1. **Monitoring:** What procedures do you have in place to identify, monitor and disclose inside information?
2. **Education:** Are directors and senior management aware and regularly reminded of their continuous disclosure obligations?
3. **Documentation:** Are decisions on disclosure of inside information and non-disclosure thereof (based on safe harbours) being properly documented?

J. Training

1. Is there an ongoing training programme for directors and senior management?
2. Are records of training being kept? Do you keep those records?

Chartered Secretaries. More than meets the eye.
特許秘書. 潛能. 超越所見.

The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (Incorporated with limited liability)
香港特許秘書公會 (以有限責任形式成立)

Hong Kong Office
香港辦事處

3/F Hong Kong Diamond Exchange Building, 8 Duddell Street, Central, Hong Kong
香港中環都爹利街8號香港鑽石會大廈3樓
Tel: (852) 2881 6177 Fax: (852) 2881 5050
E-mail: ask@hkics.org.hk Website: www.hkics.org.hk

Beijing Representative Office
北京代表辦事處

Rm. 15A04, 15A/F, Dacheng Tower, No.127 Xuanwumen West Street, Xicheng District,
Beijing, China PRC 100031
北京市西城區宣武門西大街甲127號大成大廈15A層15A04室 郵編100031
Tel: (8610) 6641 9368 Fax: (8610) 6641 9078
E-mail: bro@hkics.org.hk

7. Formulaire pré-imprimés publiés par le Companies Registry

Les formulaires pré-imprimés reproduits ci-dessous sont ceux spécifiquement cités dans notre étude. Tous les formulaires pré-imprimés publiés par le Companies Registry sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cr.gov.hk/en/forms/specified.htm>

Ces formulaires pré-imprimés sont téléchargeables aux formats WORD et PDF, peuvent être directement complétés, signés et adressés par voie postale ou par voie électronique sur le portail dédié du Companies Registry.

- I. Formulaire d'immatriculation d'une *Company* (Form NNC1)
- II. Formulaire d'enregistrement de la *Company* auprès de l'*Inland Revenue Department* (Form IRBR1) et tableau récapitulatif des frais d'enregistrement à jour au 1^{er} avril 2014
- III. Formulaire de notification d'un changement de *director* ou de *company secretary* (Form ND2A)
- IV. Formulaire de notification d'émission de parts sociales (Form NSC1)
- V. Formulaire de notification de rachat de parts sociales ou de rachat de parts sociales rachetables (Form NSC2)
- VI. Formulaire de notification d'une modification du capital social (Form NSC11)
- VII. Formulaire de notification de la modification de droits attachés à une classe, ou plusieurs classes, de parts sociales (Form NSC15)
- VIII. Déclaration de solvabilité (Form NSC17)
- IX. Formulaire de notification de réduction du capital social conformément à une décision spéciale des *members* et à une déclaration de solvabilité signée par tous les *directors* (Form NSC19)
- X. Formulaire de notification de réduction du capital social conformément à une décision judiciaire (Form NSC20)
- XI. Formulaire d'*Annual Return* pour une *Company* (Form NAR1)
- XII. Formulaire de demande de désenregistrement d'une *Company* (Form NDR1)

I. Formulaire d'immatriculation d'une Company (Form NNC1)



公司註冊處
Companies Registry

法團成立表格
(股份有限公司)
Incorporation Form
(Company Limited by Shares)

Specimen

Notes:
 ✦ All the particulars filled in this specimen form are fictitious. Any resemblance to individuals or companies is entirely coincidental.
 ✦ Please deliver a complete form (i.e. pages 1-7 including pages with inapplicable items) except unused continuation sheets.
 ✦ Please read the Notes for Completion before completing this form.

表格
Form **NNC1**

註 Note

1 建議採用的公司名稱 Proposed Company Name

建議採用的公司英文名稱 Proposed English Company Name

GREAT RICH SUCCESS LIMITED

建議採用的公司中文名稱 Proposed Chinese Company Name

大展鴻圖有限公司

The company names must be the same as those stated in the name clause of the company's Articles of Association (AA).

2 公司類別 Type of Company

請在適用的空格內加上 ✓ 號 **Please tick the relevant box**



私人 Private



公眾 Public

'Private company' is a company which has included in its AA the restrictions under section 11 of the Companies Ordinance (Cap. 622).

3 公司在香港的註冊辦事處的建議地址

Proposed Address of the Company's Registered Office in Hong Kong

Room 8801-8803, 88/F
 Happy Commercial Building
 1 Queensway
 香港 / HONG KONG

(本處不接納「轉交」地址或郵政信箱號碼 'Care of' addresses or post office box numbers are not acceptable)

4 電郵地址 Email Address

greatrichsuccess@abc.com

提交人資料 Presenter's Reference

姓名 Name: QualiSec Services Limited
 地址 Address: Room 708, 7/F,
 Lucky Commercial Building,
 2 Nathan Road, Kowloon,
 Hong Kong

電話 Tel: 1234 5678 傳真 Fax: 8765 4321
 電郵 Email: qss@abc.com
 檔號 Reference: qss/grs>NNC1

請勿填寫本欄 For Official Use

Please fill in the Presenter's Reference section. The Companies Registry (CR) will notify the presenter by fax to collect the Certificate of Incorporation and the Business Registration Certificate in person. A written authorisation will be required if the presenter sends a representative to collect the certificates. To facilitate communication, please provide the fax number and telephone number in Hong Kong.

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

表格
Form **NNC1**

Note: A company may have one founder member who must take up at least one share of the company. The following is an example of four founder members taking up a total of 10,000 ordinary shares, of total amount HKD 20,000, and all amount to be paid up.

12 5 公司組成時的股本及最初的股份持有情況

Share Capital and Initial Shareholdings on the Company's Formation

股份的類別 (如普通股/優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	建議發行的 股份總數 Total Number of Shares Proposed to be Issued	貨幣 Currency	創辦成員認購的 股本總額 Total Amount of Share Capital to be Subscribed by Founder Members	建議發行的股份的 將要繳付或視為 已繳付的總款額 Total Amount to be Paid Up or to be Regarded as Paid Up on the Shares Proposed to be Issued	建議發行的股份的 尚未繳付或視為 尚未繳付的總款額 Total Amount to Remain Unpaid or to be Regarded as Unpaid on the Shares Proposed to be Issued
			(a)	(b)	(a) - (b)
Ordinary	10,000	HKD	20,000	20,000	0
總值 Total	10,000	HKD	20,000	20,000	0

The share capital must be the same as that stated in the capital clause of the AA.

Equals to the total of A, B, C and D marked in Section 6 and Continuation Sheet A.

13 5A 股份所附帶的權利的詳情 Particulars of Rights Attached to Shares

(只適用於發行超過一類股份的公司 Only applicable to company issuing more than 1 class of shares)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權；在分派股息時參與該項分派的權利； 在分派股本時參與該項分派的權利；該類別股份是否屬可贖回股份等) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable etc.)

表格 Form **NNC1**

6 創辦成員 Founder Members

(如超過兩名創辦成員，請用續頁A填報 Use Continuation Sheet A if more than 2 founder members)

1 中文姓名／名稱
Name In Chinese

高鼓植

英文姓名／名稱
Name In English

Ko Goo Jik Jackie

地址
Address

Flat A, 18/F, Fortune Mansion
1 Cheung Sha Wan Road
Kowloon

國家／地區
Country / Region

HONG KONG

認購的股本 Share Capital to be Subscribed	股份的類別 (如普通股／優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary / Preference etc.)	建議向該成員發行的股份數目 Shares Proposed to be Issued to the Member		
		總數 Total Number	貨幣 Currency	總款額 Total Amount
	Ordinary	3,000	HKD	6,000
			A	
總值 Total		3,000	HKD	6,000

2 中文姓名／名稱
Name In Chinese

一本萬利有限公司

英文姓名／名稱
Name In English

Thousandfold Profits Limited

地址
Address

Room 2808-2810, 28/F
Happy Commercial Building
1 Queensway

國家／地區
Country / Region

HONG KONG

認購的股本 Share Capital to be Subscribed	股份的類別 (如普通股／優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary / Preference etc.)	建議向該成員發行的股份數目 Shares Proposed to be Issued to the Member		
		總數 Total Number	貨幣 Currency	總款額 Total Amount
	Ordinary	2,000	HKD	4,000
			B	
總值 Total		2,000	HKD	4,000

表格 Form **NNC1**

Note: A company may have only one company secretary who can be a natural person or a body corporate. The following is an example of two company secretaries.

7 首任公司秘書 First Company Secretary

(如超過一名公司秘書屬自然人或法人團體，請用續頁 B 填報) Use Continuation Sheet B if more than 1 company secretary is a natural person or a body corporate

A. 公司秘書(自然人) Company Secretary (Natural Person)

中文姓名 Name in Chinese

英文姓名 Name in English
 姓氏 Surname
 名字 Other Names

For company secretary who is a natural person, his / her correspondence address in Hong Kong should be given. Non-Hong Kong addresses and post office box numbers are not acceptable.

前用姓名 Previous Names
 中文 Chinese 英文 English

別名 Alias
 中文 Chinese 英文 English

16 香港通訊地址 Hong Kong Correspondence Address

Please provide the Hong Kong Identity Card number or the passport number and issuing country (as appropriate). If the company secretary does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state 'NIL' in the boxes provided.

(本處不接納郵政信箱號碼) Post office box numbers are not acceptable

17 電郵地址 Email Address

18 身分證證明 Identification
 (a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number
 (6)
 (b) 護照 Passport

 簽發國家 Issuing Country 號碼 Number

20 B. 公司秘書(法人團體) Company Secretary (Body Corporate)

中文名稱 Name in Chinese

英文名稱 Name in English

If the company secretary is a firm, please state the name of the firm in these boxes.

19 香港地址 Hong Kong Address

For company secretary which is a body corporate, the address of its registered or principal office in Hong Kong should be given. Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses and post office box numbers are not acceptable.

(本處不接納「轉交」地址或郵政信箱號碼) Care of addresses or post office box numbers are not acceptable

17 電郵地址 Email Address

公司編號 Company Number

Please fill in the Company Number registered in the CR.

表格
Form **NNC1**

Note: A 'private company' may have one or more directors and at least one of them must be a natural person. A 'public company' must have at least two directors and all directors must be natural persons.

8 首任董事 First Directors

A. 董事(自然人) Director (Natural Person)

(如超過一名董事屬自然人，請用續頁 C 填報 Use Continuation Sheet C if more than 1 director is a natural person)

中文姓名 Name in Chinese

英文姓名 Name in English
姓氏 Surname

名字 Other Names

前用姓名 Previous Names
Nil Nil

別名 Alias
中文 Chinese Nil 英文 English Jack Ko

21 住址 Residential Address
Flat A, 18/F, Fortune Mansion
1 Cheung Sha Wan Road
Kowloon
國家/地區 Country/Region HONG KONG
(本處不接納「轉交」地址或郵政信箱號碼 Care of addresses or post office box numbers are not acceptable)

Please provide the Hong Kong Identity Card number or the passport number and issuing country (as appropriate). If the director does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state 'NIL' in the boxes provided.

22 電郵地址 Email Address

23 身分證明 Identification
(a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number
A B S S S S S S (S)
(b) 護照 Passport
簽發國家 Issuing Country 號碼 Number

25 提示 Advisory Note
所有公司董事均應閱讀公司註冊處編制的《董事責任指引》，並熟悉該指引所概述的董事一般責任。
All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide.

26 出任董事職位同意書 Consent to Act as Director

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

本人同意在公司成立為法團時擔任其董事，並確認本人已年滿 18 歲。
I consent to be a director of the company on its incorporation and confirm that I have attained the age of 18 years.

簽署 Signed : *Jackie Ko*

If the director is also the founder member who signs the form, he must sign the Consent to Act as Director in this form. Other directors may sign the Consent statement in this form or deliver Form NNC3 within 15 days after the date of incorporation of the company.

出任董事職位同意書會於公司成立為法團的日期後 15 日內交付登記。
The Consent to Act as Director will be delivered for registration not later than 15 days after the date of incorporation of the company.

表格 Form **NNC1**

Note: A 'private company' may have one or more directors and at least one of them must be a natural person. A 'public company' must have at least two directors and all directors must be natural persons.

8 首任董事 First Directors (續上頁 cont'd)

B. 董事(法人團體) Director (Body Corporate)

(如超過一名董事屬法人團體，請用續頁 D 填報 Use Continuation Sheet D if more than 1 director is a body corporate)

中文名稱 Name in Chinese

一本萬利有限公司

英文名稱 Name in English

Thousandfold Profits Limited

24 地址 Address

Room 2808-2810, 28/F

Happy Commercial Building

1 Queensway

國家/地區 Country/Region

HONG KONG

(本處不接納「轉交」地址或郵政信箱號碼) Care of addresses or post office box numbers are not acceptable

If a non-Hong Kong address is given, please state the name of the country/region.

22 電郵地址 Email Address

thousandfold@abc.com

公司編號 Company Number

(只適用於在香港註冊的法人團體) Only applicable to body corporate registered in Hong Kong

6999999

25 提示 Advisory Note

所有公司董事均應閱讀公司註冊處編製的《董事責任指引》，並熟悉該指引所概述的董事一般責任。
All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide.

26 出任董事職位同意書 Consent to Act as Director

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

本人獲上述法人團體授權確認上述法人團體同意在公司成立為法團時擔任其董事。
I, being authorized by the above body corporate, confirm that the body corporate consents to be a director of this company on its incorporation.

If the director chooses to deliver Form NNC3 after incorporation of the company, the founder member who signs this form must check this box to state that the Form NNC3 will be delivered for registration within 15 days after the date of incorporation of the company.

簽署 Signed : _____

法人團體的董事/公司秘書/獲授權人士*
Director/Company Secretary/Authorized Person of the Body Corporate*

出任董事職位同意書會於公司成立為法團的日期後 15 日內交付登記。
The Consent to Act as Director will be delivered for registration not later than 15 days after the date of incorporation of the company.

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

表格
Form **NNC1**

Please read the statement carefully before signing this form.

9 創辦成員陳述書 Statement of Founder Member

本人現核證 I certify that :

- (a) 本人為公司的創辦成員或獲其授權人士(如創辦成員為法人團體)並獲其他創辦成員(如有的話)授權簽署本表格。
I am a founder member of this company or an authorized person of a founder member, which is a body corporate (if applicable) and am authorized by the other founder members (if any) to sign this incorporation form.
- (b) 名列本表格內的一名屬自然人的公司秘書通常居於香港。
Each of the company secretaries named in this form who is a natural person ordinarily resides in Hong Kong.
- (c) 名列本表格內但未簽署「出任董事職位同意書」的每一名董事已同意在公司成立為法團時擔任其董事，每一名屬自然人的董事並且已年滿 18 歲。
Each of the directors named in this form who has not signed the 'Consent to Act as Director' has consented to be a director of this company on its incorporation and each director who is a natural person has attained the age of 18 years.
- (d) 所有創辦成員已為《公司條例》第 67(1)(a) 條的目的而簽署公司的章程細則，並確認遞同本表格交付的公司章程細則的文本的內容，與由所有創辦成員簽署的該等章程細則的內容相同。
The company's articles have been signed by all founder members for the purposes of section 67(1)(a) of the Companies Ordinance. The contents of the copy of the company's articles delivered together with this form are the same as those of the articles signed by all founder members.
- (e) 本表格所載的資料、陳述及詳情均屬準確，並與公司的章程細則內的資料、陳述及詳情相符。
The information, statements and particulars contained in this form are accurate and consistent with those contained in the company's articles.
- (f) 公司已遵守《公司條例》中就有關公司註冊的所有規定。
All the requirements of the Companies Ordinance in respect of the registration of the company have been complied with.

本表格包括下列續頁 This Form includes the following Continuation Sheet(s)

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B	C	D
頁數 Number of pages	1	0	1	1

This form must be signed by a founder member. If the founder member is a body corporate, this form must be signed by a director or the company secretary of the body corporate or an authorised person acting on its behalf. Please state both the name of the signatory and the name of the body corporate.

7 簽署 Signed:

Jackie Ho

姓名 Name : Ko Goo Jik Jackie 日期 Date : 03/03/2014
創辦成員 Founder Member 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

14 創辦成員詳情 (第 6 項) Details of Founder Members (Section 6)

1 中文姓名/名稱
Name In Chinese

利豐盈

英文姓名/名稱
Name In English

Lee Fung Ying

地址
Address

G/F

45 Green Lane

New York

國家/地區
Country/Region

U.S.A.

認購的股本
Share Capital to be
Subscribed

股份的類別 (如普通股/優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/Preference etc.)	建議向該成員發行的股份數目 Shares Proposed to be Issued to the Member		
	總數 Total Number	貨幣 Currency	總款額 Total Amount
Ordinary	2,500	HKD	5,000
		C	
總值 Total	2,500	HKD	5,000

2 中文姓名/名稱
Name In Chinese

周年旺

英文姓名/名稱
Name In English

Zhou Nian Wang

地址
Address

Room 8, 3/F

1 Fu Yu Road

Kowloon Tong

國家/地區
Country/Region

HONG KONG

認購的股本
Share Capital to be
Subscribed

股份的類別 (如普通股/優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/Preference etc.)	建議向該成員發行的股份數目 Shares Proposed to be Issued to the Member		
	總數 Total Number	貨幣 Currency	總款額 Total Amount
Ordinary	2,500	HKD	5,000
		D	
總值 Total	2,500	HKD	5,000

Unused Continuation Sheet need not be delivered to the CR.

15 首任公司秘書詳情 (第 7 項) Details of First Company Secretary (Section 7)

A. 公司秘書(自然人) Company Secretary (Natural Person)

中文姓名
Name in Chinese

英文姓名 Name in English

姓氏
Surname

名字
Other Names

前用姓名
Previous Names

中文 Chinese

英文 English

別名
Alias

中文 Chinese

英文 English

16 香港通訊地址
Hong Kong
Correspondence
Address

香港 / HONG KONG

(本處不接納郵政信箱號碼 Post office box numbers are not acceptable)

17 電郵地址
Email Address

18 身分證明 Identification

(a) 香港身分證號碼
Hong Kong Identity Card Number

										()
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	-----

(b) 護照
Passport

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

簽發國家 Issuing Country

號碼 Number

20 B. 公司秘書(法人團體) Company Secretary (Body Corporate)

中文名稱
Name in Chinese

英文名稱
Name in English

19 香港地址
Hong Kong
Address

香港 / HONG KONG

(本處不接納「轉交」地址或郵政信箱號碼 Care of addresses or post office box numbers are not acceptable)

17 電郵地址
Email Address

公司編號 Company Number

18 首任董事(自然人)詳情 (第 8A 項) Details of First Directors (Natural Person) (Section 8A)

中文姓名 Name in Chinese	利豐盈	
英文姓名 Name in English		
姓氏 Surname	Lee	
名字 Other Names	Fung Ying	
前用姓名 Previous Names	Nil	Nil
	中文 Chinese	英文 English
別名 Alias	Nil	Nil
	中文 Chinese	英文 English

21 住址 Residential Address

G/F	Please state the usual residential address. If a non-Hong Kong address is given, please state the name of the country/region.	Please provide the Hong Kong Identity Card number or the passport number and issuing country (as appropriate). If the director does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state 'NIL' in the boxes provided.
45 Green Lane		
New York		
國家/地區 Country/Region	U.S.A.	

(本處不接納「轉交」地址或郵政信箱號碼) Care of addresses or post office box numbers are not acceptable

22 電郵地址 Email Address

Nil

23 身分證明 Identification

(a) 香港身分證號碼
Hong Kong Identity Card Number

								()
--	--	--	--	--	--	--	--	-----

(b) 護照
Passport

U.S.A.	123456789
簽發國家 Issuing Country	號碼 Number

25 提示 Advisory Note

所有公司董事均應閱讀公司註冊處編製的《董事責任指引》，並熟悉該指引所概述的董事一般責任。
All directors of the company are advised to read "A Guide on Directors' Duties" published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide.

26 出任董事職位同意書 Consent to Act as Director
請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

本人同意在公司成立為法團時擔任其董事，並確認本人已年滿 18 歲。
I consent to be a director of the company on its incorporation and confirm that I have attained the age of 18 years.

簽署 Signed : Lee Fung Ying

出任董事職位同意書會於公司成立為法團的日期後 15 日內交付登記。
The Consent to Act as Director will be delivered for registration not later than 15 days after the date of incorporation of the company.

**INCORPORATION FORM
(COMPANY LIMITED BY SHARES)**

For the purposes of section 67(1)(b) of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NNC1

Introduction

1. This form should be used for applying to the Registrar of Companies (the Registrar) for incorporation of a company limited by shares and must be accompanied by a copy of the company's articles.
2. According to sections 5A(1) and 5D(2) of the Business Registration Ordinance (Cap. 310), an applicant for company incorporation must deliver a Notice to Business Registration Office (IRBR1) and the prescribed business registration fee and levy together with this form. Otherwise, the application will be rejected by the Companies Registry.
3. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
4. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required. The Companies Registry will notify the presenter by fax to collect the Certificate of Incorporation and Business Registration Certificate in person. A written authorization will be required if the presenter sends a representative to collect the certificates.
5. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Fee

6. This form must be delivered with the correct registration fee. A form which is not delivered with the correct fee will be rejected by the Companies Registry. Please refer to the information pamphlet on 'Price Guide to Main Services' and the 'Business Registration Fee and Levy Table' for the correct fee payable. If the fee is paid by cheque, the cheque should be crossed and issued in Hong Kong Dollars payable to 'Companies Registry'. Please do not send cash.

Signature

7. A founder member named in this form must sign this form and certify the statements made in the Statement of Founder Member in Section 9. If the founder member is a body corporate, this form must be signed by a director, the company secretary of the body corporate or an authorized person acting on its behalf. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Proposed Company Name (Section 1)

8. (a) A company name may be in English or in Chinese. A company may also adopt both an English name and a Chinese name. Please refer to the 'Guideline on Registration of Company Names for Hong Kong Companies' for the points to note when choosing a company name.
(b) The company name(s) stated in this Section should be identical to the name(s) stated in the Name Clause of the articles of the company as required under section 81 of the Companies Ordinance. An application for incorporation with errors in the proposed company name(s) may be rejected by the Companies Registry and the lodgement fee paid will not be refunded.

Type of Company (Section 2)

9. A company is a 'private company' if its articles restrict a member's right to transfer shares, limit the number of members to 50, and prohibit any invitation to the public to subscribe for any shares or debentures of the company, and it is not a company limited by guarantee. A company is a 'public company' if it is not a private company and not a company limited by guarantee. Please seek independent legal advice on the choice of an appropriate type of company, if necessary.

Proposed Address of the Company's Registered Office in Hong Kong (Section 3)

10. The full proposed address of the company's registered office in Hong Kong must be stated in this Section. Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses or post office box numbers are not acceptable. The proposed address shall be the address of the company's registered office with effect from the date of its incorporation until a notice of change in respect of the address in Form NR1 is delivered to the Registrar under section 658(3) of the Companies Ordinance.

Email Address (Section 4)

11. Please provide the email address of the company, if any, to facilitate electronic communication. If there are any subsequent changes in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form NR1.

Share Capital and Initial Shareholdings on the Company's Formation (Section 5)

12. A company limited by shares must state the details of the share capital and initial shareholdings on its formation. An example is provided below for reference only.

e.g. ABC Company Limited proposes to issue 10,000 ordinary shares on its formation. The total amount of the share capital to be subscribed by the founder members is HKD20,000, of which the amount to be paid up or to be regarded as paid up will be HKD10,000.

股份的類別 (如普通股/優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	建議發行的 股份總數 Total Number of Shares Proposed to be Issued	貨幣 Currency	創辦成員認購的 股本總額 Total Amount of Share Capital to be Subscribed by Founder Members (a)	建議發行的股份的 將要繳付或視為 已繳付的總款額 Total Amount to be Paid Up or to be Regarded as Paid Up on the Shares Proposed to be Issued (b)	建議發行的股份的 尚未繳付或視為 尚未繳付的總款額 Total Amount to Remain Unpaid or to be Regarded as Unpaid on the Shares Proposed to be Issued (a) - (b)
Ordinary	10,000	HKD	20,000	10,000	10,000
總值 Total	10,000	HKD	20,000	10,000	10,000

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 5A)

13. If the share capital of the company is to be divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
- the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - whether or not shares in that class are redeemable shares.

Founder Members (Section 6)

14. Please provide the details of each founder member, the number of shares that the company proposes to issue to the member and the total amount of share capital to be subscribed by the member on the company's formation.

First Company Secretary and Directors (Sections 7 and 8)

15. (a) The details of the first company secretary and directors must be reported in Sections 7 and 8 of this form.
- (b) Every private company incorporated in Hong Kong must have a company secretary and at least one director who is a natural person. The sole director of a private company must **not** also be the company secretary. A private company having only one director must **not** have a body corporate as its company secretary the sole director of which is the sole director of the private company.
- (c) Every public company incorporated in Hong Kong must have a company secretary and at least two directors, one of whom may be the company secretary. A body corporate must **not** be a director of a public company.

First Company Secretary (Sections 7A and 7B)

16. If the company secretary is a natural person, he or she must ordinarily reside in Hong Kong, but he or she is only required to provide the correspondence address in Hong Kong. Non-Hong Kong addresses or post office box numbers are not acceptable.
17. Please provide the email address of the company secretary, if any, to facilitate electronic communication. If there are any subsequent changes in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form ND2B.
18. The Hong Kong Identity Card number or, in the absence of which, the number and issuing country of the passport of the company secretary who is a natural person should be given. If he or she holds neither a Hong Kong Identity Card nor a passport, please state 'Nil' in the boxes provided.
19. If the company secretary is a body corporate, the address of its registered or principal office in **Hong Kong** should be given. Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.
20. If all the partners in a firm are joint company secretaries of the company, please state the name of the firm and the address of its principal office in **Hong Kong** in the boxes provided for Company Secretary (Body Corporate) (Section 7B). Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.

First Directors (Sections 8A and 8B)

21. Please provide the usual residential address of a director who is a natural person. If a non-Hong Kong address is given, please also complete the box for 'Country/Region'. 'Care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.
22. Please provide the email address of the director, if any, to facilitate electronic communication. If there are any subsequent changes in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form ND2B.
23. The Hong Kong Identity Card number or, in the absence of which, the number and issuing country of the passport of a director who is a natural person should be given. If he or she holds neither a Hong Kong Identity Card nor a passport, please state 'Nil' in the boxes provided.
24. If the director is a body corporate, the address of its registered or principal office should be given. If a non-Hong Kong address is given, please also complete the box for 'Country/Region'. 'Care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.
25. All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide. Companies should provide copies of the Guide to their directors for information and reference. The Guide is accessible on the Companies Registry's website (www.cr.gov.hk). Hard copies are also available at the information counters of the Companies Registry on the 13th and 14th floors of the Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong.
26. Every director shall make a statement that he or she has consented to be a director of the company on the company's formation. A director may sign the 'Consent to Act as Director' in this form or complete and sign Form NNC3 — Consent to Act as First Director, which must be delivered to the Registrar not later than 15 days after the date of incorporation of the company. If the director is a body corporate, the statement must be signed by a director, the company secretary of the body corporate or an authorized person acting on its behalf.

II. Formulaire d'enregistrement de la Company auprès de l'Inland Revenue Department
(Form IRBR1) et tableau récapitulatif des frais d'enregistrement à jour au 1^{er} avril 2014



致商業登記署通知書 Notice to Business Registration Office ⁽¹⁾

以下收集的資料只用作商業登記用途。這等資料會傳送給稅務局局長處理。在商業登記申請獲批准後，這等資料會存放在商業登記冊上，供公眾查閱，但不會存放在公司註冊處的登記冊上。

The following information is only collected for the purpose of Business Registration. The information will be transmitted to the Commissioner of Inland Revenue for processing. After the business registration application has been approved, the information will be kept under the Business Register, but not in the Companies Registry's register, for public search.

如在此後任何時間有任何適用商業登記證(在《商業登記條例》(第 310 章)第 6 條中界定)就本公司發出，本人欲選擇該等商業登記證內所註明的屆滿日期均為自其內所註明的生效日期起計的 3 年屆滿之日。

I elect that the expiry date to be endorsed on all applicable business registration certificates (as defined in section 6 of the Business Registration Ordinance (Cap. 310)) to be issued at any time hereafter in respect of this company shall be the date of the expiration of 3 years from the date of commencement endorsed thereon.

是 Yes

否 No

(1) 根據《商業登記條例》(第 310 章)第 5A(1) 及 5D(2) 條的規定，提出成立法團的申請人須將本通知書和訂明的商業登記費及徵費連同相關的申請表格 (表格 NNC1 或 NNC1G) 一併提交公司註冊處。
According to sections 5A(1) and 5D(2) of the Business Registration Ordinance (Cap. 310), an applicant for company incorporation must submit this notice and the prescribed business registration fee and levy together with the related application form (Form NNC1 or NNC1G) to the Companies Registry.

(2) 請在適用的空格內加上 ✓ 號。
Please tick the relevant box.

IRBR1(10/2013)

稅務局 Inland Revenue Department
商業登記費及徵費收費表 Business Registration Fee and Levy Table

收費基準

商業登記證分一年有效期及三年有效期兩種，除經一站式公司註冊及商業登記服務成立的本地公司外，應繳金額以登記證的開始生效日釐訂。對於非本地公司新開業務，其首張登記證的開始生效日期是有關業務的開業日期，不是申請商業登記或分行登記日期。

於一站式公司註冊及商業登記服務下成立的本地公司，其首張商業登記證的應繳金額是向其向公司註冊處提出相關的成立法團遞呈日期釐訂，而該登記證的開始生效日期是它的註冊日期。至於其後發出的續證，應繳金額則以續證的開始生效日釐訂。


Basis of charge

There are two types of business registration certificate, namely 1-year certificate and 3-year certificate. Except for the first registration certificate of local companies falling within the one-stop company and business registration, the amount payable under a certificate depends on the commencement date of the registration certificate. For a new business other than a local company, the commencement date of its first registration certificate is its date of commencement of business, not the date of application for business or branch registration.

For local companies falling within the one-stop company and business registration, the amount payable for the first registration certificate depends on the date of making the related incorporation submission to the Companies Registry and the commencement date of the registration certificate is the date of incorporation. For renewal of certificates, the amount payable is determined by reference to the commencement date of the relevant renewal certificate.

日期 Date	商業登記證 Business Registration Certificate						分行登記證 Branch Registration Certificate					
	一年證 1-year certificate			三年證 3-year certificate			一年證 1-year certificate			三年證 3-year certificate		
	登記費 Fee	徵費 Levy	總數 Total	登記費 Fee	徵費 Levy	總數 Total	登記費 Fee	徵費 Levy	總數 Total	登記費 Fee	徵費 Levy	總數 Total
	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$
2014年4月1日或以後 on or after 1 April 2014	2,000	250	2,250	5,200	750	5,950	73	250	323	189	750	939
19.07.2013 – 31.03.2014	0	250	250	3,200	750	3,950	0	250	250	116	750	866
01.04.2012 – 18.07.2013	0	450	450	3,200	1,350	4,550	0	450	450	116	1,350	1,466
01.08.2011 – 31.03.2012	2,000	450	2,450	5,200	1,350	6,550	73	450	523	189	1,350	1,539
01.08.2009 – 31.07.2011	0	450	450	3,200	1,350	4,550	0	450	450	116	1,350	1,466
01.04.2009 – 31.07.2009	2,000	450	2,450	5,200	1,350	6,550	73	450	523	189	1,350	1,539
01.04.2008 – 31.03.2009	0	450	450	3,200	1,350	4,550	0	450	450	116	1,350	1,466
14.03.2008 – 31.03.2008	2,000	450	2,450	5,200	1,350	6,550	73	450	523	189	1,350	1,539
01.04.2003 – 13.03.2008	2,000	600	2,600	5,200	1,800	7,000	73	600	673	189	1,800	1,989

III. Formulaire de notification d'un changement de directeur ou de company secretary (Form ND2A)



更改公司秘書及董事通知書(委任/停任)
Notice of Change of Company Secretary and Director (Appointment/Cessation)

公司註冊處
Companies Registry

Specimen

表格
Form **ND2A**

公司編號 Company Number
8888888

Notes:

- ◆ All the particulars filled in this specimen form are fictitious. Any resemblance to individuals or companies is entirely coincidental.
- ◆ Please deliver a complete form (i.e. pages 1-3 including pages with inapplicable items) except unused continuation sheets.
- ◆ Please read the Notes for Completion before completing this form.

1 公司名稱 Company Name
The company number and company name must be the same as those stated in the company's Certificate of Incorporation or the last Certificate of Change of Name.
GREAT RICH SUCCESS LIMITED 大展鴻圖有限公司

2 公司秘書/董事的停任 Cessation to Act as Company Secretary/Director
(如超過一名公司秘書/董事停任, 請用續頁 A 續報 Use Continuation Sheet A if more than 1 company secretary/director ceased to act)

A. 現時在公司註冊處登記的詳情 Particulars Currently Registered with the Companies Registry
請在適用的空格內加上 / 號 Please tick the relevant box(es)

身分 Capacity

<input type="checkbox"/> 公司秘書 Company Secretary	<input checked="" type="checkbox"/> 董事 Director	<input type="checkbox"/> 候補董事 Alternate Director	<input type="checkbox"/> 代替 Alternate to
--	--	---	--

Please indicate the capacity of the person ceasing to act. If that person ceased to act as both company secretary and director / alternate director, please tick all the relevant boxes.

公司秘書/董事的詳情 (自然人) Particulars of Company Secretary/Director (Natural Person)

中文姓名 Name In Chinese: **利豐盈**

英文姓名 Name In English: 姓氏 Surname: **Lee**, 名字 Other Names: **Fung Ying**

身分證明 Identification

香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number	護照號碼 Passport Number
()	123456789

或OR

公司秘書/董事的詳情 (法人團體) Particulars of Company Secretary/Director (Body Corporate)
中文及英文名稱 Chinese and English Names

Please provide the Hong Kong Identity Card number or passport number (as appropriate). If these particulars have not yet been reported to the Companies Registry (CR), please report the change by completing a Form ND2B. If the company secretary / director / alternate director does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state "NIL" in the boxes provided.

B. 停任詳情 Details of Cessation

停任原因 Reason for Cessation: 辭職/其他 Resignation/Others, 去世 Deceased

停任日期 Date of Cessation: 日 DD: **17**, 月 MM: **03**, 年 YYYY: **2014**
For a deceased company secretary / director / alternate director, the date of death should be given as the date of cessation.

上述董事或候補董事在停任日期後, 是否仍然擔任這公司的候補董事或董事職位?
Will this director or alternate director continue to hold office as alternate director or director in this company after the date of cessation? 是 Yes, 否 No

提交人資料 Presenter's Reference
姓名 Name: QualiSec Services Limited
地址 Address: Room 708, 7/F, Lucky Commercial Building, 2 Nathan Road, Kowloon, Hong Kong

電話 Tel: 1234 5678 傳真 Fax: 8765 4321
電郵 Email: qss@abc.com
權號 Reference: qss/grs-ND2A

請勿填寫本欄 For Official Use
Please fill in the Presenter's Reference section to facilitate follow up, if necessary.

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

If the person is appointed as both director and alternate director, please tick all the relevant boxes.

3 委任公司秘書／董事 (自然人) **Appointment of Company Secretary/Director (Natural Person)**

(如委任超過一名自然人為公司秘書／董事，請用續頁 B 填報 Use Continuation Sheet B if more than 1 natural person is appointed as company secretary/director)

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box(es)

12 身分 Capacity

公司秘書 Company Secretary

董事 Director

候補董事 Alternate Director

代替 Alternate to

Ko Goo Jik Jackie

In case of an alternate director, please state the name of the principal director to whom he/she is appointed as the alternate.

中文姓名 Name In Chinese: 周年旺

英文姓名 Name In English: 姓氏 Surname: Zhou

名字 Other Names: Nian Wang

前用姓名 Previous Names: 中文 Chinese: Nil

別名 Alias: 中文 Chinese: Nil

英文 English: Nil

For director / alternate director, please state the usual residential address. If a non-Hong Kong address is given, please state the name of the country / region.

13 地址 Address: Room 8, No. 1 Plenty Road, New York, USA

國家/地區 Country/Region: USA

Please provide the Hong Kong Identity Card number or the passport number and issuing country (as appropriate). If the company secretary / director / alternate director does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state 'NIL' in the boxes provided.

14 電郵地址 Email Address: Nil

15 身分證明 Identification

(a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number: [] [] [] [] [] [] [] [] [] [] ()

(b) 護照 Passport: 簽發國家 Issuing Country: USA

號數 Number: 3412568797

委任日期 Date of Appointment: 17 03 2014 (日 DD 月 MM 年 YYYY)

16 上述董事或候補董事在獲得這次委任時，是否已經是這公司的現任候補董事或董事? Is this director or alternate director already an existing alternate director or director in this company at the time of this appointment? 是 Yes 否 No

17 提示 Advisory Note: 所有公司董事均應閱讀公司註冊處編製的《董事責任指引》，並熟悉該指引所概述的董事一般責任。 All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide.

17 出任董事職位同意書 Consent to Act as Director *請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

本人同意擔任公司的董事／候補董事*，並確認本人已年滿 18 歲。 I consent to act as **director/alternate director** of this company and confirm that I have attained the age of 18 years.

簽署 Signed: Zhou Nian Wang

The newly appointed director / alternate director must sign this consent.

Unused Continuation Sheet need not be delivered to the CR.

公司秘書／董事的停任 (第 2 項)
Cessation to Act as Company Secretary/Director (Section 2)

A. 現時在公司註冊處登記的詳情 Particulars Currently Registered with the Companies Registry

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box(es)

7 身分 Capacity 公司秘書 Company Secretary 董事 Director 候補董事 Alternate Director 代替 Alternate to

公司秘書／董事的詳情 (自然人) Particulars of Company Secretary/Director (Natural Person)

中文姓名 Name in Chinese

英文姓名 Name in English 姓氏 Surname

名字 Other Names

8 身分證明 Identification

香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number

護照號碼 Passport Number

或 OR

9 公司秘書／董事的詳情 (法人團體) Particulars of Company Secretary/Director (Body Corporate)

中文及英文名稱 Chinese and English Names

B. 停任詳情 Details of Cessation

停任原因 Reason for Cessation

辭職／其他 Resignation/Others 去世 Deceased

10 停任日期 Date of Cessation

日 DD 月 MM 年 YYYY

11 上述董事或候補董事在停任日期後，是否仍然擔任這公司的候補董事或董事職位？
Will this director or alternate director continue to hold office as alternate director or director in this company after the date of cessation? 是 Yes 否 No

委任公司秘書／董事 (法人團體) (第 4 項)

Appointment of Company Secretary/Director (Body Corporate) (Section 4)

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box(es)

18 身分 Capacity 公司秘書 Company Secretary 董事 Director 候補董事 Alternate Director

代替 Alternate to

19 中文名稱 Name in Chinese 大富大貴有限公司

19 英文名稱 Name in English Greater Wealth Limited

20 地址 Address 2/F, Rich Commercial Building
999 Nathan Road
Kowloon
國家/地區 Country/Region HONG KONG

For director / alternate director, if a non-Hong Kong address is given, please state the name of the country / region.

21 電郵地址 Email Address Nil

公司編號 Company Number (只適用於在香港註冊的法人團體) Only applicable to body corporate registered in Hong Kong 7000568

委任日期 Date of Appointment 17 03 2014
日 DD 月 MM 年 YYYY

22 上述董事或候補董事在獲得這次委任時，是否已經是這公司的現任候補董事或董事？
Is this director or alternate director already an existing alternate director or director in this company at the time of this appointment? 是 Yes 否 No

23 提示 Advisory Note 所有公司董事均應閱讀公司註冊處編製的《董事責任指引》，並熟悉該指引所概述的董事一般責任。
All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide.

23 出任董事職位同意書 Consent to Act as Director
本人謹代表上述公司確認，上述公司同意擔任公司的董事／候補董事*。
I, acting on behalf of the above named company, confirm that the above company consents to act as **director/alternate director*** of this company.

簽署 Signed: John Lee
董事(法人團體)的董事／公司秘書／獲授權人士*
Director/Company Secretary/Authorized Person of the Director (Body Corporate)*

The newly appointed director / alternate director must sign this consent.

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

**NOTICE OF CHANGE OF COMPANY SECRETARY AND DIRECTOR
(APPOINTMENT / CESSATION)**

For the purposes of sections 645(1), 645(4), 652(1) and 652(2) of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form ND2A

Introduction

1. (a) This form should be used to notify the Registrar of Companies (the Registrar) of the appointment of a company secretary or joint company secretaries (company secretary) or director (including the appointment of an alternate director but excluding the nomination of a reserve director) of a company incorporated in Hong Kong. This form should also be used to notify the Registrar of a company secretary or director (including an alternate director but excluding a reserve director) ceasing to hold office. This form should be delivered to the Registrar for registration within 15 days after the appointment or cessation.
 - (b) Every private company incorporated in Hong Kong must have a company secretary and at least one director who is a natural person. The sole director of a private company must not also be the company secretary of the company. A private company having only one director must not have as company secretary a body corporate the sole director of which is the sole director of the private company. If the private company is a member of a group of companies of which a listed company is a member, the private company cannot appoint a body corporate as its director.
 - (c) Every public company and company limited by guarantee must have a company secretary and at least two directors, one of whom may be the company secretary. A body corporate must not be appointed as a director of these types of companies.
 - (d) Where a private company has only one member and that member is also the sole director of the company, the company may by a resolution passed at a general meeting, despite anything in its articles, nominate a person (other than a body corporate) who has attained the age of 18 years as a reserve director of the company to act in the place of the sole director in the event of his or her death.
2. Please use the appropriate form to report the following changes —

Types of changes	Forms
Changes in particulars of the company secretary or director (including alternate director) of a local company	Form ND2B
Nomination or cessation of nomination of the reserve director of a local company	Form ND5
Changes in particulars of the reserve director of a local company	Form ND7

3. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
4. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
5. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

6. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Cessation to Act as Company Secretary/ Director (Section 2)

7. Please indicate the capacity(ies) of the person(s) ceasing to act. In the case of an alternate director, please state the name(s) of the principal director(s) to whom he or she or it was the alternate.
8. If the company secretary or director who is a natural person has ceased to hold office and has registered the particulars in respect of his or her Hong Kong Identity Card number or passport number with the Companies Registry, please provide such number for identification purposes. If no such particulars have been registered, please state 'Nil' in the boxes provided.
9. If all the partners in a firm cease to be the joint company secretaries of the company, please state the name of the firm in the box for name of Company Secretary (Body Corporate).
10. For a deceased company secretary or director, the date of death should be given as the date of cessation.
11. Please indicate whether the director or alternate director still holds any directorship(s) (including alternate directorship(s)) after the cessation of appointment. There is no need to complete this item when reporting the cessation of appointment of the company secretary.

Appointment of Company Secretary/ Director (Natural Person) (Section 3)

12. Please state the capacity(ies) of the appointee(s). If the appointment concerns an alternate director, please state the name(s) of the principal director(s) to whom the appointee is appointed as the alternate.
13. (a) Please provide the correspondence address in Hong Kong of the company secretary. Non-Hong Kong addresses or post office box numbers are not acceptable.
(b) Please provide the usual residential address of the director. If a non-Hong Kong address is given, please also complete the box for 'Country/Region'. 'Care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.
14. Please provide the email address of the company secretary or director, if any, to facilitate electronic communication. If there are any subsequent changes in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form ND2B.
15. The Hong Kong Identity Card number or, in the absence of which, the number and issuing country of the passport of the company secretary or director should be given. If he or she holds neither a Hong Kong Identity Card nor a passport, please state 'Nil' in the boxes provided.
16. Please indicate whether the appointee is an existing director or alternate director of the company at the time of appointment. There is no need to complete this item when reporting the appointment of the company secretary.
17. Every newly appointed director or alternate director must sign the 'Consent to Act as Director' in this form.

All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide. Companies should provide copies of the Guide to their directors for information and reference. The Guide is accessible on the Companies Registry's website (www.cr.gov.hk). Hard copies are also available at the information counters of the Companies Registry on the 13th and 14th floors of the Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong.

Appointment of Company Secretary/ Director (Body Corporate) (Section 4)

18. Please state the capacity(ies) of the appointee(s). If the appointment concerns an alternate director, please state the name(s) of the principal director(s) to whom the appointee is appointed as the alternate.
19. If all the partners in a firm are appointed as joint company secretaries of the company, please state the name of the firm in the box for name of Company Secretary (Body Corporate).

20. (a) If the company secretary is a body corporate, the address of its registered or principal office in **Hong Kong** should be given. Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.
- (b) If the director is a body corporate, the address of its registered or principal office should be given. If a non-Hong Kong address is given, please also complete the box for 'Country/Region'. 'Care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.
21. Please provide the email address of the company secretary or director, if any, to facilitate electronic communication. If there are any subsequent changes in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form ND2B.
22. Please indicate whether the appointee is an existing director or alternate director of the company at the time of appointment. There is no need to complete this item when reporting the appointment of the company secretary.
23. Every newly appointed director or alternate director must sign the 'Consent to Act as Director' in this form.

All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide. Companies should provide copies of the Guide to their directors for information and reference. The Guide is accessible on the Companies Registry's website (www.cr.gov.hk). Hard copies are also available at the information counters of the Companies Registry on the 13th and 14th floors of the Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong.

Confirmation (Section 5)

24. The company secretary, who is a natural person, must ordinarily reside in Hong Kong.

IV. Formulaire de notification d'émission de parts sociales (Form NSC1)



公司註冊處
Companies Registry

股份配發申報書
Return of Allotment

表格
Form **NSC1**

公司編號 Company Number

註 Note

1 公司名稱 Company Name

2 配發股份的日期 Date of Allotment

由 From 至 To

日 DD 月 MM 年 YYYY 日 DD 月 MM 年 YYYY

3 是次股份配發的總款額 Totals of this Allotment

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

- 上述公司的已發行股本因是次配發股份而增加的款額如下：
As a result of this allotment, the company's issued share capital is increased by the following amount:

貨幣單位 Currency	款額 Amount

- 上述公司的已發行股本並未因是次配發股份而增加(在此情況不用申報第 4 項)
The company's issued share capital is not increased as a result of this allotment. (No need to complete Section 4 in this situation)

4 配發股份的詳情 Details of Shares Allotted

A. 以金錢代價配發的股份 Shares Allotted for Cash Consideration

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	所配發的 股份數目 Number of Shares Allotted	已為或視作已為 每一股份繳付的款額 Amount Paid or Regarded as Paid on Each Share	尚未為或視作尚未為 每一股份繳付的款額 Amount Unpaid or Regarded as Unpaid on Each Share

5 提交人資料 Presentor's Reference

姓名 Name:
地址 Address:

電話 Tel: 傳真 Fax:
電郵 Email:
檔號 Reference:

請勿填寫本欄 For Official Use

指明編號 1/2014 (2014 年 3 月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

--

4 配發股份的詳情 Details of Shares Allotted (續上頁 cont'd)

B. 全部或部分以非金錢代價配發的股份 Shares Allotted Wholly or Partly for Non-Cash Consideration

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	所配發的 股份數目 Number of Shares Allotted	已為或視作已為 每一股份繳付的款額 Amount Paid or Regarded as Paid on Each Share	尚未為或視作尚未為 每一股份繳付的款額 Amount Unpaid or Regarded as Unpaid on Each Share

7

C. 股份配發的非金錢代價的詳情

Details of Non-cash Consideration for which the Shares have been Allotted

請在適用的空格內加上 ✓ 號，並在「詳情」一欄中提供相關的資料
Please tick the relevant box and complete the box for "Particulars"

- 公司以非金錢代價根據《公司條例》第 13 部第 2 分部作出的安排進行股份配發，詳情如下：
Shares are allotted for non-cash consideration under an arrangement made under Division 2 of Part 13 of the Companies Ordinance. The particulars are listed below.
- 所配發股份已入帳列為已繳足股款(不論有否經過資本化)，詳情如下：
Shares allotted are credited as fully paid up whether on or without a capitalization. The particulars are listed below.
- 公司以非金錢代價配發上述股份，該配發關乎《公司條例》第 142(2)(d)(iii) 條所述的合約，而該合約是以書面形式訂立。詳情如下：
Shares are allotted wholly or partly for non-cash consideration in respect of a written contract mentioned in section 142(2)(d)(iii) of the Companies Ordinance. The particulars are listed below.

詳情 Particulars (如空位不足，請用續頁 A 填報 Use Continuation Sheet A if the space is insufficient)

--

- 公司以非金錢代價配發上述股份，該配發關乎《公司條例》第 142(2)(d)(iii) 條所述的合約，而該合約並非以書面形式訂立。現隨本表格附上載有該合約細則的附表一。
Shares are allotted for non-cash consideration in respect of a contract mentioned in section 142(2)(d)(iii) of the Companies Ordinance. The contract is not reduced to writing. A Schedule 1 containing the particulars of the contract is attached to this form.

--

6 股本說明 (以股份配發的日期的狀況為準)
Statement of Capital (As at the Date of the Allotment of Shares)

A. 股本 Share Capital (如空間不足, 請用續頁 C 填報 Use Continuation Sheet C if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳或視作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up (b)	未繳或視作 未繳的總款額 Total Amount Unpaid or Regarded as Unpaid (a) - (b)

B. 股份所附帶的權利的詳情 Particulars of Rights Attached to Shares

只適用於發行超過一類股份的公司 Only applicable to company issuing more than 1 class of shares

(如空間不足, 請用續頁 D 填報 Use Continuation Sheet D if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權; 在分派股息時參與該項分派的權利; 在分派股本時參與該項分派的權利; 該類別股份是否屬可贖回股份) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable)

本申報書包括下列續頁 This Return includes the following Continuation Sheet(s)

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B	C	D
頁數 Number of pages				

簽署 Signed :

姓名 Name : _____ 日期 Date : _____
 董事 Director / 公司秘書 Company Secretary * 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

--

7 配發股份的非金錢代價（公司條例）第 142(2)(d)(iii)條所述的合約
(若配發的合約並非以書面形式訂立)

Non-cash consideration for which shares have been allotted in respect of a contract mentioned in section 142(2)(d)(iii) of the Companies Ordinance
(Where the contract for allotting shares is not reduced to writing)

A. 如作出該項配發是作為清償全部或部分財產的買價，請述明該項財產以及清償買價的詳情：
If the allotment is made in satisfaction or part satisfaction of the purchase price of property, please describe the property and the details as regards how the purchase price is to be satisfied:

(1) 財產的簡述
Brief description of property

--

(2) 買價
Purchase price

	股份數目 Number of Shares	貨幣單位 Currency	款額 Amount
(a) 以非金錢支付股款而獲配發股份所付代價的總款額 Total amount of consideration paid for shares allotted otherwise than in cash			
(b) 現金 Cash			
(c) 購買人所解除的債項或所承擔的債務的款額 (包括按揭及購買人就收購財產所解除的債項或所承擔的債務) Amount of debt released or liabilities assumed by the purchaser (including mortgages and any debts released or liabilities assumed by the purchaser on the property acquired)			
總買價 Total purchase price			

B. 如配發該等股份的代價為服務或非上文第 A 項所述的其他代價，請述明該項代價的性質，以及所配發股份的數目
If the consideration for the allotment of such shares is services, or any consideration other than that mentioned in Section A above, please state the nature of such consideration and the number of shares so allotted

--

--

C. 上文第 A 項所述財產的總買價的細目分類：

Breakdown of the total purchase price of the property mentioned in Section A above :

	貨幣單位 Currency	款額 Amount
(1) 永久業權財產的法定產業權及在永久業權財產上的固定工業裝置及機械及其他固定裝置 (凡該等財產是在按揭的規限下出售，應列明總價值。) Legal estates in freehold property and fixed plant and machinery and other fixtures thereon (Where such properties are sold subject to mortgage, the gross value should be shown.)		
(2) 批租土地財產的法定產業權 (凡該等財產是在按揭的規限下出售，應列明總價值。) Legal estates in leasehold property (Where such properties are sold subject to mortgage, the gross value should be shown.)		
(3) 批租土地財產上的固定工業裝置及機械 Fixed plant and machinery on leasehold property		
(4) 永久業權財產或批租土地財產的衡平法權益 (凡該等財產是在按揭的規限下出售，應列明總價值。) Equitable interests in freehold or leasehold property (Where such properties are sold subject to mortgage, the gross value should be shown.)		
(5) 活動工業裝置及機械、商品存貨及其他實產 Loose plant and machinery, stock-in-trade, and other chattels		
(6) 商譽及合約的利益 Goodwill and benefit of contracts		
(7) 專利、設計、商標、特許、版權等 Patents, designs, trade marks, licences, copyrights, etc.		

--

	貨幣單位 Currency	款額 Amount
(8) 帳面債項及其他債項 Book and other debts		
(9) 手頭現金及銀行來往帳戶內的現金、匯票、票據等 Cash in hand and at bank on current account, bills, notes, etc.		
(10) 存放於銀行或其他地方的現金 Cash on deposit at bank or elsewhere		
(11) 股份、債權證及其他投資 Shares, debentures and other investments		
(12) 其他財產 Other property		
總買價 Total purchase price		

RETURN OF ALLOTMENT

For the purposes of section 142(1) of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NSC1

Introduction

1. This form should be used to notify the Registrar of Companies (the Registrar) of the allotment of shares by a company limited by shares. It should be delivered to the Registrar for registration within one month after an allotment of shares.
2. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
3. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
4. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 86 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

5. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Date of Allotment (Section 2)

6. This form may be used for allotments made on a single day or over a period of time (within one month). If more than one allotment has been made over a period of time, please enter only the first and last dates that apply. If only one date is applicable, please enter it in the first date box.

Details of Non-cash Consideration for which the Shares have been Allotted (Section 4C)

7. (a) In the case of an allotment wholly or partly for non-cash consideration under an arrangement made under Division 2 of Part 13 of the Companies Ordinance, please state the particulars of the order of the Court sanctioning the arrangement.
(b) Where shares allotted are credited as fully paid up whether on or without a capitalization, please state the amount regarded as paid on each share and the particulars of the resolution authorizing the capitalization or allotment.
(c) In any other case of an allotment of shares wholly or partly for non-cash consideration, please state the particulars of the contract for sale, or for services or other consideration in respect of which the shares were allotted pursuant to section 142(2)(d)(iii) of the Companies Ordinance.
(d) Where shares are allotted wholly or partly for non-cash consideration in respect of a contract mentioned in section 142(2)(d)(iii) of the Companies Ordinance which is not reduced to writing, please complete and attach to this form a Schedule 1 containing the particulars of the contract.

Statement of Capital (Section 6)

8. Where the form is used for allotments made over a period of time, the Statement of Capital should reflect the share capital of the company as at the last date of allotment.

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 6B)

9. If the share capital of the company is divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
 - (a) the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - (b) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - (c) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - (d) whether or not shares in the class are redeemable shares.

--

4 股本說明 (以緊接贖回或回購股份後的時間的狀況為準)

Statement of Capital (As at the Time Immediately After the Redemption or Buy-back)

A. 股本 Share Capital (如空位不足, 請用續頁 A 填報 Use Continuation Sheet A if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳或視作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up (b)	未繳或視作 未繳的總款額 Total Amount Unpaid or Regarded as Unpaid (a) - (b)

B. 股份所附帶的權利的詳情 Particulars of Rights Attached to Shares

只適用於發行超過一類股份的公司 Only applicable to company issuing more than 1 class of shares

(如空位不足, 請用續頁 B 填報 Use Continuation Sheet B if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權; 在分派股息時參與該項分派的權利; 在分派股本時參與該項分派的權利; 該類別股份是否屬可贖回股份) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable)

本申報表包括下列續頁 This Return includes the following Continuation Sheet(s)

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B
頁數 Number of pages		

簽署 Signed :

姓名 Name : _____ 日期 Date : _____
 董事 Director / 公司秘書 Company Secretary * 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

RETURN OF SHARE REDEMPTION OR BUY-BACK

For the purposes of section 270(1) of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NSC2

Introduction

1. Where a company redeems or buys back any shares, it must, within 15 days after the date on which the shares are delivered to the company, deliver a return in this form to the Registrar of Companies (the Registrar) for registration.
2. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
3. Please complete the Presentor's Reference. Unless the presentor needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
4. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

5. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 4B)

6. If the share capital of the company is divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
 - (a) the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - (b) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - (c) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - (d) whether or not shares in that class are redeemable shares.

VI. Formulaire de notification d'une modification du capital social (Form NSC11)



公司註冊處
Companies Registry

更改股本通知書
Notice of Alteration of Share Capital

表格
Form **NSC11**

公司編號 Company Number

註 Note

1 公司名稱 Company Name

2 更改股本的詳情 Details of Alteration of Share Capital

A. 生效日期 Effective Date

日 DD	月 MM	年 YYYY

B. 更改詳情 Details of Alteration

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

上述公司的已發行股本因是次股本的更改而增加。
This company's issued share capital is increased by this alteration.

增加的款額 Amount of the increase



提交人資料 Presenter's Reference

姓名 Name:
地址 Address:

電話 Tel: 傳真 Fax:
電郵 Email:
檔號 Reference:

請勿填寫本欄 For Official Use

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

NOTICE OF ALTERATION OF SHARE CAPITAL

For the purposes of section 171(1) of Companies Ordinance (Cap.622)

Notes for Completion of Form NSC11

Introduction

1. Under section 170 of the Companies Ordinance, a limited company may alter its share capital in any one or more of the following ways —
 - (a) increase its share capital by allotting and issuing new shares;
 - (b) increase its share capital without allotting and issuing new shares, if the funds or other assets for the increase are provided by the members of the company;
 - (c) capitalize its profits, with or without allotting and issuing new shares;
 - (d) allot and issue bonus shares with or without increasing its share capital;
 - (e) convert all or any of its shares into a larger or smaller number of shares;
 - (f) cancel shares —
 - (i) that, at the date the resolution for cancellation is passed, have not been taken or agreed to be taken by any person; or
 - (ii) that have been forfeited.

Except for an alteration of share capital which involves an allotment of shares, a company must deliver to the Registrar of Companies (the Registrar) for registration a notice in this form within one month after altering its share capital under section 170.

2. A company is not required to deliver a notice in this form in relation to an alteration of share capital involving an allotment of shares. For an allotment of shares, section 142 of the Companies Ordinance requires a company to deliver a return of allotment (Form NSC1) to the Registrar for registration.
3. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
4. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
5. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

6. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 3B)

7. If the share capital of the company is divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
 - (a) the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - (b) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - (c) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - (d) whether or not shares in the class are redeemable shares.

VII. Formulaire de notification de la modification de droits attachés à une classe, ou plusieurs classes, de parts sociales (Form NSC 15)



公司註冊處
Companies Registry

更改股份所附帶的權利通知書
Notice of Variation of Rights
Attached to Shares

表格
Form **NSC15**

公司編號 Company Number

註 Note

1 公司名稱 Company Name

2 某類別股份所附帶的權利的更改 Variation of the Rights Attached to Shares in a Class

A. 批准該項更改 Authorization of the Variation

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

批准該項更改的決議或其他文件的文本已根據《公司條例》的另一條文交付公司註冊處處長登記。
A copy of the resolution or other document which authorized the variation has been delivered to the Registrar of Companies for registration under another provision of the Companies Ordinance.

隨本表格一併交付批准該項更改的決議的文本。
A copy of the resolution which authorized the variation is delivered with this form.

隨本表格一併交付批准該項更改的其他文件的文本。
A copy of other document which authorized the variation is delivered with this form.

請說明 Please specify _____

3 B. 更改的生效日期

Date on which the Variation Takes Effect

日 DD	月 MM	年 YYYY

C. 更改的詳情 Details of Variation (如空格不足，請用續頁A填報 Use Continuation Sheet A if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權；在分派股息時參與該項分派的權利； 在分派股本時參與該項分派的權利；該類別股份是否屬可贖回股份) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable)

4 提交人資料 Presenter's Reference

姓名 Name:
地址 Address:

電話 Tel: 傳真 Fax:
電郵 Email:
權號 Reference:

請勿填寫本欄 For Official Use

說明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

--

3 股本說明 (以該項更改的生效日期當日的狀況為準)
Statement of Capital (As at the Date on which the Variation Takes Effect)

A. 股本 Share Capital (如空位不足，請用續頁 B 填報 Use Continuation Sheet B if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳或視作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up (b)	未繳或視作 未繳的總款額 Total Amount Unpaid or Regarded as Unpaid (a) - (b)

7 B. 股份所附帶的權利的詳情 Particulars of Rights Attached to Shares

只適用於發行超過一類股份的公司 Only applicable to company issuing more than 1 class of shares

(如空位不足，請用續頁 C 填報 Use Continuation Sheet C if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權；在分派股息時參與該項分派的權利； 在分派股本時參與該項分派的權利；該類別股份是否屬可贖回股份) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable)

本通知書包括下列續頁 This Notice includes the following Continuation Sheet(s)

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B	C
頁數 Number of pages			

8 簽署 Signed :

姓名 Name : _____ 日期 Date : _____
董事 Director / 公司秘書 Company Secretary * 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

NOTICE OF VARIATION OF RIGHTS ATTACHED TO SHARES

For the purposes of section 184(1) of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NSC15

Introduction

1. Where a company having a share capital varies the rights attached to shares in a class, the company must within 1 month after the date on which the variation takes effect deliver to the Registrar of Companies (the Registrar) for registration a notice in this form giving details of the variation, together with a copy of the resolution or other document that authorized the variation if that has not been delivered to the Registrar under another provision of the Companies Ordinance.
2. The variation takes effect —
 - (a) if no application to Court is made under section 182 of the Companies Ordinance within 28 days after the date on which the variation is made for it to be disallowed, at the end of the 28 days' period; or
 - (b) if an application to Court is made within the 28 days' period, at the time the application is withdrawn or finally determined.
3. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
4. Please complete the Presentor's Reference. Unless the presentor needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
5. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

6. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 3B)

7. If the share capital of the company is divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
 - (a) the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - (b) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - (c) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - (d) whether or not shares in that class are redeemable shares.

VIII. Déclaration de solvabilité (Form NSC17)



公司註冊處
Companies Registry

償付能力陳述書
Solvency Statement

表格
Form **NSC17**

公司編號 Company Number

註 Note

1 公司名稱 Company Name

2 陳述 Statement

本人／我們* 是上述公司的 唯一董事／全體董事*，現按照《公司條例》第5部第2分部陳述—

I/We*, being the sole director/all the directors* of the company, hereby state in accordance with Division 2 of Part 5 of the Companies Ordinance that —

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

上述公司建議藉著償付能力陳述，支持以特別決議減少其股本。償付能力陳述是根據《公司條例》第216(1)條作出的。
This company is proposing to reduce its share capital by special resolution supported by a solvency statement and this solvency statement is made in accordance with section 216(1) of the Companies Ordinance.

上述公司建議就贖回或回購本身的股份從資本中撥款作付款。償付能力陳述是根據《公司條例》第259(1)條作出的。
This company is proposing to make a payment out of capital in respect of a redemption or buy-back of its own shares and this solvency statement is made in accordance with section 259(1) of the Companies Ordinance.

3 意見 Opinion

本人／我們* 已查完上述公司的事務狀況及前景，及考慮公司的所有債務(包括或有負債及潛在負債)，並且已得出下列的意見—

I/We* have inquired into the company's state of affairs and prospects and taken into account all the liabilities of the company (including contingent and prospective liabilities). I/We* have formed the opinion that —

(a) 在緊接上述第2項的事宜的進行後，將會沒有認定上述公司無能力償付其債項的理由；及

Immediately after the transaction in Section 2 above, there will be no ground on which the company could be found to be unable to pay its debts; and

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

3 提交人資料 Presentor's Reference	姓名 Name:
	地址 Address:
電話 Tel:	傳真 Fax:
電郵 Email:	
檔號 Reference:	

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

請勿填寫本欄 For Official Use

--

3 意見 Opinion (續上頁 cont'd)

- (b) (i) 如公司的清盤擬在上述第2項事宜的日期後的12個月內展開，在展開清盤後的12個月內，該公司將會有能力悉數償付其債項；或
if it is intended to commence the winding up of the company within 12 months after the date of the transaction stated in Section 2 above, the company will be able to pay its debts in full within 12 months after the commencement of the winding up; or
- (ii) 在任何其他情況，該公司將會有能力償付其在緊接上述第2項事宜後的12個月內到期的債項。
in any other case, the company will be able to pay its debts as they become due during the period of 12 months immediately following the date of the transaction stated in Section 2 above.

4 唯一董事或全體董事簽署 Signature(s) of the Sole Director or All Directors

(如空位不足，請用續頁填報 Use Continuation Sheet if the space is insufficient)

3

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

姓名 Name: _____ 簽署 Signed: _____ 日期 Date: _____
董事 Director 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

本陳述書所包括的續頁數目
Number of Continuation Sheet(s) included in this Statement

--

(公司條例) (香港法例第 622 章)
第 216(1) 及 259(1) 條規定交付的

償付能力陳述書

填表須知 — 表格 NSC17

附註

引言

1. 如公司計劃—
 - (a) 按照《公司條例》第 5 部第 3 分部第 2 次分部，藉特別決議減少其股本；或
 - (b) 按照《公司條例》第 5 部第 4 分部第 6 次分部，從資本中撥款作支付贖回或回購本身的股份，公司的所有董事須在通過相關事宜的特別決議前，以本表格作出償付能力陳述。有關的特別決議須在作出償付能力陳述的日期後的 15 日內通過。
2. 如以中文申報本表格內的資料，請用繁體字。以手寫方式填寫的表格或不會被公司註冊處接納。
3. 請提供提交人資料，除非有特別事項需要公司註冊處注意，否則無須另加附函。
4. 你可郵寄本表格到「香港金鐘道 66 號金鐘道政府合署 14 樓公司註冊處」，或親身上址交付。如以郵寄方式交付表格而公司註冊處處長（「處長」）並沒有收到該表格的話，則該表格不會視作曾為遵從《公司條例》中有關條文的規定而交付處長。

簽署

5. 本表格必須由公司的唯一董事或全體董事簽署。所填報的董事姓名／名稱必須與公司註冊處的紀錄相同。公司註冊處不接納未簽署的表格。

SOLVENCY STATEMENT

For the purposes of sections 216(1) and 259(1) of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NSC17

Introduction

1. If a company proposes to —
 - (a) reduce its share capital by special resolution under Subdivision 2 of Division 3 in Part 5 of the Companies Ordinance; or
 - (b) make a payment out of capital in respect of a share redemption or buy-back under Subdivision 6 of Division 4 in Part 5 of the Companies Ordinance,all directors of the company must make a solvency statement in this form before the date of passing the special resolution for the relevant transactions. The related special resolution must be passed within 15 days after the date of the solvency statement.
2. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
3. Please complete the Presentor's Reference. Unless the presentor needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
4. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar of Companies (the Registrar) has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

5. This form must be signed by the sole director or all the directors of the company. Please note that the name(s) of the director(s) given under this Section **must be** identical to the name(s) kept in the Companies Registry's record. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

--

4 股本減少的詳情 Particulars of the Reduction of Share Capital

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股本的減少 Reduction of Issued Share Capital			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳的款額 Amount Paid up (b)	未繳的款額 Amount Unpaid (a) - (b)

5 股本說明 (以緊接股本減少後的時間的狀況為準)

Statement of Capital (As at the Time Immediately After the Reduction of Share Capital)

A. 股本 Share Capital (如空格不足, 請用續頁 A 填報 Use Continuation Sheet A if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳或視作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up (b)	未繳或視作 未繳的總款額 Total Amount Unpaid or Regarded as Unpaid (a) - (b)

B. 股份所附帶的權利的詳情 Particulars of Rights Attached to Shares

只適用於發行超過一類股份的公司 Only applicable to company issuing more than 1 class of shares

(如空格不足, 請用續頁 B 填報 Use Continuation Sheet B if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權; 在分派股息時參與該項分派的權利; 在分派股本時參與該項分派的權利; 該類別股份是否屬可贖回股份) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable)

本申報表包括下列續頁 This Return includes the following Continuation Sheet(s)

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B
頁數 Number of pages		

7 簽署 Signed :

姓名 Name : _____ 日期 Date : _____
 董事 Director / 公司秘書 Company Secretary * 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

* 請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

**RETURN OF REDUCTION OF SHARE CAPITAL
(BY SPECIAL RESOLUTION SUPPORTED BY SOLVENCY STATEMENT)**

For the purposes of sections 224 and 225 of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NSC19

Introduction

1. A company may reduce its share capital by special resolution in accordance with Subdivision 2 of Division 3 in Part 5 of the Companies Ordinance. The company must deliver a return in this form to the Registrar of Companies (the Registrar) for registration if —
 - (a) no application to the Court for cancellation of the special resolution for reduction of share capital is made within 5 weeks after the date of the special resolution under section 220 of the Companies Ordinance; or
 - (b) an application to the Court is made under section 220 and the Court makes an order under section 222 confirming the special resolution; or
 - (c) an application to the Court is made under section 220 and the proceedings on the application to the Court are ended without determination by the Court.
2. This return must be delivered —
 - (a) no earlier than 5 weeks and no later than 7 weeks after the date of the special resolution if no application is made to the Court for cancellation of the special resolution under section 220; or
 - (b) within 15 days after the making of an order by the Court under section 222, or within any longer period ordered by the Court; or
 - (c) within 15 days after the proceedings (or the last proceedings if more than one) are ended without determination by the Court.
3. The special resolution and the reduction of share capital take effect when this return under section 224 or 225 in relation to the reduction is registered by the Registrar.
4. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
5. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
6. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Signature

7. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 5B)

8. If the share capital of the company is divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
 - (a) the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - (b) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - (c) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - (d) whether or not shares in that class are redeemable shares.

X. Formulaire de notification de réduction du capital social conformément à une décision judiciaire (Form NSC20)



公司註冊處
Companies Registry

股本減少申報表
(經原訟法庭確認)
Return of Reduction of Share Capital
(Confirmed by Court)

表格
Form **NSC20**

公司編號 Company Number

--

註 Note

1 公司名稱 Company Name

--

2 特別決議及向原訟法庭提出要求確認股本減少的申請

Special Resolution and Application to Court for Confirmation of Reduction of Share Capital

A. 上述公司已通過一項特別決議減少其股本，並藉呈請書向原訟法庭提出申請，要求發出一項確認股本減少的命令。

This company gives notice that a special resolution for reduction of the company's share capital was passed. The company has also applied by petition to the Court for an order confirming the reduction.

確認股本減少的命令的日期
Date of Court Order Confirming the Reduction

日 DD	月 MM	年 YYYY

B. 隨本表格一併交付下述確認股本減少的文件—

The following documents confirming the reduction of share capital are delivered with this form —

(i) 確認股本減少的命令的正式文本一份；及

An office copy of the order confirming the reduction of share capital; and

(ii) 經原訟法庭批准的紀錄一份。

A minute that is approved by the Court.

3 提交人資料 Presentor's Reference

姓名 Name:
地址 Address:

電話 Tel: 傳真 Fax:
電郵 Email:
權號 Reference:

請勿填寫本欄 For Official Use

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

--

3 股本減少的詳情 Particulars of the Reduction of Share Capital

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股本的減少 Reduction of Issued Share Capital			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳的款額 Amount Paid up (b)	未繳的款額 Amount Unpaid (a) - (b)

4 股本說明 (以緊接股本減少後的時間的狀況為準)

Statement of Capital (As at the Time Immediately After the Reduction of Share Capital)

A. 股本 Share Capital (如空間不足, 請用續頁 A 填報 Use Continuation Sheet A if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares			
		總數 Total Number	總款額 Total Amount (a)	已繳或視作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up (b)	未繳或視作 未繳的總款額 Total Amount Unpaid or Regarded as Unpaid (a) - (b)

B. 股份所附帶的權利的詳情 Particulars of Rights Attached to Shares

只適用於發行超過一類股份的公司 Only applicable to company issuing more than 1 class of shares

(如空間不足, 請用續頁 B 填報 Use Continuation Sheet B if the space is insufficient)

股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	附帶的權利的詳情 (包括表決權; 在分派股息時參與該項分派的權利; 在分派股本時參與該項分派的權利; 該類別股份是否屬可贖回股份) Particulars of Rights Attached (Including voting rights; rights to participate in a distribution as respects dividends; rights to participate in a distribution as respects capital; whether the shares are redeemable)

本申報表包括下列續頁 This Return includes the following Continuation Sheet(s)

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B
頁數 Number of pages		

簽署 Signed :

姓名 Name : _____ 日期 Date : _____
 董事 Director / 公司秘書 Company Secretary * 日 DD / 月 MM / 年 YYYY

* 請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

**RETURN OF REDUCTION OF SHARE CAPITAL
(CONFIRMED BY COURT)**

For the purposes of section 230 of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NSC20

Introduction

1. Where a company passes a special resolution for reduction of share capital under Subdivision 3 of Division 3 in Part 5 of the Companies Ordinance and applies by petition to the Court for an order confirming the reduction, the Court may make an order confirming the reduction of share capital under section 229 of the Companies Ordinance. The company should, within 15 days after the making of the order, or within any longer period ordered by the Court, deliver to the Registrar of Companies (the Registrar) for registration —
 - (a) a return in this form;
 - (b) an office copy of the order; and
 - (c) a minute that is approved by the Court, stating with respect to the company's share capital as altered by the order —
 - the amount of the share capital;
 - the total number of issued shares;
 - the amount of each share; and
 - the amount paid up and the amount (if any) remaining unpaid on each share.

The special resolution for reduction of share capital, as confirmed by the order, takes effect on registration of the order, minute and this return.

2. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
3. Please complete the Presentor's Reference. Unless the presentor needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
4. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.


Signature

5. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Particulars of Rights Attached to Shares (Section 4B)

6. If the share capital of the company is divided into different classes of shares, please state for each class of shares —
 - (a) the particulars of any voting rights attached to shares in that class, including rights that arise only in certain circumstances;
 - (b) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects dividends, to participate in a distribution;
 - (c) the particulars of any rights attached to shares in that class, as respects capital, to participate in a distribution (including on a winding up); and
 - (d) whether or not shares in that class are redeemable shares.

XI. Formulaire d'Annual Return pour une Company (Form NAR1)



周年申報表
Annual Return

Specimen
(For private company)

公司註冊處
Companies Registry

Notes: ♦ All the particulars filled in this specimen form are fictitious. Any resemblance to individuals or companies is entirely coincidental.
 ♦ Please deliver a complete form (i.e. pages 1-7 & Schedule 1 including pages with inapplicable items) except unused continuation sheets.
 ♦ Please read the Notes for Completion before completing this form.

註 Note

1 公司名稱 Company Name

GREAT RICH SUCCESS LIMITED 大展鴻圖有限公司

7 2 商業名稱 (如有的話) Business Name (If any)

3 公司類別 Type of Company

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

私人公司 Private company 公眾公司 Public company 擔保有限公司 Company limited by guarantee

8 4 本申報表的結算日期 Date to which this Return is Made Up

The company in this example was incorporated on 10.3.2014.

10	03	2015
日 DD	月 MM	年 YYYY

(如屬私人公司，本申報表應列載截至公司成立為法團的周年日期的資料。
 如屬公眾公司，申報表的結算日期應為該公司的會計參照期結束後的 6 個月屆滿之日。
 如屬擔保有限公司，申報表的結算日期應為該公司的會計參照期結束後的 9 個月屆滿之日。
 For a private company, the information in this return should be made up to the anniversary of the date of its incorporation.
 For a public company, the return should be made up to the date that is 6 months after the end of its accounting reference period.
 For a company limited by guarantee, the return should be made up to the date that is 9 months after the end of its accounting reference period.)

9 5 隨本表格交付的財務報表所涵蓋的會計期
 Period Covered by Financial Statements Delivered with this Form
(私人公司無須填報此項 A private company need not complete this section)

			至 To			
日 DD	月 MM	年 YYYY		日 DD	月 MM	年 YYYY

10 6 註冊辦事處地址 Address of Registered Office

Room 8801-8803, 88/F, Happy Commercial Building, 1 Queensway, HONG KONG

Full address of the registered office in Hong Kong should be stated.

表格 Form **NAR1**

公司編號 Company Number

8888888

11 提交人資料 Presenter's Reference

姓名 Name: QualiSec Services Limited
 地址 Address: Room 708, 7/F, Lucky Commercial Building, 2 Nathan Road, Kowloon, Hong Kong

電話 Tel: 1234 5678 傳真 Fax: 8765 4321
 電郵 Email: qss@abc.com
 覆號 Reference: qss/gri-NAR1

請勿填寫本欄 For Official Use

Please fill in the Presenter's Reference section to facilitate follow up, if necessary.

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

11 7 電郵地址 Email Address

Please provide the email address of the company to facilitate electronic communication.

greatrichsuccess@abc.com

8 按揭及押記 Mortgages and Charges

截至本申報表的結算日期，所有根據《公司條例》須向公司註冊處處長登記的，或於 1912 年 1 月 1 日後設定便須如此登記的按揭及押記的負債總額

Total amount of the indebtedness as at the date to which this return is made up in respect of all mortgages and charges which are required to be registered with the Registrar of Companies pursuant to the Companies Ordinance or would have been required to be so registered if created after 1 January 1912

HK\$999,999

Please state 'NIL' if this section is not applicable.

9 無股本公司的成員人數 Number of Member(s) of a Company Not Having a Share Capital

(有股本的公司無須填報此項 Company having a share capital need not complete this section)

截至本申報表的結算日期的成員人數

Number of Member(s) as at the Date to which this Return is Made Up

12 10 股本 Share Capital

(無股本的公司無須填報此項 Company not having a share capital need not complete this section)

截至本申報表的結算日期 As at the Date to which this Return is Made Up				
股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares		
		總數 Total Number	總款額 Total Amount	已繳或應作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up
Ordinary	HKD	10,000	20,000	20,000
總數 Total	HKD	10,000	20,000	20,000

This number must agree with the total number of issued shares of all the classes in Schedule 1.

11 公司秘書 Company Secretary

A. 公司秘書 (自然人) Company Secretary (Natural Person)

(如超過一名公司秘書屬自然人，請用續頁 A 填報 Use Continuation Sheet A if more than 1 company secretary is a natural person)

中文姓名 Name In Chinese	李比舒	
英文姓名 Name In English	姓氏 Surname	Li
	名字 Other Names	Bei Shu
前用姓名 Previous Names	中文 Chinese	For a company incorporated before 3/3/2014, if the company secretary, who is a natural person, has not reported his / her correspondence address in a Form ND2A / ND2B, please state the address of the company's registered office in this box.
	英文 English	
別名 Alias	中文 Chinese	
	英文 English	
13 香港通訊地址 Hong Kong Correspondence Address		Room 8801-8803, 88/F
		Happy Commercial Building
		1 Queensway
	地區 Region	香港 / HONG KONG
Please provide the Hong Kong Identity Card number or the passport number and issuing country registered with the Companies Registry (CR) (as appropriate). If these particulars have not yet been reported to the CR, please report the change by completing a Form ND2B. If the company secretary does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state 'NIL' in the boxes provided.		
14 電郵地址 Email Address		
15 身分證明 Identification		
(a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number		M 6 6 6 6 6 6 (6)
(b) 護照 Passport	簽發國家 Issuing Country	
	號碼 Number	

B. 公司秘書 (法人團體) Company Secretary (Body Corporate)

(如超過一名公司秘書屬法人團體，請用續頁 A 填報 Use Continuation Sheet A if more than 1 company secretary is a body corporate)

16 中文名稱 Name In Chinese	優質秘書服務有限公司	
16 英文名稱 Name In English	QualiSec Services Limited	
17 香港地址 Hong Kong Address	Room 708, 7/F	
	Lucky Commercial Building	
	2 Nathan Road, Kowloon	
	地區 Region	香港 / HONG KONG
18 電郵地址 Email Address	qss@abc.com	
公司編號 Company Number	6888888	

12 董事 Directors

A. 董事 (自然人) Director (Natural Person)

(如超過一名董事屬自然人，請用續頁 B 填報 Use Continuation Sheet B if more than 1 director is a natural person)

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box(es)

18 身分 Capacity 董事 Director 候補董事 Alternate Director 代替 Alternate to

中文姓名 Name In Chinese 高鼓植
 英文姓名 Name In English 姓氏 Surname Ko
 名字 Other Names Goo Jik Jackie
 前用姓名 Previous Names 中文 Chinese
 英文 English
 別名 Alias 中文 Chinese
 英文 English Jack Ko

19 住址 Residential Address
 Flat A, 18/F, Fortune Mansion
 1 Cheung Sha Wan Road
 Kowloon
 國家/地區 Country/Region HONG KONG

If a non-Hong Kong residential address is given, please state the name of the country / region.

20 電郵地址 Email Address jackko@abc.com

21 身分證明 Identification
 (a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number A B S S S S S (S)
 (b) 護照 Issuing Country
 號碼 Number

Please provide the Hong Kong Identity Card number or the passport number and issuing country registered with the CR (as appropriate). If these particulars have not yet been reported to the CR, please report the change by completing a Form ND2B. If the director / alternate director does not have a Hong Kong Identity Card or a passport of any country, please state "NIL" in the boxes provided.

12 董事 Directors (續上頁 cont'd)

B. 董事 (法人團體) Director (Body Corporate)

(如超過兩名董事屬法人團體，請用續頁 C 填報 Use Continuation Sheet C if more than 2 directors are body corporate)

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box(es)

19 1 身分 Capacity 董事 Director 候補董事 Alternate Director 代替 Alternate to

中文名稱 Name In Chinese 一本億利有限公司

英文名稱 Name In English Billion Profits Limited

22 地址 Address Room 2808-2810, 28/F

Happy Commercial Building

1 Queensway

國家/地區 Country/Region HONG KONG

20 電郵地址 Email Address billion@abc.com

公司編號 Company Number (只適用於在香港註冊的法人團體) 6999999
(Only applicable to body corporate registered in Hong Kong)

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box(es)

19 2 身分 Capacity 董事 Director 候補董事 Alternate Director 代替 Alternate to

中文名稱 Name In Chinese 生意興隆有限公司

英文名稱 Name In English Richard Wealth Limited

22 地址 Address Room 808, 8/F

Wealthy Commercial Building

88 Golden Road, Central

國家/地區 Country/Region HONG KONG

20 電郵地址 Email Address richardw@abc.com

公司編號 Company Number (只適用於在香港註冊的法人團體) 6777777
(Only applicable to body corporate registered in Hong Kong)

12 董事 Directors (續上頁 contd)

C. 備任董事 Reserve Director

(只適用於只有一名成員而該成員同時亦是唯一董事的私人公司)

(Only applicable to a private company with only one member who is also the sole director of the company)

中文姓名 Name In Chinese		
英文姓名 Name In English	姓氏 Surname	
	名字 Other Names	
前用姓名 Previous Names	中文 Chinese	
	英文 English	
別名 Alias	中文 Chinese	
	英文 English	
19 住址 Residential Address		
	國家/地區 Country/Region	
20 電郵地址 Email Address		
21 身分證明 Identification		
	(a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number	<input type="text"/> <input type="text"/> <input type="text"/> <input type="text"/> <input type="text"/> <input type="text"/> <input type="text"/> <input type="text"/> ()
(b) 護照 Passport	簽發國家 Issuing Country	
	號碼 Number	

23 13 有股本公司的成員詳情 Particulars of Member(s) of a Company Having a Share Capital
(有股本的公司必須填報此項 **Company having a share capital must complete this section**)

請在適用的空格內加上 ✓ 號 **Please tick the relevant box**

非上市公司的成員詳情列於附表一
Particulars of members of a non-listed company are listed in Schedule 1

上市公司的成員詳情列於附表二
Particulars of members of a listed company are listed in Schedule 2

24 14 公司紀錄 Company Records
(如空位不足，請用續頁 D 填報 **Use Continuation Sheet D if the space provided is insufficient**)

公司備存下列紀錄的地址(如並非備存於第 6 項所述的註冊辦事處內)
Address where the following company records are kept **(if not kept at the registered office stated in Section 6)**

公司紀錄 Company Records	地址 Address
Register of Charges and Copies of Instruments Creating Charges	Room 9901-9905, 99/F, Happy Commercial Building, 1 Queensway, HONG KONG

15 陳述書 Statement

(如屬私人公司，請在空格內加上 ✓ 號以作出此項陳述 **For a private company, please tick the box to make the Statement**)

現述明公司自最近一份周年申報表的結算日期起(如屬首份周年申報表，則自公司成立為法團的日期起)，並沒有發出邀請，以邀請公眾人士認購公司的任何股份或債權證；同時如成員人數於本申報表的結算日期當日超過五十名，則超出五十名之數的成員，全屬根據《公司條例》第 11(2)條於計算公司成員人數時不包括在內的人。
The company has not, since the date of the last annual return (or since the date of incorporation in the case of the first annual return), issued any invitation to the public to subscribe for any shares or debentures of the company and that if the number of members of the company exceeds 50 as at the date of this return, the excess consists wholly of persons who, under section 11(2) of the Companies Ordinance, are excluded in the calculation of the number of members of the company.

提示 Advisory Note

25 所有公司董事均應閱讀公司註冊處編製的《董事責任指引》，並熟悉該指引所概述的董事一般責任。
All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide.

本申報表包括下列續頁 **This Return includes the following Continuation Sheet(s)**

續頁 Continuation Sheet(s)	A	B	C	D
頁數 Number of pages	1	1	1	0

3 簽署 Signed :

姓名 Name : Jackie Ko 日期 Date : 10/03/2015
Ko Goo Jik Jackie
董事 Director / 公司秘書 **Company Secretary** * 日 DD / 月 MM / 年 YYYY
*請刪去不適用者 **Delete whichever does not apply**

表格 Form **NAR1**

附表一 Schedule 1
(非上市公司適用)
FOR NON-LISTED COMPANY

This date should be the same as the date stated in Section 4.

本申報表的結算日期
Date to which this Return is Made Up

10	03	2015 ▲
日 DD	月 MM	年 YYYY

公司編號 Company Number

8888888

20

非上市公司的成員詳情 (第 13 項)

Particulars of Member(s) of a Non-listed Company (Section 13)

(有股本的非上市公司必須填報此頁。如空格不足，或超過一類股份，可另加附表一。)

(Non-listed company having a share capital must complete this page. If the space provided is insufficient, or if there is more than one class of shares, please use additional Schedule 1.)

截至本申報表的結算日期的成員詳情 Particulars of Member(s) as at the Date to which this Return is Made Up

股份類別 Class of Shares

Ordinary

This total number must agree with the total number of issued shares in this class stated in Section 10.

此類別股份的已發行總數 Total Number of Issued Shares in this Class

10,000 ▲

Changes in the particulars of members (e.g. name, address) should be indicated in the 'Remarks' column against the related entry.

姓名/名稱 Name	地址 Address	現時持有量 Current Holding	股份 Shares		備註 Remarks
			轉讓* Transferred*		
			數目 Number	日期 Date	
Ko Goo Jik Jackie	Flat A, 18/F, Fortune Mansion, 1 Cheung Sha Wan Road, Kowloon, Hong Kong	3,000			
Billion Profits Limited	Room 2808-2810, 28/F, Happy Commercial Building, 1 Queensway, Hong Kong	2,000			Change of Company Name
Lee Fung Ying	G/F, 45 Green Lane, New York, USA	1,500	1,000	11/11/2014	Transferred to Zhou Nian Wang
Zhou Nian Wang	Room 8, No. 1 Plenty Road, New York, USA	3,500			Change of address

* 如公司的股份自上一份周年申報表日期以來(如屬首份周年申報表，則自公司成立為法團以來)有任何轉讓，有關詳情亦請一併申報；股份受讓人姓名/名稱請在「備註」一欄註明。

* If there have been any transfers of the company's shares since the date of the last annual return (or since Incorporation if this is the first annual return), please also provide details of the transfers; the name of the transferee should be stated in the 'Remarks' column.

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

ANNUAL RETURN

For the purposes of section 662 of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NAR1

Introduction

1. Every company incorporated in Hong Kong must make an annual return which should be delivered to the Registrar of Companies (the Registrar) for registration. It is the duty of the director(s) and the company secretary to ensure that the return accurately reflects the affairs of the company as at the date to which the return is made up.
2. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
3. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.

Deadline for Delivery of this Form

4. This form must be delivered to the Registrar for registration within 42 days after the date to which the return is made up by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance. Regardless of the types of companies, late submission will be subject to payment of a higher registration fee.

Fee

5. This form must be delivered with the correct registration fee. A form which is not delivered with the correct fee will be rejected by the Companies Registry. The registration fee payable will be calculated according to the resubmission date of the form. Please refer to the information pamphlet on 'Price Guide to Main Services' for the correct fee payable. If the fee is paid by cheque, the cheque should be crossed and issued in Hong Kong Dollars payable to 'Companies Registry'. Please do not send cash.

Signature

6. This form must be signed by a director or the company secretary. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry. The registration fee payable will be calculated according to the resubmission date of the properly signed form.

Business Name (Section 2)

7. Please state any business names used in addition to the company's name.

Date to which this Return is Made Up (Section 4)

8. Please state the date to which the Annual Return is made up. For a private company, the date to which the return is made up in respect of a particular year is the anniversary of the date of the company's incorporation in that year. For a public company, the date to which the return is made up in respect of a particular financial year is the date that is 6 months after the end of its accounting reference period. For a company limited by guarantee, the date to which the return is made up in respect of a particular financial year is the date that is 9 months after the end of its accounting reference period.

Period Covered by Financial Statements Delivered with this Form (Section 5)

9. (a) Public companies and companies limited by guarantee are required to deliver with each annual return copies of the reporting documents required to be sent to every member of the company under section 430 of the Companies Ordinance, which include the financial statements and the directors' report for the financial year and the auditors' report on those financial statements. Copies of the reporting documents must be certified by a director or the company secretary to be true copies.
- (b) If any of the documents is in a language other than Chinese or English, a certified translation in English or Chinese of the document must be delivered.

Address of Registered Office (Section 6)

10. The address must be the registered office address as at the date to which the return is made up. Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.

Email Address (Section 7)

11. Please provide the email address of the company, if any, to facilitate electronic communication. If there is any subsequent change in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form NR1.

Share Capital (Section 10)

12. A company having a share capital must report the details of its issued and paid up share capital. An example is provided below for reference only.

e.g. ABC Company Limited has issued 5,000 ordinary shares which are fully paid as at the date of this return.

截至本申報表的結算日期 As at the Date to which this Return is Made Up				
股份的類別 (如普通股/ 優先股等) Class of Shares (e.g. Ordinary/ Preference etc.)	貨幣單位 Currency	已發行股份 Issued Shares		
		總數 Total Number	總款額 Total Amount	已繳或視作 已繳的總款額 Total Amount Paid up or Regarded as Paid up
Ordinary	HKD	5,000	5,000	5,000
總數 Total	HKD	5,000	5,000	5,000

Company Secretary (Section 11)

13. Please provide the correspondence address in Hong Kong of the company secretary who is a natural person. Non-Hong Kong addresses or post office box numbers are not acceptable.
14. Please provide the email address of the company secretary, if any, to facilitate electronic communication. If there is any subsequent change in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form ND2B.
15. The Hong Kong Identity Card number or, in the absence of which, the number and issuing country of the passport of the company secretary who is a natural person should be given. If he or she holds neither a Hong Kong Identity Card nor a passport, please state 'Nil' in the boxes provided.
16. If all the partners in a firm are joint company secretaries of the company, please state the name of the firm in the box for name of Company Secretary (Body Corporate).
17. If the company secretary is a body corporate, the address of its registered or principal office in Hong Kong should be given. Non-Hong Kong addresses, 'care of' addresses or post office box numbers are not acceptable.

Directors (Section 12)

18. Please state the capacity(ies) of the director(s). In the case of an alternate director, please state the name(s) of the principal director(s) to whom he or she or it is the alternate.
19. Please provide the usual residential address of a director or reserve director who is a natural person. If a non-Hong Kong address is given, please also complete the box for 'Country/Region'. 'Care of addresses or post office box numbers are not acceptable.
20. Please provide the email address of the director or reserve director, if any, to facilitate electronic communication. If there are any subsequent changes in the email address, please notify the Companies Registry by completing Form ND2B or ND7.
21. The Hong Kong Identity Card number or, in the absence of which, the number and issuing country of the passport of a director or reserve director who is a natural person should be given. If he or she holds neither a Hong Kong Identity Card nor a passport, please state 'Nil' in the boxes provided.
22. If the director is a body corporate, the address of its registered or principal office should be given. If a non-Hong Kong address is given, please also complete the box for 'Country/Region'. 'Care of addresses or post office box numbers are not acceptable.

Particulars of Member(s) of a Company Having a Share Capital (Section 13)

23. For a company having a share capital, details of members should be attached to this return. For non-listed companies, please complete Schedule 1. For listed companies, Schedule 2 should be used.

Company Records (Section 14)

24. Company records mean any register, index, agreement, memorandum, minutes or other document required by the Companies Ordinance to be kept by a company, but do not include accounting records.

'A Guide on Directors' Duties'

25. All directors of the company are advised to read 'A Guide on Directors' Duties' published by the Companies Registry and acquaint themselves with the general duties of directors outlined in the Guide. Companies should provide copies of the Guide to their directors for information and reference. The Guide is accessible on the Companies Registry's website (www.cr.gov.hk). Hard copies are also available at the information counters of the Companies Registry on the 13th and 14th floors of the Queensway Government Offices, 66 Queensway, Hong Kong.

Particulars of Member(s) of a Non-listed Company (Schedule 1)

26. (a) For each class of shares, the total number of issued shares for the class must agree with the total number of issued shares for that class as reported in Section 10 of the return.
(b) If there have been any changes in the particulars of the member(s), please indicate the changes in the 'Remarks' column against the related entry (e.g. change of address, change of name etc.).
(c) If there have been any changes in the structure of the share capital of the company, e.g. conversion of one class of shares into shares of another class, forfeiture of issued shares etc., please indicate the changes in the 'Remarks' column against the related entry (e.g. 'A' shares converted to 'B' shares on dd / mm / yyyy, shares forfeited on dd / mm / yyyy etc.).
(d) If the company keeps a branch register of members and the particulars of the entries in that register relate to matters which are required to be contained in the annual return, particulars of the entries in that register should be included in the annual return if copies of those entries have been received at the registered office of the company before the annual return is delivered to the Registrar.

Particulars of Member(s) of a Listed Company (Schedule 2)

27. The particulars of members of a listed company to be provided in Schedule 2 are limited to those relating to members who held 5% or more of the issued shares in any class of the company's shares as at the date to which the return is made up.

XII. Formulaire de demande de désenregistrement d'une Company (Form NDR1)



公司註冊處
Companies Registry

私人公司或擔保有限公司
撤銷註冊申請書
Application for Deregistration of
Private Company or
Company Limited by Guarantee

Specimen

Notes: ◇ All the particulars filled in this specimen form are fictitious. Any resemblance to individuals or companies is entirely coincidental.
◇ Please read the Notes for Completion before completing this form.

表格 Form **NDR1**

公司編號 Company Number

7777777

註 Note

1 公司名稱 Company Name

The company number and company name must be the same as those stated in the company's Certificate of Incorporation or the last Certificate of Change of Name.

GOOD LIFESTYLE LIMITED 好生活有限公司

2 申請人證明書 Certification by Applicant

A. 申請人的身分 Capacity of Applicant

2 此撤銷註冊的申請是由以下人士作出—
This application for deregistration is made by the following person —

請在適用的空格內加上 ✓ 號 Please tick the relevant box

- 該公司 the company
- 該公司的董事 a director of the company
- 該公司的成員 a member of the company

3 提交人資料 Presenter's Reference

姓名 Name: QualiSec Services Limited
地址 Address: Room 708, 7/F,
Lucky Commercial Building,
2 Nathan Road, Kowloon,
Hong Kong

電話 Tel: 1234 5678 傳真 Fax: 8765 4321

電郵 Email: qss@abc.com

檔號 Reference: qss/gls-NDR1

請勿填寫本欄 For Official Use

Please fill in the Presenter's Reference section. The Companies Registry (CR) will issue approval letter for the deregistration application to the presenter. To facilitate communication, please provide the fax number and telephone number in Hong Kong.

指明編號 1/2014 (2014年3月) Specification No. 1/2014 (March 2014)

B. 申請人的資料 Particulars of Applicant

(如申請人為該公司，請同時填報第 2C 項 if the applicant is the company, please also complete Section 2C)

1 申請人姓名(自然人) Name of Applicant (Natural Person)

--	--	--

中文姓名 Name in Chinese 英文姓氏 Surname in English 英文名字 Other Names in English

或 OR

申請人名稱(法人團體) Name of Applicant (Body Corporate)

Good Lifestyle Limited 好生活有限公司

2 通訊地址 Correspondence Address

Room 708, 7/F

Lucky Commercial Building

2 Nathan Road, Kowloon

國家/地區 Country/Region	HONG KONG
----------------------	-----------

3 電郵地址 Email Address

gdls@gdlifestyle.com

圖文傳真號碼 Fax Number

9876 1234

4 身分證明 Identification

(a) 香港身分證號碼 Hong Kong Identity Card Number

										()
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	-----

(b) 護照 Passport

簽發國家 Issuing Country	號碼 Number
----------------------	-----------

C. 獲提名負責接收撤銷註冊通知書的自然人的資料

Particulars of the Natural Person Nominated to be Given Notice of the Deregistration

(如申請人為該公司，請填報獲提名(自然人)的資料 if the applicant is the company, please provide the particulars of the nominated person (natural person))

5 獲提名的自然人的姓名 Name of the Natural Person Nominated

王戴敏	Wong	Tai Man
-----	------	---------

中文姓名 Name in Chinese 英文姓氏 Surname in English 英文名字 Other Names in English

6 通訊地址 Correspondence Address

Room 1828, 18/F

Fortune Commercial Centre

110 Cheung Sha Wan Road, Kowloon

國家/地區 Country/Region	HONG KONG
----------------------	-----------

7 電郵地址 Email Address

richardwong@gdlifestyle.com

圖文傳真號碼 Fax Number

9876 6789

表格 Form **NDR1**

Please read all the conditions carefully before signing the certification in Section 2F.

公司編號 Company Number

777777

18 D. 申請條件 Conditions for the Application

- 公司的所有成員均同意撤銷該公司的註冊;
all members of the company agree to the deregistration of the company;
- 公司仍未開始營運或經營業務, 或公司在緊接提出此申請之前的 3 個月內沒有營運或經營業務;
either the company has not commenced operation or business, or the company has not been in operation or carried on business during the 3 months immediately before this application;
- 公司沒有尚未清償的債務;
the company has no outstanding liabilities;
- 公司不是任何法律程序的一方;
the company is not a party to any legal proceedings;
- 公司的資產不包含位於香港的不動產;
the company's assets do not consist of any immovable property situate in Hong Kong;
- (如該公司是控股公司)該公司的所有附屬公司的資產均不包含位於香港的不動產; 及
if the company is a holding company, none of its subsidiary's assets consist of any immovable property situate in Hong Kong; and
- 公司並非《公司條例》第 749 條指明的公司。
the company is not a company specified in section 749 of the Companies Ordinance.

19 E. 隨本表格交付的文件 Document Delivered with this Form

現隨本表格交付稅務局局長發出的書面通知, 述明稅務局局長並不反對撤銷該公司的註冊。
The written notice from the Commissioner of Inland Revenue stating that the Commissioner has no objection to the company being deregistered is delivered with this form.

F. 證明書 Certification

本人/我們現核證—
I/We certify that—

- (a) 公司已符合上述 2D 項所有的申請條件; 及
the company has met **all** the conditions stated in Section 2D above; and
- (b) 本申請書內提供的資料均屬正確。
the information given in this application is correct.

This form must be signed by the applicant named in Section 2B. If the applicant is a natural person, this form must be signed by the applicant personally. If the applicant is a body corporate, this form must be signed by a director, the company secretary or an authorized person on behalf of the body corporate. Both the name of the signatory and the name of the body corporate must be stated.

簽署 Signed :

Richard Lo ng
Wong Tai Man

20 姓名 Name : For and on behalf of Good Lifestyle Limited 日期 Date : 25/03/2014

(董事/公司秘書/授權人*)

日 00 / 月 MM / 年 YYYY

本表格第 2B 項所述的申請人

(Director / Company Secretary / Authorized Person*)

Applicant named in Section 2B of this Form

*請刪去不適用者 Delete whichever does not apply

警告

任何人如在與申請有關連的情況下, 明知或罔顧實情地提供屬虛假或具誤導性的資料, 即屬犯罪; 一經循公訴程序定罪, 可處罰款 300,000 元及監禁 2 年; 或一經循簡易程序定罪, 可處第 6 級罰款(100,000 元)及監禁 6 個月。

WARNING

A PERSON WHO, IN CONNECTION WITH AN APPLICATION, KNOWINGLY OR RECKLESSLY GIVES ANY INFORMATION THAT IS FALSE OR MISLEADING COMMITS AN OFFENCE AND IS LIABLE, ON CONVICTION ON INDICTMENT TO A FINE OF \$300,000 AND 2 YEARS IMPRISONMENT; OR ON SUMMARY CONVICTION TO A FINE AT LEVEL 6 (\$100,000) AND 6 MONTHS IMPRISONMENT.

**APPLICATION FOR DEREGISTRATION
OF PRIVATE COMPANY OR COMPANY LIMITED BY GUARANTEE**

For the purposes of section 750 of Companies Ordinance (Cap. 622)

Notes for Completion of Form NDR1

Introduction

1. This form should be used for applying to the Registrar of Companies (the Registrar) for the deregistration of a private company or a company limited by guarantee under section 750 of the Companies Ordinance. Section 750, however, does not apply to the following companies —
 - (a) a public company;
 - (b) an authorized institution as defined by section 2(1) of the Banking Ordinance (Cap. 155);
 - (c) an insurer as defined by section 2(1) and (2) of the Insurance Companies Ordinance (Cap. 41);
 - (d) a corporation licensed under Part V of the Securities and Futures Ordinance (Cap. 571) to carry on a business in any regulated activity as defined by section 1 of Part 1 of Schedule 1 to that Ordinance;
 - (e) an associated entity, within the meaning of Part VI of the Securities and Futures Ordinance (Cap. 571), of a corporation mentioned in paragraph (d);
 - (f) an approved trustee as defined by section 2(1) of the Mandatory Provident Fund Schemes Ordinance (Cap.485);
 - (g) a company registered as a trust company under Part VIII of the Trustee Ordinance (Cap. 29);
 - (h) a company having a subsidiary that falls within paragraph (b), (c), (d), (e), (f) or (g); or
 - (i) a company that fell within paragraph (b), (c), (d), (e), (f), (g) or (h) at any time during the 5 years immediately before the application under section 750 is made.
2. This application should be made by the company, a director or member of the company. On the deregistration of the company, the Registrar must give notice of the deregistration to the applicant or to the person nominated in the application to be given the notice.
3. Once a company is dissolved, all property (including credit balances in its bank accounts, motor vehicle, landed property, etc.) and rights vested in or held on trust for the company immediately before the dissolution is vested in the Government of the Hong Kong Special Administrative Region as bona vacantia. Before making an application, a company should seek advice from its lawyer or other professional adviser to ensure that all property has been properly disposed of prior to its deregistration.
4. Please fill in all particulars and complete all items consistently in either Chinese or English. Traditional Chinese characters should be used if the form is completed in Chinese. Please note that handwritten forms may be rejected by the Companies Registry.
5. Please complete the Presenter's Reference. Unless the presenter needs to raise a specific issue for the attention of the Companies Registry, no covering letter is required.
6. This form can be delivered by post or in person to "The Companies Registry, 14th floor, Queensway Government Offices, 68 Queensway, Hong Kong". If the form is delivered by post but the Registrar has not received it, the form will not be regarded as having been delivered to the Registrar in satisfaction of the relevant provision of the Companies Ordinance.

Fee

7. This form must be delivered with the correct registration fee. A form which is not delivered with the correct fee will be rejected by the Companies Registry. Please refer to the information pamphlet on 'Price Guide to Main Services' for the correct fee payable. If the fee is paid by cheque, the cheque should be crossed and issued in Hong Kong Dollars payable to 'Companies Registry'. Please do not send cash.

Signature

8. This form must be signed by the applicant named in Section 2B. If the applicant is a body corporate, this form must be signed by a director or the company secretary of the body corporate or an authorized person acting on its behalf with the full name of the signatory stated. A form which is not properly signed will be rejected by the Companies Registry.

Particulars of Applicant (Section 2B)

9. Full name and correspondence address of the applicant must be given. If the applicant is the company itself, it must nominate a natural person to receive notice of the deregistration. Particulars of the natural person nominated should also be provided in Section 2C.
10. Please supply the email address and/or fax number of the applicant, if any, to facilitate electronic communication.
11. The Hong Kong Identity Card number or, in the absence of which, the number and issuing country of the passport of the applicant who is a natural person should be given. If he or she holds neither a Hong Kong Identity Card nor a passport, please state 'Nil' in the boxes provided.

Particulars of the Natural Person Nominated to be Given the Notice of the Deregistration (Section 2C)

12. The nominated person must be a natural person.
13. Please provide the full name and correspondence address of the natural person nominated.
14. Please supply the email address and/or fax number of the natural person nominated, if any, to facilitate electronic communication.

Conditions for the Application (Section 2D)

15. Outstanding liabilities include contingent liabilities such as a bank guarantee.



Document Delivered with this Form (Section 2E)

16. The original written notice from the Commissioner of Inland Revenue stating that the Commissioner has no objection to the deregistration of the company must be delivered together with this form. This form should be delivered within 3 months from the date of such notice. Failure to do so may result in the application being delayed or even rejected.

8. Formulaires pré-imprimés publiés par le Registre du commerce et des sociétés

- I. Déclaration de constitution d'une société à responsabilité (SARL, SELALR y compris à associé unique (EURL) sauf activité agricole) (formulaire M0)
- II. Déclaration de création d'une société ou autre personne morale (SAS, SA, SNC, SELAFA, SELAS, Commandite et société commerciale étrangère) (formulaire M0)
- III. Déclaration de modification (personne morale) (formulaire M2)
- IV. Déclaration relative aux gérants et autres personnes liées à la société (SARL, SELARL y compris à associé unique) (formulaire M3 SARL - SELARL)
- V. Déclaration relative aux organes de direction, surveillance, contrôle de la personne morale (sauf pour SARL et SELARL utiliser l'imprimer M3 SARL / SELARL) (formulaire M3)
- VI. Déclaration de radiation (personne morale) (formulaire M4)

III. Déclaration de modification (personne morale) (formulaire M2)

 		DÉCLARATION DE MODIFICATION		RÉSERVÉ AU CFE M G U I D B E F K T	
<input type="button" value="Imprimer"/> <input type="button" value="Réinitialiser"/>		PERSONNE MORALE			
1 <input type="checkbox"/> Dénomination, forme juridique, capital <input type="checkbox"/> Transfert de siège <input type="checkbox"/> Reprise d'activité		<input type="checkbox"/> Prise d'activité d'une société créée sans activité <input type="checkbox"/> Déclaration relative à un établissement : (ouverture, modification, transfert, mise en location gérance, gérance-mandat, fermeture) <input type="checkbox"/> Dissolution : <input type="checkbox"/> avec poursuite d'activité <input type="checkbox"/> sans poursuite d'activité		<input type="checkbox"/> Cessation totale d'activité sans disparition de la personne morale (mise en sommeil) <input type="checkbox"/> GIE-GEIE <input type="checkbox"/> Autre	
REMPLEZ DANS TOUS LES CAS les cadres n° 1, 2, 21, 22 ET LES MENTIONS NOUVELLES OU MODIFIÉES en indiquant la date de l'événement					
RAPPEL D'IDENTIFICATION AVANT MODIFICATION					
2 N° UNIQUE D'IDENTIFICATION _____ <input type="checkbox"/> IMMATRICULATION AU RCS DU GREFFE DE : _____ <input type="checkbox"/> AU RM DANS LE DEPT DE _____ Greffe(s) du ou des immatriculation(s) secondaire(s) _____		Dénomination / Sigle _____ Forme juridique _____ Siège ou 1 ^{er} établissement en France pour les sociétés étrangères : rés., bât., n°, voie, lieu-dit _____ Code postal _____ Commune _____			
3 UNIQUEMENT POUR LA SOCIÉTÉ À ASSOCIÉ UNIQUE. L'associé unique assume-t-il personnellement la direction de la société <input type="checkbox"/> oui <input type="checkbox"/> non					
DÉCLARATION RELATIVE À LA MODIFICATION DE LA PERSONNE MORALE					
4 Date _____ DÉNOMINATION _____ Sigle _____ Forme juridique <input type="checkbox"/> Société réduite à un associé unique Durée de la personne morale _____ Date de clôture de l'exercice social _____		7 <input type="checkbox"/> FUSION <input type="checkbox"/> SCISSION Cette opération entraîne <input type="checkbox"/> une augmentation de capital, indiquer les personnes morales ayant participé à l'opération sur l'intercalaire M ¹		8 MISE EN SOMMEIL PAR CESSATION TOTALE D'ACTIVITÉ	
5 Capital : montant, unité monétaire _____ Si capital variable : Montant minimum _____ <input type="checkbox"/> Continuation de la société malgré un actif net inférieur à la moitié du capital social <input type="checkbox"/> Reconstitution des capitaux propres _____		9 DISSOLUTION Indiquer le liquidateur au cadre 18 sauf pour une transmission universelle du patrimoine Dans le cas de fermeture d'établissement(s) remplir cadre 11 Nom du journal d'annonces légales _____ Date de parution _____ Adresse de liquidation : <input type="checkbox"/> siège <input type="checkbox"/> adresse du liquidateur <input type="checkbox"/> Autre _____ <input type="checkbox"/> Transmission universelle du patrimoine			
6 RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT D'APPUI					
DÉCLARATION RELATIVE À UN ÉTABLISSEMENT ET À L'ACTIVITÉ					
10 Cette demande concerne : <input type="checkbox"/> OUVERTURE <input type="checkbox"/> FERMETURE <input type="checkbox"/> MODIFICATION <input type="checkbox"/> TRANSFERT <input type="checkbox"/> LOCATION-GÉRANCE <input type="checkbox"/> GÉRANCE-MANDAT					
ÉTABLISSEMENT TRANSFÉRÉ OU FERMÉ					
11 ANCIEN ÉTABLISSEMENT : <input type="checkbox"/> Siège <input type="checkbox"/> Siège-Etablissement principal <input type="checkbox"/> Établissement principal <input type="checkbox"/> Secondaire <input type="checkbox"/> Premier établissement en France d'une société étrangère Adresse : rés., bât., n°, voie, lieu-dit (si différente de celle du cadre 2) _____ Code postal _____ Commune _____		POUR UN TRANSFERT : Destination <input type="checkbox"/> Vendu <input type="checkbox"/> Fermé <input type="checkbox"/> Autre _____ Si maintien d'une activité, de ce fait, l'établissement est <input type="checkbox"/> Siège <input type="checkbox"/> Principal <input type="checkbox"/> Secondaire POUR UNE FERMETURE : Destination <input type="checkbox"/> Supprimé <input type="checkbox"/> Vendu <input type="checkbox"/> Autre _____ Si cessation d'emploi de tout salarié : date _____ Suite sur Intercalaire M¹			
12 Date _____ ÉTABLISSEMENT CRÉÉ OU MODIFIÉ ADRESSE : rés., bât., app., étage, n°, voie, lieu-dit _____ Code postal _____ Commune _____ L'ÉTABLISSEMENT DEVIENT : <input type="checkbox"/> Siège <input type="checkbox"/> Siège-Etablissement principal <input type="checkbox"/> Établissement principal <input type="checkbox"/> Secondaire (cocher uniquement si changement de nature de l'établissement) <input type="checkbox"/> Contrat de domiciliation : Nom du domiciliataire _____ N° unique d'identification _____ Pour l'ouverture d'établissement(s) situé(s) dans un autre État membre de l'UE ou de l'EEE, indiquer le pays, le lieu et le N° d'immatriculation sur l'intercalaire M ¹ .					
POUR UN ÉTABLISSEMENT MODIFIÉ : Présence de salarié <input type="checkbox"/> Oui <input type="checkbox"/> Non POUR UN ÉTABLISSEMENT CRÉÉ : s'il est secondaire, est-il permanent et dirigé par une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers <input type="checkbox"/> Oui <input type="checkbox"/> Non					
<input type="button" value="Imprimer"/> <input type="button" value="Réinitialiser"/>					
13 ACTIVITÉ <input type="checkbox"/> Permanente <input type="checkbox"/> Saisonnière / <input type="checkbox"/> Ambulante Activité(s) exercée(s) dans l'établissement : _____ Indiquer la nature de l'activité la plus importante en ne cochant qu'une seule case : <input type="checkbox"/> Fabrication, production <input type="checkbox"/> Bâtiment, travaux publics <input type="checkbox"/> Commerce de gros <input type="checkbox"/> Commerce de détail en magasin (surface : _____ m ²) <input type="checkbox"/> Commerce de détail sur marchés <input type="checkbox"/> Commerce de détail sur Internet <input type="checkbox"/> Autres préciser _____ L'activité principale de cet établissement devient-elle l'activité principale de l'entreprise <input type="checkbox"/> oui <input type="checkbox"/> non En cas de modification d'activité, elle résulte d'une : <input type="checkbox"/> Adjonction d'activité <input type="checkbox"/> Suppression partielle d'activité par : <input type="checkbox"/> Disparition <input type="checkbox"/> Vente <input type="checkbox"/> Reprise par le propriétaire <input type="checkbox"/> Autre		16 ORIGINE DU FONDS OU ORIGINE DE L'ACTIVITÉ <input type="checkbox"/> Création, passe au cadre suivant <input type="checkbox"/> Reprise <input type="checkbox"/> Achat <input type="checkbox"/> Apport <input type="checkbox"/> Location-gérance <input type="checkbox"/> Gérance-mandat <input type="checkbox"/> Autre _____ Précédent exploitant : N° unique d'identification _____ Nom de naissance / Dénomination _____ Nom d'usage _____ Prénoms _____ Achat, Apport (sauf pour fonds artisanal et achat dans le cadre d'un plan de cession) Journal d'Annonces Légales : date de parution _____ Nom du journal : _____ Location-gérance - Gérance-mandat Dates du contrat : début _____ fin _____ Renouvellement par tacite reconduction <input type="checkbox"/> oui <input type="checkbox"/> non Loueur du fonds ou Mandant du fonds Nom de naissance / Dénomination _____ Nom d'usage _____ Prénoms _____ Domicile / Siège _____ Code postal _____ Commune _____ Pour la gérance-mandat : N° unique d'identification du mandant _____ Greffe d'immatriculation _____			
14 NOM COMMERCIAL _____ ENSEIGNE _____		15 EFFECTIF SALARIÉ de l'établissement créé : _____ Date d'embauche du 1 ^{er} salarié _____ Effectif salarié de l'entreprise _____ dont : _____ apprentis _____ VRP			
FONDS DONNÉ EN LOCATION-GÉRANCE OU EN GÉRANCE-MANDAT					
17 ADRESSE rés., bât., n°, voie, lieu-dit _____ Code postal _____ Commune _____ Salarisés présents <input type="checkbox"/> oui <input type="checkbox"/> non MISE EN LOCATION-GÉRANCE <input type="checkbox"/> Totalité du fonds <input type="checkbox"/> Une partie du fonds, laquelle _____ Locataire-gérant ou Gérant-mandataire : Nom, nom d'usage, prénoms/dénomination _____ Pour la gérance-mandat : N° unique d'identification du gérant-mandataire _____ Greffe d'immatriculation/Département pour RM _____ Domicile/Siège : _____ Code postal _____ Commune _____					
DÉCLARATION RELATIVE AUX DIRIGEANTS, AUX ASSOCIÉS, AUX PERSONNES AYANT LE POUVOIR GÉNÉRAL D'ENGAGER LA SOCIÉTÉ, AUX PERSONNES ASSURANT LE CONTRÔLE, AUX COMMISSAIRES AUX COMPTES <small>Suite sur les intercalaires M3 ou M3 Sali/Selari</small>					
18 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant cadre bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle <input type="checkbox"/> Maintenu ancienne qualité QUALITÉ Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Née le _____ à _____ Nationalité _____ Dénomination, forme juridique _____		18 bis Partant : Nom de naissance, nom d'usage, prénom/Dénomination, forme juridique _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale _____			
19 AIDE AUX CHÔMEURS CRÉATEURS OU REPRENEURS D'UNE ENTREPRISE (ACCRE) <input type="checkbox"/> Une demande d'ACCRE est déposée avec cette déclaration, dans ce cas, remplir l'imprimé spécifique pour chaque personne bénéficiaire					
RENSEIGNEMENTS COMPLÉMENTAIRES					
20 OBSERVATIONS : _____					
21 ADRESSE DE CORRESPONDANCE <input type="checkbox"/> Déclarée au cadre n° _____ <input type="checkbox"/> Autre _____ Code postal _____ Commune _____		Tél _____ Fax/mèl _____			
Le présent document constitue une demande de modification au RCS, RM, le cas échéant, au REB et vaut déclaration aux services fiscaux, aux organismes de sécurité sociale, à l'INSEE et, s'il y a lieu, à l'inspection du travail. Quiconque donne, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes s'expose à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement.					
22 <input type="checkbox"/> LE REPRÉSENTANT LÉGAL <input type="checkbox"/> LE MANDATAIRE ayant procuration <input type="checkbox"/> AUTRE PERSONNE justifiant d'un intérêt <small>nom, prénom/dénomination et adresse</small>		Certifie l'exactitude des renseignements donnés Fait à _____ Nombre d'intercalaire(s) M3 ou M3 Sali/Selari : _____ Nombre d'intercalaire(s) M ¹ : _____ de vote(s) TNS : _____ Nombre d'imprimé(s) ACCRE : _____		SIGNATURE _____ Déclaration n° _____ <small>Signer chaque feuillet séparément</small>	

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux bases, s'applique aux réponses des personnes physiques à ce questionnaire. Elle leur garantit un droit d'accès et de modification, pour les données les concernant, auprès des organismes destinataires de ce formulaire.

IV. Déclaration relative aux gérants et autres personnes liées à la société (SARL, SELARL y compris à associé unique) (formulaire M3 SARL - SELARL)

M3 SARL-SELARL Imprimer Réinitialiser N° 14580*01	DÉCLARATION RELATIVE AUX GÉRANTS ET AUTRES PERSONNES LIÉES À LA SOCIÉTÉ	RÉSERVÉ AU CFE M G U I D B E F K T Déclaration n° _____ Reçue le _____ Transmise le _____
	SARL, SELARL Y COMPRIS À ASSOCIÉ UNIQUE	
1 <input type="checkbox"/> DEMANDE D'INSCRIPTION MODIFICATIVE au RCS, le cas échéant, au <input type="checkbox"/> RM <input type="checkbox"/> INTERCALAIRE suite du formulaire M2, M2 agricole (appeler uniquement dénomination et forme juridique)		
REEMPLIR DANS TOUS LES CAS : - si l'imprimé constitue une DEMANDE D'INSCRIPTION MODIFICATIVE au RCS les cadres n° 1, 2, 13, 14 - si l'imprimé est utilisé à titre d'INTERCALAIRE, les cadres n° 1 et 2		
RAPPEL D'IDENTIFICATION		
2 DÉNOMINATION _____ Forme juridique _____ N° UNIQUE D'IDENTIFICATION [] <input type="checkbox"/> IMMATRICULATION AU RCS DU GREFFE DE : _____ <input type="checkbox"/> AU RM DANS LE DEPT DE : [] [] []		
DÉCLARATION RELATIVE À LA GÉRANCE		
3 LA NATURE DE LA GÉRANCE EST MODIFIÉE <input type="checkbox"/> oui <input type="checkbox"/> non Si oui, elle devient : <input type="checkbox"/> MINORITAIRE/ÉGALITAIRE <input type="checkbox"/> une société est associée <input type="checkbox"/> MAJORITAIRE (compléter par le volet social TNS)		
DÉCLARATION RELATIVE AUX GÉRANTS ET AUTRES PERSONNES LIÉES À LA SOCIÉTÉ		
4 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION date [] <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle GÉRANT : Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le [] à _____ Nationalité _____ Domicile _____ Code postal [] Commune _____		
4 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale []		
5 Date [] POUR LE CONJOINT MARIÉ OU PACSÉ QUI TRAVAILLE RÉGULIÈREMENT DANS L'ENTREPRISE, CHOIX D'UN DES STATUTS SUIVANTS : <input type="checkbox"/> COLLABORATEUR uniquement si gérant associé majoritaire ou gérant associé unique <input type="checkbox"/> SALARIÉ <input type="checkbox"/> ASSOCIÉ (En cas de gérance majoritaire, compléter l'imprimé TNS du dirigeant)		
6 UNIQUEMENT POUR LE CONJOINT MARIÉ OU PACSÉ COLLABORATEUR Date [] <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 6 bis Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénoms _____ Né(e) le [] à _____ Nationalité _____ Domicile (si différent de celui du gérant) _____ Code postal [] Commune _____		
6 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale []		
RAPPEL DU GÉRANT sauf si déjà déclaré au cadre 4 ou 4 bis : Noms de naissance, d'usage, prénoms _____		

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'information, aux fichiers et aux libertés, s'applique aux réponses des personnes physiques à ce questionnaire. Elle leur garantit un droit d'accès et de modification, pour les données les concernant, auprès des organismes destinataires de ce formulaire.

Imprimer Réinitialiser	DÉCLARATION RELATIVE AUX GÉRANTS ET AUTRES PERSONNES LIÉES À LA SOCIÉTÉ	
	7 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION date [] <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle GÉRANT : Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le [] à _____ Nationalité _____ Domicile _____ Code postal [] Commune _____	
7 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale []		
8 Date [] POUR LE CONJOINT MARIÉ OU PACSÉ QUI TRAVAILLE RÉGULIÈREMENT DANS L'ENTREPRISE, CHOIX D'UN DES STATUTS SUIVANTS : <input type="checkbox"/> COLLABORATEUR uniquement si gérant associé majoritaire ou gérant associé unique <input type="checkbox"/> SALARIÉ <input type="checkbox"/> ASSOCIÉ (En cas de gérance majoritaire, compléter l'imprimé TNS du dirigeant)		
9 UNIQUEMENT POUR LE CONJOINT MARIÉ OU PACSÉ COLLABORATEUR Date [] <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 9 bis Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénoms _____ Né(e) le [] à _____ Nationalité _____ Domicile (si différent de celui du gérant) _____ Code postal [] Commune _____		
9 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale []		
RAPPEL DU GÉRANT sauf si déjà déclaré au cadre 7 ou 7 bis : Noms de naissance, d'usage, prénoms _____		
PERSONNE AYANT LE POUVOIR GÉNÉRAL D'ENGAGER LA SOCIÉTÉ AUTRE QUE LE DIRIGEANT		
10 Date [] Pour la personne ayant le pouvoir d'engager la société <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénoms _____ Né(e) le [] à _____ Nationalité _____ Domicile _____ Code postal [] Commune _____ Si son pouvoir est limité à un établissement, indiquer l'adresse de celui-ci : rés., nat., n°, vole, lieu-dit _____ Code postal [] Commune _____		
RENSEIGNEMENTS COMPLÉMENTAIRES		
11 AIDE AUX CHÔMEURS CRÉATEURS OU REPRENEURS D'UNE ENTREPRISE (ACCRE) <input type="checkbox"/> Une demande d'ACCRES est déposée avec cette déclaration, dans ce cas, remplir l'imprimé spécifique pour chaque personne bénéficiaire		
12 OBSERVATIONS :		
13 ADRESSE DE CORRESPONDANCE <input type="checkbox"/> Déclarée au cadre n° _____ <input type="checkbox"/> Autre _____ Code postal [] Commune _____		Tél. _____ Tél. _____ Fax/méil _____
Le présent document constitue une inscription au RCS, au RM, le cas échéant, au REB et vaut déclaration aux services fiscaux, aux organismes de sécurité sociale, à l'INSEE et, s'il y a lieu, à l'inspection du travail. Quiconque donne, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes s'expose à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement.		
14 <input type="checkbox"/> LE REPRÉSENTANT LÉGAL Déclaré au cadre N° _____ <input type="checkbox"/> LE MANDATAIRE ayant procuration nom, prénom/dénomination et adresse _____		Certifie l'exactitude des renseignements donnés Fait à _____ Le _____ Nombre d'intercalaire(s) M3 sarl/selarl : _____ de volet(s) TNS : _____ Nombre d'imprimé(s) ACCRE : _____ Déclaration n° _____ SIGNATURE Signer chaque feuillet séparément

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'information, aux fichiers et aux libertés, s'applique aux réponses des personnes physiques à ce questionnaire. Elle leur garantit un droit d'accès et de modification, pour les données les concernant, auprès des organismes destinataires de ce formulaire.

V. Déclaration relative aux organes de direction, surveillance, contrôle de la personne morale (sauf pour SARL et SELARL utiliser l'imprimé M3 SARL / SELARL) (formulaire M3)

M3 Imprimer Réinitialiser cerfa N° 11683*02		DÉCLARATION RELATIVE AUX ORGANES DE DIRECTION, SURVEILLANCE, CONTRÔLE DE LA PERSONNE MORALE RÉSERVÉ AU CFE M G U I D B E F K T	
Sauf pour SARL et SELARL utiliser l'imprimé M3 Sarl/Selarl		Déclaration n° _____ Reçue le _____ Transmise le _____	
1 <input type="checkbox"/> DEMANDE D'INSCRIPTION MODIFICATIVE au RCS, le cas échéant, au <input type="checkbox"/> RM <input type="checkbox"/> INTERCALAIRE suite du formulaire M2, M2 agricole, M3 (appeler uniquement dénomination et forme juridique)		Intercalaire N° _____	
REMPLIR DANS TOUS LES CAS : - si l'imprimé constitue une DEMANDE D'INSCRIPTION MODIFICATIVE au RCS les cadres n° 1, 2, 3, 14, 15 - si l'imprimé est utilisé à titre d'INTERCALAIRE, les cadres n° 1 et 2			
RAPPEL D'IDENTIFICATION			
2 DÉNOMINATION _____ Forme juridique _____			
3 N° UNIQUE D'IDENTIFICATION _____ <input type="checkbox"/> IMMATRICULATION AU RCS DU GREFFE DE : _____ <input type="checkbox"/> AU RM DANS LE DEPT DE _____ SIÈGE OU 1 ^{er} ÉTABLISSEMENT EN FRANCE POUR LES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES : rés., bât., n°, voie, lieu-dit _____ Code postal _____ Commune _____			
DÉCLARATION RELATIVE AUX DIRIGEANTS, AUX ASSOCIÉS, AUX PERSONNES AYANT LE POUVOIR GÉNÉRAL D'ENGAGER LA SOCIÉTÉ, AUX PERSONNES ASSURANT LE CONTRÔLE, AUX COMMISSAIRES AUX COMPTES (Pour les personnes ayant le pouvoir d'engager la société, remplir également le cadre 11)			
4 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 4 bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle <input type="checkbox"/> Maintenu ancienne qualité _____ QUALITÉ Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Dénomination, forme juridique _____ Domicile / Siège _____ Code postal _____ Commune _____ Pour une personne morale Lieu et N° d'immatriculation _____		4 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Dénomination, forme juridique _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale _____	
5 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 5 bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle <input type="checkbox"/> Maintenu ancienne qualité _____ QUALITÉ Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Dénomination, forme juridique _____ Domicile / Siège _____ Code postal _____ Commune _____ Pour une personne morale Lieu et N° d'immatriculation _____		5 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Dénomination, forme juridique _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale _____	
6 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 6 bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle <input type="checkbox"/> Maintenu ancienne qualité _____ QUALITÉ Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Dénomination, forme juridique _____ Domicile / Siège _____ Code postal _____ Commune _____ Pour une personne morale Lieu et N° d'immatriculation _____		6 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Dénomination, forme juridique _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale _____	
7 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 7 bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle <input type="checkbox"/> Maintenu ancienne qualité _____ QUALITÉ Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Dénomination, forme juridique _____ Domicile / Siège _____ Code postal _____ Commune _____ Pour une personne morale Lieu et N° d'immatriculation _____		7 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Dénomination, forme juridique _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale _____	
8 POUR DÉCLARATION DE MODIFICATION Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant Remplir cadre 8 bis <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle <input type="checkbox"/> Maintenu ancienne qualité _____ QUALITÉ Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Dénomination, forme juridique _____ Domicile / Siège _____ Code postal _____ Commune _____ Pour une personne morale Lieu et N° d'immatriculation _____		8 bis <input type="checkbox"/> PARTANT Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Dénomination, forme juridique _____ Pour le régime TNS : N° de sécurité sociale _____	
POUR LES PERSONNES MORALES SOUMISES À L'OBLIGATION LÉGALE DE DÉSIGNER UN REPRÉSENTANT			
9 Représentant de la personne morale dirigeante déclarée au cadre N° _____ du <input type="checkbox"/> M2 <input type="checkbox"/> M3 Modification du représentant Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Domicile _____ Code postal _____ Commune _____		10 Représentant de la personne morale dirigeante déclarée au cadre N° _____ du <input type="checkbox"/> M2 <input type="checkbox"/> M3 Modification du représentant Date _____ <input type="checkbox"/> Nouveau <input type="checkbox"/> Partant <input type="checkbox"/> Modification de la situation personnelle Nom de naissance _____ Nom d'usage _____ Prénom _____ Né(e) le _____ à _____ Nationalité _____ Domicile _____ Code postal _____ Commune _____	
PERSONNE AYANT LE POUVOIR D'ENGAGER LA PERSONNE MORALE AUTRE QUE LE DIRIGEANT			
11 Date _____ La personne déclarée au cadre N° _____ a le pouvoir d'engager la société. Si son pouvoir est limité à un établissement, indiquer l'adresse de cet établissement : rés., bât., n°, voie, lieu-dit _____ Code postal _____ Commune _____			
RENSEIGNEMENTS COMPLÉMENTAIRES			
12 AIDE AUX CHÔMEURS CRÉATEURS OU REPRENEURS D'UNE ENTREPRISE (ACCRE) <input type="checkbox"/> Une demande d'ACCRES est déposée avec cette déclaration, dans ce cas, remplir l'imprimé spécifique pour chaque personne bénéficiaire			
13 OBSERVATIONS : _____			
14 ADRESSE DE CORRESPONDANCE <input type="checkbox"/> Déclarée au cadre n° _____ Autre _____ Code postal _____ Commune _____		Tél _____ Tél _____ Fax / mël _____	
Le présent document constitue une inscription au RCS, au RM, le cas échéant, au REB et vaut déclaration aux services fiscaux, aux organismes de sécurité sociale, à l'INSEE et, s'il y a lieu, à l'inspection du travail. Quoiconque donne, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes s'expose à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement.			
15 <input type="checkbox"/> LE REPRÉSENTANT LÉGAL Déclaré au cadre N° _____ <input type="checkbox"/> LE MANDATAIRE ayant procuration nom, prénom/dénomination et adresse _____		Certifie l'exactitude des renseignements donnés Fait à _____ Le _____ Nombre d'intercalaire(s) M3 : _____ de vote(s) TNS : _____ Nombre d'imprimé(s) ACCRE : _____	
		Déclaration n° _____ SIGNATURE _____ Signer chaque feuillet séparément	

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux bases, s'applique aux réponses des personnes physiques à ce questionnaire. Elle leur garantit un droit d'accès et de modification, pour les données les concernant, auprès des organismes destinataires de ce formulaire.

9. Modèles de décisions écrites et de procès-verbaux d'une *Company*

- I. Décision écrite de l'unique *director* portant convocation de l'Assemblée générale annuelle
- II. Procès-verbal de l'Assemblée générale annuelle
- III. Décision écrite signée par tous les *members* en lieu et place de la tenue d'une Assemblée générale annuelle
- IV. Décision écrite signée par l'unique *member* en lieu et place de la tenue d'une Assemblée générale annuelle
- V. Décision écrite de l'unique *director* donnant mandat à un tiers pour signer des contrats au nom et pour le compte de la *Company*, accompagnée du mandat
- VI. Décision écrite signée par tous les *directors* portant modification des modalités de signature sur les comptes bancaires de la *Company*
- VII. Procès-verbal de la réunion du *board of directors* approuvant la signature d'un contrat de bail et donnant autorisation à l'un des *directors* de signer ledit contrat au nom et pour le compte de la *Company*
- VIII. Procès-verbal de la réunion du *board of directors* désignant l'un de ses *directors* personne physique au titre de représentant permanent

Company No.: 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

RESOLUTIONS IN WRITING OF THE SOLE DIRECTOR made pursuant to article 123 of the Articles of Association of the Company.

Pursuant to the authority given to me by article 123 the Company's Articles of Association, I, the undersigned, being the sole director of the Company for the time being, hereby:-

1. 2015 ANNUAL GENERAL MEETING

NOTE THAT there has been circulated a form of notice convening the 2015 Annual General Meeting for 24 December 2015 at a place and at a time to be agreed by all the members of the Company.

RESOLVE THAT the 2015 Annual General Meeting be convened for such date and that notice be sent to all members of the Company.

2. REPORT AND FINANCIAL STATEMENTS

NOTE THAT there has been circulated the Company's draft financial statements for the financial year ended on 31 March 2015, together with the director's report thereon.

RESOLVE THAT the draft financial statements, together with the director's report thereon, be approved, THAT the sole director be authorized to sign the balance sheet and the director's report.

3. DIVIDEND

RESOLVE THAT no dividend be recommended to the members of the Company.

4. SOLE DIRECTOR'S REMUNERATION

RESOLVE THAT the sole director's remuneration of Hong Kong Dollars 99,999.99 paid or being payable during the financial year ended on 31 March 2015 be ratified by the members of the Company in accordance with article 89(a) of the Articles of Association of the Company.

5. SOLE DIRECTOR

NOTE THAT, Mr. Kevin WONG, the sole director of the Company, who will retire in accordance with article 108 of the Articles of Association of the Company, being eligible, will offer himself for re-election at the Company's forthcoming 2015 Annual General Meeting, in accordance with article 109 of the Articles of Association of the Company.

6. AUDITOR

NOTE THAT, Chan & Wang CPA Limited, the Company's auditor, will offer themselves for reappointment at the Company's forthcoming 2015 Annual General Meeting pursuant to article 150 of the Articles of Association of the Company.

Dated this 31 October 2015

Kevin WONG
Sole Director

Company No. : 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

MINUTES OF THE 2015 ANNUAL GENERAL MEETING of the abovenamed Company held on the following date and at the following time and place, namely:

Date : 24 December 2015

Time : 11:00 a.m.

Place : Unit 99, 99/F., IFC Centre, 8 Finance Street, Central, Hong Kong

PRESENT: Kevin WONG
Cherry HO
Kevin Wong Limited (represented by Kevin WONG)

1. CHAIRPERSON

IT WAS RESOLVED THAT Mr. Kevin WONG was elected chairperson of the meeting.

2. NOTICE AND QUORUM

IT WAS NOTED THAT due notice of this meeting had been given to the members AND THAT a quorum was present AND THAT the chairperson declared the meeting duly convened and constituted AND THAT the notice convening the meeting was read.

3. DIRECTORS' REPORT AND FINANCIAL STATEMENTS

IT WAS NOTED THAT the financial statements of the Company, the report of director and the report of auditor for the financial year ended on 31st March 2015 were presented.

IT WAS RESOLVED THAT the said financial statements of the Company, the report of director and the report of auditor thereon be and are hereby received and adopted.

4. DIRECTOR'S REMUNERATION

IT WAS RESOLVED THAT the payment of the sole director's remuneration of Hong Kong Dollars 99,999.99 paid or being payable to Mr. Kevin WONG during the financial year ended on 31st March 2015 be hereby confirmed, approved and ratified.

5. SOLE DIRECTOR

IT WAS RESOLVED THAT in accordance with articles 108 and 109 of the Articles of Association of the Company, the sole director retired, being eligible and offering himself for re-election, be and is hereby re-elected director of the Company to hold office until the conclusion of the next Annual General Meeting.

6. AUDITOR

IT WAS RESOLVED THAT Chan & Wang CPA Limited, the retiring auditor, being eligible and offering themselves for re-appointment, be and are hereby re-appointed auditor of the

Company to hold office until the conclusion of the next Annual General Meeting at a fee to be agreed with the sole director.

7. END OF MEETING

IT WAS NOTED THAT no further business needed to be discussed, the meeting was declared closed.

Kevin WONG
Chairperson

III. Décision écrite signée par tous les membres en lieu et place de la tenue d'une Assemblée générale annuelle

Company Number: 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

RESOLUTIONS IN WRITING SIGNED BY ALL THE MEMBERS in lieu of the 2015 Annual General Meeting of the Company made pursuant to Article 83 of the Articles of Association of the Company.

Pursuant to the authority given to us by sections 548(1) and 612(1)(a) of the Companies Ordinance (Cap.622), we, the undersigned, being all the members of the Company for the time being, hereby:-

1. 2015 ANNUAL GENERAL MEETING

NOTE THAT a copy of every document that is required to be laid before the Company at the Company's 2015 Annual General Meeting has been provided to each member.

RESOLVE THAT the following resolutions be adopted by the members of the Company as constituting everything that is required or intended to be done at the Company's 2015 Annual General Meeting.

2. NOTICE AND AUDITORS' REPORT

NOTE THAT the notice convening the Company's 2015 Annual General Meeting and the auditors' report on the financial statements for the Company's financial year ended on 31 March 2015 have been circulated to all members.

3. REPORT AND FINANCIAL STATEMENTS

RESOLVE THAT the Company's financial statements for the financial year ended on 31 March 2015, together with the director's report thereon, be received.

4. DIVIDEND

NOTE THAT no dividend is recommended by the sole director.

5. SOLE DIRECTOR'S REMUNERATION

RESOLVE THAT the sole director's remuneration of Hong Kong Dollars 99,999.99 paid or being payable to Mr. Kevin WONG during the financial year ended on 31 March 2015 be ratified and confirmed by the members of the Company.

6. SOLE DIRECTOR

RESOLVE THAT, Mr. Kevin WONG, the sole director, who retires by virtue of article 108 of the Articles of Association of the Company, being eligible, be re-elected a director of the Company in accordance with article 109 of the Articles of Association of the Company.

7. AUDITOR

RESOLVE THAT, Chan & Wang CPA Limited, being eligible and offering themselves for reappointment, be reappointed auditor of the Company to hold office until the conclusion of the next Annual General Meeting at a fee to be fixed by the sole director, pursuant to article 150 of the Articles of Association of the Company.

Dated this 23 November 2015

Keving WONG
Member

Kevin Wong Limited
Member

IV. Décision écrite signée par l'unique member en lieu et place de la tenue d'une Assemblée générale annuelle

Company No.: 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

RESOLUTIONS IN WRITING SIGNED BY THE SOLE SHAREHOLDER in lieu of the 2015 Annual General Meeting of the Company pursuant to sections 548(1) and 612(2)(a) of the Companies Ordinance (Cap.622).

1. REPORT OF THE DIRECTORS AND FINANCIAL STATEMENTS

IT IS NOTED THAT the financial statements of the Company for the year financial ended on 31st December 2014 together with the report of the directors and of the report of the auditor are attached to these resolutions.

IT IS RESOLVED THAT the said financial statements together with the reports of the directors and of the auditor thereon be and are hereby received and adopted.

2. DIRECTORS

IT IS RESOLVED THAT in accordance with Articles 107 and 108 of the Articles of Association of the Company, all the directors retired, being eligible and offering themselves for re-election, be and are hereby re-elected directors of the Company to hold office until the conclusion of the next Annual General Meeting.

3. AUDITOR

IT IS RESOLVED THAT Messrs. Chan & Wang Certified Public Accountants, the retiring auditor, being eligible and offering themselves for re-appointment, be and are hereby re-appointed auditor of the Company to hold office until the conclusion of the next Annual General Meeting at a fee to be agreed with the directors.

Dated this 26th day of April, 2015

Kevin Wong Limited
Sole Shareholder

V. Décision écrite de l'unique directeur donnant mandat à un tiers pour signer des contrats au nom et pour le compte de la Company, accompagnée du mandat

Company No.: 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

RESOLUTIONS IN WRITING OF THE SOLE DIRECTOR made pursuant to article 124 of the Articles of Association of the Company.

EXECUTION OF POWER OF ATTORNEY TO APPOINT CHERRY HO AS ATTORNEY OF THE COMPANY

IT IS RESOLVED THAT, in accordance with Article 99 of the Articles of Association of the Company, the Company hereby appoints Mrs. Cherry HO, holder of Hong Kong Permanent Identity Card n°K999999(0), to act as attorney of the Company (hereinafter referred to as the "Attorney"), to have full power and authority for and on behalf of the Company in order to execute the following documents:

- three (3) trademark assignment agreements between Kevin Wong Limited and the Company regarding three trademarks registered in France, and any necessary documents regarding the aforesaid agreements; and
- three (3) domain names assignment agreements between Kevin Wong Limited and the Company regarding six registered domain names, and any necessary documents regarding the aforesaid agreements.

IT IS FURTHER RESOLVED THAT this power of attorney shall be valid during a one-month period from 1st June 2015 to 30th June 2015, unless revoked earlier in writing.

IT IS FURTHER RESOLVED THAT this appointment be made by way of power of attorney under the common seal of the Company AND THAT the aforesaid power of attorney, to which the common seal of the Company be affixed by the company secretary, namely Cherry Ho Limited, shall be signed by the sole director, namely Mr. Kevin WONG.

IT IS FURTHER RESOLVED THAT Mrs. Cherry HO has no power to delegate any of the powers hereby granted to her.

IT IS FURTHER RESOLVED THAT such power and authority of the Attorney shall not exceed those power and authority vested in or exercisable by the Sole Director under the Articles of Association of the Company.

Dated this 23 May 2015

Kevin WONG
Sole Director

VI. Décision écrite signée par tous les directeurs portant modification des modalités de signature sur les comptes bancaires de la Company

Company Number: 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

RESOLUTION IN WRITING SIGNED BY ALL THE DIRECTORS pursuant to Article 122 of the Articles of Association of the Company.

BANK ACCOUNTS

IT IS RESOLVED Mrs. Cherry HO [holder of Hong Kong Permanent Identity Card No. K9999999(0)] be appointed as additional authorized signer of Group A for operation of all the Company's bank accounts opened with Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited with immediate effect, as follows:

- **Group A**: Kevin WONG, Alison WONG, Cherry HO
- **Group B**: Patrick CHAN, Mark WANG

IT IS FURTHER RESOLVED THAT two persons must sign at the time according to the following signing arrangements for operation of all the Company's bank accounts:

- Any two persons from Group A signing jointly with no limit; or
- Any one person from Group A and any one person from Group B signing jointly up to Hong Kong Dollars 99,999.99 (or its equivalent in any other currency).

IT IS FURTHER RESOLVED THAT the resolutions contained in the standard mandate forms of Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited be deemed as an integral part of these resolutions.

Dated this 9th April 2015

Keving WONG
Director

Kevin Wong Limited
Director

VII. Procès-verbal de la réunion du board of directors approuvant la signature d'un contrat de bail et donnant autorisation à l'un des directors de signer ledit contrat au nom et pour le compte de la Company

Company No. : 9999999

AAAAA LIMITED
(hereafter the "Company")

MINUTES OF THE MEETING OF THE BOARD OF DIRECTORS of the abovenamed Company held on the following date and at the following time and place, namely:

Date : 23 May 2015

Time : 11:00 a.m.

Place : Unit 99, 99/F., IFC Centre, 8 Finance Street, Central, Hong Kong

PRESENT: Kevin WONG
Cherry HO
Kevin Wong Limited (represented by Kevin WONG)

1. CHAIRPERSON

IT WAS RESOLVED THAT Mr. Kevin WONG was elected chairperson of the meeting.

2. NOTICE AND QUORUM

IT WAS NOTED THAT due notice of this meeting had been given to the directors AND THAT a quorum was present AND THAT the chairperson declared the meeting duly convened and constituted AND THAT the notice convening the meeting was read.

3. EXECUTION OF LEASE AGREEMENT (the "Lease")

IT WAS RESOLVED THAT the Company hereby approves the execution of the Lease, a copy of which is hereby attached, in respect of Unit 99, 99/F., IFC Centre, 8 Finance Street, Central, Hong Kong, as follows:

- Landlord: Perfect Win Properties Limited
- Term of Tenancy: 3 years
- Date of Commencement: 15 October 2015
- Monthly Basic Rent: Hong Kong Dollars 99,999.99
- Monthly Turnover Rent: 1st year of the term, 17% of monthly gross sales exceeding the Monthly Basic Rent; 2nd and 3rd years of the term, 18% of monthly gross sales exceeding the Monthly Basic Rent.

4. APPOINTMENT OF AUTHORIZED REPRESENTATIVE

IT WAS FURTHER RESOLVED THAT Mr. Kevin WONG be and is hereby authorized to sign the Lease for and on behalf of the Company.

5. END OF MEETING

IT WAS NOTED THAT no further business needed to be discussed, the meeting was declared closed.

Kevin WONG
Chairperson

*VIII. Procès-verbal de la réunion du board of directors désignant l'un de ses directors
personne physique au titre de représentant permanent*

Company No. : 8888888

KEVIN WONG LIMITED
(hereafter the "Company")

**MINUTES OF THE MEETING OF THE BOARD OF DIRECTORS of the
abovenamed Company held on the following date and at the following time and place,
namely:**

Date : 23 September 2015

Time : 5:00 a.m.

Place : Unit 99, 99/F., IFC Centre, 8 Finance Street, Central, Hong Kong

PRESENT: Kevin WONG
Fanny WONG

1. CHAIRPERSON

IT WAS RESOLVED THAT Mr. Kevin WONG was elected chairperson of the meeting.

2. NOTICE AND QUORUM

IT WAS NOTED THAT due notice of this meeting had been given to the directors AND THAT a quorum was present AND THAT the chairperson declared the meeting duly convened and constituted AND THAT the notice convening the meeting was read.

3. CORPORATE REPRESENTATIVE

IT WAS NOTED THAT the Company is a member and a director of AAAAA Limited, a company incorporated under the laws of Hong Kong under Incorporation Number 9999999.

IT WAS RESOLVED THAT Mr. Kevin WONG be appointed as authorized representative of the Company to attend AAAAA Limited's general meetings and meetings of the board of directors on behalf of the Company and to sign all necessary documents of AAAAA Limited for and on behalf of the Company.

IT WAS FURTHER RESOLVED THAT this appointment takes effect at the end of this meeting and shall continue until Mr. Kevin WONG is either removed or dies or vacates office from the Company.

4. END OF MEETING

IT WAS NOTED THAT no further business needed to be discussed, the meeting was declared closed.

Kevin WONG
Chairperson

10. Liste des portails des services administratifs français et hongkongais apportant support aux sociétés et au monde des affaires en général

I. France : adresses des portails des services administratifs utiles

Gouvernement français

<http://www.gouvernement.fr/>

Ministère de l'économie

<http://www.economie.gouv.fr/>

Greffes des tribunaux de commerce - Registre du commerce et des sociétés

<https://www.infogreffe.fr/societes/>

Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales

<http://www.bodacc.fr/>

Légifrance

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

Centre de formalités des entreprises (CCI et URSAFF)

<https://www.cfenet.cci.fr/>

<https://www.cfe.urssaf.fr/>

Guichet des entreprises

<https://www.guichet-entreprises.fr/>

Agence pour la création d'entreprises

<http://www.apce.com/>

Service public aux professionnels

<https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises>

Institut national des statistiques et des études économiques (liste des centres de formalités des entreprises selon la nature de l'activité professionnelle)

<http://www.insee.fr/fr/service/default.asp?page=entreprises/sirene/liste-CFE.htm>

Chambre de commerce et d'industrie de France

<http://www.cci.fr/>

Chambre des métiers et de l'artisanat

<http://www.artisanat.fr/>

Institut national de la propriété intellectuelle

<http://www.inpi.fr/fr/accueil.html>

Compagnie nationale des commissaires aux comptes

<https://www.cncc.fr/>

Ordre des experts-comptables

<http://www.experts-comptables.fr/>

Ordre des notaires

<http://www.notaires.fr/fr>

Conseil national des barreaux

<http://cnb.avocat.fr/>

Association française des juristes d'entreprise

<http://www.afje.org/>

Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion

<http://www.dfcg.fr/>

Banque publique d'investissement, BPI France

<http://www.bpifrance.fr/>

II. Hongkong : adresses des portails des services administratifs utiles

Hong Kong Government (pages dédiées aux affaires, aux résidents et aux non-résidents)

<http://www.gov.hk/en/business/>

<http://www.gov.hk/en/residents/>

<http://www.gov.hk/en/nonresidents/>

Companies Registry

<http://www.cr.gov.hk/en/home/>

Inland Revenue Department

<http://www.ird.gov.hk/eng/welcome.htm>

Business Registration Office of the Inland Revenue Department

<http://www.ird.gov.hk/eng/tax/bre.htm>

Gazette

<http://www.gld.gov.hk/egazette/english/whatsnew/whatsnew.html>

Intellectual Property Department

<http://www.ipd.gov.hk/eng/home.htm>

Hong Kong Institute of Directors

<http://www.hkiod.com/>

Hong Kong Institute of Chartered Secretaries

<https://www.hkics.org.hk/>

Hong Kong Institute of Certified Public Accountants

<http://www.hkicpa.org.hk/en/>

Companies Registry - Standing Committee on Company Law Reform

<http://www.cr.gov.hk/en/standing/index.htm>

Department of Justice - Bilingual Laws Information System

<http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm>

Invest Hong Kong
<http://www.investhk.gov.hk/index.html>

11. Carte politique du continent asiatique



12. Carte de Hongkong



13. Brève présentation de l'histoire constitutionnelle de Hongkong

Hongkong est une forme inachevée ou inaccomplie de cité-État dont le système politique répond aux critères d'un pays industrialisé occidental. Le système juridique de *Common Law* en vigueur à Hongkong est hérité du système britannique et fait partie intégrante du réseau des juridictions de *Common Law*. Les règles de droit adoptées par le pouvoir législatif depuis la rétrocession du territoire de Hongkong à la République populaire de Chine demeurent d'inspiration britannique.

De la colonie britannique à la région administrative spéciale chinoise : Hongkong demeure une juridiction de Common Law

Du 29 août 1842 au 1^{er} juillet 1997, le territoire de Hongkong a été sous administration britannique. La formation de la colonie s'est déroulée en trois étapes successives par la signature de trois traités entre l'Empire britannique et l'Empire chinois : le premier traité signé le 29 août 1842, dit Traité de Nankin, a cédé le territoire de l'île de Hongkong à perpétuité, ce traité a été ratifié le 26 juin 1843¹⁷⁷¹ ; le deuxième traité, dite Convention de Pékin, signé le 18 octobre 1860 a cédé le territoire de Kowloon à perpétuité ; le troisième traité, dite Convention d'extension du territoire de Hongkong ou deuxième Convention de Pékin, signé le 9 juin 1898 et entré en vigueur le 1^{er} juin 1898, a cédé le territoire des Nouveaux Territoires et des Îles (253 îles) pour une période de quatre-vingt-dix-neuf ans¹⁷⁷².

Le 1^{er} juillet 1997, c'est-à-dire à l'échéance de la concession de quatre-vingt-dix-neuf ans des Nouveaux Territoires et des Îles, la totalité du territoire de la colonie de Hongkong a été rétrocédé à la République populaire de Chine en vertu de la *Joint Declaration on the Question of Hong Kong*¹⁷⁷³, un traité international bipartite signé par les premiers ministres britannique (Margareth THATCHER) et chinois (Ziyang ZHAO) le 19 décembre 1984 à Pékin. Après ratification par les deux gouvernements, ce traité est entré en vigueur le 27 mai 1985 et a été enregistré auprès des Nations Unies le 12 juin 1985.

Des négociations sino-britanniques qui ont précédées la signature de la *Joint Declaration on the Question of Hong Kong*, Hongkong hérite d'un système juridique innovant : la région administrative spéciale conserve son système juridique de Common Law (ou *Case Law*, nom tiré du fait que ce système légal tire la majeure partie de ses principes de la jurisprudence de ses tribunaux), qui est à la fois indépendant et intégré au système juridique civiliste chinois.

Ce système juridique atypique a pu être développé et mis en place au sein du régime communiste chinois uniquement grâce à l'approbation politique donnée par le Gouvernement populaire central¹⁷⁷⁴, approbation résumée par la maxime de Xiaoping DENG "un pays, deux systèmes"¹⁷⁷⁵, au nom de laquelle la République Populaire de Chine est un seul État et où Hongkong n'est qu'une région administrative spéciale de cet État (comme il existe des régions autonomes, des municipalités autonomes et des zones économiques spéciales dans la carte

¹⁷⁷¹ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §1.007, page 7.

¹⁷⁷² WESLEY-SMITH Peter, *The Convention of Peking, 1898: imperial diplomacy and colonial expansion*, 414 pages, Thèse : Droit : University of Hong Kong, 1976.

¹⁷⁷³ Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong.

¹⁷⁷⁴ Le *Central People's Government* est l'institution du pouvoir exécutif chinois équivalente au Premier ministre et au gouvernement français.

¹⁷⁷⁵ FISCHER Michael J., *The Legal System of Hong Kong*, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010, chapter 13, pages 247 to 270.

administrative chinoise). Hongkong se distingue des autres catégories administratives chinoises et pourrait être qualifié de cité-État dans l'État étant donné que son système légal de tradition de *Common Law* demeure et est distinct du système civiliste chinois (tout comme Hongkong conserve sa monnaie, sa conduite à gauche ou son indicatif téléphonique international) et que la législation hongkongaise ne s'applique pas sur le territoire de la République Populaire de Chine et inversement.

A la délicate question de savoir si Hongkong serait plus une cité-État qu'une Région administrative spéciale, les constitutionnalistes Johannes CHAN et C. L. LIM répondent :

*"In some respects, Hong Kong enjoys an autonomous power that is normally exercised only by an independent state. [...] At the same time, Hong Kong is a special administrative region and not an independent state."*¹⁷⁷⁶

*"Is Hong Kong an international person? So personality varies, it is a matter of degree, and Hong Kong may generally be said to possess a high degree of international legal personality falling short of Statehood."*¹⁷⁷⁷

Les sources du droit applicable à Hongkong: existe-t-il une constitution hongkongaise ?

À compter du 1^{er} juillet 1997 (date de la rétrocession de la colonie britannique hongkongaise à la République Populaire de Chine), le nouveau système légal de la région administrative spéciale est mis en place et le fondement de celui-ci est la *Basic Law* (traduction : loi de base). Les termes de la *Basic Law* ont été développés par le gouvernement de la République Populaire de Chine dans l'esprit de la *Joint Declaration on the Question of Hong Kong*. La question sur le point de savoir si la *Basic Law* peut être qualifiée de constitution oppose les constitutionnalistes hongkongais.

Au sens matériel, la constitution est un ensemble de règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'État, la dévolution et l'exercice du pouvoir¹⁷⁷⁸. Au sens formel, la constitution est un document relatif aux institutions politiques, dont l'élaboration et la modification obéissent à une procédure différente de la procédure législative ordinaire¹⁷⁷⁹.

Reprenant les deux éléments matériel et formel de cette définition, la *Basic Law* de Hongkong pourrait être qualifiée de constitution.

Du point de vue matériel, la *Basic Law* est tout d'abord un document écrit composé d'un préambule, de neuf chapitres contenant 160 articles et de trois annexes. Ce document établit la séparation des trois pouvoirs et leur collaboration. Il liste des principes généraux consacrant l'état de droit et l'autonomie politique et économique de Hongkong (chapitres I et IV), prévoit les relations qu'entretient Hongkong avec les institutions chinoises (chapitre II), avec les collectivités territoriales créées (dénommées *District* au chapitre IV), avec les autres États et les organisations internationales (chapitre VII) et liste les droits et libertés fondamentales dont bénéficient les citoyens ou résidents (chapitre III).

Du point de vue formel, la *Basic Law* répond aux critères de l'instrument constitutionnel rigide dans la mesure où celle-ci est une norme juridique dont la

¹⁷⁷⁶ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §1.053 page 21.

¹⁷⁷⁷ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §3.014, page 81.

¹⁷⁷⁸ GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, 13^{ème} édition, 2001, Dalloz.

¹⁷⁷⁹ GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, 13^{ème} édition, 2001, Dalloz.

procédure d'interprétation et de modification est différente et plus exigeante que celle requise pour la loi ordinaire hongkongaise (chapitre VIII). De plus, la *Basic Law* bénéficie d'une force juridique qui la situe à la première place dans l'ordre de la hiérarchie des normes hongkongaises et la loi hongkongaise ne peut y apporter atteinte¹⁷⁸⁰. Il est à noter que l'adoption de la *Basic Law* fut du ressort des institutions politiques chinoises : la *Basic Law* est une loi chinoise promulguée par le SCNPC¹⁷⁸¹ de la République Populaire de Chine le 4 avril 1990 lors de la troisième session du septième NPC¹⁷⁸².

Ainsi, cet instrument atypique a une double nature, à la fois constitutionnelle pour Hongkong et législative pour la République Populaire de Chine.

La majeure partie des constitutionnalistes hongkongais ont pris position dans le sens de la reconnaissance de la *Basic Law* au titre de constitution ou de "mini-constitution"¹⁷⁸³. Johannes CHAN et C. J. LIM écrivent dans le sens de la reconnaissance du caractère constitutionnel de la *Basic Law* au sein du système juridique hongkongais en sus de son caractère législatif au sein du système juridique chinois, comme d'un document juridique à double facette "*The Basic Law is not only the constitution of Hong Kong, but it is also a piece of national law and as such, it is binding on other organs of the PRC.*"¹⁷⁸⁴ (traduction : La *Basic Law* n'est pas seulement la constitution de Hongkong, c'est aussi une loi chinoise et, en tant que telle, elle lie certains organes de la République Populaire de Chine.).

Des personnalités du monde judiciaire ont abondé en ce sens. Mr. Justice Patrick CHAN écrit "*The Basic Law is also the constitution of the HKSAR which is above all other laws: no law shall contravene the Basic law.*"¹⁷⁸⁵ (traduction : La *Basic Law* est également la constitution de la région administrative spéciale de Hongkong, elle est supérieure à toutes les autres lois : aucune autre loi ne peut être contraire à la *Basic Law*). Mr. Chief Justice Andrew LI écrit également en faveur de la reconnaissance de la *Basic Law* au titre d'instrument constitutionnel "*The Basic Law has provided extensive scope for the development of constitutional jurisprudence*"¹⁷⁸⁶ (traduction : [Entre 1997 et 2011], la jurisprudence constitutionnelle s'est développée de manière extensive sur la base de la *Basic Law*.).

Enfin, la jurisprudence consacre le caractère constitutionnel de la *Basic Law*, "*The Basic Law is an entrenched constitutional instrument to implement the unique principle of "one country,*

¹⁷⁸⁰ Article 11 de la *Basic Law*.

¹⁷⁸¹ *Standing Committee of the National People's Congress* : entre deux sessions du NPC, le pouvoir législatif est exercé par le SCNPC qui regroupe 150 parlementaires.

¹⁷⁸² *National People's Congress* : il s'agit de l'unique chambre législative de la République Populaire de Chine qui réunit près de 2,987 parlementaires ; les sessions parlementaires se déroulent une fois par an au printemps et dure deux semaines.

¹⁷⁸³ LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, page 205 : la *Basic Law* est une constitution, ou une mini-constitution pour rester politiquement correct.

¹⁷⁸⁴ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §2.039, page 49.

¹⁷⁸⁵ Mr. Justice Patrick CHAN P. J. Sui-oi, dans sa préface à l'ouvrage LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, page v ; Mr. Justice Patrick CHAN a été un des trois juges permanent de la *Court of Final Appeal* (équivalent hongkongais de la Cour de cassation française) du 1^{er} septembre 2000 au 13 octobre 2013, date à laquelle celui-ci a pris sa retraite et a été nommé juge non-permanent de cette Cour. Dans son ouvrage, *Hong Kong Legal Dictionary*, Mr. Justice Patrick Chan définit également la *Basic Law* de constitution "*The Basic Law of the Hong Kong SAR of the People's Republic of China forms part of the constitution of the Hong Kong SAR after 1 July 1997*".

¹⁷⁸⁶ Mr. Chief Justice Andrew LI, dans sa préface de l'ouvrage de CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, page v ; Mr. Chief Justice Andrew LI a été le président de la *Court of Final Appeal* (équivalent hongkongais de la Cour de cassation française) de la rétrocession au 31 août 2010.

two systems". As is usual for constitutional instruments, it uses ample and general language. It is a living instrument intended to meet on changing needs and circumstances."¹⁷⁸⁷ (traduction : La Basic Law est un instrument constitutionnel fermement ancré [dans le système légal hongkongais] destiné à mettre en œuvre le principe unique "un pays, deux systèmes". Comme il est généralement de mise pour un instrument constitutionnel, les termes utilisés ont un sens large et général. C'est un instrument vivant destiné à combler/rencontrer des besoins et circonstances évolutifs.").

Cependant, au vu de l'élément matériel de la définition de constitution citée plus haut, Hongkong semble ne pas remplir le caractère d'un État et les dispositions de la *Basic Law* déterminent la forme de la région administrative spéciale hongkongaise et non la forme de l'État hongkongais. Le territoire de Hongkong n'est pas un État mais la région administrative spéciale de la République populaire de Chine, qui elle est un État¹⁷⁸⁸.

D'un point de vue sociologique, Hongkong pourrait être qualifié d'État car la combinaison des trois éléments retenus dans cette acception peuvent être identifiés : un territoire déterminé¹⁷⁸⁹, une collectivité humaine relativement homogène¹⁷⁹⁰, une société politique comportant le monopole de la contrainte organisée. Sur ce dernier point, il est important d'apporter un bémol : le gouvernement de Hongkong dispose de forces de police et de gendarmerie propres lui permettant d'exercer toute contrainte qu'il estimerait nécessaire pour maintenir l'ordre sur le territoire mais les forces armées, même si peu nombreuses et limitées dans leurs mouvements, sont néanmoins celles de la République populaire de Chine¹⁷⁹¹. En d'autres termes, Hongkong ne dispose pas de son propre appareil militaire ni du monopole de la contrainte organisée.

¹⁷⁸⁷ Ng Ka Ling v Director of Immigration [1999] 2 HKCFAR 4, 26, CHAN Johannes S.C., LIM C. L., Law of the Hong Kong Constitution, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §2.003, page 40.

¹⁷⁸⁸ Le préambule de la *Basic Law* dispose clairement que la région administrative spéciale est établie en accord avec la constitution de la République Populaire de Chine et le principe "un pays, deux systèmes" et l'article 1^{er} de la Basic Law dispose "The Hong Kong Special Administrative Region is an inalienable part of the People's Republic of China."

¹⁷⁸⁹ Voir les cartes politique et physique du territoire de Hongkong en annexe.

¹⁷⁹⁰ La population de Hongkong pourrait tout à fait être qualifiée de Nation, entendu comme un "groupement d'hommes ayant entre eux des affinités tenant à des éléments communs à la fois objectifs (langue cantonnaise propre distincte de la langue chinoise et de la langue cantonnaise qui s'est développée de l'autre côté de la frontière depuis 150 ans ; religion bouddhiste et catholique ; mode de vie d'un pays industrialisé plus proche des modèles de consommation occidentaux que du modèle chinois) et subjectifs (une histoire commune distincte de l'histoire chinoise depuis 150 ans ; sentiment de parenté spirituelle où les hongkongais sont fiers de leur culture et déclarent quotidiennement ne pas être Chinois ; désir de vivre à Hongkong et non en République populaire de Chine) qui les unissent et les distinguent des hommes appartenant aux autres groupements nationaux" [GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, Lexique des termes juridiques, 13^{ème} édition, 2001, Dalloz]. La question sur le point de savoir si l'intensité de ces liens de solidarité nationale pourrait conduire à la formation d'un État-nation hongkongais est aujourd'hui non débattue quotidiennement car le joug chinois paraît trop puissant mais celle-ci fait l'objet de débat au sein de la société universitaire, politique et civile sur la question récurrente de l'élection au suffrage universel des membres du *Legislative Council* (équivalent de l'Assemblée nationale) et du *Chief Executive* (équivalent du Chef de gouvernement dans la mesure où le Chef d'État de la région administrative spéciale de Hongkong est le président de la République populaire de Chine). À l'horizon 2047 et au vu de la situation politique chinoise actuelle, la continuité de la région administrative spéciale adoptée par le NPC pour par exemple une nouvelle période de cinquante ans paraît la solution la plus plausible à une indépendance du territoire et à la création d'une cité-État.

¹⁷⁹¹ L'article 14 de la *Basic Law* dispose "[§1] The Central People's Government shall be responsible for the defence of the Hong Kong Special Administrative Region. [§2] The Government of the Hong Kong Special Administrative Region shall be responsible for the maintenance of public order in the Region. [§3] Military forces stationed by the Central People's Government in the Hong Kong Special Administrative Region for defence shall not interfere in the local affairs of the Region. The Government of the Hong Kong Special Administrative Region may, when necessary, ask the Central People's Government for assistance from the garrison in the maintenance of public order and in disaster relief. [§4] In addition to abiding by national laws,

Du point de vue du droit international, Hongkong dispose de la personnalité morale internationale. En faveur de la reconnaissance de la capacité internationale de Hongkong, nous pouvons noter que la région administrative spéciale a la capacité de conclure des traités¹⁷⁹² et qu'elle jouit d'une grande autonomie¹⁷⁹³. La République populaire de Chine et Hongkong se distinguent à l'international par une représentation officielle de Hongkong siégeant à Pékin et inversement (à la manière de représentation diplomatique et consulaire¹⁷⁹⁴), par la signature de *joint agreements* ou de *mutually agreed legislations* ou encore d'*arrangement* (dénomination purement cosmétique pour des accords entre la République Populaire de Chine et Hongkong qui ne veulent se donner le nom de traités) pour créer et entretenir la coopération par exemple en matière judiciaire [*Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region Pursuant to Choice of Court Agreements between Parties Concerned*, signé le 14 July 2006 et entré en vigueur le 1^{er} août 2008 en République Populaire de Chine et à la même date à Hongkong avec l'entrée en vigueur de la législation transposant ledit *Arrangement* tel un traité international dénommée *Mainland Judgments (Reciprocal Enforcement) Ordinance (cap 597)*] ou en matière fiscale (deuxième accord fiscal signé entre Hongkong et la République Populaire de Chine continentale dénommé "*Arrangement between the Mainland of China and the Hong Kong Special Administrative Region for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*", signé le 21 août 2006 et entré en vigueur le 8 décembre 2006¹⁷⁹⁵) et par la participation de Hongkong sous le nom "Hong Kong, China" à maintes organisations internationales. Il est pourtant difficile d'écrire qu'Hongkong est titulaire de la souveraineté. En effet, au-delà de l'absence d'appareil militaire propre à Hongkong, la République populaire de Chine exerce un type spécifique de tutelle sur certaines décisions que pourraient prendre le gouvernement de Hongkong dans certains domaines, aussi bien sur le plan interne¹⁷⁹⁶ qu'international¹⁷⁹⁷. En outre, Hongkong n'a jamais manifesté le souhait d'une reconnaissance diplomatique et n'a jamais été reconnu par un autre État. Hongkong n'est pas membre de l'Organisation des Nations Unies et n'a jamais manifesté son intention de le devenir¹⁷⁹⁸.

members of the garrison shall abide by the laws of the Hong Kong Special Administrative Region. [§5] Expenditure for the garrison shall be borne by the Central People's Government."

¹⁷⁹² Article 151 de la Basic Law. Plus de deux cents traités et conventions, LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, page 39.

¹⁷⁹³ Article 2 de la Basic Law.

¹⁷⁹⁴ Articles 13 et 22 de la *Basic Law*.

¹⁷⁹⁵ Source: Inland Revenue Department, http://www.ird.gov.hk/eng/tax/dta_inc.htm. Il est intéressant de noter que cet accord entre la République Populaire de Chine et Hongkong est listé au même titre que les accords signés avec d'autres États, tels que la France, l'Autriche, la Belgique, le Vietnam, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, etc...

¹⁷⁹⁶ Par exemple, Article 18 §4 et chapitre VIII de la Basic Law.

¹⁷⁹⁷ Par exemple, l'article 13 de la *Basic Law* dispose que le Gouvernement populaire central est compétent pour traiter des questions des affaires étrangères afférentes à la région administrative spéciale de Hongkong. Néanmoins, Hongkong peut traiter de manière autonome certaines questions relevant des relations extérieures tout en en référant au Ministère des affaires étrangères chinois pour approbation préalable ou pour information ; ces questions sont définies au chapitre VII de la Basic Law. "[§1] The Central People's Government shall be responsible for the foreign affairs relating to the Hong Kong Special Administrative Region. [§2] The Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China shall establish an office in Hong Kong to deal with foreign affairs. [§3] The Central People's Government authorizes the Hong Kong Special Administrative Region to conduct relevant external affairs on its own in accordance with this Law."

¹⁷⁹⁸ Hongkong a ainsi le même statut que la Région administrative spéciale de Macao ; Taïwan est dans une situation bien différente à ces deux territoires chinois, Taïwan Republic Of China est un État à part entière reconnu par une trentaine d'États et l'absence de reconnaissance diplomatique de cet État asiatique relève de

Du point de vue du droit constitutionnel, la *Basic Law* n'a pas été adoptée par une assemblée constituante composée de résidents hongkongais et elle n'est pas modifiable par une telle assemblée. La *Basic Law* relève de la compétence des institutions politiques chinoises : comme indiqué précédemment, la *Basic Law* est une loi chinoise votée par le NPC ; le pouvoir de modifier la *Basic Law* appartient exclusivement au NPC¹⁷⁹⁹ même si le gouvernement de Hongkong peut déposer des propositions de modification de la *Basic Law* auprès du NPC ; le pouvoir d'interpréter la *Basic Law* appartient au SCNPC¹⁸⁰⁰ qui peut cependant autoriser les tribunaux hongkongais à interpréter les dispositions de la *Basic Law* dans les domaines ne relevant pas de la souveraineté chinoise¹⁸⁰¹ (dans les domaines touchant à la défense et aux relations internationales/affaires étrangères, les tribunaux de Hongkong sont alors tenus de suivre une procédure détaillée aux paragraphes 3 et 4 de l'article 158 de la *Basic Law* visant à obtenir l'interprétation des dispositions de la *Basic Law* du SCNPC ; dans les autres domaines, le SCNPC a autorisé les tribunaux hongkongais à interpréter les dispositions de la *Basic Law* et la jurisprudence constitutionnelle hongkongaise est de plus en plus fournie). Dans le domaine de l'interprétation des articles de la *Basic Law*, le SCNPC peut également adopter une interprétation de son propre chef¹⁸⁰² qui devra alors être suivie par les tribunaux hongkongais.

Certains auteurs refusent effectivement de qualifier la *Basic Law* de constitution hongkongaise¹⁸⁰³.

Les sources du droit applicable à Hongkong: quelle hiérarchie des normes ?

Les sources du droit applicable sur le territoire de Hongkong peuvent être déterminées par la combinaison des articles 8¹⁸⁰⁴, 18¹⁸⁰⁵ et 84¹⁸⁰⁶ de la *Basic Law*. Il s'agit (i) de la *Basic Law*,

considérations idéologiques et économiques ignorant la réalité politique taïwanaise (la reconnaissance diplomatique n'est alors pas un élément pertinent dans la détermination de la qualité d'État).

¹⁷⁹⁹ Article 159 §1 de la *Basic Law* "The power of amendment of this Law shall be vested in the National People's Congress".

¹⁸⁰⁰ Article 158 §1 de la *Basic Law* "The power of interpretation of this Law shall be vested in the Standing Committee of the National People's Congress."

¹⁸⁰¹ Article 158 §2 de la *Basic Law* "The Standing Committee of the National People's Congress shall authorize the courts of the Hong Kong Special Administrative Region to interpret on their own, in adjudicating cases, the provisions of this Law which are within the limits of the autonomy of the Region."

¹⁸⁰² Par exemple, le SCNPC peut juger que la Court of Final Appeal, qui a interprété un article de la *Basic Law* dans un de ces jugements, n'a pas adopté la bonne interprétation et prononcer l'interprétation qui fera foi ; cette interprétation n'a pas de valeur rétroactive et les tribunaux de Hongkong sont tenus de suivre l'interprétation publiée par le SCNPC dans toutes leurs décisions ultérieures ; Ng Ka Ling (Infant) & Ors v Director of Immigration [1999] 1 HKC 291 et Chan Kam Nga (Infant) & Ors v Director of Immigration [1999] 1 HKC 347 on 29 January 2009, SCNPC's Interpretation of the Basic Law's Articles 22(4), 24(2)(3) on 26 June 1999, Lau Kong Yung (Infant) & Ors v Director of Immigration [1999] 4 HKC 731 (CFA) on 26 June 1999, CHAN Patrick (Mr. Justice), Hong Kong Legal Dictionary, Butterworths Hong Kong, 2004, définition de "Basic Law", pages 91-92.

¹⁸⁰³ Pour Michael FISHER, la *Basic Law* n'est pas une constitution. FISHER Michael J., *The Legal System of Hong Kong*, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010

¹⁸⁰⁴ L'article 8 de la *Basic Law* dispose "The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for any that contravene this Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region."

¹⁸⁰⁵ L'article 18 de la *Basic Law* dispose "[§1] The laws in force in the Hong Kong Special Administrative Region shall be this Law, the laws previously in force in Hong Kong as provided for in Article 8 of this Law, and the laws enacted by the legislature of the Region. [§2] National laws shall not be applied in the Hong Kong Special Administrative Region except for those listed in Annex III to this Law. The laws listed therein shall be applied locally by way of promulgation or legislation by the Region. [§3] The Standing Committee of the National People's Congress may add to or delete from the list of laws in Annex III after consulting its

(ii) des règles de droit en vigueur au 30 juin 1997 à l'exception de celles qui seraient en contradiction avec la *Basic Law* ou qui seraient modifiées ou abrogées par le pouvoir législatif hongkongais, c'est-à-dire la *Common Law* et les règles d'*Equity* en vigueur au 30 juin 1997 (dans le respect du principe *Stare Decisis*¹⁸⁰⁷ ou *Doctrine of Precedent* affirmé par l'article 84 de la *Basic Law*¹⁸⁰⁸), la législation hongkongaise et la coutume hongkongaise en vigueur au 30 juin 1997, (iii) des lois promulguées par le pouvoir législatif de Hongkong à compter du 1^{er} juillet 1997 et (iv) des lois édictées par le NPC ou par le SCNPC ayant pour objet la défense et les affaires étrangères de Hongkong, ainsi que toute autre sujet mentionné à l'annexe III de la *Basic Law*¹⁸⁰⁹, et transposées par le vote d'une loi ordinaire promulguée par le Chef de l'Exécutif (par principe, les lois chinoises ne sont pas applicables à la région administrative spéciale de Hongkong¹⁸¹⁰).

Par le jeu de l'article 39 de la *Basic Law*¹⁸¹¹, le pacte international sur les droits civils et politiques¹⁸¹² (cette convention était applicable à Hongkong alors que ce territoire était colonie britannique, la Grande Bretagne et la République Populaire de Chine ont notifiées à l'Organisation des Nations Unies que cette convention continuerait de s'appliquer à la Région administrative spéciale de Hongkong après la rétrocession¹⁸¹³) transposé¹⁸¹⁴ par la *Bill of*

Committee for the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region and the government of the Region. Laws listed in Annex III to this Law shall be confined to those relating to defence and foreign affairs as well as other matters outside the limits of the autonomy of the Region as specified by this Law. [§4] In the event that the Standing Committee of the National People's Congress decides to declare a state of war or, by reason of turmoil within the Hong Kong Special Administrative Region which endangers national unity or security and is beyond the control of the government of the Region, decides that the Region is in a state of emergency, the Central People's Government may issue an order applying the relevant national laws in the Region."

¹⁸⁰⁶ L'article 84 de la *Basic Law* dispose "The courts of the Hong Kong Special Administrative Region shall adjudicate cases in accordance with the laws applicable in the Region as prescribed in Article 18 of this Law and may refer to precedents of other common law jurisdictions."

¹⁸⁰⁷ "Stare Decisis" est le principe en vertu duquel chaque tribunal est tenu de respecter les décisions des juridictions supérieures et éventuellement ses propres décisions ; autre appellation de la règle du précédent ou "Doctrine of Precedent", SAINT DAHL Henry, BOUDREAU Tamera, *Dictionnaire juridique Dahl - Dahl's Law Dictionary, Français-Anglais, French-English*, Dalloz & William S. Hein & Co. Inc., Third Edition, May 2008.

¹⁸⁰⁸ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §10.031, page 303.

¹⁸⁰⁹ DOBINSON Ian and ROEBUCK Derek, *Introduction to Law in the Hong Kong Special Administrative Region*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, 2001, § 3.04 to 3.11, pages 26 to 33. Au 1^{er} mai 2013, ces domaines sont au nombre de six et sont les suivants : "1. Resolution on the Capital, Calendar, National Anthem and National Flag of the People's Republic of China ; 2. Resolution on the National Day of the People's Republic of China ; 3. Order on the National Emblem of the People's Republic of China Proclaimed by the Central People's Government ; 4. Declaration of the Government of the People's Republic of China on the Territorial Sea ; 5. Nationality Law of the People's Republic of China ; 6. Regulations of the People's Republic of China Concerning Diplomatic Privileges and Immunities."

¹⁸¹⁰ Article 18 de la *Basic Law*, paragraphe 2.

¹⁸¹¹ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, § 15.125, page 463.

¹⁸¹² International Covenant on Civil and Political Rights adoptée le 19 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies et entrée en vigueur le 23 mars 1976, United Nations, Treaty Series, volume 999, page 171.

¹⁸¹³ International Covenant on Civil and Political Rights, List of the Signatory States, Declarations and Reservations as of 22 March 2011, note 6, page 60, "With regard to the application of the Covenant to Hong Kong, the Secretary-General received communications concerning the status of Hong Kong from the United Kingdom and China (see note 2 under "United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland" and note 2 under "China" in the "Historical Information" section in the front matter of this volume). Upon resuming the exercise of sovereignty over Hong Kong, China notified the Secretary-General that the Covenant will also apply to the Hong Kong Special Administrative Region."

¹⁸¹⁴ Contrairement à la République française de tradition moniste, un traité auquel Hongkong est partie doit être transposé dans l'ordre interne par une loi ordinaire pour être applicable et pour qu'un justiciable puisse s'en prévaloir en justice.

Rights Ordinance (Cap. 383) du 8 juin 1991 peuvent faire partie d'un bloc de constitutionnalité ; cette primauté dudit pacte et de la *Bill of Rights Ordinance* sur les lois ordinaires hongkongaises est confirmée par le préambule de la *Bill of Rights Ordinance*¹⁸¹⁵. En d'autres termes, la *Bill of Rights Ordinance* est d'un niveau également constitutionnel à la *Basic Law*.

En vertu de l'article 39 de la *Basic Law*, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁸¹⁶ et les conventions internationales du travail¹⁸¹⁷ sont également du même niveau de la *Basic Law* dans la mesure où aucune disposition d'une loi ordinaire ne peut être contraire à ces conventions, si Hongkong y est partie^{1818 1819} et si celles-ci ont été également transposées dans l'ordre interne par l'adoption d'une loi ordinaire^{1820 1821}.

¹⁸¹⁵ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, §15.125, page 463 and Chapter 15.

¹⁸¹⁶ Ce pacte "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies est entrée en vigueur le 3 janvier 1976, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3 ; source : Site internet de l'Organisation des Nations Unies, <http://treaties.un.org>.

¹⁸¹⁷ Au total, 189 conventions internationales du travail font actuellement parties des normes internationales du travail gérées par l'Organisation internationale du travail ; source : site internet de l'Organisation internationale du travail <http://www.ilo.org/global/standards/lang--fr/index.htm>.

¹⁸¹⁸ Hong Kong est partie à la l'International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights au vu de la note 8 référencée par la République populaire de Chine "8. With regard to the application of the Covenant to Hong Kong, the Secretary-General received communications concerning the status of Hong Kong from China and the United Kingdom (see note 2 under "China" and note 2 under "United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland" concerning Hong Kong in the "Historical Information" section in the front matter of this volume). Upon resuming the exercise of sovereignty over Hong Kong, China notified the Secretary-General that the Covenant with the reservation made by China will also apply to the Hong Kong Special Administrative Region. Further, on 20 April 2001, the Secretary-General received from the Government of China the following communication: 1. Article 6 of the Covenant does not preclude the formulation of regulations by the HKSAR for employment restrictions, based on place of birth or residence qualifications, for the purpose of safeguarding the employment opportunities of local workers in the HKSAR. 2. "National federations or confederations" in Article 8.1(b) of the Covenant shall be interpreted, in this case, as "federations or confederations in the HKSAR", and this Article does not imply the right of trade union federations or confederations to form or join political organizations or bodies established outside the HKSAR." et des déclarations et réserves chinoises "Declarations and Reservations China [...] Statement made upon ratification: In accordance with the Decision made by the Standing Committee of the Ninth National People's Congress of the People's Republic of China at its Twentieth Session, the President of the People's Republic of China hereby ratifies The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which was signed by Mr. Qin Huasun on behalf of the People's Republic of China on 27 October 1997, and declares the following: 1. [...]; 2. In accordance with the official notes addressed to the Secretary-General of the United Nations by the Permanent Representative of the People's Republic of China to the United Nations on 20 June 1997 and 2 December 1999 respectively, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights shall be applicable to the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China and shall, pursuant to the provisions of the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Basic Law of the Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China, be implemented through the respective laws of the two special administrative regions." ; source : Site internet de l'Organisation des Nations Unies, <http://treaties.un.org>.

¹⁸¹⁹ Hong Kong est partie à 41 conventions sur les 189 conventions de l'Organisation internationale du travail ; source : site internet du ministère du travail : <http://www.labour.gov.hk/eng/rbo/content3.htm>

¹⁸²⁰ Hongkong n'a pas transposé le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans un seul et même instrument législatif ; le gouvernement hongkongais considère que l'application de ces droits par les tribunaux n'est pas chose aisée, que ces droits constituent des objectifs à atteindre et non des droits dont les justiciables peuvent de prévaloir directement devant les tribunaux et qu'ils sont transposés dans l'ordre interne à la fois par la *Basic Law* (chapitre III), la *Common Law*, les lois ordinaires et les règlements et décrets administratifs ; source : Legislative Council, Research and Library Services Division, Legislative Council Secretariat, April 1995, *The Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in Overseas Jurisdictions and Hong Kong*.

¹⁸²¹ Les principales lois ordinaires ayant transposé les stipulations des conventions internationales du travail auxquelles Hongkong est partie sont les suivantes : *Employment Ordinance* (Cap.57), *Factories and Industrial*

Contrairement à la *Bill of Rights Ordinance*, les lois ordinaires et mesures gouvernementales transposant les stipulations du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et des conventions internationales du travail n'ont pas valeur constitutionnelle ; du fait de leur transposition, les stipulations de ce pacte et de ces conventions ont valeur constitutionnelle.

L'article 39 interprété *a fortiori* établit que les traités internationaux ou conventions bilatérales ou multilatérales doivent être transposés par une loi ordinaire pour être applicable dans l'ordre interne¹⁸²². Ces traités ou conventions transposés et les lois ordinaires les transposant n'ont pas le niveau constitutionnel des trois conventions internationales spécifiquement listées au paragraphe 1 de l'article 39 et citées ci-dessus.

De ces développements, il est possible de dresser une hiérarchie des normes hongkongaises : la *Basic Law* est la norme supérieure ; la *Bill of Rights* transposant le pacte international relatifs au droit civils et politiques et ledit pacte, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les conventions internationales du travail font partie d'un bloc de constitutionnalité encadrant l'action des pouvoirs hongkongais ; la loi ordinaire (traduction à Hongkong: *ordinance*¹⁸²³) vient se placer après le bloc de constitutionnalité ; les décret et ordonnance et règlement (traduction à Hongkong: *subsidiary legislation*¹⁸²⁴ en

Undertakings Ordinance (Cap.59), Employees' Compensation Ordinance (Cap.282), Minimum Wage Ordinance (Cap.608).

¹⁸²² Par exemple, l'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hongkong de la République populaire de Chine en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales signé le 21 octobre 2010 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2012 a été transposé dans l'ordre interne par un *order* pris par le Chef de l'Exécutif en conseil au titre de la Section 49(1A) de l'*Inland Revenue Ordinance* (Cap.112) le 3 mai 2011 ; au terme de cette disposition législative, les stipulations de l'accord entre en vigueur sont supérieures aux dispositions législatives qui ne peuvent contrevenir à l'application des stipulations de l'accord ; source : site internet des autorités fiscales hongkongaises dénommées *Inland Revenue Department*, http://www.ird.gov.hk/eng/tax/dta_inc.htm.

Section 49(1A) de l'*Inland Revenue Ordinance* (Cap.112) : "If the Chief Executive in Council by order declares that arrangements specified in the order have been made with the government of any territory outside Hong Kong with a view to affording relief from double taxation in relation to income tax and any tax of a similar character imposed by the laws of that territory, and that it is expedient that those arrangements should have effect, those arrangements shall have effect and, in particular— (a) shall have effect in relation to tax under this Ordinance despite anything in any enactment; and (b) for the purposes of any provision of those arrangements that requires disclosure of information concerning tax of that territory, shall have effect in relation to any tax of that territory that is the subject of that provision. (Added 1 of 2010 s. 3)."

¹⁸²³ La définition du terme Ordinance donnée par la section 3 de l'*Interpretation and General Clauses Ordinance* (Cap.1) est la suivante : "Ordinances include (i) Ordinances enacted by the Legislative Council (basic Law art 73(1)) and (ii) Ordinances adopted in virtue of article 160 of the Basic Law as a law of Hong Kong and (iii) any subsidiary legislation made under any such Ordinance except any such subsidiary legislation which has pursuant to Article 160 of the Basic Law been declared to be in contravention of the Basic Law and (iv) any provision or provisions of any such Ordinance or subsidiary legislation" (traduction : La loi ordinaire inclut (i) les lois adoptées par le *Legislative Council*, (ii) les lois adoptées en vertu de l'article 160 de la Basic Law en qualité de loi de Hong Kong, (iii) la législation subsidiaire adoptée en vertu de telles lois exceptée la législation subsidiaire qui a été déclarée contraire à la Basic Law en vertu de l'article 160 de celle-ci et (iv) toutes les dispositions des lois et législation subsidiaire."). Un synonyme parfois utilisé dans les commentaires juridiques est le mot *statute* ou *statute law* qui est la loi adoptée par le pouvoir législatif en opposition à la *Common Law* édictée par le pouvoir judiciaire, définitions tirées de CHAN Patrick (Mr. Justice), *Hong Kong Legal Dictionary*, Butterworths Hong Kong, 2004.

¹⁸²⁴ "Subsidiary legislation means the legislation made by a person or body other than the legislative council by virtue of powers conferred either by statute or by legislation which is itself made under statutory powers; subsidiary legislation includes proclamation, rule, regulation, order, resolution, notice, rule of court, by-law or other instrument thus made and having legislative effect", Section 3 de l'*Interpretation and General Clauses Ordinance* (Cap.1). *Delegated legislation* est parfois utilisé comme synonyme de *subsidiary legislation*.

rapport à la loi ordinaire caractérisée de *primary legislation*) adoptés par le *Chief Executive* ou par toute autre autorité administrative sur délégation du *Legislative Council* et après avis de celui-ci ont valeur législative¹⁸²⁵ mais en cas de conflit, la loi ordinaire prime sur la législation subsidiaire¹⁸²⁶.

Depuis la rétrocession, l'appareil législatif hongkongais fonctionne à plein régime et de nombreuses lois ordinaires¹⁸²⁷ sont venues compléter les règles de droit existantes héritées de la colonie britannique. Hongkong complète son arsenal juridique de manière à garantir une plus grande sécurité juridique via un droit écrit et codifié tout en conservant le pouvoir des juges de dire le droit.

Hongkong : le respect de l'état de droit

L'état de droit pourrait se mesurer suivant deux approches¹⁸²⁸ : la première serait une approche institutionnelle visant à analyser si les institutions gouvernementales agissent en utilisant la loi et dans le respect de celle-ci ; la seconde approche serait une approche qualitative visant à regarder le contenu des lois pour vérifier si celles-ci reconnaissent les droits de l'homme et autres valeurs fondamentales y afférentes.

Le but de cette présentation n'est pas d'effectuer une liste détaillée des critères qui pourraient être retenus afin d'établir un index visant à mesurer le niveau d'achèvement de l'état de droit à Hongkong. Nous citerons simplement quelques éléments constitutifs généralement admis dans le cadre d'une évaluation de l'état de droit qui révèlent qu'Hongkong réponds à ces critères¹⁸²⁹.

Cette précision quant au respect de l'état de droit à Hongkong est importante afin de bien distinguer le système hongkongais du système chinois. En République Populaire de Chine, l'état de droit tel que nous l'entendons dans les pays européens n'existe pas¹⁸³⁰, même si le pouvoir chinois insiste sur le fait que l'état de droit existe en Chine à la mode communiste¹⁸³¹.

"Rule means regulations made by courts, governmental departments or statutory authorities pertaining the conduct of business within those bodies, such as rule of court prescribed by the authority having power to make rules regulating practice and procedure", CHAN Patrick (Mr. Justice), Hong Kong Legal Dictionary, Butterworths Hong Kong, 2004.

¹⁸²⁵ "Such subsidiary legislation has, if validly made, the full force and effect of a statute, but its validity may be open to challenge in the courts and any provision of a subsidiary legislation is ineffective if the provision goes beyond the totality of the legislative power which, expressly or by implication, is conferred on the delegate by the enabling ordinance", Pang Tak Kwai v Commissioner of Correctional Services & Anor [2000] 4 HKC 575, CHAN Patrick (Mr. Justice), Hong Kong Legal Dictionary, Butterworths Hong Kong, 2004.

¹⁸²⁶ "No subsidiary legislation shall be inconsistent with the provisions of any ordinance", section 28(1)(b) de l'Interpretation and General Clauses Ordinance (Cap.1). "Any inconsistency between the primary legislation and the delegated legislation will be resolved in favour of the primary legislation", Sea Dragon Ltd and Snooker Assn [1991] 1 HKLR 711.

¹⁸²⁷ Chiffre à vérifier de 200 lois ordinaire en vigueur avant la 1^{er} juillet 1997 et de 700 lois ordinaires en vigueur au début de l'année 2013.

¹⁸²⁸ TAI Benny Y. T., Developing an Index of the Rule of Law: Sharing the Experience of Hong Kong, Asian Journal of Comparative Law, Volume 2, Issue 1, 2007, Article 4 ; ces deux approches sont également désignées sous les termes d'approches procédurale et substantielle ("procedural and substantive approaches of the rule of law") ou d'approches mince et dense ("thin and thick conceptions of the rule of law").

¹⁸²⁹ FISCHER Michael J., The Legal System of Hong Kong, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010, chapter 12, pages 222 to 246 ; TAI Benny Y. T., Developing an Index of the Rule of Law: Sharing the Experience of Hong Kong, Asian Journal of Comparative Law, Volume 2, Issue 1, 2007, Article 4, selon l'index développé par le Professeur Tai, le niveau d'état de droit mesuré à Hongkong en 2005 serait de 75/100.

¹⁸³⁰ Les deux éléments les plus notables pour déterminer si une juridiction a mis en place et fait respecter l'état de droit sont l'indépendance de l'autorité judiciaire et les caractéristiques de la procédure judiciaire et en particulier du droit pénal et de la procédure pénale. En Chine, le pouvoir exécutif et le parti communiste chinois

Au regard de la première approche institutionnelle, Hongkong présente les caractéristiques suivantes de l'état de droit : la règle de droit prime sur les intérêts politiques¹⁸³² et l'État est soumis à la règle de droit¹⁸³³ ; chaque individu est égalitaire face à la règle de droit¹⁸³⁴ ; le principe de séparation des pouvoirs est respecté (même si ce principe n'est pas expressément mentionné dans la *Basic Law*, les trois pouvoirs sont bien présents et l'ensemble de la *Basic Law* reflète l'application de ce principe à la structure politique de Hongkong¹⁸³⁵) ; l'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie¹⁸³⁶ par une série de règles efficaces¹⁸³⁷ (les magistrats de l'autorité judiciaire sont nommés par le *Chief Executive* sur proposition d'une commission indépendante¹⁸³⁸, les magistrats peuvent être choisis parmi des magistrats d'autres juridictions de *Common Law*¹⁸³⁹ et en pratique neuf formations de jugement de la *Court of Final Appeal* sur dix comptent un magistrat étranger d'une autre juridiction de *Common Law*¹⁸⁴⁰, la révocation des magistrats doit suivre une procédure compliquée faisant intervenir le *Chief Executive* et une commission *ad hoc* qui garantit une certaine inamovibilité pendant la durée de leur mandat¹⁸⁴¹) ; le pouvoir d'interpréter les sources de la règles de droit appartient à l'autorité judiciaire¹⁸⁴².

Au regard de la deuxième approche qualitative, les principes suivants caractéristiques d'un état de droit sont également garantis par la *Basic Law* : le droit à un procès équitable¹⁸⁴³ ; le

ont un pouvoir direct sur les organes judiciaires à tout niveau et dans tout le pays et les décisions judiciaires révèlent quasi-automatiquement la volonté du parti communiste unique ; le code pénal et le code de procédure pénale, entrés en vigueur en 1979 et modifiés pour la huitième fois le 25 février 2011, montrent toujours de grandes lacunes quant au respect de l'état de droit (par exemple, l'avocat de la défense n'a pas le droit de voir son client avant le procès et les témoins n'apparaissent pas au cours du procès pour déposer leur témoignage) ; COHEN Jérôme, speech during the conference The Rule Of Law in China and Hong Kong, held by the of the Faculty of Law of Hong Kong University, on Wednesday 29 May 2013.

¹⁸³¹ COHEN Jérôme, speech during the conference The Rule Of Law in China and Hong Kong, held by the of the Faculty of Law of Hong Kong University, on Wednesday 29 May 2013.

¹⁸³² Article 25 de la *Basic Law*.

¹⁸³³ Articles 63 et 64 de la *Basic Law*. Une autorité administrative indépendante est chargée de lutter contre la corruption ; cette institution a été créée en 1974 et est dénommée Independent Commission Against Corruption (ICAC).

¹⁸³⁴ Article 25 de la *Basic Law*.

¹⁸³⁵ L'article 45 de la *Basic Law* prévoit la mise en place d'un système démocratique visant à l'élection au suffrage universel indirect du chef du gouvernement, dénommé *Chief Executive*. À ce jour, le chef du pouvoir exécutif est élu par un comité mixte de mille deux cents parlementaires et professionnels puis officiellement nommé par le Gouvernement central chinois (cf. article 45 et annexe I de la *Basic Law*). L'article 68 de la *Basic Law* prévoit la mise en place d'un système démocratique visant à l'élection au suffrage universel de tous les membres de l'Assemblée législative dénommée *Legislative Council*. À ce jour, la moitié des parlementaires est élue au suffrage universel direct par circonscription géographique, l'autre moitié est élue par circonscription professionnelle et l'ensemble des soixante-dix parlementaires élisent ensuite le chef de l'Assemblée.

¹⁸³⁶ Articles 2, 63 et 85 de la *Basic Law*.

¹⁸³⁷ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, chapter 10, §10.036, page 305.

¹⁸³⁸ Articles 48 et 88 de la *Basic Law*.

¹⁸³⁹ Articles 82 et 92 de la *Basic Law* ; YOUNG Simon and DA ROZA Antonio M., Judges and judging in the Court of Final Appeal: a statistical picture, *Hong Kong Lawyer*, août 2010 : les juges originaires d'autres juridictions de *Common Law* sont des magistrats en activité à la retraite de la United-Kingdom Supreme Court, de l'Australian High Court et de la New Zealand Supreme Court et de la New Zealand Court of Appeal.

¹⁸⁴⁰ YOUNG Simon, présentation au cours de la conférence sur *The Rule Of Law in China and Hong Kong* organisée par le *Centre for Comparative and Public Law de la Faculty of Law of Hong Kong University* et la *Mansfield Foundation* le 29 mai 2013 ; à cette occasion, le professeur Young a insisté sur le fait qu'il est important pour Hongkong de conserver la nomination de magistrats étrangers d'autres juridictions de *Common Law* dans les formations de la *Court of Final Appeal* afin de préserver et de promouvoir l'état de droit à Hongkong.

¹⁸⁴¹ Article 89 de la *Basic Law*.

¹⁸⁴² Article 158 de la *Basic Law* ; *Director of Immigration v Chong Fung Yuen* [2001] 2 HKLRD 533.

¹⁸⁴³ Article 87 de la *Basic Law*, paragraphe 2.

niveau de peines applicables est celui d'un pays développé où ni la peine de mort ni les châtiments corporels n'existent ; un accès à la justice facilitée par l'attribution d'aides juridictionnelles¹⁸⁴⁴ ; le droit de poursuivre le gouvernement hongkongais¹⁸⁴⁵ (en d'autres termes, la puissance publique est soumise au droit)¹⁸⁴⁶. Mr. Justice Geoffroy MA, président depuis le 9 avril 2010 de la *Court of Final Appeal* (équivalent hongkongais de la Cour de cassation française), écrit à propos de la *Basic Law* et de la *Bill of Rights* que ces instruments de niveau constitutionnel garantissent l'état de droit à Hongkong, ainsi que la stabilité et la prospérité du territoire¹⁸⁴⁷.

Malgré la rétrocession et les craintes manifestées par l'intelligentsia hongkongaise de voir l'état de droit bafoué par les institutions chinoises grâce au pouvoir de tutelle dont elles disposent en vertu de la *Basic Law*¹⁸⁴⁸, l'autonomie des tribunaux hongkongais est conservée dans le cadre de leurs compétences. Ces compétences sont en effet encadrées au niveau de l'interprétation des lois et de la *Basic Law* : le *Chief Executive* dispose du pouvoir exclusif d'interpréter les dispositions législatives touchant à la défense et aux affaires étrangères ; l'interprétation de la *Basic Law*, réservée par principe au SCNPC¹⁸⁴⁹, est déléguée aux tribunaux de Hongkong dans les domaines d'autonomie de Hongkong¹⁸⁵⁰ [tous les domaines excepté ceux relevant de la compétence du Gouvernement populaire central (la défense et les affaires étrangères) et les questions relevant des relations entre les institutions centrales chinoises et les institutions hongkongaises].

¹⁸⁴⁴ Article 35 de la Basic Law.

¹⁸⁴⁵ Article 35 de la Basic Law.

¹⁸⁴⁶ CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011, Part V.

¹⁸⁴⁷ Préface de Mr. Justice MA C. J. Geoffroy, dans CHAN Johannes S.C., LIM C. L., *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell Hong Kong, 2011.

¹⁸⁴⁸ Le débat sur l'impact du gouvernement chinois sur la vie politique et institutionnelle de Hongkong est fortement nourri, en témoigne la conférence sur *The Rule Of Law in China and Hong Kong* organisée par le *Centre for Comparative and Public Law de la Faculty of Law of Hong Kong University* et la *Mansfield Foundation* le 29 mai 2013 : Selon le professeur Benny Y. T. Tai, la proximité de Hongkong avec la République Populaire de Chine a un effet ambivalent : la zone économique spéciale de Shenzhen qui est limitrophe de Hongkong serait une des zones chinoises où l'état de droit serait mis en œuvre à l'aune des standards hongkongais et donc européens ; Hongkong recevrait une influence négative à l'aune des pratiques étatiques chinoises et il est important de rester vigilant pour renforcer et maintenir l'état de droit à Hongkong et notamment il serait nécessaire qu'Hongkong puisse enfin se doter du système démocratique prévu par l'article 45 de la Basic Law afin de promouvoir le respect de l'état de droit au sein des institutions, au sein de l'opinion publique et de garantir la soumission des pouvoirs publics au droit. Selon le professeur Simon N. M. Young, l'autorité judiciaire hongkongaise protège et garantit l'état de droit, pour preuve la décision de la *Court of Final Appeal* du 25 mars 2013, *C vs Director of Immigration FACV18/2011*, qui consacre l'état de droit à la fois comme un des fondements de la jurisprudence et du fonctionnement de l'autorité judiciaire et comme une doctrine substantielle de la jurisprudence.

¹⁸⁴⁹ Au regard de la garantie de l'état de droit à Hongkong, cette procédure d'interprétation des dispositions de la *Basic Law* renvoyée au SCNPC est critiquée par les constitutionnalistes hongkongais. En effet, il s'agit alors d'une interprétation de dispositions à valeur constitutionnelle effectuée par une institution politique (article 158 de la *Basic Law* en application de l'article 67(4) de la constitution de la République populaire de Chine "*The Standing Committee of the National People's Congress exercises the following functions and powers:[...] (4) To interpret laws;[...]*"). L'exemple le plus souvent utilisé pour illustrer le fait que la volonté politique du gouvernement politique chinois est supérieur aux dispositions de la Basic Law est l'interprétation effectuée en avril 2004 par le *Standing Committee of the National People's Congress* pour repousser l'élection au suffrage universel du *Chief Executive* et du *Legislative Council*. L'opinion publique hongkongaise ne s'y est pas trompée et a qualifié ces interprétations de dispositions à valeur constitutionnelle du SCNPC de décisions d'opportunisme politique (exemple tiré de TAI Benny Y. T., *Developing an Index of the Rule of Law: Sharing the Experience of Hong Kong*, *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 2, Issue 1, 2007, Article 4.)

¹⁸⁵⁰ Article 158 of the Basic Law.

Sur cette question de l'autonomie des tribunaux hongkongais, la personnalité du président de la *Court of Final Appeal* est primordiale¹⁸⁵¹. En effet, la *Court of Final Appeal* est la haute juridiction hongkongaise qui décide de l'opportunité ou non de soumettre à l'interprétation du SCNPC une disposition de la *Basic Law* applicable dans une procédure en cours et donc de décider si les dispositions relèvent des domaines réservés sans exception au SCNPC. La *Court of Final Appeal* peut décider que la requête en interprétation n'est pas fondée et choisir de ne pas saisir le SCNPC ; l'interprétation de la disposition constitutionnelle sera alors effectuée par la *Court of Final Appeal*. Cette procédure faisant intervenir le SCNPC n'est pas applicable à l'interprétation des sources de droit infra-constitutionnelles. À ce jour, les observateurs locaux de la vie juridictionnelle hongkongaise s'accordent pour dire que les présidents de la *Court of Final Appeal* qui se sont succédé depuis 1997 ont promu et développé le respect de l'état de droit¹⁸⁵².

L'interprétation des sources des règles de droit

À compter du 1^{er} juillet 1997, les tribunaux de Hongkong ne sont plus tenus par les décisions des tribunaux britanniques ou d'autres États de *Common Law* rendues postérieurement au 1^{er} juillet 1997. En vertu de l'article 84 de la *Basic Law*, les tribunaux hongkongais peuvent juger des litiges qui leurs sont soumis sur la base des règles de droit de la hiérarchie des normes établie précédemment (les règles de droit du système juridique chinois sont exclues ainsi que les actes de gouvernement dans les domaines de la défense et des affaires étrangères¹⁸⁵³) et de la *Common Law* antérieure au 1^{er} juillet 1997 dans le respect du principe *Stare Decisis*. Cependant, les tribunaux de Hongkong continuent de s'inspirer des décisions rendues par ces tribunaux de même tradition juridique après le 1^{er} juillet 1997¹⁸⁵⁴, notamment en droit des contrats¹⁸⁵⁵.

L'interprétation de la législation par les magistrats hongkongais dans leur système de *Common Law* doit être littérale et ceux-ci ne doivent pas chercher à combler les vides législatifs mais à interpréter les termes au vu de l'ensemble de la législation applicable. Les règles d'interprétation de la législation mise en œuvre par un magistrat de *Common Law*¹⁸⁵⁶:

¹⁸⁵¹ FISCHER Michael J., *The Legal System of Hong Kong*, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010, §4.07, pages 95 and 96.

¹⁸⁵² Les juges hongkongais sont nommés par le *Chief Executive* (article 88 de la *Basic Law*) et chaque nomination est approuvée par le *Legislative Council* (article 73(7) de la *Basic Law*) ; à ce jour, le *Chief Executive* étant toujours nommé par le *Central People's Government* (article 45 de la *Basic Law*), de nombreux mouvements politiques exigent la mise en place du système d'élection démocratique du *Chief Executive* et du *Legislative Council* telle que prévue par la *Basic Law* (articles 45 et 68 de la *Basic Law*) afin de garantir davantage l'état de droit à Hongkong ; par exemple, le professeur Benny Tai, présentation au cours de la conférence . C'est notamment sur cette question de la mise en place de la démocratie à Hongkong que de nombreux observateurs locaux du maintien de l'état de droit déclarent que celui-ci décline à Hongkong face à l'influence et à l'interventionnisme du gouvernement chinois. Par exemple, le mouvement *Occupy Central* lancé en janvier 2013 exige la mise en place de l'élection du *Chief Executive* et du *Legislative Council* pour les élections du *Chief Executive* de 2017 d'autant plus que le gouvernement chinois avait promis une telle mise en place pour cette élection en 2007, dans *South China Morning Post* print edition on 28 March 2013 as "Activist warns of 'struggle' for rights" and *South China Morning Post* print edition on 25 February 2013 as "'Occupy Central' may get trial run".

¹⁸⁵³ Article 19 de la *Basic Law*.

¹⁸⁵⁴ DOBINSON Ian and ROEBUCK Derek, *Introduction to Law in the Hong Kong Special Administrative Region*, Sweet & Maxwell Hong Kong, Second Edition, 2001, § 7.13, page 111.

¹⁸⁵⁵ Illustration dans *Bank of China (Hong Kong) Limited v Wong King Sing & Others* [2002] 1 HKC 83 reprenant la jurisprudence britannique *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2001] 4 All ER 449 & [2002] 2 AC 773, FISCHER Michael J., *The Legal System of Hong Kong*, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010, §2.02.1.1, page 62.

¹⁸⁵⁶ DOBINSON, ROEBUCK, items 7.03 to 7.06, pages 100 to 103.

the *mischief rule*¹⁸⁵⁷ (Heydon's Case [1584] 3 Co Rep 7a, 7b)¹⁸⁵⁸, the *literal rule/approach*¹⁸⁵⁹ and the *golden rule*¹⁸⁶⁰. Une quatrième méthode d'interprétation est également retenue par certains auteurs, la *modern purposive approach*¹⁸⁶¹. Cette dernière, la *purposive approach*, est retenue par les magistrats hongkongais pour l'interprétation de la législation et de la *Basic Law*¹⁸⁶².

¹⁸⁵⁷ Ce serait la règle d'interprétation privilégiée par Hongkong au titre de la section 19 de l'Interpretation and General Clauses Ordinance (Cap.1).

¹⁸⁵⁸ Illustration de cette approche dans Heydon's Case [1584] 76 ER 637 ; LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, page 187, cette *Mischief Rule* (illustrée dans Kong Kam Piu v R [1973] HKLR 120) serait l'ancêtre de la *Purposive Approach* dans la mesure où la *Mischief Rule* ne s'applique que dans le cas où la législation est interprétée à la lumière du défaut/erreur de la Common Law qu'elle résout et où la *Purposive Approach* a une application générale à l'interprétation de toute législation au regard de son esprit, de son sens et de son intention réel conformément avec la Section 19 de l'Interpretation and General Clauses Ordinance (Cap.1), illustrée par Jade City International Limited v Director of Lands [2002] 3 HKLRD 33, 40, LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, pages 187 to 189.

¹⁸⁵⁹ Illustration de la position de Lord Atkin dans Vacher & Ons Ltd v London Society of Compositors [1913] AC 107,121 et plus récent Liu Sing Lee v Luk Fong Chun Richard [1995] 1 HKC 499, LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, page 186.

¹⁸⁶⁰ Illustration de la position de Lord Wensleydale dans Grey v Pearson [1857] 10 ER 1216, 1234, LO Stefan H. C., CHUI Wing Hong, *The Hong Kong Legal System*, Mc Graw Hill Hong Kong, 2012, page 186.

¹⁸⁶¹ FISCHER Michael J., *The Legal System of Hong Kong*, Abelle Yip at Blue Dragon Hong Kong, 2010, §5.03.1.3, page 107 ; illustration de cette méthode d'interprétation dans Medical Council of Hong Kong v Chow Siu Sheck [2000] 2 HKLRD 674.

¹⁸⁶² In Ng Ka Ling v Director of Immigration [1999] 2 HKCFAR 4, 26, CHAN & LIM, item 2.003, page 40.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AE : auto-entrepreneur

BODACC : Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales

Cciv : Code civil

Ccom : Code de commerce

Committee: Standing Committee on Company Law Reform

Company: private company with liability limited by shares

Consultancy Report: Consultancy Report of the Review of the Hong Kong Companies Ordinance, publié au mois de mars 1997 et préparé sous la direction de Monsieur Ermanno PASCUTTO.

EARL : entreprise agricole à responsabilité limitée

EIRL : entrepreneur individuel à responsabilité limitée

JCP E : Juris Classeur Périodique Entreprise et Affaires

Historique des titres de revue :

1959 - 1983 : Semaine juridique Édition Commerce et industrie

1983 - 1997 : Semaine juridique, Cahiers de droit de l'entreprise Édition entreprise

1998 - 2005 : La Semaine juridique, Entreprise et affaires et a pour supplément "Semaine juridique entreprise et affaires : Juris-Classeur périodique. Cahiers de droit de l'entreprise". Depuis 2006, la revue Cahiers de droit de l'entreprise (CDE) n'est plus considérée comme un supplément de la Semaine Juridique.

2006 - : La Semaine juridique Entreprise et affaires.

Ordinance: Companies Ordinance (Cap.622)

Rapport du Committee: The Report of the Standing Committee on Company Law Reform on the Recommendations of a Consultancy Report of the Review of the Hong Kong Companies Ordinance, publié au mois de février 2000 par le Committee sous la direction de The Hon Justice Rogers J. A.

SARL : société à responsabilité limitée

SAS : société par actions simplifiée

SASU : société par actions simplifiée unipersonnelle

PME : petite et moyenne entreprise ou petites et moyennes entreprises, suivant les circonstances en nombre

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de page.)

A

A Guide on Directors' Duties, 158, 176, 200, 287, 307, 315, 444, 472, 490

Acte extrastatutaire, 79, 90, 92, 104, 107, 108, 117, 159, 206, 207, 218, 234, 271, 439

Acte unilatéral, 33, 40, 42, 44, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 81, 114, 131, 414, 484

Action en nullité, 83, 126, 131, 228, 231, 266, 337, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 359, 360, 361, 362, 363, 370, 412, 431, 480, 488, 489

Action en responsabilité, 204, 262, 265, 266, 267, 268, 271, 272, 288, 290, 329, 482, 487

Actionnaire, 8, 32, 66, 71, 79, 90, 91, 94, 97, 118, 158, 165, 167, 169, 175, 192, 193, 194, 206, 207, 210, 217, 233, 234, 240, 286, 312, 328, 337, 340, 362, 381, 409, 411, 428, 432, 433, 435, 436, 437, 439, 483

Actions

- de préférence**, 177, 178, 183, 186, 187, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 243, 421, 425, 437, 439, 475, 486
- de préférence rachetables**, 187, 190, 194, 195

Affectio societatis, 35, 36, 40, 95, 123, 127, 128, 129, 130, 131, 169, 170, 171, 177, 223, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 357, 359, 362, 365, 373, 375, 376, 412, 417, 418, 422, 435, 439, 485

Agence pour la création d'entreprises, 108, 400, 703

Agenda, 98, 176, 322, 324, 364, 467, 477

Agrément, 49, 82, 84, 88, 106, 138, 182, 197, 198, 208, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 223, 227, 233, 234, 296, 411, 416, 419, 477

Apport, 11, 16, 40, 42, 51, 55, 66, 71, 86, 91, 92, 105, 111, 114, 117, 118, 119, 120, 129, 135, 139, 140, 151, 155, 156, 167, 169, 171, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 192, 194, 210, 230, 241, 267, 335, 336, 337, 338, 346, 347, 349, 351, 352, 353, 357, 360, 361, 362, 363, 372, 373, 375, 418, 423, 428, 430, 432, 436, 438, 474, 480, 486, 488

- en capital**, 139, 140
- en industrie**, 86, 91, 92, 105, 181, 182, 337, 428, 430, 486
- en nature**, 86, 181, 182, 183, 267, 336, 337, 362, 373, 423, 474, 480
- en numéraire**, 11, 86, 135, 139, 179, 181, 183, 336, 362, 373, 418, 474
- financier**, 140

Assemblée générale annuelle, 100, 175, 176, 179, 204, 254, 255, 263, 316, 321, 322, 379, 688, 689, 691, 693, 695

Associé de fait, 370

Associé de complaisance, 39, 41, 55, 169, 372, 373, 375, 376, 468

Associé fiduciaire, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 115, 116, 162, 164, 165, 213, 466, 468, 470

- relation de trust**, 9, 24, 36, 116, 162, 164, 165, 166, 212, 213, 215, 230, 368, 370, 465, 468, 470

Avocat, 8, 10, 14, 22, 73, 81, 135, 138, 273, 298, 304, 308, 314, 316, 344, 355, 426, 704, 718

B

Best interests of the Company, 4, 198, 199, 200, 201, 207

Bilan annuel, 39, 50, 54, 182, 203, 226, 308, 332, 334, 337, 460, 462

Business angel, 45, 52, 59

Business Registration Certificate, 142, 305

C

Call on shares, 135, 183, 218, 220, 221, 236, 336, 361

Capital Duty, 153, 156, 336, 443

Capital variable, 86, 195, 223, 227, 231, 235, 413, 432, 474

Caractère contractuel de la société, 21, 25, 27, 33, 35, 36, 42, 60, 62, 63, 65, 95, 111, 115, 238, 466

Caractère institutionnel de la société, 21, 27, 31, 42, 65, 68, 85, 111, 115, 120, 238, 357, 396, 466

Centre de formalité des entreprises, 154, 155, 703

Certificat d'immatriculation, 9, 62, 82, 113, 145, 284, 310, 358, 463

Certificate of Incorporation, 9, 62, 82, 113, 145, 284, 310, 358

Certified Public Accountant, 307, 319, 320, 339, 462, 695, 704, 735

Clause d'exclusion, 49, 197, 217, 229, 230, 232, 233, 363, 364, 417, 420

Commissaire aux comptes, 87, 89, 91, 93, 105, 138, 183, 186, 192, 229, 314, 327, 329, 330, 331, 337, 385, 430, 475, 479, 486, 703

Committee, 19, 20, 21, 22, 24, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 44, 60, 61, 62, 63, 74, 85, 199, 203, 241, 277, 278, 399, 444, 445, 704, 710, 713, 715, 719, 722

Committee of Directors, 247, 294

Companies (Amendment) Ordinance 1984, 38, 126, 442

Companies (Amendment) Ordinance 1997, 122, 277, 442

Companies (Amendment) Ordinance 2003, 13, 14, 33, 34, 42, 45, 63, 442, 443

Comptabilité, 181, 299, 319, 320, 321, 323, 324, 326, 327, 328, 330, 332, 336, 372, 462, 463

Comptes annuels, 45, 57, 102, 139, 176, 181, 204, 308, 316, 319, 320, 321, 323, 325, 326, 327, 328, 332, 333, 334, 335, 337, 338, 343, 379, 382, 383, 386, 391, 395, 418, 439, 463, 466, 479, 483, 488

Comptes consolidés, 332

Comptes de clôture, 394

Comptes sociaux. Voir Comptes annuels

Conception contractuelle, 31, 32, 56, 60, 62, 66, 71, 90, 95, 117, 124, 141, 157, 195, 208, 224, 282, 288, 325, 326, 343, 382, 466

Conception contractuelle du droit, 19, 20, 31, 32, 56, 60, 62, 66, 71, 85, 90, 95, 117, 124, 141, 157, 195, 208, 224, 238, 241, 282, 288, 325, 326, 343, 382, 396, 465, 466, 473

Conception institutionnelle, 31, 85, 89, 95, 195, 282, 357, 465, 473

Conception institutionnelle du droit, 19, 20, 31, 60, 85, 89, 90, 95, 195, 282, 357, 435, 465, 466, 473

Confiscation, 218, 219, 220, 221, 222, 234, 236, 265, 336, 360, 361

Contrat de management, 291, 292, 293, 294, 295, 465, 487, 488

Corporate governance. *Voir* Gouvernance

D

Debenture, 126, 165, 167, 475

Décision écrite, 322, 471, 478, 688, 689, 693, 695, 696, 698

Déclaration de conformité, 141, 143, 144, 145, 345

Déclaration de solvabilité, 191, 220, 222, 225, 226, 380, 479, 613, 656, 659

Démission

director, 136, 253, 259, 260, 261

gérant, 259, 260, 416, 487

Dénomination sociale, 50, 62, 77, 78, 79, 80, 85, 86, 87, 113, 133, 134, 135, 136, 149, 254, 281, 303, 310, 358, 378, 385, 464, 467, 479

Devoirs fiduciaires. *Voir* Directors, Fiduciary duties

Directeur administratif et financier, 245, 313, 314, 317

Directeur juridique, 245, 314, 317

Director

alternate, 246, 254, 255, 259

board, 75, 99, 138, 246, 259, 271, 272, 273, 288, 290, 304, 463, 468, 688, 699, 701

chairperson, 83, 246, 463, 691, 692, 699, 700, 701, 702

contrat de service, 96, 263, 264, 271, 282, 286, 287, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 311, 323, 465

Fiduciary duties, 9, 84, 119, 182, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 212, 241, 245, 263, 266, 268, 279, 287, 288, 297, 315, 466, 482

Formulaire de consentement, 141, 305, 306

managing, 247, 465

reserve, 45, 246, 251, 252, 253, 254, 255, 259, 303, 308

sole, 45, 79, 80, 135, 246, 251, 303, 481, 689, 691, 692, 693, 694, 696

Dirigeant de fait, 245

Dividende, 78, 84, 116, 118, 120, 122, 163, 166, 169, 171, 176, 180, 184, 185, 206, 210, 221, 325, 361, 381, 395, 423

Domiciliation des sociétés, 135, 138, 139, 309, 389, 485

Droit communautaire, 6, 22, 143, 345, 346, 348, 350, 351, 353, 354, 355, 357, 361, 365, 370, 373, 374, 375, 387, 413, 425, 434

E

Écran de la personnalité morale. *Voir* Lifting the corporate veil

EIRL, 41, 51, 54, 59, 60, 330, 331, 377, 404, 421, 423, 430, 432, 433, 722

Exclusion légale, 219, 227, 231

Exercice comptable. *Voir* Exercice social

Exercice social, 253, 320, 321, 322, 323, 325, 329, 332, 383, 462, 465, 466, 483

Expert-comptable, 138, 314, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 335, 339, 344, 391, 392, 394, 395, 400, 404, 406, 415, 418, 435, 486, 488, 489, 703

Extrait kbis, 99, 173, 174, 257, 317, 462, 463

Extrait Kbis, 99, 108, 173, 174, 257, 317, 399, 462, 463, 486

F

Financial statements. *Voir* Comptes annuels

Formulaire d'immatriculation, 62, 74, 76, 112, 113, 133, 140, 141, 142, 153, 174, 180, 181, 253, 254, 302, 305, 306, 336, 613, 614

Formulaire fiscal, 142

G

Gérant de fait, 372, 469

Gouvernance, 5, 27, 28, 158, 225, 238, 239, 240, 241, 249, 286, 291, 296, 297, 298, 299, 304, 309, 314, 317, 341, 382, 396, 397, 426, 439, 735

I

Incubateur, 59

Inexistence, 351, 411, 432, 480

Inland Revenue Department, 79, 80, 127, 138, 139, 153, 166, 173, 308, 320, 326, 338, 343, 359, 391, 444, 613, 628, 704, 712, 716

Intérêt commun des associés, 205, 207

Intuitu personae, 10, 14, 17, 84, 94, 167, 175, 182, 198, 208, 209, 210, 211, 215, 216, 217, 364, 473

J

Joint-venture

accord, 66, 108, 121, 218

entreprise, 13, 159, 272

Juriste d'entreprise, 313, 314, 316, 704

Juriste d'entreprises, 313, 314, 316

L

Langue, 79, 116, 124, 134, 310, 460, 711

Liberté conventionnelle, 44, 161, 177, 183, 192

Liberté statutaire, 25, 32, 48, 49, 71, 72, 73, 75, 77, 78, 79, 82, 84, 85, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 104, 105, 107, 109, 117, 124, 159, 193, 210, 234, 244, 251, 257, 261, 400, 417, 430, 473, 477, 478, 479, 481, 485, 735

Lifting the corporate veil, 249, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 375, 378, 458

Liquidateur, 218, 378, 380, 381, 382, 386, 388, 391, 392, 394, 479, 489

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001, 49, 139, 403, 431

Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003, 186, 403

Loi n°2003-721 du 1er août 2003, 56, 95, 136, 140, 404

Loi n°2008-776 du 4 août 2008, 53, 91, 94, 101, 140, 143, 151, 404, 405, 438

Loi n°2010-658 du 15 juin 2010, 51, 404

Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012, 332, 404

Loi n°2012-387 du 22 mars 2012, 404

Loi n°2014-1 du 2 janvier 2014, 404

Loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014, 137, 151, 404

Loi n°2015-990 du 6 août 2015, 11, 14, 69, 137, 296, 314, 333, 334, 404

Loi n°66-357 du 24 juillet 1966, 6, 23, 24, 41, 49, 69, 89, 137, 143, 285, 341, 348, 403, 425, 426, 431, 432, 440

Loi n°85-697 du 11 juillet 1985, 33, 34, 39, 41, 65, 352, 403

Loi n°94-1 du 3 janvier 1994, 46, 90, 403

Loi n°94-126 du 11 février 1994, 55, 143, 144, 345, 403

Loi n°99-515 du 23 juin 1999, 44, 64, 403
Loi n°99-587 du 12 juillet 1999, 34, 43, 44, 45, 46, 71,
91, 352, 403, 431

M

Manager, 20, 245, 247, 248, 302, 307, 457, 468
general, 245, 248
Member
founder, 62, 76, 77, 79, 80, 81, 117, 119, 122, 123,
124, 125, 133, 134, 135, 141, 149, 161, 162, 164,
167, 171, 180, 181, 253, 254, 270, 345, 361, 466
Mésentente, 130, 218, 230, 232, 233, 261, 411, 412,
415, 420

N

Nationalité, 38, 114, 115, 137, 310, 367, 368, 476
Nature contractuelle des statuts, 21, 33, 34, 36, 61, 62,
64, 111, 125, 466
Notaire, 149, 151, 156, 172, 252, 312, 314, 332, 339,
704

O

Objet social
réel, 283, 286, 346, 349, 355
statutaire, 121, 122, 283, 286, 349, 355, 357, 359,
399, 473
Officer, 136, 245, 247, 248, 288, 302, 303, 305, 306, 307,
308, 321, 324, 378, 379, 382, 385, 455, 468
Offre au public, 15, 17, 47, 48, 56, 94, 95, 153, 159, 166,
167, 187, 194, 195, 210, 243, 335, 397, 400, 468, 475,
476, 484

P

Pacte d'actionnaires. Voir Pacte d'associés
Pacte d'associés, 66, 79, 90, 96, 107, 108, 117, 171, 187,
206, 207, 223, 234, 362, 426, 428, 433, 435, 437, 439
Parts sociales
buy-back, 191, 219, 224, 225, 226, 463
rachat, 187, 188, 190, 191, 195, 224, 225, 226, 227,
228, 230, 463, 479, 613, 647
rachetables, 161, 164, 185, 187, 188, 189, 190, 191,
193, 194, 195, 223, 224, 225, 226, 469, 479, 613,
647
Préemption, 72, 82, 84, 212, 213, 234, 339, 470
Procès-verbal, 39, 43, 99, 175, 246, 256, 273, 285, 380,
406, 407, 468, 472, 487, 688, 691, 699, 701

Q

Quitus, 382, 383, 391
Quorum, 45, 68, 271, 467, 468, 478, 691, 699, 701

R

Raison sociale. Voir Dénomination sociale
Rapport
Consultancy Report, 61, 62, 199, 444, 722
de l'auditeur, 323, 324, 462, 483
des directeurs, 53, 203, 289, 306, 323, 332, 427, 428,
433, 437, 438, 463, 465, 466, 483

du Committee, 18, 19, 20, 21, 22, 31, 34, 35, 37, 38,
43, 44, 60, 61, 62, 74, 85, 199, 241, 399, 722
Field, 79, 90, 92, 94, 96, 107, 407
Rapport de gestion. Voir Rapport des directeurs
Redressement judiciaire, 219, 236, 285, 340, 345, 371,
372, 373, 433, 479
Renonciation, 218, 219, 221, 222, 447
Responsabilité des associés, 13, 14, 15, 16, 113, 117,
118, 143, 147, 182, 371, 474
Responsabilité des members, 113, 118, 367, 382, 474,
480
Responsabilité pénale, 73, 136, 163, 171, 180, 225, 480,
482
Responsabilité sociale, 27, 31, 202, 203, 204, 207, 208,
237, 238, 439
Responsabilité sociale et environnementale, 207
Responsible person, 136, 163, 171, 173, 225, 245, 246,
248, 254, 345, 361, 469
Révocation
director, 75, 253, 258
dirigeant, 260, 438, 481
gérant, 87, 205, 259, 260

S

Saisie de parts sociales, 220, 222, 235, 236
Secrétaire général, 299, 310, 313, 314, 315, 317, 430
Service des impôts des entreprises, 108, 151, 155, 173,
332, 333, 334, 338, 486, 488
Share certificate, 163, 164, 171, 172, 178, 180, 184, 212,
336, 338, 464, 469
Shelf-Company, 79, 122, 123, 132, 315, 338
Société
à capital variable, 86, 195, 223, 227, 231, 235, 413,
432, 474
de fait, 11, 123, 132, 147, 148, 177, 431
en formation, 11, 132, 146, 147, 148, 149, 150, 416,
419
en sommeil, 149, 379
européenne, 6, 235, 354, 401, 432, 434, 440, 441
fictive, 40, 42, 346, 350, 351, 352, 353, 365, 367,
371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 412, 427, 432
mère, 29, 38, 39, 46, 54, 57, 127, 139, 198, 201, 270,
273, 279, 325, 368
simulation de, 351, 353, 368, 369, 371, 373, 375, 413
Société écran. Voir Lifting the corporate veil
Société fictive, 40, 42, 346, 350, 351, 352, 353, 365, 367,
371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 412, 427, 432
Squeeze-out, 164, 232
Stamp Duty Office, 166, 173, 338, 444
Statuts-type, 49, 62, 66, 69, 70, 71, 74, 79, 86, 93, 96,
97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107,
108, 115, 143, 151, 399, 401, 475, 484, 485, 735

T

Test enabling/regulatory, Test de nécessité, 20, 60, 70,
74, 136, 138, 173, 239, 325, 326, 335

U

Ultra vires, 122, 123, 270, 273, 277, 278, 281

V

Valeur mobilière, 165, 168, 180, 186, 192, 405, 408,
421, 475

TABLE ANALYTIQUE
(Les chiffres renvoient aux numéros de page.)

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
PREMIÈRE PARTIE : L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE, SOURCE D'UNE CONVERGENCE BALBUTIANTE ENTRE LES DROITS FRANÇAIS ET HONGKONGAIS DES SOCIÉTÉS	29
TITRE 1. LA SIMPLIFICATION PRAGMATIQUE DE LA CRÉATION DES SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE LIMITÉ	30
<i>Chapitre 1. La simplification de la forme des sociétés fermées à risque limité</i>	<i>31</i>
Section 1. La nécessaire mais insuffisante reconnaissance de la forme unipersonnelle	33
§1. La société unipersonnelle, une possibilité offerte en droit hongkongais et en droit français	34
A. La réforme hongkongaise du 13 février 2004	34
1. Les travaux préparatoires du Committee et le Rapport de février 2000	34
2. La portée de la législation hongkongaise du 13 février 2004	37
B. Les réformes françaises à la lumière de la réforme hongkongaise	39
1. La loi n°85-697 du 11 juillet 1985 : "développer l'initiative économique"	39
2. La loi n°99-587 du 12 juillet 1999 : "favoriser la valorisation des résultats de la recherche publique"	43
C. Les enseignements à tirer de la réforme hongkongaise du 13 février 2004	49
1. L'unicité du régime applicable à la <i>Company</i> , source d'attractivité des SARL et SAS	49
a. Une dénomination simple unique de la forme sociale	50
b. Un régime juridique unique applicable à la forme sociale	52
2. La simplicité du régime juridique de la <i>Company</i> , élément favorable au financement des entreprises	56
§2. La société unipersonnelle, un principe hongkongais et une exception française	60
A. Le principe hongkongais	60
1. Le caractère erroné de la nature contractuelle des <i>Memorandum and Articles of Association</i>	61
2. La confusion entre la formation et les effets des <i>Memorandum and Articles of Association</i>	62
B. L'exception française	63
1. La société unipersonnelle, une exception au principe de la nature contractuelle des statuts	64
2. Le maintien du caractère uniquement contractuel de la formation des sociétés, un principe à renverser	65
Section 2. La liberté statutaire, un enjeu de la simplification du droit français guidée par l'efficacité économique du droit hongkongais	71
§1. Un contraste entre les droits français et hongkongais sur le degré de liberté statutaire	71
A. Une grande liberté statutaire faiblement mise en œuvre à Hongkong	72
1. Une grande liberté statutaire légale confirmée lors de la simplification de la <i>Companies Ordinance</i>	73
a. La simplification de la forme des statuts d'une <i>Company</i>	73
b. La simplification du contenu des statuts d'une <i>Company</i>	75
2. Une faible portée pratique de la liberté statutaire consacrant la société outil	78
B. Une liberté statutaire traditionnellement réduite dans la SARL élargie par la SAS	85
1. Une faible liberté statutaire au sein de la SARL	85
2. L'offre d'une liberté statutaire relativement importante dans la SAS	89
§2. L'offre de statuts-type en droit français inspirée du droit hongkongais comme socle de la liberté statutaire	96
A. La proposition de modèles de statuts-type favorable à l'institution de SARL et de SAS unipersonnelles	97
1. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type à toutes les SARL unipersonnelles	97
a. La SARL unipersonnelle avec cogérance	97
b. La SARL avec un associé unique personne morale	98
2. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type à la SAS unipersonnelle	99
a. Une version courte des statuts-type pour toutes les formes sociales	99
b. Un modèle de statuts-type pour chaque forme sociale	101
B. L'extension du champ d'application du modèle de statuts-type aux SARL et SAS pluripersonnelles	102
1. Les avantages nés de l'extension du champ d'application du modèle de statuts-type	103
a. La promotion de l'institution d'une société	103
b. La réduction des inégalités entre formes sociales	104
2. La mise en œuvre de cette extension	106
a. Le choix d'un modèle unique pour les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle	106
b. Le choix d'un modèle de statuts-type courts	107
<i>Conclusion du Chapitre 1. La société outil, une technique d'organisation de l'entreprise</i>	<i>109</i>
<i>Chapitre 2. La simplification de la constitution des sociétés fermées à risque limité</i>	<i>110</i>
Section 1. La simplification des éléments constitutifs de la société fermée à risque limité	111
§1. L'apparente communauté des éléments matériels constitutifs d'une société fermée à risque limité hongkongaise et française	111
A. L'identification d'éléments matériels constitutifs	111
1. La définition hongkongaise des éléments matériels constitutifs	112
2. La définition française des éléments matériels constitutifs	113
B. Une apparente similitude des éléments matériels constitutifs	115

1. Trois éléments matériels constitutifs communs mais de contenus différents	115
a. Une ou plusieurs personnes	115
b. La signature d'un acte juridique	116
c. La responsabilité des associés	117
2. Trois éléments matériels constitutifs distincts	119
a. L'absence de la réunion d'apports et du partage de bénéfice ou la réalisation d'économie en tant qu'élément matériel constitutif de la société hongkongaise	119
b. L'absence de la procédure d'immatriculation en tant qu'élément matériel constitutif de la société française	120
c. Le but licite exigé en droit hongkongais et l'entreprise commune exigée en droit français : des exigences distinctes d'apparence similaire	121
§2. L'absence d'élément psychologique constitutif en droit hongkongais des sociétés	123
A. La portée de l'absence d'élément psychologique constitutif de la Company	123
1. Une définition de la société hongkongaise formaliste ou procédurale	123
a. L'encadrement de l'adoption et de la modification des <i>articles</i> par la seule Ordinance	124
b. L'encadrement des effets des <i>articles</i> par l'Ordinance et par le droit hongkongais des contrats	125
2. Une société formaliste pour renforcer son existence et sa légitimité	127
B. La disparition de la construction prétorienne française de l' <i>affectio societatis</i>	127
1. L'absence de consécration légale de l' <i>affectio societatis</i>	128
2. La portée de la suppression de l' <i>affectio societatis</i>	130
Section 2. La simplification de la procédure administrative lors de l'institution de la société fermée à risque limité	132
§1. Une grande similitude de la préparation de l'institution de la société	132
A. Quant aux informations nécessaires à l'immatriculation	133
1. Les informations fournies au <i>Companies Registry</i>	133
a. Une dénomination sociale distincte	134
b. Le siège social hongkongais	134
c. Le capital social	135
2. La comparaison avec les règles françaises, réflexions de simplification	135
a. Les éléments relatifs à la dénomination sociale	135
b. Les éléments relatifs au siège social	136
c. Les éléments relatifs au capital social	139
B. Quant aux documents nécessaires à l'immatriculation	140
1. Les documents fournis au <i>Companies Registry</i>	141
2. Comparaison avec les règles françaises et réflexions de simplification	142
§2. Des affinités entre les procédures distinguées par une plus grande simplicité à Hongkong	145
A. Quant aux étapes de la procédure et aux formalités de publicité	145
1. Une <i>Company</i> : une étape, un jour, un Hongkong Dollar	145
2. Les formalités de publicité	149
a. La simplification des formalités de publicité : la suppression de la publicité de l'institution de la société dans un journal d'annonces légales	150
b. La simplification des formalités de publicité : l'homogénéisation de la publicité de l'immatriculation de la société au BODACC	151
B. Quant aux administrations impliquées et les droits ou taxes dus	153
1. Des principes directeurs communs aux deux procédures de constitution	153
2. Une mise en œuvre différente selon les deux procédures de constitution	154
<i>Conclusion du Chapitre 2. L'attractivité de la société outil pour l'hébergement de l'entreprise</i>	156
CONCLUSION DU TITRE 1. LE DROIT DES SOCIÉTÉS, UN DROIT SUPPORT À LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ	157
TITRE 2. LA MODERNISATION DE LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ DES SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE LIMITÉ	158
<i>Chapitre 1. L'attribution et la sauvegarde de la qualité d'associé et de member façonnées par les notions de liberté et d'égalité</i>	161
Section 1. De nombreux points communs entre la qualité de <i>member</i> et celle d'associé	162
§1. L'essence unique de la qualité de <i>member</i> en droit hongkongais : des éléments factuels	162
A. La définition de <i>member</i> dans l'Ordinance	162
B. Les notions proches de celle de <i>member</i> en droit hongkongais	164
1. La clarification effectuée par l'Ordinance préférant le terme de <i>member</i>	164
2. L'établissement d'une relation de <i>trust</i> entre le <i>member</i> d'une <i>Company</i> et son bénéficiaire	165
§2. La double essence de la qualité d'associé en droit français : des éléments factuels et un élément intentionnel	166
A. L'ajout prétorien d'un critère intentionnel à la qualification d'associé	166
1. La preuve documentaire de la qualité d'associé d'une SARL ou d'une SAS	166
2. L'acquisition de la qualité d'associé résultant de l'ajout prétorien d'un critère intentionnel	169
B. La modernisation de la qualité d'associé par le renforcement de sa participation à la gestion d'une SARL et d'une SAS	170
1. La promotion de l'acquisition de la qualité d'associé dépourvue d'élément intentionnel	170
2. La promotion de l'implication des associés dans la surveillance de la vie sociale et financière	175
Section 2. L'égalité des associés et des <i>members</i> , un principe commun aménagé	177
§1. L'attractivité de la discipline commune attachée au capital social composé de parts sociales ordinaires et d'actions de préférence	177

A. L'égalité des associés, un principe communément applicable aux Company, SARL et SAS	178
1. Le pouvoir décisionnel des associés quant à l'émission de nouvelles parts sociales.....	178
2. Le pouvoir dévolu à l'organe de gestion de contrôler les apports des associés.....	181
B. L'égalité des associés, un principe communément tempéré au sein des Company et SAS.....	183
1. La simple différenciation des parts sociales d'une <i>Company</i> en classes	183
2. Le potentiel d'influence du régime des classes de parts sociales de la <i>Company</i> sur les actions de préférence de la SAS	186
§2. La perte d'attractivité des SAS suite à la réforme dirigiste du régime des actions de préférence rachetables	187
A. Les parts sociales rachetables d'une <i>Company</i> , un mécanisme ancien et encadré	187
1. La définition de ce mécanisme généralisé à toutes les formes de <i>companies</i> disposant d'un capital social	188
2. La mise en œuvre du mécanisme des parts sociales rachetables	189
B. Les actions rachetables d'une SAS, un mécanisme récent et limité	192
1. L'apport récent et l'évolution indéfinie du régime des actions rachetables en droit français	192
2. Les apports du mécanisme hongkongais au mécanisme applicable à la SAS	194
<i>Conclusion du Chapitre 1. Pragmatisme et anticipation, la prévention des litiges judiciaires entre members</i>	195
<i>Chapitre 2. La qualité d'associé ou de member, protégée par l'ordre public ou assujettie à l'intérêt social</i>	197
Section 1. L'intérêt social, notion protectrice du caractère <i>intuitu personae</i> commun aux trois sociétés fermées à risque limité	198
§1. Le rôle de la notion d'intérêt social dans le cadre de cession de parts sociales	198
A. La notion jurisprudentielle de l'intérêt social liée au devoir fiduciaire des <i>directors</i> vis-à-vis de la <i>Company</i>	198
1. L'encadrement jurisprudentiel des larges pouvoirs de gestion des <i>directors</i> par " <i>the best interests of the Company</i> ".....	198
2. La variété accrue des groupes d'intérêts entrant dans la notion complexe des " <i>best interests of the Company</i> ".....	201
B. L'intérêt social, facteur du développement économique responsable des entreprises	204
1. L'intérêt social, une notion plus largement appliquée en droit français	204
2. L'intérêt social, le catalyseur du développement de la responsabilité sociale et environnementale.....	207
§2. La protection du caractère <i>intuitu personae</i> répondant à l'intérêt social	208
A. Le point commun : le caractère <i>intuitu personae</i> des <i>Companies</i> , SARL et SAS	208
1. Le caractère <i>intuitu personae</i> de la <i>Company</i>	208
2. L'étude des trois critères cumulatifs d'une <i>private company</i> à la lumière des dispositions équivalentes applicables aux SARL et SAS.....	209
B. La différence : la protection du caractère <i>intuitu personae</i>	210
1. Le <i>director</i> , garant du caractère <i>intuitu personae</i> de la <i>Company</i>	211
a. Le mécanisme mis en place par l'Ordonnance et le modèle d' <i>articles-type</i>	211
b. Les effets de ce mécanisme contrôlé par les <i>directors</i> sur la cession.....	213
2. L' <i>intuitu personae</i> , une affaire d'associés en droit français.....	214
a. Une différence fondamentale entre la <i>Company</i> et la SARL.....	215
b. La potentielle similitude des mécanismes mis en œuvre au sein des SAS et des <i>Companies</i>	216
Section 2. L'intérêt social, notion protectrice pouvant entraîner la sortie d'un associé.....	218
§1. Les procédures d'exclusion légale, de renonciation et de rachat proposées par la loi	219
A. Des procédures d'exclusion légale ou de retrait mises en œuvre dans l'intérêt social	219
1. L'exclusion légale (ou <i>forfeiture</i>), une procédure limitée au manquement d'un <i>member</i> de libérer ses parts sociales en totalité.....	219
2. La renonciation légale (ou <i>surrender</i>), une procédure statutaire entachée de "difficultés de fait"	221
B. La procédure de rachat de parts sociales (ou <i>buy-back</i>), un pouvoir général de la <i>Company</i>	224
1. L'encadrement légal de l'opération de rachat de parts sociales par la <i>Company</i>	224
a. La notion du rachat des parts sociales par la <i>Company</i>	224
b. Le régime conciliatoire de l'opération de rachat de parts sociales par la <i>Company</i>	225
2. La proximité du régime des <i>Companies</i> et SAS au vu des opérations de rachat de leurs propres parts sociales	227
§2. Les procédures de résolution des situations de blocage entre <i>members</i> promues dans l'intérêt social : la consécration jurisprudentielle des clauses d'exclusion.....	229
A. Point commun : l'absence du droit d'exclusion dans la loi	230
1. La consécration jurisprudentielle du principe de l'exclusion d'un <i>member</i>	230
2. L'exclusion d'un associé, l'intérêt social justifiant des cas d'exclusion légale.....	231
B. Différence : la validité de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts ou dans le <i>shareholders' agreement</i>	232
1. La validité de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les <i>articles</i> et dans le <i>shareholders' agreement</i>	232
2. La validité de l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts	233
<i>Conclusion du Chapitre 2. La valorisation de la continuité de l'entreprise</i>	236

CONCLUSION DU TITRE 2. DE NOUVEAUX CONCEPTS POUR MODERNISER LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ ET LIBÉRER LA GESTION DES SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE LIMITÉ	236
---	-----

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE..... 237

SECONDE PARTIE : LA GOUVERNANCE EN DROIT HONGKONGAIS DES SOCIÉTÉS, UNE SOURCE D'INSPIRATION PRAGMATIQUE POUR LE DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS..... 239

TITRE 1. L'IMPORTATION DE RÈGLES HONGKONGAISES EN MATIÈRE DE GESTION INTERNE POUR LA PROMOTION DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE	241
<i>Chapitre 1. La simplification de l'organe de gestion des sociétés fermées à risque limité pour une sécurité juridique renforcée.....</i>	<i>243</i>
Section 1. La souplesse et l'unicité du <i>director</i> , une clef du succès de la <i>Company</i>	244
§1. L'étude des similitudes et différences quant à la qualification des organes de gestion	244
A. La qualité de <i>director</i> en droit hongkongais des sociétés	244
1. La définition du <i>director</i> et ses déclinaisons dans l'Ordonnance.....	244
2. Les notions distinctes de celle de <i>director</i> en droit hongkongais	247
B. La qualité de dirigeant et de représentant légal à la lumière de celle de <i>director</i>	248
1. L'absence d'unité entre SARL et SAS	248
2. Les avantages des caractères de la fonction de <i>director</i> par rapport aux organes de gestion français	249
§2. La comparaison du mandat des <i>directors</i> et de celui des représentants légaux	252
A. La nomination des <i>directors</i> et représentants légaux	252
1. La nomination des <i>directors</i> , une procédure simple et réactive.....	252
2. Une importante similitude dans les procédures de nomination des <i>directors</i> et représentants légaux	255
B. La fin du mandat de <i>director</i>	258
1. La souplesse gouvernant la fin du mandat du <i>director</i>	258
2. La fin du mandat du <i>director</i> , une source d'inspiration pour les gérants de SARL et présidents de SAS	259
Section 2. L'organisation et la répartition des pouvoirs des <i>directors</i> et des représentants légaux.....	262
§1. Les relations au sein des couples <i>members/directors</i> et associés/représentants légaux.....	262
A. Les pouvoirs des <i>directors</i> et représentants légaux encadrés par les <i>members</i> et associés	262
1. La liberté d'organisation des pouvoirs des <i>directors</i> par les <i>members</i>	262
2. Une même liberté d'organiser les pouvoirs des organes de gestion	264
B. L'action en responsabilité ouverte aux <i>members</i> et associés sanctionnant les <i>directors</i> et représentants légaux	265
1. Des actions en responsabilité civile insuffisamment codifiées à Hongkong.....	265
2. Des actions en responsabilité civile codifiées méritant une réécriture rationalisée en France	266
§2. Les relations entre les tiers et les <i>directors</i> et représentants légaux	268
A. Des pouvoirs de représentation étendus vis-à-vis des tiers	269
1. Des pouvoirs très vastes potentiellement encadrés par les <i>members</i>	269
2. Un principe similaire gouvernant l'engagement des SARL et SAS vis-à-vis des tiers	270
B. La mise en œuvre des pouvoirs de la société par les représentants légaux.....	271
1. L'exercice collégial du pouvoir par les <i>directors</i>	271
2. La répartition des pouvoirs dans le cas de la pluralité de représentants légaux	273
<i>Conclusion du Chapitre 1. La reconnaissance renforcée de l'organe de gestion, un équilibre entre unicité et souplesse</i>	<i>274</i>
<i>Chapitre 2. La conquête d'une autonomie renforcée pour libérer la gestion des sociétés fermées à risque limité</i>	<i>275</i>
Section 1. L'abandon de l'obligation de définir l'objet social dans les statuts des sociétés fermées à risque limité françaises sur le modèle de la <i>Company</i>	276
§1. L'absence d'exigence de définition de l'objet social, un principe récent du droit hongkongais largement approuvé par la pratique	276
A. Le contenu de la réforme : l'abolition de l'exigence de la mention de l'objet social et la reconnaissance du pouvoir général d'une <i>Company</i>	277
1. Les arguments avancés en faveur de cette réforme	277
2. Les conséquences de cette réforme	278
B. La portée de la réforme entrée en vigueur le 10 février 1997	280
§2. Les enseignements à tirer de la réforme hongkongaise	282
A. L'adoption du principe de la capacité générale des sociétés	282
1. Un objet social défini largement devenant inefficace	282
2. L'engagement de la société valable même en dehors de l'objet social	283
B. La simplification des procédures afférentes à l'institution et à l'évolution de la société libérant l'entrepreneur.....	284
1. La promotion de la sécurité juridique par l'absence de mention de l'objet social	284
2. L'absence de découragement au développement de l'entreprise en l'absence d'entrave administrative à l'évolution de la société	284
Section 2. L'encadrement des pouvoirs du représentant légal des SARL et des SAS par les associés dans l'esprit du concept hongkongais de gouvernance	286

§1. La codification des règles applicables au contrat de service du <i>director</i> utile au renforcement de la relation entre <i>members</i> et <i>directors</i>	287
A. L'encadrement des droits et devoirs des <i>directors</i>	287
1. La codification des <i>fiduciary duties</i> héritées de la <i>Common Law</i>	287
2. La codification du contrat de service du <i>director</i> dans l' <i>Ordinance</i>	289
B. La portée de la codification du contrat de service du <i>director</i>	290
1. L'organisation structurelle du pouvoir des <i>directors</i>	290
2. L'articulation entre contrat de service du <i>director</i> et mandat de <i>director</i>	291
§2. La reconnaissance du statut social hybride des représentants légaux au sein des SARL et SAS.....	291
A. La pacification du statut social du gérant de SARL sur le modèle du contrat de service du <i>director</i>	291
1. L'identification des problématiques restreignant l'embauche d'un gérant de SARL.....	292
2. La proposition de la mise en place d'un contrat de management.....	293
B. La proposition de la mise en place d'un contrat de management au sein des SAS aux fins de clarification.....	294
1. La liberté d'organisation des organes de gestion : un point commun des SAS et <i>Company</i>	294
2. La suggestion de l'utilisation par les praticiens d'un contrat de management.....	295
<i>Conclusion du Chapitre 2. Le pragmatisme et la prévention en droit hongkongais des sociétés, deux lignes de conduite à succès</i>	295
CONCLUSION DU TITRE 1. LA PROMOTION DE LA GOUVERNANCE AU SEIN DE PME PAR UNE MEILLEURE ORGANISATION DES ORGANES DE GESTION.....	296
TITRE 2. DES REMÈDES HONGKONGAIS EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DES ASSOCIÉS POUR L'AUTONOMISATION DES SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE LIMITÉ.....	298
<i>Chapitre 1. Le remodelage du rôle des acteurs externes aux sociétés fermées à risque limité pour une meilleure gouvernance</i>	299
Section 1. L'augmentation de la conformité et de la sécurité juridique au sein des SARL et SAS par la désignation de l'équivalent du <i>company secretary</i>	301
§1. Les éléments constitutifs de la définition de <i>company secretary</i>	302
A. La notion de <i>company secretary</i>	302
1. La définition légale du <i>company secretary</i>	302
2. Les éléments complémentaires de la notion de <i>company secretary</i>	304
B. Le régime applicable aux <i>company secretaries</i>	305
1. Les pouvoirs conférés légalement au <i>company secretary</i>	305
2. Les autres sources permettant l'identification des pouvoirs et missions du <i>company secretary</i>	307
§2. L'introduction du <i>company secretary</i> au sein des SARL et SAS.....	309
A. L'introduction de certaines règles applicables au <i>company secretary</i> hongkongais dans le code de commerce.....	309
1. Des règles identiques à celles applicables au <i>company secretary</i> quant au mandat du tabellion.....	310
2. Des règles différentes de celles applicables au <i>company secretary</i>	312
B. L'adaptation de ces règles à la situation des SARL et SAS.....	313
1. Le tabellion, un mandat assumé par des professionnels déjà présents dans l'environnement des SARL et des SAS.....	313
2. Le développement de la profession de tabellion.....	316
Section 2. L'augmentation de la conformité au sein des SARL et SAS par la désignation de l'équivalent d'un auditeur.....	319
§1. Le mandat de l'auditeur, un gage de conformité et de transparence au sein de la <i>Company</i>	319
A. Le rôle de l'auditeur.....	320
1. La définition de l'auditeur.....	320
2. Les missions de l'auditeur.....	321
B. Le renforcement de la sécurité juridique par la désignation systématique d'un expert-comptable au sein des SARL et SAS.....	327
1. La désignation obligatoire d'un expert-comptable.....	327
2. La simplification des exigences comptables, des dépôts et des notifications auprès des greffes.....	331
§2. Illustrations hongkongaises de l'utilité de la désignation obligatoire d'un expert-comptable.....	335
A. Les apports effectués par les membres d'une <i>Company</i>	335
B. L'évaluation du prix des parts sociales.....	338
<i>Conclusion du Chapitre 1. L'accompagnement juridique et financier des acteurs de la société</i>	341
<i>Chapitre 2. L'existence des sociétés fermées à risque limité apaisée par l'autonomie de la volonté des associés affermie</i>	343
Section 1. L'absence d'action en nullité de la <i>Private Company Limited by Shares</i> , la garantie d'une plus grande sécurité juridique et économique.....	345
§1. L'existence de l'action en nullité, la distinction du droit français et du droit hongkongais.....	345
A. Des bases légales concurrentes et des causes légales multiples à l'action en nullité des SARL et des SAS.....	346
1. La concurrence des bases légales à l'action en nullité des SARL et SAS.....	346
2. La multiplicité des causes légales à l'action en nullité des SARL et SAS.....	347
B. Des causes jurisprudentielles à l'action en nullité des SARL et SAS discutables.....	350
1. Le caractère fictif de la personne morale, une cause de nullité des sociétés déplacée.....	350

2. L'application discutée d'un principe général du droit : la théorie de la fraude, cause de l'action en nullité	353
§2. Des alternatives à l'action en nullité des SARL et SAS proposées par le droit hongkongais des sociétés ..	356
A. Des alternatives à la nullité de la Company demandée par les associés permettant la continuité de l'entité commerciale par les associés intéressés à sa poursuite.....	357
1. L'impossible nullité des <i>Companies</i> , un bien pour les acteurs économiques.....	357
2. Les inspirations pour le droit français des sociétés.....	361
B. Des alternatives à la nullité de la Company demandée par les créanciers permettant de maximiser les chances de remboursement et de continuité de l'activité commerciale	365
1. La théorie prétorienne " <i>lifting the corporate veil</i> "	366
2. L'importance de l'application de la théorie de la fictivité de la personne morale n'entraînant pas la nullité de la SARL ou de la SAS	369
Section 2. La dissolution administrative, l'absence d'intervention de l'État par l'encadrement professionnel de la dissolution.....	377
§1. La dissolution administrative de la <i>Company</i> , une procédure autonome et indépendante de l'autorité judiciaire	377
A. La notion de désenregistrement d'une <i>Company</i>	377
1. La dissolution administrative d'une <i>Company</i> , la dissolution préférée à la dissolution judiciaire	378
2. Les différents moyens de dissolution administrative d'une <i>Company</i>	379
B. Le régime pragmatique du désenregistrement de la <i>Company</i> , l'application de la théorie du parallélisme des formes	381
1. Un régime simple maîtrisé entièrement par la <i>Company</i>	382
2. Un régime n'exigeant pas de contrôle judiciaire ou de contrôle des motifs	383
§2. La simplification de la procédure de dissolution d'une SARL et d'une SAS sur décision des associés.....	384
A. La simplification des notions de dissolution, de liquidation et de radiation	384
1. Le chassé-croisé des notions se rapportant à la cessation de la SARL et de la SAS.....	384
2. L'absence de dissolution légale d'une SARL ou d'une SAS motivée par la cessation de l'activité commerciale, une grande différence entre Hongkong et la France.....	387
B. La simplification du régime de dissolution et de liquidation sur décision des associés	390
1. L'adaptation du régime existant de la dissolution des SARL et SAS pour offrir souplesse et simplicité	390
2. Réflexions sur la simplification du régime de la liquidation des SARL et des SAS.....	393
<i>Conclusion du Chapitre 2. Le respect de la volonté des associés</i>	395
CONCLUSION DU TITRE 2. LE SOUTIEN AUX PME PAR L'IMPORTATION DE REMÈDES HONGKONGAIS À UNE GOUVERNANCE ÉQUILIBRÉE DES SARL ET AUX SAS	396
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	397
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	398
BIBLIOGRAPHIE	403
I. SOURCES DE DROIT FRANÇAIS	403
A. <i>Législation et travaux parlementaires</i>	403
1. Codes et lois.....	403
2. Débats, rapports, articles et vidéos parlementaires.....	406
B. <i>Jurisprudence</i>	409
C. <i>Encyclopédies, ouvrages généraux, monographies et thèses</i>	420
D. <i>Articles et colloques</i>	425
II. SOURCES DE DROIT EUROPÉEN	440
A. <i>Législation</i>	440
B. <i>Jurisprudence</i>	441
III. SOURCES DE DROIT HONGKONGAIS ET DE COMMON LAW.....	442
A. <i>Législation et travaux parlementaires</i>	442
1. Constitution et lois	442
2. Circulaires administratives	443
3. Travaux parlementaires et autres rapports.....	444
B. <i>Jurisprudence</i>	445
C. <i>Encyclopédies, traités, ouvrages généraux et monographies</i>	451
D. <i>Articles et conférences</i>	454
IV. OUVRAGES ET RÉFÉRENCES MÉTHODOLOGIQUES – DICTIONNAIRES	459
GLOSSAIRE DES TERMES DE DROIT HONGKONGAIS.....	462
ANNEXES	472
LISTE DES ANNEXES.....	472
1. TABLEAU COMPARATIF DES FORMES DE SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE LIMITÉ EN FRANCE ET À HONGKONG	473

2. SYNTHÈSES DES SUGGESTIONS DE SIMPLIFICATION DU DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS	484
3. A GUIDE ON DIRECTORS' DUTIES PUBLIÉ PAR LE COMPANIES REGISTRY AU MOIS DE MARS 2014	490
4. GUIDELINES FOR DIRECTORS PUBLIÉ PAR THE HONG KONG INSTITUTE OF DIRECTORS LIMITED EN 2014	498
5. REMINDER TO COMPANY SECRETARIES OF PRIVATE COMPANIES INCORPORATED IN HONG KONG FROM THE HONG KONG INSTITUTE OF CHARTERED SECRETARIES PUBLIÉ PAR L'HKICS AU MOIS DE JUILLET 2012	596
6. THE ESSENTIAL COMPANY SECRETARY PUBLIÉ PAR LE HONG KONG INSTITUTE OF CHARTERED SECRETARIES AU MOIS D'OCTOBRE 2013	598
7. FORMULAIRES PRÉ-IMPRIMÉS PUBLIÉS PAR LE COMPANIES REGISTRY	613
I. Formulaire d'immatriculation d'une Company (Form NNC1)	614
II. Formulaire d'enregistrement de la Company auprès de l'Inland Revenue Department (Form IRBR1) et tableau récapitulatif des frais d'enregistrement à jour au 1 ^{er} avril 2014.....	628
III. Formulaire de notification d'un changement de director ou de company secretary (Form ND2A)....	630
IV. Formulaire de notification d'émission de parts sociales (Form NSC1)	639
V. Formulaire de notification de rachat de parts sociales ou de rachat de parts sociales rachetables (Form NSC2).....	647
VI. Formulaire de notification d'une modification du capital social (Form NSC11).....	650
VII. Formulaire de notification de la modification de droits attachés à une classe, ou plusieurs classes, de parts sociales (Form NSC 15).....	653
VIII. Déclaration de solvabilité (Form NSC17).....	656
IX. Formulaire de notification de réduction du capital social conformément à une décision spéciale des members et à une déclaration de solvabilité signée par tous les directors (Form NSC19)	659
X. Formulaire de notification de réduction du capital social conformément à une décision judiciaire (Form NSC20).....	662
XI. Formulaire d'Annual Return pour une Company (Form NAR1)	665
XII. Formulaire de demande de déenregistrement d'une Company (Form NDR1)	676
8. FORMULAIRES PRÉ-IMPRIMÉS PUBLIÉS PAR LE REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS	681
I. Déclaration de constitution d'une société à responsabilité (SARL, SELALR y compris à associé unique (EURL) sauf activité agricole) (formulaire M0)	682
II. Déclaration de création d'une société ou autre personne morale (SAS, SA, SNC, SELAFA, SELAS, Commandite et société commerciale étrangère) (formulaire M0)	683
III. Déclaration de modification (personne morale) (formulaire M2)	684
IV. Déclaration relative aux gérants et autres personnes liées à la société (SARL, SELARL y compris à associé unique) (formulaire M3 SARL - SELARL).....	685
V. Déclaration relative aux organes de direction, surveillance, contrôle de la personne morale (sauf pour SARL et SELARL utiliser l'imprimer M3 SARL / SELARL) (formulaire M3).....	686
VI. Déclaration de radiation (personne morale) (formulaire M4).....	687
9. MODÈLES DE DÉCISIONS ÉCRITES ET DE PROCÈS-VERBAUX D'UNE COMPANY.....	688
I. Décision écrite de l'unique director portant convocation de l'Assemblée générale annuelle.....	689
II. Procès-verbal de l'Assemblée générale annuelle	691
III. Décision écrite signée par tous les members en lieu et place de la tenue d'une Assemblée générale annuelle.....	693
IV. Décision écrite signée par l'unique member en lieu et place de la tenue d'une Assemblée générale annuelle.....	695
V. Décision écrite de l'unique director donnant mandat à un tiers pour signer des contrats au nom et pour le compte de la Company, accompagnée du mandat	696
VI. Décision écrite signée par tous les directors portant modification des modalités de signature sur les comptes bancaires de la Company.....	698
VII. Procès-verbal de la réunion du board of directors approuvant la signature d'un contrat de bail et donnant autorisation à l'un des directors de signer ledit contrat au nom et pour le compte de la Company	699
VIII. Procès-verbal de la réunion du board of directors désignant l'un de ses directors personne physique au titre de représentant permanent	701
10. LISTE DES PORTAILS DES SERVICES ADMINISTRATIFS FRANÇAIS ET HONGKONGAIS APPORTANT SUPPORT AUX SOCIÉTÉS ET AU MONDE DES AFFAIRES EN GÉNÉRAL	703
I. France : adresses des portails des services administratifs utiles	703
II. Hongkong : adresses des portails des services administratifs utiles	704
11. CARTE POLITIQUE DU CONTINENT ASIATIQUE	706
12. CARTE DE HONGKONG.....	707
13. BRÈVE PRÉSENTATION DE L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE DE HONGKONG	708
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	722
INDEX ALPHABÉTIQUE	723

TABLE ANALYTIQUE.....	727
RÉSUMÉ.....	735
SUMMARY.....	735

RÉSUMÉ

ÉTUDE COMPARÉE ENTRE LES SOCIÉTÉS FERMÉES À RISQUE LIMITÉ
DE DROITS FRANÇAIS ET HONGKONGAIS
Contribution à la réflexion sur la simplification du droit français des sociétés

Cette étude résulte d'une observation : le droit hongkongais des sociétés, appartenant à l'ordre juridique de la Common Law, semble produire de manière pragmatique des règles qui encouragent et facilitent le commerce. L'image du droit français des sociétés est frappante de rigidité, de lourdeur, de dirigisme et d'interventionnisme étatiques. Par rapport à cette image, celle du droit hongkongais surprend par sa souplesse voire sa simplicité, son intelligibilité, son effectivité et son efficacité. Nous avons identifié des règles et des mécanismes de la société fermée à risque limité hongkongaise, la Company, qui nous semblent constituer des éléments majeurs de son succès. Nous en avons compris les fondements, le fonctionnement et la portée afin de nous permettre de comparer ces règles et mécanismes à ceux de la SARL et de la SAS et d'y insuffler un vent de souplesse, de simplicité et de liberté encadrée. Les thèmes choisis relèvent de la rapidité et de la sécurité de l'immatriculation et de la dissolution, de la liberté statutaire et de son accompagnement par des modèles de statuts-type, de la liberté des associés de construire leur société conformément à leur volonté (qu'il s'agisse de la géographie du capital social et de l'encadrement du fonctionnement de l'organe de gestion) et du support juridique apporté à l'organe de gestion favorisant la bonne gouvernance des SARL et des SAS et le contrôle des associés. Cette étude compare les SARL et la SAS avec la Company dans le but de permettre au droit français des sociétés de développer une société outil adaptée aux acteurs économiques contemporains et au service de l'efficacité économique recherchée par les pouvoirs publics.

SUMMARY

A COMPARATIVE STUDY BETWEEN FRENCH AND HONG KONG
PRIVATE COMPANIES WITH LIMITED LIABILITY
Suggestions to simplify French company law

Observing Hong Kong private companies with liability limited by shares (hereafter "Company") evolving in the Common Law system was a rewarding experience: efficiency and simplicity and safety are the main features of Companies that come to mind. Looking at French SARL and SAS gives quite a different picture: laws and orders are overabundant, legal and administrative requirements constitute a burden on directors, members and directors cannot really benefit from a flexible environment as State interventionism is deeply rooted in the French legal culture. We identified various mechanisms and regulations belonging to the Company that contributed to its international success. We studied these mechanisms and regulations and understood their founding principles and significance. Then we compared them to those of the SARL and SAS in order to inspire flexibility, simplicity and supervised freedom to these two corporate bodies. The study compared the following features: the rapidity and the safety of incorporation as well as of deregistration; the freedom of the members to use model articles of association as well as adapting the suggested model; the freedom of the members to define their membership using classes of shares as well as the management of the Company's business; company secretary and certified public accountant providing corporate governance support to directors as well as information to members for their controlling role. This comparative study aims at putting forward recommendations to develop French companies as a tool for contemporary economic players and to promote company law's economic efficiency.