

MODIFICATIONS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie et loi en faveur des PME

Pierre Cote
Avocat
Cabinet Ratheaux



La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises comportent, notamment, des dispositions modifiant les règles de fonctionnement des sociétés. Nous en donnons, ci-après, un résumé.

I. Les délibérations du conseil par des moyens de télécommunication

Pour rendre possibles les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance d'une société anonyme sans la présence physique de ses membres en un même lieu, la loi du 15 mai 2001 a institué un dispositif aux termes duquel, sauf dispositions contraires des statuts, un « règlement intérieur » peut réputer présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les membres du conseil qui participent aux réunions par des moyens de visioconférence, répondant à des caractéristiques techniques garantissant une participation effective de ceux-ci et une retransmission continue. Tirant les conséquences du développement de nouveaux modes de télécommunication, la loi du 26 juillet 2005 ajoute la faculté, pour les administrateurs ou membres du conseil de surveillance, de participer et de voter aux réunions du conseil par des moyens de télécommunication – et non plus seulement de visioconférence – sauf lorsque l'ordre du jour comporte l'examen ou l'arrêté des comptes annuels ou consolidés

ou l'établissement du rapport de gestion de la société ou du groupe. Par ailleurs, il est dorénavant possible de recourir à une visioconférence (ou à d'autres moyens de télécommunication) pour certaines décisions pour lesquelles cette faculté était antérieurement écartée : nomination, révocation et fixation de la rémunération du président, du directeur général ou d'un directeur général délégué. Cependant, les statuts peuvent réserver le droit, pour un nombre déterminé de membres du conseil, de s'opposer à l'utilisation de tels procédés. Comme pour la visioconférence, la nature des autres moyens de télécommunication utilisables et leurs modalités d'utilisation seront déterminées par décret en Conseil d'Etat.

II. Le quorum pour les assemblées d'actionnaires

Afin de faciliter la tenue des assemblées d'actionnaires de sociétés anonymes (et de sociétés en commandite par actions), les exigences de quorum sont allégées. Ainsi, le quorum requis pour la validité des assemblées est dorénavant le suivant :

- pour les assemblées générales ordinaires, le cinquième (au lieu du quart) des actions ayant le droit de vote ;
- pour les assemblées générales extraordinaires, le quart (au lieu du tiers) des actions ayant le droit de vote sur première convocation et le cinquième (au lieu du quart) sur seconde convocation ;
- pour les assemblées spéciales, le tiers des actions ayant le droit de vote sur première convocation et le cinquième sur deuxième convocation.

Cependant, alors qu'il était douteux, jusqu'à maintenant, que les statuts puissent exiger des quorums plus élevés que ceux fixés par la loi, il sera dorénavant possible, dans les sociétés non cotées (et, plus généralement, les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne), d'aggraver statutairement – mais non de réduire – les quorums requis par la loi pour la tenue des assemblées d'actionnaires.

D'ailleurs, si les statuts mentionnent les anciens quorums légaux, il est douteux que l'on puisse considérer que les actionnaires auront implicitement adopté les nouveaux quorums – plus réduits – prévus par la loi, aussi longtemps qu'ils n'auront pas procédé à une modification de statuts.

III. Le rapport du président sur le contrôle interne

L'obligation de présenter un rapport joint au rapport annuel de gestion relatant les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil d'administration ou de surveillance, ainsi que les procédures de contrôle interne mises en place par la société (C. Com., art. L.225-37, al. 6 et C. Com., art. L.225-68, al. 7) est désormais limitée aux sociétés

faisant appel public à l'épargne. Bien entendu, dans les sociétés cotées, le rapport du président, à joindre au rapport de gestion du groupe, devra continuer à relater les procédures d'élaboration et de consolidation des comptes, qui incluent toutes les sociétés consolidées, qu'elles fassent ou non appel public à l'épargne.

IV. La domiciliation en cas de transfert du siège social

L'article L.123-11-1 du Code de Commerce permet à une société, lors de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, de domicilier son siège au domicile de son représentant légal et d'y exercer son activité. Si une disposition législative ou une stipulation contractuelle y fait obstacle, cette domiciliation et l'exercice de l'activité sont néanmoins possibles à cette adresse, mais seulement pour une durée de cinq ans à compter de l'immatriculation.

Mais cette disposition, introduite par la loi du 1^{er} août 2003, ne permettait pas à une société de transférer son siège social au domicile de son dirigeant, au cours des cinq premières années de son existence, si la loi ou le contrat (bail d'habitation, règlement de copropriété, etc.) s'opposait à cette domiciliation.

Dorénavant, ce transfert sera possible dans tous les cas.

V. La location et le crédit bail d'actions ou de parts

Par la location et le crédit-bail de titres, le législateur entend promouvoir un « mode de transmission progressif » du contrôle d'une société, y compris lorsque

l'entreprise est en difficulté. Il s'agit de faciliter la transmission du capital à des particuliers disposant de moyens financiers limités, de permettre une gestion « à l'essai » de l'entreprise à transmettre et de limiter le recours aux garanties d'actif et de passif. Sous réserve de certaines restrictions, la loi permet, la location, à une personne physique, pour une durée déterminée, d'actions de sociétés non cotées et de SARL soumises à l'impôt sur les sociétés, à condition que les statuts l'autorisent.

Si la société dont les titres sont loués est en redressement judiciaire, les conditions de la location doivent être agréées par le Tribunal de Commerce.

La location doit faire l'objet d'un contrat écrit soumis à l'enregistrement et signifié à la société conformément à l'article 1690 du Code Civil. Ce contrat doit, à peine de nullité, contenir les mentions qui seront définies par un décret en Conseil d'Etat. Le locataire ne peut ni sous-louer ni prêter les titres loués.

La délivrance des titres au locataire intervient au jour où son identité est mentionnée, à côté de l'actionnaire ou de l'associé, sur le registre de comptabilité-actions ou dans les statuts de la SARL. Le droit de vote appartient au bailleur de titres pour les décisions modificatrices des statuts et au locataire pour toutes les autres décisions. Pour le surplus, le bailleur est considéré comme propriétaire des titres et le locataire comme usufruitier.

La location peut être résiliée ou renouvelée.

La loi contient des dispositions fiscales pour la mise en œuvre de ce dispositif.

VI. La simplification de la gestion des SARL et EURL

6.1 - Approbation des comptes sociaux d'une EURL

Chaque année, l'associé unique d'une EURL doit approuver les comptes sociaux dans les six mois de la clôture de l'exercice.

Si l'associé unique est seul gérant de la société, cette formalité est, désormais, réputée accomplie par le dépôt au registre du commerce et des sociétés, dans les six mois de

la clôture de l'exercice, du rapport de gestion, de l'inventaire et des comptes annuels, dûment signés. Il y a cependant lieu d'observer que l'inventaire ne fait pas partie des documents dont la loi impose le dépôt au greffe (art. L.232-22, 1°, et L.123-12, C. Com.), même s'il doit être soumis à l'approbation des associés ou de l'associé unique, dans les SARL ou EURL (art. L.223-26 et L.223-31, al. 2, C. Com.).

6.2 - Modification des statuts

Sauf si elles résultent d'une incorporation de bénéficiaires ou de réserves au capital, les modifications des statuts d'une SARL doivent être décidées à la majorité des trois quarts du capital (sans que les statuts puissent renforcer cette majorité).

La loi institue un quorum : les associés ne pourront valablement délibérer en assemblée qu'à la condition que les associés présents ou représentés possèdent au moins le quart des parts sociales sur première convocation et le cinquième sur seconde convocation. Par ailleurs, la loi définit une majorité par rapport au nombre de parts détenues par les associés présents ou représentés, et non plus par rapport à la totalité des parts composant le capital social : cette majorité est fixée aux deux tiers.

De plus, les statuts peuvent renforcer la nouvelle majorité légale, sans cependant pouvoir imposer l'unanimité. Ils peuvent aussi renforcer les quorums légaux.

Ces nouvelles règles de quorum et de majorité s'appliquent de plein droit aux SARL constituées après la publication de la loi. Elles pourront, par une décision unanime des associés, être adoptées par les SARL constituées antérieurement. Compte tenu de l'objectif pour-

suivi par le législateur, on peut penser que c'est par inadvertance que la loi emploie les termes « assemblée » et « convocation », ce qui, à la lettre, écarte l'application des nouvelles règles de quorum et de majorité pour les décisions des associés d'une SARL prises par voie de consultation écrite (voire celles résultant de leur consentement exprimé dans un acte).

VII. Le statut du conjoint collaborateur

Jusqu'à maintenant et depuis 1982, le conjoint d'un entrepreneur individuel pouvait, s'il participait à l'entreprise, opter pour l'un des trois statuts de conjoint associé, de conjoint collaborateur ou de conjoint salarié (art. L.121-4, C. Com.).

Mais l'expérience montre que, la plupart du temps, les intéressés collaborent régulièrement ou ponctuellement à l'entreprise sans, pour autant, opter formellement pour le statut de conjoint collaborateur ni, a fortiori, s'affilier à des régimes de protection sociale. Il en résulte une situation d'insécurité et d'incertitude, notamment quant à leurs droits et leurs obligations, spécialement s'ils divorcent ou si l'entreprise rencontre des difficultés.

Dorénavant, le conjoint de l'entrepreneur individuel sera tenu d'opter pour l'un des trois statuts, s'il participe de manière régulière à l'entreprise. Il en sera de même pour le conjoint du gérant associé unique d'une EURL ou du gérant associé majoritaire d'une SARL. S'il opte pour le statut de conjoint associé ou de conjoint collaborateur, il devra s'affilier à l'un des régimes d'assurance vieillesse des

professions indépendantes. Un décret définira notamment le statut du conjoint collaborateur et les modalités selon lesquelles l'option pour ce statut sera rendue opposable aux tiers.

La loi dispose que :

- si des dettes ont été contractées ou des sûretés consenties dans le cadre de l'entreprise, les tribunaux pourront, en cas de divorce, en faire supporter la charge exclusive à celui des deux conjoints qui en conservera l'exploitation ;

- les actes de gestion accomplis par le conjoint collaborateur dans le cadre de l'entreprise seront, vis-à-vis des tiers, réputés accomplis pour le compte du chef d'entreprise, en sorte que le conjoint collaborateur sera personnellement dégagé de toute obligation.

VIII. Dispositions diverses

La loi du 26 juillet 2005 contient de nombreuses autres dispositions susceptibles d'intéresser les sociétés, notamment les sociétés cotées. Il paraît utile, sans être exhaustif, de signaler les suivantes :

8.1 - La société européenne

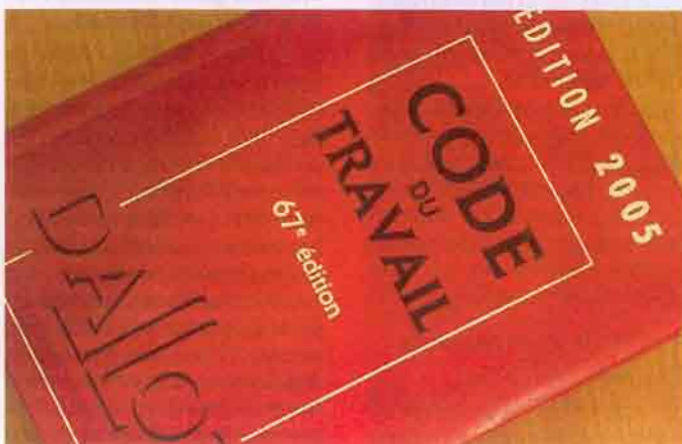
Pour permettre l'applicabilité, en France, du règlement communautaire (CE) 2157/2001 du 8 octobre 2001 définissant le statut de la société européenne et de la directive du même jour relative à l'implication des salariés :

- le Code de Commerce est notamment complété par de nouveaux articles L.229-1 à L.229-15, un article L.225-245-1 (fixant la procédure de transformation d'une société anonyme en société européenne) et un article L.224-5 (infractions) ;

- le Code du Travail est notamment complété par de nouveaux articles L.439-25 à L.439-50 ;

- des adaptations ou compléments sont apportés à d'autres Codes.

La société européenne devrait faciliter la fusion de sociétés de nationalités différentes, l'exercice d'activités transfrontalières et le transfert de sièges sociaux avec maintien de la personnalité juridique des sociétés et neutralisation de ses conséquences fiscales (art. 34, loi de finances pour 2005). Il est rappelé qu'une société européenne peut être constituée :



MODIFICATIONS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie et loi en faveur des PME

→

- par fusion de sociétés anonymes, dont deux au moins relèvent du droit d'Etats différents,
- par constitution d'une société holding par des sociétés dont deux au moins relèvent du droit d'Etats différents ou ont une filiale ou un établissement dans un autre Etat,
- par constitution d'une société filiale sous les mêmes conditions,
- ou par transformation d'une société anonyme ayant au moins une filiale dans un autre Etat (art. L.225-245-1 C. Com. Nouveau).

La loi permet d'instaurer statutairement des mécanismes de fermeture du capital des sociétés européennes non cotées, proches de ceux applicables aux SAS (art. L.229-11 à L.229-15 C. Com. nouveaux).

8.2 - L'appel public à l'épargne

Pour adapter notre Droit interne à la directive « Prospectus » 2003/71/CE du 4 novembre 2003, une nouvelle rédaction de l'article L.411-2 du Code Monétaire et Financier tend à restreindre le champ de l'appel public à l'épargne. Parallèlement, sont transposées les dispositions de cette directive relatives au prospectus à publier en cas d'offre de valeurs mobilières au public ou en vue de l'admission de telles valeurs aux négociations sur un marché d'instruments financiers. Le règlement général de l'AMF pourra comporter des obligations d'information allégées pour les sociétés intervenant sur un marché organisé mais non réglementé, tel Alternext (art. L.412-1, II, 2^e alinéa, C. Mon. Fin.).

8.3 - Les programmes de rachat d'actions

Le règlement de la Commission du 22 décembre 2003 (N° 2273/2003) définit trois objectifs à un programme de rachat d'actions par une société cotée.

Mais la directive « Abus de marché » 2003/6/CE présume légitimes les opérations « conformes aux pratiques admises sur le marché réglementé concerné » et, par une décision du 22 mars 2005, l'AMF a admis qu'un programme de rachat puisse légitimement être mis en œuvre pour deux objectifs qui ne sont pas formellement prévus par le règlement du 22 décembre 2003 : remise ultérieure en paiement ou en échange, dans le cadre d'une

opération de croissance externe ; exécution d'un contrat de liquidité conduit avec un prestataire de services d'investissement.

L'article L.225-209 du Code de Commerce est modifié, pour mieux encadrer ces programmes de rachat : un rapport spécial devra, chaque année, informer les actionnaires sur la mise en œuvre des programmes antérieurement autorisés, en précisant, pour chacun des objectifs poursuivis, le nombre et le prix des actions achetées, le nombre d'actions utilisées pour la réalisation de cet objectif et la réallocation d'actions à d'autres objectifs (limitation de la « fongibilité » des objectifs autorisés par l'assemblée générale) ; pour les programmes qui seront autorisés à compter du 1^{er} janvier 2006, le nombre d'actions acquises par la société en vue de leur remise ultérieure dans le cadre d'opérations de fusion, de scission ou d'apport ne pourra pas excéder 5 % du capital.

Lors de la mise en œuvre d'un programme de rachat d'actions, il ne sera plus nécessaire d'établir une note d'information soumise au visa de l'AMF, mais le marché devra être préalablement informé, selon des modalités qui seront définies dans le règlement général de l'AMF (communiqué de presse de l'AMF du 2 août 2005).

8.4 - Les pouvoirs de l'Autorité des Marchés Financiers

Dans le cadre de la transposition de la directive « Abus de marché », le Code Monétaire et Financier est modifié afin d'étendre les pouvoirs d'injonction et de sanction de l'AMF.

La loi redéfinit aussi les délits boursiers :

- seuls constitueront des délits pénaux les infractions constitutives d'un abus de marché et portant sur des titres cotés sur un marché réglementé,
- seront passibles de sanctions administratives toutes les infractions portant sur des titres émis par une société faisant appel public à l'épargne ou dont les titres sont cotés, que ce soit sur un marché réglementé ou non (Alternext, par exemple).

8.5 - Les franchissements de seuil

Actuellement, toute personne physique ou morale qui, seule ou

de concert avec d'autres, franchit, à la hausse ou à la baisse, en capital et/ou en droits de vote, l'un des six seuils de détention de 5 %, 10 %, 20 %, 33,33 %, 50 % et 66,66 %, doit, si les titres de la société émettrice sont cotés sur un marché réglementé (ou admis aux opérations d'un dépositaire central), en informer cette société et l'AMF. Pour l'application de ce dispositif, les actions et les droits de vote détenus par une personne qui contrôle la personne tenue à cette obligation sont réputés détenus par cette dernière.

La loi apporte plusieurs modifications à ce dispositif, notamment :

- la notion de contrôle est élargie (art. L.233-3, C. Com.) ;
- quatre nouveaux seuils sont créés : 15 %, 25 %, 90 % et 95 % (art. L.233-7, I, C. Com.) ;
- certains titres ou droits de vote sont réputés détenus par la personne tenue à l'obligation d'information, notamment les titres dont elle a l'usufruit ou qui font l'objet d'une cession temporaire et les droits de vote pour lesquels elle a une procuration générale (art. L.233-9, I, C. Com.) ;
- l'obligation d'informer l'AMF en cas de franchissement de seuil devient applicable pour les sociétés dont les titres sont négociés sur un marché non réglementé (par exemple, ALTERNEXT), si le gestionnaire de ce marché le demande ;
- si ses titres sont cotés sur un marché réglementé, la société émettrice publie chaque mois, le nombre de droits de vote, mais aussi le nombre d'actions existant, s'ils ont varié dans un pourcentage fixé par arrêté ministériel (5 % selon l'arrêté du 14.12.1989) par rapport à ceux précédemment publiés (art. L.233-8, II, C. Com.).

8.6 - Les garanties de cours et les offres publiques

La procédure de garantie de cours en cas de cession d'un bloc de contrôle pourra être étendue par l'AMF aux titres négociés sur un marché non réglementé (par exemple, Alternext), si le gestionnaire de ce marché le demande. Par ailleurs, une offre publique sur les titres d'une société cotée sur un marché réglementé en France ne sera recevable qu'à condition que soit également déposée une offre sur les titres de toute société dont elle détient plus du tiers du capital ou des

droits de vote, si les titres de cette dernière sont cotés en France ou dans un Etat de l'Espace Economique Européen et si la participation de la société mère constitue un « actif essentiel » de celle-ci.

8.7 - Les rémunérations différées allouées aux dirigeants de sociétés cotées

A compter du 1^{er} mai 2005, la procédure d'autorisation préalable et d'approbation des « conventions réglementées » (art. L.225-38 et s. et L.225-86 et s., C. Com.) est, dans les sociétés cotées, étendue aux engagements pris, à l'égard des mandataires sociaux, par la société elle-même ou toute société qu'elle contrôle ou qui la contrôle, en matière de rémunérations, indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou de la modification de leurs fonctions, ou postérieurement à celles-ci.

Le rapport de gestion annuel devra décrire ces engagements, en précisant les modalités de leur détermination, et les commissaires aux comptes devront attester l'exactitude et la sincérité de ces informations. A défaut, les engagements pris et les versements correspondants pourront, « sauf bonne foi », être annulés.

8.8 - La réforme du Droit des sûretés

Dans le prolongement du rapport Grimaldi, diverses orientations sont données par la loi du 26 juillet 2005 en vue d'une réforme du Droit des sûretés. Elle définit notamment les objectifs suivants : simplifier et réduire le coût des constitutions d'hypothèques, simplifier leur réalisation en cas de défaillance du débiteur ; donner une base légale à deux formes de garanties créées par la pratique et admises par la jurisprudence : la garantie autonome (engagement de payer à première demande) et la lettre dite « d'intention » ou « de confort » (engagement de soutenir un débiteur dans l'exécution de son obligation) ; permettre le nantissement des stocks, en instituant un gage sans dépossession.

Le gouvernement est habilité à prendre, à ces fins, des ordonnances sur toutes ces matières dans un délai de neuf mois à compter de la publication de la loi (donc d'ici le 27 avril 2006). ■