

Droit des sociétés

DECRET N° 2006-1566 DU 11 DÉCEMBRE 2006 MODIFIANT LE DÉCRET DU 23 MARS 1967 SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES. FONCTIONNEMENT DES SARL ET DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Ce décret édicte un certain nombre de règles permettant l'application de différentes réformes intervenues entre 2004 et 2006 en matière de droit des sociétés et concernant :

- les SARL,
- les sociétés par actions,
- les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions,

dont le praticien doit prendre connaissance dès maintenant car elles sont applicables, pour la plupart, depuis le 1^{er} janvier 2007 et nous fournit une bonne occasion pour faire une rapide rétrospective.

Principales dispositions relatives aux SARL

EMISSION D'OBLIGATIONS

(nouveaux articles 27, 27-1, 27-2, 27-3 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales)¹
L'ordonnance 2004-274 du 25 mars 2004 (article L 223-11 modifié du Code de commerce) a autorisé une SARL à émettre des obligations sans faire appel public à l'épargne à condition que la SARL ait une certaine importance (elle doit avoir atteint les seuils imposant la nomination d'un commissaire aux comptes) et que les comptes de ses trois derniers exercices aient été régulièrement approuvés par les associés. Mais l'entrée en vigueur de cette disposition était conditionnée par la promulgation du décret d'application.

Le décret du 11 décembre dernier permet enfin aux SARL d'utiliser cet instrument de financement, précise le contenu du document d'information et de la notice que la société doit mettre à la disposition des souscripteurs, et renvoie aux dispositions du décret du 23 mars 1967 applicables aux sociétés par actions en ce qui concerne l'organisation de la masse des obligataires, les assemblées d'obligataires, les sûretés garantissant le remboursement des obligations et les conséquences en cas de difficultés de l'entreprise.

DES MESURES DIVERSES

- Retrait des fonds représentatifs des apports en numéraire en cas de non immatriculation de la société : depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, il est désormais possible pour les

apporteurs d'obtenir ce retrait auprès du dépositaire des fonds sans être obligé de requérir l'autorisation du Président du TC, mais en désignant un mandataire représentant tous les apporteurs. Le décret précise que celui-ci doit alors présenter l'autorisation écrite de tous les apporteurs (nouv. art. 24 du décret).

- Convocation de l'assemblée en cas de décès du gérant unique (délai de convocation ramené de 15 à 8 jours) (nouv. art. 38 du décret).
- Approbation des comptes en cas d'associé unique gérant : la loi du 2 août 2005 avait modifié, dans un but de simplification², les dispositions applicables aux EURL pour préciser que dans le cas où l'associé unique est également gérant, le dépôt des comptes, de l'inventaire et du rapport de gestion au RCS vaut approbation des comptes (L 223-31 al. 2) ; le décret impose désormais que le récépissé de dépôt au registre du commerce et des sociétés soit porté au registre (nouv. art. 42-2 du décret).
- En cas de conflit entre la société et ses représentants légaux, le décret précise que le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance. Une disposition similaire a été introduite pour les sociétés par actions (nouv. art. 201).

Principales dispositions relatives aux sociétés par actions

CONSEIL D'ADMINISTRATION (OU DE SURVEILLANCE)

La loi Breton 2005-842 du 26 juillet 2005 avait modifié les dispositions relatives à la possibilité de recourir pour la tenue du conseil d'administration ou de surveillance, à la visioconférence, dispositions qui avaient été introduites dans le droit positif par la loi NRE du 15 mai 2001 (C. com. art. L 225-37 al. 3 et L 225-82 al. 3 modifiés) en ajoutant au procédé de visioconférence, tous « moyens de télécommunication permettant l'identification des membres et garantissant leur participation effective »

¹ Les articles auxquels il est renvoyé sont les articles du décret du 23 mars 1967 tels que modifiés par le décret du 11 décembre 2006.

² Simplification purement théorique car en pratique il est nécessaire qu'il statue sur l'affectation du résultat et donc d'établir un procès verbal.

tion ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celle-ci » (C. com. art. L 225-42-1 et L 225-90 (applicables aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé).

ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Justification de la qualité d'actionnaire et incidence au niveau de la cessibilité des actions⁴.

Désormais, on distingue :

- les sociétés dont les titres sont au moins pour partie des titres au porteur (titres admis aux négociations sur un marché réglementé ou aux opérations d'un dépositaire central) pour lesquelles la justification de la qualité d'actionnaire repose sur un système de date d'enregistrement de la propriété du titre (dit « record date »), au 3^e jour ouvré précédant la date de l'AG à 0 h heure de Paris ;
- et les autres sociétés (dont tous les titres sont obligatoirement nominatifs) pour lesquelles la justification de la qualité d'actionnaire repose sur une inscription dans les comptes tenus par la société, au jour de l'assemblée (sauf disposition statutaire différente et pouvant imposer une inscription au plus tard au 3^e jour ouvré précédant la date de l'AG à 0 heure de Paris).

L'abandon du système de l'« attestation d'immobilisation » pour les actions au porteur a pour corollaire que désormais le titulaire d'actions au porteur est libre de céder ses titres avant l'assemblée même si il a produit une attestation d'inscription pour demander une carte d'admission, donner une procuration ou voter à distance. En cas de cession intervenant avant le 3^e jour ouvré précédant la date de l'AG à 0 heure de Paris, la société en est informée par l'intermédiaire habilité et sa carte d'admission ou son vote sont invalidés. A contrario, si la cession intervient au cours des trois derniers jours ouvrés précédant l'AG, la cession ne sera pas prise en compte par la société, et ce nonobstant toute convention contraire.⁵

Convocation de l'assemblée :

La publication obligatoire d'un avis de réunion et d'un avis de convocation au Balo est étendue aux sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne mais dont une partie au moins des titres sont au porteur (art. 123 al. 2 et 130, 9^e-art. 124 al. 1).

Le délai de publication au Balo de l'avis de réunion est porté de 30 à 35 jours au moins avant l'assemblée (art. 130 III).

Le contenu des avis de réunion et avis de convocation est modifié : ajout de la mention de l'adresse électronique où peuvent être envoyées les questions écrites (art. 123 et art. 130, 9^e) et de la mention de la consultation pour approbation préalable des masses des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital (au même titre que l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote (art. 130 al. 2).

Dépôt de projets de résolutions par les actionnaires :

Les actionnaires doivent justifier de la détention du capital minimal requis, non seulement lors du dépôt du projet, par la transmission d'une attestation d'inscription en compte délivrée soit par la société (actions nominatives) soit par l'intermédiaire habilité (actions au porteur) pour que leur projet de résolution soit pris en compte, mais également avant l'assemblée générale pour que celle-ci examine la résolution en transmettant une nouvelle attestation d'inscription en compte des titres au 3^e jour ouvré précédant l'assemblée 0 heure de Paris. (art. 128 al. 5 - art. 128 al. 6). Le délai pour le dépôt du projet de résolutions est fixé à 25 jours avant l'assemblée (D129 et 130 II), soit toujours 10 jours après la publication de l'avis de réunion dans le cas où la société fait appel public à l'épargne ou dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative.⁶

Questions écrites : selon l'article L 225-108 du Code de commerce, tout actionnaire a la

« dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ».³

Le décret précise que ces moyens de télécommunication doivent transmettre la voix et l'image ou au moins la voix des participants de façon simultanée et continue, aux fins d'assurer l'identification des administrateurs qui participent à distance au conseil d'administration ainsi que leur participation effective (art. 84-1, 86, 108-1 et 110 du décret). Il est donc maintenant possible d'envisager une réunion du conseil non seulement par le biais d'une visioconférence mais également par conférence téléphonique.

CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES PORTANT SUR LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS

Le décret a adapté les articles 91, 92, 116 et 117 du décret de 1967 traitant des relations avec le commissaire aux comptes et du contenu de son rapport spécial pour tenir compte de l'extension du champ d'application de la réglementation sur les conventions réglementées aux engagements pris au bénéfice de leurs président, directeurs généraux, directeurs généraux délégués ou membres du directoire par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle et correspondant à « des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessa-

3. A noter toutefois que le recours aux moyens de télécommunication est interdit :

- dans les SA à conseil d'administration, pour une réunion du conseil ayant pour objet l'arrêté des comptes annuels et du rapport de gestion ainsi que des comptes consolidés et du rapport sur la gestion du groupe s'il n'est pas inclus dans le rapport annuel ;
- dans les SA à conseil de surveillance, pour une réunion du conseil ayant pour objet la vérification et le contrôle des comptes annuels et des comptes consolidés.

Les statuts peuvent de plus limiter la nature des décisions pouvant être prises sans réunion du conseil et prévoir un droit d'opposition (à la tenue d'une réunion sans la présence physique des membres) au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance.

4. Application de la 5^e recommandation du rapport Mansion - rapport du 15/09/2005 - Revue AMF septembre 2005.

5. Une procédure similaire a été introduite pour les titulaires d'obligations (nouv. art. 225 du décret).

6. Le délai reste fixé à 25 jours au moins avant l'assemblée réunie sur première convocation dans les sociétés dont toutes les actions sont nominatives et qui ne font pas appel public à l'épargne (art. 129 al. 2).

faculté à partir de la convocation, de poser par écrit des questions auxquelles le conseil ou le directoire est tenu de répondre au cours de l'assemblée.

Afin de donner au conseil le temps nécessaire pour se réunir et répondre aux questions écrites qui lui ont été adressées, le décret fixe de nouvelles conditions de mises en œuvre (art. 135-1) : envoi de la question par l'actionnaire, par LRAR ou voie de télécommunication électronique à l'adresse indiquée dans la convocation, au plus tard le 4^e jour ouvré précédant la date de l'AG (il n'y avait pas de date limite auparavant), la question devant être accompagnée d'une attestation d'inscription.

Utilisation de moyens de télétransmission : les termes « *satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant une participation effective à l'assemblée dont les délibérations sont retransmises de façon continue* » sont remplacés par les termes suivants : « *satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations et transmettre au moins la voix des participants* ». A noter que le recours à la visioconférence et aux moyens de télécommunications de même que le vote électronique et le vote par correspondance sont désormais permis pour les assemblées d'obligataires (nouv. art. 223).

Rapport de gestion : généralisation au rapport sur la gestion du groupe, des mentions obligatoires prévues jusqu'alors uniquement pour le rapport de gestion sur les comptes sociaux, et concernant l'exposé de l'activité

au cours de l'exercice écoulé, des résultats de cette activité, des progrès réalisées ou des difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir (art. 148).

En revanche, le décret du 11 décembre n'a pas fixé les seuils permettant à des sociétés par actions de moindre importance et non cotées de s'exonérer de l'obligation de procéder dans le rapport de gestion à une analyse exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement au regard du volume et de la complexité des affaires comprenant des indicateurs clefs de performance et une description des principaux risques et des indications sur l'utilisation d'instruments financiers (art. L225-100 al. 3 à 6)⁷. Toutes les sociétés par actions restent donc soumises à cette réglementation.

Convocation à bref délai de l'AG en cas d'offre publique d'acquisition⁸ pour approbation ou confirmation préalable de toute mesure susceptible de faire échouer l'offre :

- Le délai de publication au Balo de l'avis de réunion est ramené de 35 à 15 jours et le délai pour demander l'inscription de résolutions, réduit à 5 jours ;
- Le délai de convocation de l'assemblée générale est réduit de 15 à 6 jours sur 1^{re} convocation et de 6 à 4 jours sur 2^e convocation (articles applicables depuis le 13/12/2006).

Introduction de la signature électronique

Soit une signature électronique sécurisée (c'est-à-dire propre au signataire, créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif et garantissant avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable – décret du 30/03/2001 art. 1^{er}, 2) soit, si les statuts le permettent, « un autre procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache » (tel que défini par l'article 1316-4 du Code civil (modifié par la loi du 13 mars 2000) ;

Pour le vote à distance et le vote par procuration, ces dispositions n'étant toutefois pas applicables à la première assemblée convoquée après le 1/1/2007.

Rapport général du commissaire aux comptes à l'assemblée annuelle (article 193 du décret) : Outre la certification des comptes, ses observations sur leur sincérité et leur concordance avec les informations données dans le rapport de gestion et les documents adressés aux actionnaires, le commissaire aux comptes doit attester spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives à la rémunération des mandataires sociaux.

Principales dispositions relatives aux valeurs mobilières

Rapport spécial du commissaire aux comptes :

L'article L 228-92 du Code de commerce prévoit que l'assemblée générale extraordinaire autorise l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances après examen du rapport du conseil d'administration et du rapport spécial du commissaire aux comptes. Le contenu de ces rapports est fixé par l'article 155-3 du décret de 1967 modifié par le décret du 11 décembre de la façon suivante :

- en cas d'émission de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de créances composées uniquement de titres de créances (principalement obligations donnant droit à la souscription d'obligations) : le rapport du commissaire porte sur la situation d'endettement de la société (à l'exclusion du choix des éléments de calcul du prix d'émission) ;
- en cas d'augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription : le commissaire donne désormais son avis sur l'émission proposée et sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et son montant, ce qui n'était pas nécessaire auparavant.

Vente de titres non attribués ou non réclamés

Le décret a apporté des modifications et des précisions dans les différents cas de vente prévus par le Code de commerce.

7. Ordonnance du 20/12/2004.

8. Procédure introduite par la loi 2006-387 du 31/03/2006.

marché boursier où ses titres sont cotés (nouv. art. 205-3 du décret).

- L'article L 228-6-3 du Code de commerce⁹ autorise une société à vendre les titres dont les titulaires, malgré le respect des formalités de convocations aux assemblées générales, sont inconnus ou n'ont pas été atteints par les convocations depuis 10 ans révolus. Le décret (nouv. art. 205-4) renvoie à la procédure de l'article 205-1 mais réduit le délai « d'attente » de 2 ans à 1 an (après publication de l'avis) si cet avis leur a également été adressé par LRAR.
- L'article L 228-6 du Code de commerce autorise, nonobstant toute stipulation contraire, une société à vendre les titres dont les ayant droits n'ont pas demandé la délivrance suite à des échanges de titres consécutifs à une fusion, une scission, une réduction de capital, un regroupement ou une division, une distribution ou une attribution d'actions gratuites..., à la condition que la société ait procédé au moins deux ans à l'avance, à une publicité informant de la mise en jeu de cette procédure. Le décret précise que cet avis doit être publié dans deux journaux à diffusion nationale (au lieu d'un journal financier à grand tirage) (nouv. art. 205-1 du décret).
- L'article L 228-6-1 du Code de commerce autorise une société (à condition qu'elle soit cotée) à procéder à une vente globale des actions non attribuées correspondant aux rompus apparus suite à une fusion ou une scission. Le décret précise que cette vente doit alors intervenir dans un délai maximum de 30 jours à compter de la dernière inscription en compte et sur le

Autres dispositions importantes

Sanctions pénales en cas de non dépôt des comptes sociaux

Le nouvel article 246-1 du décret punit de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe (1 500 €), le fait pour une SNC, une SARL ou une société par actions de ne pas satisfaire aux obligations de dépôt des articles L 232-21 à L 232-23 du Code de commerce, ainsi que sa récidive (3 000 €) mettant fin aux discussions survenues suite à des décisions jurisprudentielles divergentes.

Mention dans les statuts des droits attachés aux actions de préférence

Le décret impose de mentionner dans les statuts, en présence de plusieurs catégories d'actions, la nature des droits particuliers attachés à chacune des catégories d'actions (nouv. art. 11).

Information sur le nombre de droits de vote suite à la réunion de l'assemblée générale annuelle ou à une variation de plus de 5 % entre deux assemblées

Cette information, généralisée à toutes les sociétés commerciales, doit être rendue publique par un avis publié dans un journal d'annonces légales du département du lieu du siège social (et plus au Balo) (nouv. art. 247).

Location d'actions ou de parts sociales

La loi 2005-882 du 2 août 2005 a introduit dans le Code de commerce la possibilité de consentir une location d'actions nominatives ou de parts (de SARL soumises à l'IS) au profit d'une personne physique en vue notamment de faciliter la transmission des PME (art. L 239-1 à L 239-5 du Code de commerce). Le décret fixe le contenu du contrat, à peine de nullité (nouv. art. 280-1).

Code de déontologie des commissaires aux comptes

La date de fin de validité des normes du référentiel établi par la Compagnie avant la loi Sécurité financière du 1^{er} août 2003, est repoussée du 30 septembre 2006 au 1^{er} mai 2007¹⁰.

Marie-Françoise
THIERY,

Président de la
Commission Droit
des Sociétés de l'ACE,
Avocat au Barreau
de Paris,
Cabinet VICTOR,
thierry@victoravocats.fr

9. Ordonnance 2004-706 du 20/06/2004 sur les valeurs mobilières.

10. Article 14 du Code de déontologie annexé au décret 2005-1412 du 16 novembre 2005 - Conduite de la mission : « Le commissaire aux comptes accomplit sa mission en respectant les normes d'exercice professionnel homologuées par le garde des sceaux, ministre de la justice. Il prend en considération les bonnes pratiques professionnelles identifiées par le Haut Conseil du commissariat aux comptes et publiées.

En l'absence de norme d'exercice professionnel homologuée par le garde des sceaux, le projet de norme transmis par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes au garde des sceaux en vue de l'examen de son homologation, après avis du Haut Conseil du commissariat aux comptes, peut être pris comme référence par les professionnels tant que le garde des sceaux ne s'est pas prononcé sur l'homologation.

Les normes du référentiel établi par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes avant l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière et non contraires aux lois et règlements ont une valeur d'usage, jusqu'à leur remplacement par des normes d'exercice professionnel mentionnées au premier alinéa et, au plus tard, jusqu'au 30 septembre 2006. »