

# Droit des sociétés

## VEILLE JURIDIQUE

Lors de sa réunion du 5 juillet 2007, la Commission « Droit des Sociétés » a principalement travaillé sur les points suivants :

- comment aider un dirigeant social à choisir le bon régime social en choisissant la forme de la société ?
- l'obligation de consultation triennale des actionnaires sur la participation des salariés au capital (art L 225-129-6) est-elle applicable aux SAS ?

Elle a également évoqué les modifications résultant du décret du 11 décembre 2006 (modifiant le décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales) et plus spécialement le nouveau régime du transfert de propriété des actions non cotées (art. L 228-1 alinéa 9 et R 228-10).

Elle s'est enfin interrogée sur la portée de la modification apportée par ce décret, à l'article L 155-3 du décret du 23 mars 1967 devenu depuis l'article R 225-117 du code de commerce. Cet article a en effet été complété par l'alinéa suivant :

*« Lorsque l'augmentation de capital a lieu avec maintien du droit préférentiel de souscription, le commissaire aux comptes donne son avis sur l'émission proposée et sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et son montant. »*

Au terme d'un débat qui s'est prolongé par échange de courriels après la réunion, l'analyse qui semble devoir être retenue est la suivante :

Contrairement aux craintes qui ont pu s'exprimer, cette modification ne remet pas en cause la règle selon laquelle un rapport du commissaire aux comptes n'est exigé que lorsque l'assemblée appelée à voter une augmentation de capital en numéraire se voit proposer de supprimer le droit préférentiel de souscription des actionnaires (art L 225-135).

En effet, si l'on prend le soin d'insérer ce nouvel alinéa dans son contexte rédactionnel, on constate qu'il ne concerne que les opérations visées aux articles L 228-91 et L 228-93, c'est-à-dire les émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. Il s'agit notamment des anciennes obligations convertibles, obligations échangeables ou remboursables en actions, obligations avec bons de souscription d'actions, bons de souscription d'actions...

On observera que pour ces opérations, quelle que soit la nature des titres émis, un rapport du commissaire aux comptes est dans tous les cas exigé (art L 228-92).

L'article L 228-91 dispose par ailleurs que s'agissant des titres donnant accès au capital, les actionnaires ont un droit préférentiel de souscription dont le régime juridique est celui des émissions d'actions nouvelles (art L 228-91 - 3<sup>e</sup> alinéa).

Dès lors, avant comme après le décret du 11 décembre 2006, le rapport que le commissaire aux comptes doit présenter dans une telle occurrence, a un double fondement légal en cas de proposition de suppression du droit préférentiel : l'article L 225-135 et l'article L 228-92.

La Commission « Droit des sociétés » est donc d'avis que la modification apportée par le décret de décembre 2006 consiste simplement à préciser le contenu du rapport du commissaire aux comptes dans l'hypothèse où, à défaut de proposition de suppression du droit préférentiel, son rapport est établi sur le seul fondement de l'article L 228-92.

Ainsi, et sous réserve de l'hypothèse d'une délégation de compétence justifiant le rapport dit complémentaire visé à l'article R 225-116, le commissaire aux comptes doit établir un

rapport spécial uniquement dans les cas suivants :

- en cas d'émission d'actions ordinaires, seulement si la résolution prévoit la suppression du droit préférentiel de souscription (article L 225-135)
- en cas d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances :
  - dans tous les cas sur le fondement de l'article L 228-92
  - et en outre, en cas de suppression du droit préférentiel de souscription sur le fondement de l'article L 225-135 par renvoi de l'article L 228-91.

Les mentions devant figurer dans le rapport seront celles énoncées à l'article R 225-115 dans tous les cas de suppression du droit préférentiel de souscription et celles énoncées à l'article R 225 - 117 s'il s'agit d'une émission de titres autres que des actions ordinaires.

Il demeure une inconnue : dans le dernier cas évoqué, le commissaire aux comptes devra-t-il établir deux rapports distincts ou pourra-t-il ne rédiger qu'un seul rapport ?

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

Jean-Pierre  
CHIFFAUT-MOLIARD,  
Avocat à la Cour,  
1<sup>er</sup> vice-Président  
de l'ACE,  
jpcm@  
avocat-conseil.fr