

Droit des sociétés

Ce fascicule comprend :

La série 02

NOTE AUX ÉLÈVES :

Les devoirs 02 et 03 sont associés à cette série et à envoyer à la correction (se reporter au calendrier d'envoi des devoirs dans le guide de la formation).

SÉRIE 02

PLAN DE LA SÉRIE

DEUXIÈME PARTIE : RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE SOCIÉTÉ.....	7
TITRE IV. LA SOCIÉTÉ ANONYME.....	7
CHAPITRE 1. GÉNÉRALITÉS.....	7
Section 1. Caractéristiques de la société anonyme	7
Section 2. Appel public à l'épargne	8
Section 3. Motifs pouvant inspirer l'adoption de la forme de la société anonyme	10
CHAPITRE 2. LA CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ ANONYME.....	10
Section 1. Conditions de fond	10
Section 2. Conditions de forme et de publicité	13
CHAPITRE 3. LA GESTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES	23
Section 1. Conseil d'administration	23
Section 2. Directoire et conseil de surveillance	49
Section 3. Choix entre la formule classique et la formule nouvelle d'administration des sociétés anonymes	56
CHAPITRE 4. LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES	57
Section 1. Règles communes à toutes les assemblées	57
Section 2. Règles particulières à certaines assemblées.....	80
CHAPITRE 5. LES MODIFICATIONS DU CAPITAL SOCIAL DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES	83
Section 1. Augmentation du capital social	83
Section 2. Amortissement du capital social.....	92
Section 3. Réduction du capital social	92
CHAPITRE 6. LE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS ANONYMES	94
Section 1. Les commissaires aux comptes	94
Section 2. Expertise	104
CHAPITRE 7. LA TRANSFORMATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES.....	105
Section 1. Décision de transformation.....	105
Section 2. Cas particuliers	105
CHAPITRE 8. LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES.....	106
TITRE V. LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	107
CHAPITRE 1. LA CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	108
Section 1. Conditions de fond	108
Section 2. Conditions de forme et de publicité	109
CHAPITRE 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTION	109
Section 1. Gérance	109
Section 2. Contrôle de la gestion	111
Section 3. Décisions collectives.....	112

CHAPITRE 3.	LES ASSOCIÉS DES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	113
Section 1.	Associés commandités	113
Section 2.	Associés commanditaires.....	113
CHAPITRE 4.	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	113
TITRE VI.	LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE (SAS).....	114
CHAPITRE 1.	LA CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE.....	116
Section 1.	Conditions de fond	116
Section 2.	Conditions de forme.....	118
CHAPITRE 2.	LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE	118
Section 1.	Direction	118
Section 2.	Contrôle de la direction.....	121
Section 3.	Décisions collectives.....	122
CHAPITRE 3.	LES ASSOCIÉS DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE.....	124
Section 1.	Droits des associés	124
Section 2.	Admission et retrait des associés.....	124
Section 3.	La dissolution de la SAS.....	125
TITRE VII.	LE RÉGIME DES VALEURS MOBILIÈRES	126
CHAPITRE 1.	RÈGLES GÉNÉRALES.....	126
Section 1.	Nouveau régime des valeurs mobilières	127
Section 2.	Opérations sur valeurs mobilières	132
Section 3.	Placement des valeurs mobilières.....	135
Section 4.	Règles particulières aux titres cotés ou assimilés.....	136
Section 5.	Mise en vente des titres non réclamés.....	149
CHAPITRE 2.	LES ACTIONS	150
Section 1.	Caractéristiques des actions.....	150
Section 2.	Regroupement et division des actions.....	151
Section 3.	Droits et obligations attachés aux actions.....	155
Section 4.	Droits sur les actions	158
Section 5.	Transmission des actions	160
Section 6.	Les pactes d'actionnaires	162
Section 7.	Actionnariat des salariés	164
CHAPITRE 3.	LES OBLIGATIONS	165
Section 1.	Caractéristiques des obligations	165
Section 2.	Émission des obligations	165
Section 3.	Groupement des obligataires	166
Section 4.	Droits des obligataires.....	174
Section 5.	Procédure collective d'apurement du passif de la société débitrice.....	175
Section 6.	Obligations avec bons de souscription d'actions	176
Section 7.	Obligations convertibles en actions	179
Section 8.	Obligations échangeables contre des actions.....	180
Section 9.	Obligations émises par des sociétés étrangères	184
CHAPITRE 4.	LES PARTS DE FONDATEUR (OU PARTS BÉNÉFICIAIRES).....	185

CHAPITRE 5. LES CERTIFICATS D'INVESTISSEMENT	185
Section 1. Caractéristiques des certificats	185
Section 2. Émission des certificats d'investissement.....	186
Section 3. Droits des titulaires de certificats d'investissement	187
Section 4. Droits des titulaires de certificats de droit de vote	189
CHAPITRE 6. LES VALEURS MOBILIÈRES COMPOSÉES	189
Section 1. Règles générales	190
Section 2. Bons de souscription autonomes	193
CHAPITRE 7. LES TITRES PARTICIPATIFS	195
Section 1. Émission des titres participatifs.....	195
Section 2. Groupement des porteurs de titres participatifs.....	196
Section 3. Droits des porteurs de titres participatifs	196
Section 4. Remboursement ou rachat des titres participatifs.....	197
EXERCICE D'ENTRAÎNEMENT	198

DEUXIÈME PARTIE : RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE SOCIÉTÉ

TITRE IV. LA SOCIÉTÉ ANONYME

CHAPITRE 1. GÉNÉRALITÉS

La société anonyme est définie comme la société « dont le **capital social est divisé en actions** (part d'associé dans les sociétés de capitaux, titre négociable = cessible) et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports » (art. L 225-1 du C. com.).

Les textes régissant spécialement la société anonyme sont les suivants : article L 224-1 à L 225-257 du C. com ; articles L 432 à L 464 ; articles R 224-1 à R 225-170 C. com.

Section 1. Caractéristiques de la société anonyme

La société anonyme est **toujours commerciale** quel que soit son objet (art. L 210-1, al. 2, du C. com.). Sur de nombreux points que nous aurons l'occasion de préciser ultérieurement, la réglementation applicable aux formalités de constitution et aux modalités de fonctionnement des sociétés anonymes varie selon que celles-ci font ou non **publiquement appel à l'épargne**. La notion d'appel public à l'épargne revêt donc **une importance considérable**.

Elle est le type même de la **société de capitaux**, le **capital est divisé en actions**. Cette société présente le double avantage de la **libre cessibilité des actions** et de la **négociabilité** qui permet de transmettre celle-ci par simple virement de compte à compte.

I. Actionnaires

La situation des actionnaires des sociétés anonymes est dominée par les caractéristiques suivantes :

- les actionnaires ne sont pas **commerçants (art. L 121-1 C. com.)** ;
- leur **responsabilité** est en principe **limitée** au montant de leurs apports ; mais ce principe comporte d'importantes exceptions :
 - une exception de fait, d'abord : dans les petites et moyennes sociétés anonymes, les banquiers exigent souvent **l'engagement personnel** des administrateurs et des principaux actionnaires en garantie des prêts qu'ils consentent à la société (**caution, garantie à première demande**) ;
 - une exception de droit, ensuite : la limitation de la responsabilité des actionnaires dirigeants au montant de leurs apports est écartée en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de la société (possibilité de mettre à la charge des dirigeants le passif social ou même d'étendre le redressement judiciaire de la société **aux dirigeants de droit ou de fait** ; voir la série qui traitera de la « faillite ») ; il y a lieu de ne pas entretenir la confusion de patrimoine entre celui de la société et ceux des dirigeants et des associés ;
- les actionnaires **peuvent** en toute hypothèse **quitter la société**, même lorsque la cession des actions est subordonnée à **l'agrément des autres actionnaires ou du conseil d'administration** ;
- les actionnaires ont le **droit d'être informés** de la marche de la société dans des conditions soigneusement précisées par les textes, ainsi ils délibèrent sur les comptes sociaux au cours de **l'assemblée générale ordinaire annuelle**, qui est **obligatoire** après audition des rapports présentés par l'organe de gestion (conseil d'administration, directoire) et par les **commissaires aux comptes**.

II. Gestion

Du point de vue de leur mode de gestion, il existe deux types de sociétés anonymes :

- Société anonyme « de type **moniste** ». Dans ce cas, la société est gérée par un **conseil d'administration**, choisi parmi les actionnaires, qui désigne un **directeur général, obligatoirement personne physique**, chargé de la direction de la société et, éventuellement, un à cinq **directeurs généraux délégués personnes physiques** obligatoirement, ayant pour mission d'assister le directeur général,
- Société anonyme « **dualiste** » (art. L 225-57 à L 225-93 du C. com.) inspirée du droit allemand. La société anonyme peut être gérée par :
 - un **directoire** composé uniquement de **personnes physiques**, actionnaires ou non, chargé de **l'administration** et de la **direction** de la société ;
 - un **conseil de surveillance**, groupant des personnes physiques ou morales, **obligatoirement actionnaires**, dont le rôle est essentiellement de nommer les membres du directoire et de contrôler leur gestion.

Ce sont les actionnaires qui choisissent le type de gestion qui leur convient, soit moniste (**une seule tête, le DG**), soit dualiste (**une direction en principe collégiale**).

Section 2. Appel public à l'épargne

La définition de l'appel public à l'épargne est née dans l'article L 72. La loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 est venue clarifier la définition de l'appel public à l'épargne et ainsi précise en fait les conditions dans lesquelles certaines émissions ou cessions d'instruments financiers peuvent recevoir la qualification juridique de placements privés et dispensés des obligations légales liées à l'appel public à l'épargne.

I. Notion d'appel public à l'épargne

Sont réputées faire publiquement appel à l'épargne (art. L 411-1 C. mon. fin.) les sociétés concernées :

- par **l'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé, c'est le marché Eurolist** ;
- en cas **d'émission ou de cession d'instruments financiers dans le public** en ayant recours à la **publicité de quelque nature que ce soit** (presse, télévision, Internet, etc.) ou au **démarchage** (action de solliciter au domicile ou dans un lieu public l'achat ou la souscription de valeurs mobilières) ou encore à des établissements de crédit ou enfin à des prestataires de services d'investissement.
- **une seule opération d'appel public à l'épargne portant sur un instrument financier est suffisante** pour qualifier le groupement de société faisant publiquement appel à l'épargne.

II. Conséquences de l'appel public à l'épargne

Les principales caractéristiques de la réglementation des sociétés faisant appel public à l'épargne sont les suivantes :

- **capital minimal** : il est de **225 000 €** (1 500 000 francs) pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, alors que le minimum est de **37 000 €** (250 000 francs) pour les autres sociétés par actions ;
- **constitution** : les formalités de constitution sont plus complexes en cas d'appel public à l'épargne ; aucune souscription du capital social ne peut être reçue si au préalable le projet des statuts n'a pas été établi, signé et déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social ;

- **commissaires aux comptes** : sous le régime antérieur à la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 désormais art. L 612-1 du C. com., les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne devaient désigner au moins **deux commissaires aux comptes**, ce nombre minimum n'étant requis dans les autres sociétés que si leur capital excédait cinq millions de francs (750 000 €). Désormais, l'obligation d'avoir au moins **deux commissaires** aux comptes s'imposera pour toute société astreinte à publier des comptes consolidés, qu'elle fasse ou non publiquement appel à l'épargne ;
- **mesures de publicité particulières** : lorsqu'elles font publiquement appel à l'épargne, les sociétés **sont tenues** à des mesures de publicité particulières, notamment au **Bulletin d'annonces légales obligatoires** (BALO), en de multiples occasions : convocation des assemblées générales, augmentation et réduction du capital social, émission de valeurs mobilières (actions, obligations, certificats d'investissement, titres participatifs), fusion, scission, liquidation ;
- **Autorité des marchés financiers** : les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne sont soumises au contrôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF). À cet effet, elle peut prendre des **règlements** concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrire des **règles de pratique professionnelle**, qui s'imposent aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi qu'aux personnes qui à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres ;
- **tenue des comptes titres** (valeurs mobilières ou autres instruments financiers, émis par les sociétés faisant appel public à l'épargne) : est soumise aux règles établies à l'époque par le conseil des marchés financiers qui depuis a fusionné pour donner naissance en partie à l'AMF.

III. Critères légaux de l'appel public à l'épargne

Les obligations particulières énumérées ci-dessus sont, pour la plupart, assorties de **sanctions pénales**. Il est donc nécessaire que les sociétés puissent déterminer, en vertu de **critères précis et clairs**, si elles sont ou non assujetties au régime des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. En l'état actuel des textes, les directives de l'Autorité des marchés financiers (AMF) conduisent aux conclusions suivantes :

1. Admission des instruments financiers aux négociations sur un marché réglementé. Les sociétés dont les actions et autres titres **donnant accès au capital ou aux droits de vote** transmissibles par **tradition (remise de la main à la main)** ou par **inscription en compte** sont inscrits au marché Eurolist d'Euronext et **sont réputées faire publiquement appel à l'épargne à compter du jour de cette inscription** : peu importe la nature des titres cotés, actions, obligations, certificats d'investissement ou titres participatifs.

2. Recours à des prestataires de services d'investissement. Une société est également réputée faire publiquement appel à l'épargne lorsque, pour le **placement de titres** quels qu'ils soient (actions, obligations, certificats d'investissement, etc.), elle a recours à un établissement de crédit (banque ou société financière) ou à **un prestataire de services d'investissement** qui fournit des services d'investissement à titre de profession habituelle.

3. Recours à des procédés de publicité quelconque. L'appel public à l'épargne peut résulter aussi du recours par la société à des **procédés de publicité** pour le placement de titres quels qu'ils soient comme par exemple la **diffusion de brochures publicitaires** vantant le mode d'investissement proposé, la **publication d'annonces dans divers journaux** économiques et le recours à des conseillers financiers dans le placement des actions ou des obligations. Bien entendu, la publicité prescrite par les lois et règlements ne constitue pas, par elle-même, un appel public à l'épargne.

4. Recours au démarchage. Enfin, il y a appel public à l'épargne lorsque la société a recours au **démarchage** pour le placement de ses titres. C'est le fait, par exemple, de **toute prise de contact non sollicitée ou le fait de se rendre habituellement au domicile ou à la résidence des personnes**, sur leur lieu de travail, dans les lieux publics, en vue de leur conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente de produits, instruments et services financiers.

Section 3. Motifs pouvant inspirer l'adoption de la forme de la société anonyme

Le choix de la société anonyme est **obligatoire** pour les entreprises importantes ou lorsque la société doit **faire appel public à l'épargne**, mais le choix de la **société en commandite par actions** est également possible. Dans le cas contraire, la tendance générale est à utiliser le plus souvent la société anonyme, **même dans le cadre familial. En pratique, dans bien des cas, la société à responsabilité limitée pourrait cependant aussi bien convenir.** Il est vrai qu'il est plus avantageux de recourir à la société anonyme pour **que le directeur général puisse bénéficier du statut social et fiscal des salariés** car **le gérant de la SARL doit être minoritaire** pour jouir des mêmes avantages, ce qui n'est pas exigé des dirigeants des sociétés anonymes. Mais, la SAS est une forme sociale à envisager, sous certaines conditions. La souplesse de transmission des actions est aussi un facteur déterminant.

La société anonyme s'impose pour les **grandes entreprises dont les besoins en capitaux** ne peuvent être assurés par un cercle restreint de personnes (physiques ou morales).

En conséquence, les associés de ces sociétés doivent soigneusement comparer les mérites de la société anonyme avec ceux de la SARL avant d'arrêter leur choix de forme sociale.

CHAPITRE 2. LA CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ ANONYME

Section 1. Conditions de fond

I. *Consentement et capacité*

Comme pour toutes les sociétés, la constitution d'une société anonyme suppose, de la part des actionnaires, un **consentement** valable donc exempt de vices et **la capacité** de s'engager (art. 1108 du Code civil). Toutefois, les vices du consentement (erreur, dol, violence) ne peuvent pas entraîner la **nullité de la société** (art. L 235-1, al. 1 du C. com.), elle ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du C. civ.

II. *Capacité*

Il n'est pas nécessaire que les actionnaires (personne physique ou morale) d'une société anonyme aient la **capacité requise pour être commerçant** (art. L 121-1 C. com.). La **capacité civile suffit** (18 ans, ou émancipation pour les Français).

Ainsi, **le mineur émancipé peut souscrire des actions**, de même que le mineur non émancipé mais par l'intermédiaire de **son représentant légal** (père, mère, tuteur).

Les majeurs protégés par la loi (aliéné sans protection, sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) **peuvent entrer également dans une SA**, sous réserve des droits dont ils ont la libre disposition.

Enfin les **époux, les pacsés et étrangers** peuvent être **actionnaires dans une SA**. Il n'est pas nécessaire que l'actionnaire étranger soit **titulaire d'une carte de commerçant étranger**.

Il n'y a **aucune incompatibilité ou interdiction limitant l'accès aux SA, toute personne physique ou morale capable qui le désire peut en devenir actionnaire.**

Les **personnes morales peuvent aussi être actionnaires d'une SA** à condition que celle-ci n'ait pas pour objet l'exploitation d'un laboratoire d'analyses médicales (art. L 756 du Code de la santé publique).

III. Objet

Il est à noter que quelques activités sont interdites aux sociétés anonymes en particulier l'exploitation **d'agences de placement des artistes du spectacle.** De ces activités interdites aux SA (agences de placement des artistes du spectacle), il faut rapprocher celles qui sont formellement réservées par la loi à un ou plusieurs autres types de sociétés par exemple **l'exploitation d'une officine de pharmacie** (SNC ou SARL). En revanche, **les sociétés d'investissement, les sociétés d'économie mixte, de crédit différé, à objet sportif, les entreprises françaises d'assurances,** leur sont spécialement réservées, et certaines autres sont soumises à des règles spéciales, telles que notamment l'activité d'expert-comptable, de produits pharmaceutiques, de gérant de portefeuille, les sociétés d'architecture, d'exercice libéral, de géomètres experts.

IV. Nombre d'associés

Une société anonyme ne peut être constituée valablement que, en principe, si elle comprend **au moins sept** associés (art. L 225-1 du C. com.). C'est au jour où est établi le certificat du dépositaire que la future SA doit compter au moins sept associés. Mais il n'est **pas fixé de maximum** au nombre des actionnaires. Une société dont le nombre des associés est inférieur à sept au moment de la constitution **ne peut être annulée.** Seule l'action en **régularisation et l'action en dommages-intérêts** peuvent être intentées par tout intéressé (art. L 210-7 et art. L 210-8 du C. com.).

Les sociétés détenues majoritairement par l'État ne sont pas soumises à l'obligation d'avoir un minimum de **sept actionnaires.**

Par dérogation, le nombre minimum des actionnaires est de **trois** dans les sociétés d'exercice libéral à forme anonyme (art. 4 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990).

Si la société ne comprend pas sept actionnaires, elle n'est pas nulle mais une **action en régularisation** et en **dommages-intérêts** peut être exercée par tout intéressé (art. L 210-7 et L 210-8 du C. com.) si l'on peut prouver l'existence d'un dommage.

Il n'est **pas fixé de nombre maximum d'actionnaires** dans la société anonyme.

V. Capital social

Sur les dispositions particulières relatives aux **exigences du capital social** selon que la société exerce une activité non réglementée ou une activité réglementée.

Depuis la loi 30 décembre 1981 qui a traduit en droit français la deuxième directive des Communautés européennes en vue de l'harmonisation de la législation des sociétés dans les pays membres du Marché commun, une **société anonyme** autre que coopérative et les Sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) **ne peut plus être une société à capital variable.**

Cette nouvelle loi fixe le capital social minimal (art. L 224-2, al. 1 du C. com.) :

- à **225 000 €** (1 500 000 francs) pour les sociétés faisant appel public à l'épargne ;
- à **37 000 €** (250 000 francs) pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne.

Cependant certaines activités réglementées peuvent avoir un capital minimum soit inférieur (exemple 300 € (2 000 F) pour les sociétés rédacteurs de presse, 18 500 € (125 000 F) pour les sociétés coopératives), soit supérieur (exemple 1 100 000 € 7 500 000 F pour les sociétés financières, 18 500 € (125 000 F) pour les sociétés coopératives, 225 000 € (1 500 000 F) pour les SEM locales, de 800 000 € ou 480 000 € pour les sociétés d'assurances selon la nature de l'activité).

La réduction du capital social à un montant inférieur au minimum légal ci-dessus fixé ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital régularisant la situation de la société.

Le capital social doit être **exprimé en euros**, seule monnaie ayant cours légal en France.

L'indication du **capital** social mention obligatoire qui doit figurer **dans les statuts** (art. L 210-2 du C. com.), ainsi que la **forme** et la **dénomination sociale**. Les clauses de variabilité du capital sont **interdites** dans les sociétés anonymes autres que les **coopératives et les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)**.

Le capital social doit être **intégralement souscrit**.

Le montant des actions de numéraires devant être **libéré lors de la constitution de la société** est de la **moitié pour chaque action** et le surplus devra être libéré en une ou plusieurs fois dans un délai maximal **de cinq ans**.

En revanche, pour les apports en nature (biens meubles ou immeubles) représentés par des actions d'apport, ils doivent être intégralement libérés dès l'émission de ces actions (art. L 225-3 al. 3 C. com.).

VI. Apports

La société anonyme peut recevoir uniquement des apports en **numéraire** et en **nature**.

Les apports en industrie ne peuvent pas être représentés par des actions (art. L 225-3, al. 4 du C. com.), **ils ne peuvent en conséquence donner lieu à la qualité d'associé dans une société anonyme**.

VII. Actions

La valeur nominale des actions est **librement fixée dans les statuts** (art. L 228-8, al. 1 du C. com.) cependant ce n'est pas une obligation. Toutefois, les sociétés **ne sont pas pour autant autorisées à émettre des actions sans valeur nominale**.

Les actions créées lors de la constitution de la société doivent être **souscrites en totalité** (art. L 225-3 al. 1 du C. com.). Les actions ne peuvent **pas être émises avant l'immatriculation de la société** au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social.

Le versement d'une **prime d'émission** lors de la création de la société est **parfaitement licite** ; celle-ci doit être **intégralement libérée lors de la souscription des actions**.

Les actionnaires **doivent tous participer aux bénéfices (ou aux économies) ainsi qu'aux pertes**, cette participation n'étant pas forcément en corrélation directe avec les apports. Toutefois la contribution de chaque actionnaire aux pertes sociales ne peut excéder sa part dans le capital social (art. L 225-1 C. com.).

VIII. Dénomination sociale et durée

Comme pour toutes les sociétés, la société anonyme doit avoir une **dénomination sociale** qui peut comporter le **nom d'un ou plusieurs associés** ou être **purement fantaisiste (exemple THALES THOMSON)** ou encore indicative (EDF GDF) et une durée qui ne peut **excéder 99 ans**.

La durée **court à compter de l'immatriculation de la société** au registre du commerce et des sociétés (art. R 210-2 C. com.) du lieu du siège social.

Les actes et documents de la société destinés aux tiers doivent **indiquer la dénomination sociale précédée ou suivie de SA** et de **l'énonciation du capital social** (art. R 123-238, al. 1 C.com).

Section 2. Conditions de forme et de publicité

I. Constitution d'une société anonyme sans appel public à l'épargne

Schématiquement, la procédure de constitution des sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne est la suivante :

- A. établissement d'un projet de statuts ;**
- B. formation du capital social** au moyen d'apports en numéraire ou d'apports en nature ;
- C. dépôt des fonds** correspondant aux apports en numéraire, et de la liste des souscripteurs ;
- D. établissement d'un certificat par le dépositaire** des fonds ;
- E. signature des statuts ;**
- F. désignation** des membres des **organes de direction** ;
- G. accomplissement des formalités de publicité ;**
- H. retrait des fonds** correspondant aux apports en numéraire.

A. Établissement du projet de statuts

Pour la constitution de toute société, certaines personnes prennent l'initiative des opérations : on les appelle **fondateurs**. La loi les rend simplement responsables (solidairement et indéfiniment) des actes qu'ils auront accomplis au nom et pour le compte de la société dans le cas où celle-ci ne ratifierait pas leur action.

Ces fondateurs établissent **le projet de statuts établi par acte sous seing privé ou notarié** et se chargent de toutes les formalités suivantes.

B. Formation du capital social

I. Réglementation administrative

La constitution des sociétés anonymes se fait aujourd'hui **sans autorisation préalable** du ministre de l'Économie et des Finances, sauf lorsqu'il y a investissements étrangers en France. Toutefois les créations de SICAV (Sociétés d'investissement à capital variable) sont soumises à l'agrément de la COB (art. 24 de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988), désormais l'AMF (Autorité des marchés financiers).

2. *Souscription du capital social de la société*

Le capital social doit être **entièrement souscrit** (art. L 225-3, al. 1 et L 225-12 du C. com.), c'est-à-dire que **toutes les actions composant le capital social doivent être réparties entre les différents souscripteurs**, personnes physiques ou morales. Dans la procédure de constitution d'une société anonyme sans appel public à l'épargne, il n'y a pas lieu d'établir des bulletins de souscription. **L'engagement des souscripteurs résulte de la simple signature des statuts** (acte sous seing privé ou notarié).

Le capital social à prendre en compte est **celui qui est porté dans les statuts définitifs**, c'est-à-dire **ceux signés par tous les souscripteurs d'actions**.

Les souscriptions doivent être réelles, sincères et inconditionnelles.

3. *Apports en numéraire*

Les souscripteurs d'actions de numéraire doivent effectuer les versements correspondant à **la fraction du capital social qui doit être libérée** au moment de la constitution de la société. Cette fraction est déterminée d'un commun accord entre les futurs actionnaires. **Elle ne peut pas être inférieure à la moitié du montant nominal des actions de numéraire** (art. L 225-3, al. 2 du C. com.). La libération du surplus doit intervenir en **une ou plusieurs fois**, dans un délai de **cinq ans** à compter de l'immatriculation de la société au RCS du lieu du siège social sur appel de fonds du conseil d'administration ou du directoire (art. 225-3, al. 2 du C. com.).

Les fondateurs, le président, les administrateurs, les directeurs généraux ou les directeurs généraux délégués ou les membres du directoire qui auraient émis des actions en numéraires non libérées **au moins de la moitié de leur valeur nominale s'opposent à des sanctions pénales**.

Ces sanctions sont une amende de 9 000 € (60 000 F) et à un emprisonnement d'un an (art. L 242-1, al. 1 et 2 du C. com.).

Les versements des fonds sont faits, en espèces ou monnaie scripturale soit **entre les mains des fondateurs** – qui doivent alors les déposer dans un délai de **8 jours** chez un **notaire**, dans un établissement de crédit, une **banque** ou à la **caisse des dépôts et consignations** auprès d'une **entreprise d'investissement** habilitée pour exercer l'activité d'administration et de conservation d'instruments financiers, soit directement entre les mains du dépositaire. Tous les modes de paiement suivants sont admis : chèque, espèces, virement postal ou bancaire ou remise de bons de caisse ou du Trésor payables à vue ou échus.

4. *Apports en nature (biens meubles ou immeubles)*

En cas d'apports en nature, il est parfois conclu entre les apporteurs et les autres souscripteurs un **traité d'apport** réglant les conditions et les modalités de l'apport. En fait, dans la généralité des cas, les dispositions relatives aux apports en nature sont insérées dans le projet de **statuts**.

Pour s'assurer que l'évaluation donnée aux apports en nature par les actionnaires est correcte, la loi exige que cette évaluation soit précédée de l'établissement **d'un rapport par un commissaire aux apports**, nommé par le président du tribunal de commerce du lieu du siège social statuant sur requête choisi parmi les **commissaires aux comptes inscrits** ou sur une liste des **experts inscrits** près les cours et tribunaux. Le rapport du commissaire aux apports est une **simple indication** ; les actionnaires sont toujours libres de fixer la valeur de l'apport comme ils l'entendent.

Afin de préserver l'indépendance des commissaires aux apports, ceux-ci sont soumis aux mêmes incompatibilités que les commissaires aux comptes (art. L 225-8, al. 1 du C. com.).

Pour l'accomplissement de sa mission, le commissaire aux apports peut se faire **assister par un ou plusieurs experts** de son choix, **les honoraires de ces derniers étant à la charge de la société**.

Le commissaire aux apports peut cependant être reconnu **responsable** (prescription de 10 ans) s'il a **commis une faute** dans l'exercice de sa mission ; par exemple, en ne donnant pas des **indications suffisamment précises** pour que **les actionnaires se fassent une opinion exacte de la valeur de leurs apports**. Il peut aussi encourir une responsabilité pénale en cas de **majoration frauduleuse des apports en nature** (art. L 242-2 du C. com.) qui punit ces faits d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 € (60 000 F).

5. *Régime fiscal des apports*

Les apports en société peuvent entraîner des charges fiscales de trois sortes :

- **droits d'enregistrement**, soit un droit fixe de 225 € (1 500 F) en principe ;
- **impôts directs** ;
- **taxe sur la valeur ajoutée**.

6. *Stipulation d'avantages particuliers*

On appelle avantages particuliers, **toute faveur**, de **nature pécuniaire ou autre**, attribuée à titre personnel à toute personne, un associé ou à un tiers ; comme par exemple **une part plus élevée dans les dividendes ou une rémunération exceptionnelle**, créer des actions privilégiées. Cet avantage particulier doit être soumis à l'approbation des actionnaires selon la même procédure que celle du contrôle des apports en nature vue ci-dessus.

La mission du commissaire devra apprécier la **consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires**.

C. **Dépôt des fonds et de la liste des souscripteurs**

Les personnes qui ont reçu les fonds correspondant aux apports en numéraire sont tenues de les déposer, pour le compte de la société en formation, soit chez un **notaire**, soit dans un **établissement de crédit** (banque) ou une **entreprise d'investissement** habilitée pour exercer l'activité d'administration et de conservation d'instruments financiers, soit à **la caisse des dépôts et consignations**. Le dépôt doit être fait dans un délai de **8 jours à compter de la réception des fonds**, à moins que ceux-ci ne soient reçus par des établissements de crédit ou des prestataires de services d'investissement (art. L 225-5, al. 2 du C. com. et R 225-6, al. 2 C. com).

Le **dépositaire des fonds est tenu**, jusqu'au retrait de ceux-ci, **de communiquer la liste des souscripteurs à tout souscripteur** qui justifie de cette qualité soit pour en prendre connaissance, soit pour en recevoir une copie.

Les fonds déposés sont indisponibles. Il s'ensuit qu'ils ne peuvent **pas faire l'objet d'une saisie** de la part des créanciers personnels des apporteurs, ni d'une **compensation** avec une dette de l'apporteur à l'égard du dépositaire des fonds.

D. **Certificat du dépositaire**

Les versements correspondant aux apports en numéraire **sont constatés par un certificat du dépositaire des fonds** établi sur présentation de la liste des actionnaires mentionnant les sommes versées par chacun d'eux (art. L 225-13 du C. com.). Il s'agit en fait d'une **simple constatation matérielle du dépôt des fonds** ; en effet le dépositaire des fonds n'a aucune obligation de vérifier l'identité, la capacité des futurs actionnaires, si le capital social est bien souscrit en totalité, si les souscriptions sont sincères ou non, etc.

E. **Signature des statuts**

La signature des statuts est **l'étape la plus importante** de la constitution d'une société anonyme sans appel public à l'épargne. C'est à partir de la date de cette signature que la **société** est réputée **constituée**. Étant observé qu'elle n'aura **la jouissance de la personnalité morale** (sujet de droit), donc

la **pleine capacité juridique**, qu'à compter du jour où elle sera **immatriculée au registre du commerce** et des sociétés (art. L 210-6, al. 1 du C. com.) du lieu de son siège social.

En signant les statuts, les futurs actionnaires ou leurs mandataires prennent un **engagement contractuel et définitif de participer à la société (c'est la loi des actionnaires)**. Jusque-là, ils peuvent réserver leur décision même s'ils ont déjà versé les fonds correspondant à leur participation.

1. *Forme des statuts*

Les statuts doivent être établis **par écrit**, mais ils peuvent être **sous seing privé** ou **notarié**. (Sur le cas où la forme notariée est obligatoire ou conseillée, voir série 01).

2. *Contenu des statuts*

Les statuts sont plus ou moins détaillés selon les désirs des actionnaires.

Cependant, **certaines mentions doivent obligatoirement y figurer** (art. L 210-2 et L 225-14 du C. com. ; art. R 224-2 C. com). Ces mentions sont les suivantes :

- l'**identité** de toutes les **personnes physiques** ou **morales** qui ont signé ou au nom de qui ont été signés les statuts ;
- la **forme juridique** adoptée ;
- la **durée** de la société (maximum 99 ans) ;
- la **dénomination sociale** ;
- le **siège** social ;
- l'**objet** social ;
- le montant du **capital social** ;
- le **nombre d'actions émises** et leur **valeur nominale**, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories d'actions créées avec mention des droits attachés à chaque catégorie ;
- la **forme des actions** (nominative ou au porteur), laquelle ne peut être que nominative, s'agissant d'une société non cotée (art. L 212-3, I C. mon. fin.) ;
- en cas de restriction à la libre négociation ou cession des actions, les conditions particulières auxquelles est soumis l'**agrément des cessionnaires (actionnaires qui souhaitent entrer dans la société)** ;
- l'identité **des apporteurs en nature**, l'évaluation de chaque apport en nature et le nombre d'actions remises en contrepartie de l'apport ;
- l'identité des bénéficiaires **d'avantages particuliers** et la nature de ceux-ci ;
- les stipulations relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs **des organes de la société**, notamment le nombre maximal des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance ;
- la **limite d'âge des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance** ;
- les dispositions relatives à la répartition des **bénéfices**, à la constitution des **réserves**, à la répartition du **boni de liquidation** ;
- les **règles de convocation des assemblées générales**.

Les statuts doivent également mentionner l'identité des **premiers administrateurs (si SA classique)** ou des premiers membres du **Conseil de surveillance (si SA moderne)** ainsi que celle des **premiers commissaires aux comptes** (art. L 225-16 du C. com.).

Toute omission des mentions obligatoires permet à tout intéressé d'engager soit une **procédure en régularisation** et soit en **responsabilité**.

3. *Sanctions des omissions dans les statuts*

Toute personne intéressée (physique ou morale) peut agir à condition d'avoir un **intérêt né actuel et légitime (pas d'intérêt pas d'action)**, soit en **régularisation**, soit en **responsabilité**.

4. *Nombre d'originaux*

Lorsque les statuts sont établis par **acte sous seing privé**, il est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'**un** exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises (art. R 224-1 C. com). En règle générale, **quatre** originaux doivent être signés par les futurs actionnaires ; **un** pour les archives sociales, **un** pour l'enregistrement, et **deux** pour le dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social.

5. *Pièces annexées aux statuts*

Les documents suivants doivent, le cas échéant, être annexés aux statuts :

- **le rapport du commissaire aux apports en cas d'apports** en nature ;
- **l'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation**, avec l'indication pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulte pour la société (art. R 210-6 al. 2 C. com).

Ces documents sont tenus, à l'adresse prévue du siège social, à la disposition des futurs actionnaires qui peuvent en prendre copie **trois jours** avant la signature des statuts (art. R 225-14 et R 210-6, al. 1 C. com).

6. *Signature des statuts*

La signature des statuts ne peut intervenir **qu'après l'établissement du certificat du dépositaire des fonds**. Les statuts doivent être **signés par tous les futurs actionnaires** agissant personnellement ou par **mandataire justifiant d'un pouvoir spécial** (art. L 225-15 du C. com.).

Toute personne a le droit, à toute époque, d'obtenir au siège social la copie des statuts à jour, qui doit comporter en annexe la **liste des administrateurs et des commissaires aux comptes** en exercice.

7. *Actes passés pour le compte de la société non encore immatriculée au RCS du lieu du siège social*

Ces actes ne sont repris par la société que si celle-ci **les ratifie** ou **si les actionnaires les ont approuvés** dans les conditions qui ont été exposées dans la série 01. Les **personnes agissant au nom et pour le compte de la société en formation sont responsables indéfiniment et solidairement** des conséquences de leurs actes.

F. **Désignation des membres des organes de direction**

Après la signature des statuts, les personnes désignées par **l'assemblée générale ordinaire** pour être **administrateurs** sont habilitées à nommer le **président du conseil d'administration** et, le **directeur général** et, le cas échéant, **le ou les directeurs généraux délégués**. Il en est de même, le cas échéant, des personnes désignées pour être membres du **conseil de surveillance**, auxquelles il appartient de désigner les **membres du directoire et son président** ou le **directeur général unique**.

Ces désignations sont indispensables afin d'accomplir les diverses formalités (publicité, enregistrement) nécessaires.

G. **Formalités de publicité**

Comme pour toute société commerciale, la création d'une SA impose les formalités suivantes, **enregistrement, insertion dans un journal d'annonces légales** du lieu du siège social, dépôt au **greffe du tribunal de commerce, immatriculation au RCS**, insertion au **Bodacc**, incombant au greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

H. Retrait des fonds

Les fonds ne peuvent être retirés qu'après **l'immatriculation de la société au registre du commerce** et des sociétés du lieu du siège social (art. L 225-11, al. 1 du C. com.). Ce retrait est accompli par un mandataire de la société **sur présentation d'un certificat** du greffier du tribunal de commerce, le Kbis, **attestant de cette immatriculation** au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social.

Tout souscripteur d'actions de numéraire peut, **six mois** après le dépôt des sommes qu'il a versées, exiger leur restitution sous déduction des **frais de répartition** si, à l'expiration de ce délai, la société n'a pas encore été constituée. **La constitution de la société est effective au jour de la signature des statuts.**

La restitution des fonds, passé ce délai de six mois, peut être demandée par ordonnance de référé du président du tribunal de commerce du lieu du futur siège social de la société, qui désignera un mandataire à cet effet.

II. Constitution d'une société anonyme avec appel public à l'épargne

Les constitutions de sociétés anonymes avec appel public à l'épargne sont rares en pratique. Depuis 1967, date d'entrée en vigueur de la loi de 1966, désormais le Code de commerce, on ne compte qu'une dizaine de constitutions de sociétés de ce type par mois.

A. Fondateurs

En cas d'appel public à l'épargne, les diverses formalités requises pour la constitution de la société sont accomplies par **une ou plusieurs personnes physiques ou morales** appelées « **fondateurs** ». La notice d'information publiée au **BALO** indique la nationalité des fondateurs.

Les personnes déchues du droit d'administrer ou de **gérer** une société, ou auxquelles l'exercice de ces fonctions est interdit, ne peuvent **pas** être **fondateurs** (art. L 225-2, al. 4 du C. com.), de même que les personnes incapables (mineurs ou majeurs).

B. Établissement d'un projet de statuts

Les fondateurs **établissent** et **signent** un projet de statuts (art. 225-2, al. 1 du C. com.).

Sur les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans les statuts (arts. L 210-2 et L 225-14 et R 224-2 du C. com.). Voir B. Contenu des statuts ci-avant.

C. Dépôt au greffe du tribunal de commerce

Un exemplaire du projet de statuts, établi sur papier libre et signé par le ou les fondateurs (ou une expédition si l'acte est authentique), doit être **déposé au greffe du tribunal de commerce** du lieu du futur siège social (art. L 225-2, al. 1 du C. com.). Cet exemplaire doit être communiqué à tout requérant, qui peut en prendre connaissance ou obtenir, à ses frais, la délivrance d'une copie (art. R 225-2 C. com.).

Une fois déposé au greffe du tribunal de commerce, le projet ne peut plus être modifié : il ne pourra l'être ultérieurement que par l'accord unanime des souscripteurs réunis en **assemblée générale constitutive** (c'est la première assemblée générale qui aura pour objet de valider les statuts ainsi que la nomination des différents organes).

D. Publicité

Notice au Balo. Avant le début des opérations de souscription, et préalablement à **toute mesure de publicité**, les fondateurs doivent publier au **Bulletin des annonces légales obligatoires** une notice contenant les mentions énoncées à l'article R 225-3, al. 2 (art. L 225-2, al. 1 du C. com.).

Cette notice doit être signée par les fondateurs, qui indiquent soit pour les personnes physiques **leur nom, prénom usuel, domicile et nationalité**, soit pour les personnes morales leur **dénomination**, leur **forme**, leur **siège social** et le **montant de leur capital social** (art. R 225-2, al. 3 du C. com.).

Le défaut de publication de cette notice peut entraîner des **sanctions pénales** (art. R 247-2 du C. com.).

Document d'information. Quoique l'article 6 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 ait surtout en vue les augmentations du capital, ses dispositions visent également l'hypothèse d'une constitution avec appel public à l'épargne. Par conséquent, les fondateurs doivent établir et publier un **prospectus** à l'intention du public. (art. L 421-1 al. 1 C. mon. fin.).

Ce prospectus est soumis au visa préalable de l'Autorité des marchés financiers, qui assume pleinement ici sa fonction de **gendarme de la bourse**.

Prospectus et circulaires. La recherche des souscripteurs peut être effectuée au moyen de **prospectus** (au sens courant du terme) et **circulaires**. Si de tels documents sont établis, ils doivent **reproduire les énonciations de la notice** ci-dessus mentionnée avec référence au numéro du Balo dans lequel elle a été publiée. Ils doivent, en outre, exposer sommairement les projets des fondateurs quant à l'emploi des fonds provenant de la libération des actions souscrites (art. R 225-4, al. 1 du C. com.).

Affiches et annonces dans les journaux. Les affiches et les annonces publiées le cas échéant dans les journaux doivent reproduire **les mêmes énonciations que les prospectus et les circulaires** ou au moins un extrait de ces énonciations, avec référence à la notice et indication du numéro du Balo dans lequel elle a été publiée (art. R 225-4, al. 2 du C. com.).

ATTENTION

De nombreuses sanctions pénales sont attachées à l'inobservation des règles transcrites ci-dessus à propos des formalités de publicité nécessaires lors de la souscription des actions.

E. Formation du capital social

1. Souscription des actions de numéraire

Aucune souscription ne peut être reçue tant que le projet de statuts n'a pas été déposé au greffe du tribunal de commerce et la notice publiée au Balo (art. L 225-2, al. 3 du C. com.).

Les souscriptions doivent être réelles, sincères et inconditionnelles.

Elles sont constatées par des **bulletins de souscription** (art. L 225-4 du C. com.), écrits qui manifestent la volonté réelle des souscripteurs d'adhérer à la société et leur engagement ferme de libérer les actions souscrites.

Le bulletin de souscription doit contenir les **mentions** énumérées dans l'article R 225-5, al. 2 C. com. Il doit être **daté et signé** par le souscripteur (ou son mandataire) qui écrit en toutes lettres le nombre des titres souscrits. Une copie sur papier libre du bulletin doit être remise au souscripteur (art. R 225-5, al. 1 du C. com.).

À l'appui de sa souscription, le souscripteur doit verser la fraction du montant nominal des actions à libérer immédiatement. Ce **versement** ne peut **pas** être **inférieur à la moitié de la valeur nominale des actions souscrites en numéraire** (art. L 225-3, al. 2 du C. com.).

2. *Apports en nature ou stipulation d'avantages particuliers*

En cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, les fondateurs doivent demander au président du tribunal de commerce statuant sur requête la désignation d'un ou plusieurs **commissaires aux apports** (art. L 225-8, al. 1 du C. com. et R 225-7 du C. com.), qui sont **des commissaires aux comptes ou des experts**.

Les commissaires aux apports établissent, sous leur responsabilité, un **rapport** sur l'évaluation des apports en nature ou sur les avantages particuliers. Ce rapport est **tenu à la disposition des souscripteurs**, qui peuvent en prendre connaissance ou copie, huit jours au moins avant la date de **l'assemblée générale constitutive**, au futur siège social et au greffe du tribunal de commerce (art. L 225-8, al. 2 et R 225-9 du C. com.).

Sanctions pénales : L'article L 242-2 du C. com. punit d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 € (60 000 F) « ceux qui, frauduleusement, auront fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ».

F. **Dépôt des fonds et de la liste des souscripteurs**

Les personnes qui ont reçu les fonds correspondant aux apports en numéraires sont tenues de les déposer, **dans les huit jours** de leur réception, dans une **banque**, une entreprise d'investissement habilitée, chez un **notaire**, **auprès d'une entreprise d'investissement habilitée pour exercer l'activité d'administration et de conservation d'instruments financiers** ou à la **Caisse des dépôts et consignations**. Les versements doivent être accompagnés de la liste des souscripteurs (art. L 225-5 et R 225-6 du C. com.).

G. **Certificat du dépositaire**

Les souscriptions et les versements sont constatés par un **certificat du dépositaire** établi, au moment du dépôt des fonds, sur présentation des bulletins de souscription (art. L 225-6 du C. com.).

Sanctions pénales. Les personnes qui, **sciemment (volontairement)**, pour l'établissement du certificat du dépositaire :

- auront affirmé sincères et véritables des **souscriptions** qu'elles savaient **fictives**,
- ou auront déclaré que des **fonds** qui n'ont **pas** été **mis** définitivement à la **disposition de la société** ont été effectivement versés

sont passibles de poursuite pour faux sanctionné d'un emprisonnement de trois ans et/ou d'une amende de 45 000 € (300 000 F) (art. L 242-2 du C. com.).

H. **Assemblée constitutive**

Même en cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, il n'est tenu **qu'une seule assemblée générale constitutive**. Cette assemblée est exclusivement tenue en cas de constitution d'une SA avec appel public à l'épargne. Cette assemblée est soumise aux règles exposées ci-dessous.

1. Convocation de l'assemblée

L'assemblée générale constitutive (exclusivement tenue en cas de constitution avec appel public à l'épargne) doit être convoquée par les **fondateurs** (art. L 225-7, al. 1 du C. com.), **huit jours** au moins **à l'avance**, par voie d'insertion d'un avis de convocation publié dans un **journal d'annonces légales** du département du siège social et au **Bulletin des annonces légales obligatoires** (Balo), (art. R 225-10 C. com.).

L'avis de convocation doit contenir les mentions énumérées par l'article R 225-10, al. 1 C. com.

L'**assemblée générale** constitutive doit être **réunie au lieu indiqué dans la notice élaborée par les fondateurs** et publiée au Balo.

2. Tenue de l'assemblée constitutive

L'article L 225-9, al. 1 du C. com. renvoie aux dispositions prévues par les articles L 225-106, L 225-110 et L 225-113 du C. com. pour la tenue des assemblées ordinaires ou extraordinaires. En conséquence :

- Tout souscripteur peut participer à l'assemblée générale constitutive quel que soit le nombre de ses actions (art. L 225-113 du C. com.).
- Les souscripteurs ne peuvent se faire représenter que par leur **conjoint** ou par un autre **souscripteur** (art. L 225-106, al. 1 du C. com.).
- Le nombre des pouvoirs conférés à un même mandataire ne peut pas être limité (art. L 225-106, al. 2 du C. com.).
- Si les actions souscrites sont grevées d'usufruit (usus = usage + fruits), le droit de vote appartient, en principe, **au nu-propriétaire, sauf clause contraire des statuts** (art. L 225-110, al. 1 du C. com.).
- Les copropriétaires indivis d'actions sont tenus de se faire **représenter par l'un d'entre eux** ou par **un mandataire unique** (art. L 225-110, al. 2 du C. com.). En cas de désaccord, le mandataire est désigné en justice à la demande du copropriétaire le plus diligent.

Les conditions de quorum et de majorité sont les mêmes que pour les assemblées extraordinaires :

- Le **quorum** est du **quart des actions ayant droit de vote** sur première convocation et du **cinquième des actions ayant droit de vote** sur seconde convocation ou seconde convocation prorogée.
- La **majorité pour valablement délibérer** est des **deux tiers des voix** des actionnaires présents ou représentés ou votant par correspondance.

Chaque souscripteur dispose d'un **nombre de voix** proportionnel à la **quotité de capital représentée** par les actions qu'il a souscrites (cf. art. L 225-122 du C. com.).

Règles spéciales en cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers. Lorsque l'assemblée générale constitutive délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les règles suivantes sont applicables :

1. Les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire des avantages particuliers ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité et l'intéressé n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire (art. L 225-10 du C. com.).

2. Si l'assemblée n'approuve pas l'évaluation des apports en nature (ou l'octroi d'avantages particuliers), elle peut les réduire, mais seulement avec l'accord unanime de tous les souscripteurs (art. L 225-9 al. 3 du C. com.).

3. L'approbation expresse par les apporteurs (ou les bénéficiaires d'avantages particuliers) de l'évaluation fixée par l'assemblée doit être mentionnée au procès-verbal de cette assemblée. **À défaut d'approbation, la société n'est pas constituée** (art. L 225-8, al. 4 du C. com.).

3. *Mission de l'assemblée constitutive*

L'assemblée constitutive a pour objet :

- de **constater que le capital social est entièrement souscrit** et que les **actions sont libérées du montant exigible** (art. L 225-7, al. 2 du C. com.) ;
- de statuer, le cas échéant, sur l'évaluation des **apports en nature et l'octroi des avantages particuliers** (art. L 225-8, al. 3 du C. com.) ;
- **d'adopter les statuts**, étant précisé que, à la condition de statuer à l'**unanimité** des souscripteurs, l'assemblée peut modifier le projet de statuts (art. L 225-7, al. 2 du C. com.) ;
- de **nommer les organes sociaux** (administrateurs ou membres du conseil de surveillance, et les commissaires aux comptes) et constater, s'il y a lieu, leur acceptation (art. L 225-7, al. 2 du C. com.) ;
- **d'approuver les actes passés** par les fondateurs pour le compte de la société en formation : ces actes sont soumis à l'assemblée générale constitutive, après désignation des premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des premiers commissaires aux comptes (art. R 210-7, al. 1 C. com.) ; en outre, ils sont énumérés dans un rapport des fondateurs indiquant l'engagement en résultant pour la société ;
- de **donner**, le cas échéant, **mandat** à une ou plusieurs des personnes désignées en qualité de premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance **de prendre des engagements** pour le compte de **la société** ; sous réserve que ces engagements soient déterminés et que leurs modalités soient précisées dans le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce emportera leur « reprise » par ladite société (art. R 210-7, al. 4 C. com.).

C'est à l'issue de l'assemblée constitutive que la société est **définitivement constituée** (art. 225-12 C. com. a contrario). Précisons toutefois **qu'elle n'acquiert la jouissance de la personnalité morale qu'après son immatriculation au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social**.

I. **Désignation des membres des organes de direction**

Après l'assemblée générale constitutive, les personnes désignées pour être administrateurs (ou membres du conseil de surveillance) procèdent à la nomination des membres des organes de direction : le président du conseil d'administration, le directeur général, (et, éventuellement, directeurs généraux délégués maximum cinq) ou membres du directoire (art. R 225-26 C. com.).

J. **Accomplissement des formalités de publicité**

Ce sont toujours les mêmes, **enregistrement** (auprès du Trésor public) suivi de l'insertion dans un **journal d'annonces légales** du **lieu du siège social**, du **dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social** des actes constitutifs, de **l'immatriculation au RCS** et **l'insertion au Bodacc** à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

K. **Retrait des fonds**

Les fonds correspondant aux apports en numéraire ne peuvent être retirés qu'après **immatriculation** de la société **au registre du commerce** et des sociétés du lieu du siège social (art. L 225-11 et R 225-11 du C. com.). Il faut noter cependant que le **délai de six mois** utile pour le retrait des fonds déposés court à compter du dépôt du projet des statuts au greffe du tribunal de commerce.

L. **Retard dans la constitution de la société**

À défaut de constitution de la société dans le **délai de six mois** suivant le **dépôt au greffe du projet de statuts**, tout souscripteur peut demander au président du tribunal de commerce du lieu du siège social, statuant en référé, la **nomination d'un mandataire** chargé de retirer les fonds déposés et de les

restituer aux souscripteurs sous déduction des frais de répartition (art. L 225-11, al. 2 et R 225-12 du C. com.). Avec l'accord express de tous les souscripteurs (express ou tacite), ce délai de six mois est susceptible d'être prorogé.

Si le ou les fondateurs décident ultérieurement de constituer la société, il doit être à nouveau procédé au dépôt des fonds et à l'établissement d'un certificat par le dépositaire (art. L 225-11, al. 3 du C. com.)

CHAPITRE 3. LA GESTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Section 1. Conseil d'administration

La conduite d'une société anonyme classique suppose d'une part **l'administration** de celle-ci et d'autre part **la direction** de la société.

I. *L'administration de la société anonyme*

Quatre questions doivent ici être étudiées :

1. le **statut des administrateurs**,
2. les **règles de fonctionnement** du conseil d'administration (délibérations, pouvoirs, rémunérations),
3. le régime spécial appliqué aux **conventions** entre la société et ses administrateurs,
4. les conditions de la **responsabilité civile et pénale** des administrateurs.

Il est à noter que dans certaines sociétés anonymes il existe un **collège de censeurs** chargés d'un **contrôle pour le compte des actionnaires**. La composition, les missions et éventuellement, la rémunération sont fixées dans les statuts.

La création d'un collège de censeurs est **licite** dès l'instant où ses attributions ne font pas échec aux prérogatives des autres organes (conseil d'administration ou de surveillance, directeur général, président du directoire, assemblées).

Pour les sociétés relevant du secteur public – la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public a introduit une représentation des salariés dans les conseils d'administration (ou les conseils de surveillance) des entreprises relevant du secteur public.

Ces entreprises sont classées en deux catégories :

- d'une part, les entreprises dites « de premier rang », c'est-à-dire **celles qui appartiennent à l'État ou dont l'État détient directement plus de la moitié du capital** ;
- d'autre part, les entreprises dites « de second rang », c'est-à-dire **les sociétés filiales d'autres entreprises du secteur public ou codétenues par les entreprises**.

Ces secondes entreprises doivent répondre aux conditions suivantes :

- être de **forme anonyme** ;
- **plus de la moitié de leur capital doit être détenu** directement ou indirectement par des EPIC de l'État, des sociétés nationales, et toutes les autres sociétés relevant du secteur public ;
- cette participation majoritaire doit être détenue **depuis plus de six mois** ;
- le **nombre** moyen de **salariés** employés par la société au cours des vingt-quatre derniers mois doit être **au moins égal à 200**.

Pour les sociétés relevant du secteur privé, les statuts peuvent prévoir (simple faculté) que des représentants élus par le personnel salarié de la société siègeront avec voix délibérative au sein du conseil d'administration.

Représentation des salariés actionnaires

Les sociétés ont la faculté de nommer administrateur des salariés de la société dans la limite du **tiers** des administrateurs en fonction.

Toutes les sociétés anonymes (du secteur public ou privé, cotées ou non) doivent chaque année recenser leurs actionnaires salariés afin de déterminer la part que ces derniers détenaient dans le capital social **à la clôture du dernier exercice social**.

Pendant, ce recensement ne porte que sur les actions des salariés.

A. Les administrateurs

1. Nombre d'administrateurs

a. Principes

Le conseil d'administration doit être composé de **trois membres au moins et de dix-huit au plus** personnes physiques ou morales (art. L 225-17 al. 1 du C. com.). Ce nombre maximal est fixé à dix-huit pour toutes les sociétés qu'elles soient cotées ou non. À l'intérieur de ces limites, **le nombre des administrateurs est déterminé librement dans les statuts** qui peuvent stipuler soit **un nombre fixe soit un nombre variable** (3 à 8).

Pour les sociétés relevant du secteur public, sociétés de « second-rang », le conseil d'administration doit être composé de **neuf membres au moins et de dix-huit au plus**, ce plafond étant ramené à **quinze** s'il s'agit de banques (art. 6, al. 1 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983).

Dans tous les cas, le conseil d'administration **peut comprendre des représentants des salariés**. Le nombre de ceux-ci varie selon l'effectif de la société. Le nombre des administrateurs élus par le personnel salarié, s'il en existe, est **librement fixé par les statuts** sans pouvoir être supérieur à **quatre (cinq** si les actions de la société sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeur), ni excéder le tiers du nombre des autres membres du conseil.

b. Cas particulier des fusions

Afin de faciliter les opérations de fusion, l'article L 225-95 du C. com. permet à la société absorbante ou nouvelle d'avoir un conseil d'administration comprenant plus de dix-huit membres avec **un maximal de 24 en cas de fusion**. Toutefois, le dépassement n'est autorisé que dans certaines limites et il n'est que temporaire, **le nombre des administrateurs devant être ramené progressivement à dix-huit**. En outre, il ne s'applique qu'aux fusions réalisées entre sociétés anonymes et il ne saurait être étendu aux scissions, car la loi ne vise que le cas de la fusion, elle ne peut durer que **trois ans**.

Il peut arriver que la nomination d'un administrateur entraîne le dépassement du maximum légal.

Cette irrégularité est une **cause d'annulation de la nomination**, car elle isole une disposition impérative de la loi.

L'article L 225-95 du C. com. ne visant que les **fusions**, il **ne peut s'appliquer aux scissions**.

2. *Nomination des administrateurs*

a. **Conditions de nomination**

- Qualité d'actionnaire

Les administrateurs doivent détenir un certain **nombre d'actions** de leur société **déterminé librement par les statuts** mais il n'est plus nécessaire qu'ils affectent ces actions à la garantie des actes de gestion du conseil d'administration (art. L 225-25 du C. com.).

Sous le régime antérieur à la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, les administrateurs devaient déposer un certain nombre de leurs actions en garantie de la gestion du conseil. Ces actions, dites « **actions de garantie** », étaient inaliénables. L'ancien administrateur (ou ses ayants droit) n'en recouvrait la libre disposition qu'après l'approbation par l'assemblée générale des comptes du dernier exercice relatif à sa gestion.

Depuis longtemps l'unanimité s'était faite sur le caractère inefficace et désuet de ce système des actions de garantie. Fort heureusement la loi n° 88-15 précitée y a mis fin sans pour autant permettre, comme certains le souhaitaient, de choisir les administrateurs même en dehors des actionnaires.

L'obligation d'être actionnaire s'impose à tous les administrateurs des sociétés du secteur privé, **y compris ceux qui sont élus par les salariés**. En revanche, elle est écartée, dans les sociétés relevant du secteur public, pour les administrateurs représentant les salariés et pour ceux qui sont nommés par décret (art. 21, al. 2 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983).

Comme nous le verrons, une personne peut être nommée administrateur alors qu'elle n'est pas encore actionnaire pourvu qu'elle le devienne dans un **délai de trois mois** à compter de sa nomination aux dites fonctions.

- Nombre d'actions requis

Le nombre d'actions dont chaque administrateur doit être propriétaire est **déterminé librement par les statuts** (art. L 225-25 al. 1 du C. com.). **Toute action** soit de capital, de jouissance, des actions de numéraire, des actions représentatives d'apports en nature, des actions intégralement ou partiellement libérées, **est valable**.

- Propriété des actions d'administrateur

Chaque administrateur doit être « **propriétaire** » de ses actions (la pleine propriété des actions). Mais il ne paraît pas illicite de déposer des actions obtenues grâce à un **prêt de consommation**. Le prêt de consommation a pour effet de transférer à l'emprunteur la propriété des choses prêtées (art. 1893 du Code civil). Ce qui exclut la prise en compte des actions dont l'administrateur ne serait que **nu-propriétaire ou usufruitier** ou dont il serait copropriétaire en **indivision** avec d'autres ou encore qui lui auraient été remises en vertu d'un **prêt à usage ou commodat**.

En revanche, l'administrateur peut, nous semble-t-il, faire état d'actions obtenues grâce à un **prêt de consommation** puisque ce type de prêt permet de transférer à l'emprunteur la **propriété** des choses prêtées (art. 1893 du C. civ.).

- Inscription en compte

Il n'est plus nécessaire d'isoler dans un compte spécial les actions dont les administrateurs doivent être propriétaires.

La **qualité d'actionnaire** et la détention du nombre minimal d'actions prévu par les statuts résultent suffisamment des **inscriptions portées au compte de l'intéressé** dans les livres de la société émettrice si les actions sont nominatives ou dans ceux d'un intermédiaire habilité si elles sont au porteur.

- Libre disponibilité des actions

Les administrateurs peuvent désormais **librement disposer de toutes leurs actions** et les donner en gage.

Toutefois, si un administrateur cesse d'être propriétaire du nombre d'actions requis par les statuts, il est réputé *démissionnaire d'office*, s'il n'a **pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois** (art. L 225-25, al. 2 du C. com.). Contrairement à l'opinion exprimée par le ministre de la Justice (Rm. M. Vivien, JO Déb. AN 18 avril 1988, p. 1684), nous estimons que, même si elle figure encore dans les statuts, l'ancienne règle de l'inaliénabilité des actions d'administrateurs est **devenue caduque** depuis la réforme de la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 et que les administrateurs peuvent dès maintenant **disposer de leurs actions** sans qu'il soit nécessaire, au préalable, de modifier les statuts pour les mettre en harmonie avec les nouvelles dispositions légales.

En effet, l'inaliénabilité des actions d'administrateurs ne peut désormais résulter que de la volonté des actionnaires. Mais, s'agissant d'une dérogation au principe de libre cessibilité des biens, cette volonté ne peut pas être présumée et doit être **établie de façon certaine et non équivoque**. On ne saurait donc la déduire de clauses statutaires antérieures à la réforme puisque celles-ci ne faisaient que reproduire l'interdiction légale et, partant, ne peuvent être considérées comme l'expression de la volonté des actionnaires.

- Contrôle des commissaires aux comptes

Les **commissaires doivent**, sous leur responsabilité, **veiller à l'observation des dispositions légales relatives aux actions d'administrateur** et dénoncer dans leur rapport annuel à l'assemblée générale ordinaire annuelle, toute violation qu'ils auraient pu constater (art. L 225-26 du C. com.).

Si un administrateur se maintient en fonction sans disposer du nombre minimum d'actions de requis et qu'il en est bien propriétaire, le maintien en fonction de cet administrateur au-delà de **trois mois** peut entraîner la **nullité des délibérations du conseil d'administration**. Cette situation engage en outre la responsabilité des administrateurs et des commissaires aux comptes. (art. L 225-251 al. 1 du C. com.).

- Capacité

Seul **un mineur non émancipé (moins de 16 ans) ne peut pas être, à notre avis, administrateur**, en raison de la responsabilité qui serait la sienne (voir série 01). Un mineur émancipé ayant la même capacité qu'un majeur pour tous les actes civils peut être administrateur. Le majeur protégé (curatelle, tutelle) ne doit pas être nommé administrateur.

Deux époux peuvent être désignés l'un et l'autre administrateurs d'une même société, dès lors qu'ils sont **tous deux actionnaires et propriétaires des actions requises**, conformément aux stipulations statutaires.

Un étranger peut être administrateur. Il n'est pas nécessaire qu'il sollicite et obtienne préalablement auprès de la préfecture **une carte de commerçant étranger**.

- Incompatibilités, interdictions et déchéances

L'exercice de certaines activités ou professions est incompatible avec l'exercice des fonctions d'administrateur.

Les **commissaires aux comptes** qui ont contrôlé une société doivent attendre **cinq ans** après l'expiration de leurs fonctions avant de pouvoir devenir administrateurs de ladite société. L'exercice de certaines activités est incompatible avec l'exercice des fonctions d'administrateur. Il en est ainsi pour les **experts-comptables**, les **fonctionnaires**, les **officiers ministériels** autres que les notaires, les **membres du parlement (députés et sénateurs)** pour certaines sociétés, et les **membres du gouvernement (ministres et secrétaires d'État)**.

Toute condamnation définitive pour crime de droit commun, vol, abus de confiance, escroquerie, banqueroute, extorsion de fonds ou valeurs, émission de mauvaise foi de chèque sans provision, pour atteinte au crédit de l'État, pour recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions comporte **interdiction du droit de diriger, administrer, gérer à un titre quelconque une SA** (art. L 128-1 du C. com.).

- Conditions statutaires particulières

Les statuts qui sont **la loi des actionnaires** (art. 1134 du Code civil) peuvent prévoir des **conditions particulières** pour assumer les fonctions d'administrateur : **Condition de nationalité, d'âge minimum ou maximum, de diplôme, de qualification professionnelle, d'expérience professionnelle**. Cependant, ces conditions statutaires ne sont valables qu'à la condition expresse de ne pas priver l'assemblée générale ordinaire de sa liberté de choix.

- Cumul des fonctions d'administrateur avec un contrat de travail

Cette question est d'une extrême importance pratique, car bon nombre d'administrateurs cherchent à rendre plus sûre leur situation dans la société en **doubleant leur mandat d'administrateur par un contrat de travail** qui leur permet d'obtenir tous les **avantages du statut de salarié** (indemnité de licenciement, protection du travail, congés payés, etc.). Pour éviter des abus, la loi a fixé une réglementation avec un contrat. Il convient donc d'examiner avec beaucoup de soin les conditions suivantes.

- Cas où un administrateur désire obtenir un contrat de travail

Ce cas n'est **pas expressément prévu par la loi**. Mais des tribunaux ont décidé que le législateur dans les débats parlementaires avait entendu **exclure une telle possibilité**. Un administrateur en fonction ne peut donc pas obtenir un emploi salarié dans la société. L'interdiction s'applique à **tous les administrateurs**, qu'ils soient nommés lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale. Si d'aventure un tel contrat était conclu par un administrateur en fonction avec sa société, il serait **frappé de nullité absolue** non susceptible de confirmation.

- Cas où un salarié devient administrateur

Afin de permettre l'accès au conseil d'administration de cadres supérieurs dont la **compétence et l'expérience** peuvent être utiles dans la gestion de la société, le **législateur a admis la possibilité** pour un salarié de devenir administrateur **sans perdre le bénéfice de son contrat de travail** (art. L 225-22, al. 1 du C. com.).

- Conditions : deux conditions cumulatives sont requises

Antériorité du contrat de travail

Un salarié ne peut devenir administrateur que si son **contrat de travail est antérieur à sa nomination** en qualité d'administrateur (art. L 225-22, al. 1 du C. com.).

Certes, la loi du 11 février 1994 a supprimé la condition d'ancienneté de **deux ans** du contrat de travail, qui était autrefois exigée, mais elle ne permet pas pour autant à un administrateur de devenir salarié.

Emploi effectif

Le contrat de travail doit correspondre à un **emploi effectif c'est-à-dire réel, il doit être constaté antérieurement à la nomination aux fonctions d'administrateur et se maintenir après la nomination** (art. L 225-22, al. 1 du C. com.). En outre, l'intéressé doit, dans l'exercice de ses fonctions

salariées, demeurer dans l'**état de subordination** qui caractérise le contrat de travail, et ce à l'égard de la société, c'est-à-dire sous son autorité et son contrôle. Les fonctions salariées doivent présenter un caractère technique parfaitement dissociable des fonctions d'administration de la société.

- Effets

Si les deux conditions ci-dessus énoncées ont été respectées cumulativement, **le salarié nommé administrateur ne perd pas le bénéfice de son contrat de travail** (art. L 225-22, al. 1 du C. com.)

- Sanctions

Toute nomination intervenue en violation des dispositions qui précèdent est **nulle. Mais les délibérations du conseil d'administration, auxquelles a pris part un administrateur irrégulièrement nommé, ne sont pas nulles.** La nullité de la nomination aux fonctions d'administrateur ne porte pas atteinte au contrat de travail, lequel subsiste dans tous ses effets.

- Limitation du nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail

Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail **ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction.** Toutefois, cette « règle du tiers » est écartée en cas de **rachat d'une entreprise par ses salariés, mais aussi dans les sociétés d'exercice libéral et dans les sociétés coopératives ouvrières de production.** Cependant, les administrateurs élus par les salariés, de même que ceux représentant les salariés actionnaires ou les fonds communs de placement d'entreprise ne sont pas pris en compte pour la détermination du nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ?

- Limitation du nombre de mandats

Une personne physique ne peut faire partie de plus de **cinq conseils** d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social en **France**. Le calcul doit être effectué en tenant compte également des fonctions de directeur général, de directeur général unique, de membre du conseil de surveillance ou du directoire d'administrateurs. Cette limitation ne s'applique pas aux administrateurs d'une société (SNC, SCS, SARL), même s'ils sont déjà titulaires de cinq mandats et, s'ils sont administrateurs, sans aucune limitation, d'autres sociétés pourvu que celles-ci soient contrôlées par la société dont ils sont déjà administrateurs (art. L 225-21 al. 2 du C. Com.).

Une personne morale peut être titulaire d'un nombre illimité de mandats d'administrateur.

La nomination à un poste d'administrateur excédentaire n'est **pas frappée de nullité.** L'intéressé dispose d'un **délai de trois mois** à compter de cette nomination pour se **démettre** de l'un de ses mandats. À défaut de régularisation dans ce délai, il est réputé **démissionnaire d'office.** Mais les délibérations du conseil auxquelles il aurait pris part restent valables.

- Limite d'âge

Sauf limite d'âge fixée par les statuts, le nombre des administrateurs **ayant dépassé l'âge de 70 ans** ne peut **pas être supérieur au tiers des administrateurs en fonction** (art. L 225-19, al. 2 du C. com.) Toute nomination qui enfreindrait cette règle serait nulle.

Toutefois, les statuts peuvent prévoir une limite d'âge s'appliquant, soit à **l'ensemble** des administrateurs, soit à un **pourcentage** déterminé entre eux. Contrairement au régime applicable à la

limitation légale, la violation des dispositions statutaires n'est pas expressément sanctionnée par la nullité de la nomination irrégulière. Lorsque la limitation statutaire fixée pour l'âge des administrateurs est dépassée, l'administrateur **le plus âgé est réputé démissionnaire d'office**.

- Personne morale administrateur

Une personne morale (SA, SARL, SAS, SNC, etc.) peut être nommée administrateur d'une société anonyme. Afin de remédier aux changements fréquents de la personne morale et à la dilution de responsabilité qui peut en résulter, le législateur a institué le régime du « **représentant permanent** ».

Lors de sa nomination comme administrateur, la personne morale doit « **désigner un représentant permanent** qui est soumis aux mêmes conditions et qui encourt les **mêmes responsabilités civiles et pénales** que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente » (art. L 225-20, al. 1 du C. com.).

Cette règle soulève, en pratique, de nombreuses difficultés car il est bien difficile d'assimiler entièrement à un administrateur le représentant permanent et de faire ainsi abstraction de la personne morale qu'il représente.

- Conditions de nomination du représentant permanent

Le choix par la société du représentant permanent qui la représentera est **entièrement libre, car aucune disposition légale ou réglementaire ne déclare l'organe compétent pour le choisir**. La désignation du représentant permanent **relève de la compétence du représentant légal de la personne morale administrateur**. Le plus souvent il s'agira d'un des **administrateurs** ou d'un **membre du personnel** mais ce peut être aussi une personne étrangère à la société. Cependant, cette liberté de choix est limitée car le représentant permanent est soumis « **aux mêmes conditions et obligations** » que s'il était administrateur en son nom propre. Il en résulte les conséquences suivantes : les règles relatives aux **incompatibilités, interdictions et déchéances, au cumul avec un contrat de travail, à la limite d'âge, à la limitation du nombre des mandats** en France doivent être respectées. Il n'est pas nécessaire, en revanche, que le représentant permanent soit actionnaire.

Indépendamment de ces problèmes, le choix du représentant permanent soulève d'autres questions sur lesquelles la pratique hésite quant à la solution à reconnaître. Le représentant permanent d'une personne morale administrateur peut-il en outre être administrateur de la même société en son nom propre rien ne l'interdisant.

Il semble possible de **désigner un suppléant** au représentant permanent appelé à le remplacer en cas de révocation, de démission ou de décès, afin de maintenir la fonction d'administrateur.

- Désignation du représentant permanent

Aucune disposition légale ou réglementaire n'indique **l'organe compétent** pour désigner le représentant permanent. S'agissant d'une mission de représentation de la société à l'égard des tiers, on admet que les **représentants légaux** sont qualifiés pour désigner le représentant permanent au cas où ils ne pourraient assumer eux-mêmes cette fonction. En conséquence, selon la nature de la société, ce seront les gérants, les directeurs généraux ou le président du directoire ou les directeurs généraux délégués qui procéderont à la désignation.

- Publicité de la désignation du représentant permanent

La désignation du représentant permanent doit en premier lieu être **notifiée à la société** administrée, et en second lieu faire l'objet de **mesures de publicité** chez la société administrée qui sont les suivantes :

insertion dans un journal d'annonces légales, dépôt au RCS de 2 exemplaires de l'acte de nomination, inscription modificative au RCS et enfin insertion au Bodacc à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

- Durée des fonctions du représentant permanent

Le représentant permanent exerce ses fonctions pendant la **durée du mandat** d'administrateur **de la personne morale**. Il n'est plus nécessaire pour celle-ci de préciser lors de chaque renouvellement de son mandat, si elle maintient la même personne comme représentant permanent.

En cas de **décès**, de **démission** ou de **révocation** de son représentant permanent la personne morale est tenue de notifier sans délai l'identité de son successeur (art. L 225-20, al. 2 du C. com.).

- Mission du représentant permanent

Le représentant permanent **participe** aux séances du conseil d'administration et **vote** sur les questions qui y sont débattues **au mieux des intérêts de la société administrée**. Tant qu'il est en fonction, le représentant permanent est seul qualifié pour siéger au conseil d'administration.

- Rémunération du représentant permanent

Cette **rémunération incombe à la personne morale nommée administrateur**, les fonctions de l'intéressé peuvent être **gratuites ou faire l'objet du versement d'une indemnité**.

- Responsabilité du représentant permanent

Le représentant permanent est **responsable** tant à l'**égard** de la **société administrée** qu'à l'égard de la **société administrateur comme s'il était lui-même administrateur et dans les mêmes conditions**. À l'égard de la société administrée, il encourt **les mêmes responsabilités civile et pénale** que s'il était administrateur en son nom propre (art. L 225-144, al. 1 du C. com.).

- Clauses statutaires

Les statuts peuvent valablement stipuler que les fonctions d'administrateur de la société ne pourront être exercées que si, par exemple, les intéressés justifient d'une **compétence particulière** (posséder un **diplôme** ou une **certaine ancienneté**, une qualification professionnelle ou être soit Français ou ressortissant de l'Union européenne) ou encore des personnes physiques exclusivement.

Ces clauses statutaires ne sont valables que sous réserve de ne pas priver l'assemblée générale ordinaire de toute liberté de choix.

- Administrateurs élus par les salariés

La participation des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des SA est de deux espèces :

- soit les administrateurs sont élus par le personnel salarié et leur nombre doit être fixé dans les statuts et ne peut dépasser quatre, ni excéder le tiers du nombre des autres administrateurs ou membre du conseil de surveillance.
- soit au terme d'un exercice social la participation des salariés actionnaires (actions détenues par le personnel, mais aussi celles détenues par le personnel des sociétés qui lui sont liées) dépasse le seuil de 3 % du capital social, il est indispensable que les actionnaires désignent un ou plusieurs administrateurs parmi les salariés actionnaires.

Sont seuls éligibles les salariés titulaires d'un **contrat de travail antérieur de deux années** au moins à leur désignation comme administrateur et correspondant à **un emploi effectif**. Le nombre de ces

administrateurs n'est pas pris en compte pour la détermination soit des minimums soit des maximums légaux d'administrateurs nommés par **l'assemblée générale des actionnaires**.

Cependant, cette condition d'ancienneté n'a pas à être observée si au jour de la désignation la société a moins de deux ans. En cas de non-respect de ces conditions, la sanction sera la nullité de la nomination.

b. Mode de nomination des administrateurs

- Lors de la constitution de la société

La nomination pour les **sociétés ne faisant pas publiquement appel à l'épargne** se fait **dans les statuts** (art. L 225-16 du C. com.) ; pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, elle est l'objet d'un vote spécial lors de **l'assemblée générale constitutive** (art. L 225-7, al. 2 du C. com.), qui est la première assemblée générale.

- Au cours de la vie sociale

- Nomination des administrateurs par l'assemblée générale ordinaire

Sauf le cas particulier des sociétés relevant du secteur public (loi n° 83-675 du 26 juillet 1983), la nomination des administrateurs relève de la **compétence de l'assemblée générale ordinaire**. Le plus souvent, les nominations d'administrateurs interviennent lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle appelée à statuer sur les comptes sociaux de l'exercice écoulé. Elles peuvent cependant être **décidées lors de toute autre assemblée générale ordinaire** ou même lors d'une **assemblée générale extraordinaire** si, au cours de cette assemblée, un ou plusieurs administrateurs sont **révoqués inopinément** et qu'il convient de les remplacer. **En cas de fusion ou de scission, la nomination de nouveaux administrateurs peut aussi être décidée par l'assemblée générale extraordinaire** statuant sur l'opération (art. L 225-18, al. 1 du C. com.).

En dehors du cas de nomination à la suite de révocation, toute nomination d'administrateur ou tout renouvellement de mandat ne peut valablement être décidé que si la **question figure à l'ordre du jour de la réunion de l'assemblée générale ordinaire**. Les actionnaires peuvent obtenir des informations sur les administrateurs candidats. Toute personne qui le désire peut présenter sa candidature au cours de l'assemblée générale ordinaire. Les actionnaires peuvent aussi, avant l'assemblée, proposer des projets de résolution concernant la présentation des candidats au conseil d'administration.

- Cooptation d'administrateurs

La cooptation consiste, de la part des **membres du conseil d'administration**, à **désigner eux-mêmes à titre provisoire un nouvel administrateur** dont la nomination devra ensuite être approuvée par la prochaine l'assemblée générale ordinaire. Trois hypothèses doivent être envisagées :

- Cas où le nombre des administrateurs est **inférieur au minimum légal (3)**. La **cooptation n'est pas possible** dans ce cas. Les deux administrateurs restants (voire, le seul administrateur restant), doivent **convoquer immédiatement l'assemblée générale ordinaire** en vue de compléter l'effectif du conseil, conformément aux stipulations statutaires.
- Cas où le **nombre des administrateurs est inférieur au minimum statutaire, mais sans être inférieur au minimum légal**. La **cooptation est alors obligatoire** : le conseil est tenu de compléter son effectif dans le délai de trois mois à compter du jour où s'est produit la vacance.
- Cas où le **nombre des administrateurs est égal ou supérieur au minimum statutaire**. Le conseil **peut** dans ce cas procéder à des nominations à titre provisoire.

Les cooptations d'administrateurs sont toujours faites à titre provisoire et doivent être soumises à la ratification de la plus prochaine assemblée générale ordinaire. À défaut de ratification, la nomination de l'administrateur est **annulée**, mais les délibérations prises et les actes accomplis par le conseil antérieurement à la décision de l'assemblée demeurent valables.

Si le conseil néglige de pourvoir aux postes vacants ou de convoquer l'assemblée générale ordinaire, **tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant sur requête la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale à l'effet de procéder aux nominations ou aux ratifications.**

Toute nomination intervenue en violation des dispositions ci-dessus relatives à la nomination des administrateurs dans les statuts par l'assemblée est **nulle**.

Toute nomination d'administrateur au cours de la vie sociale est soumise **aux formalités de publicité habituelles**.

- Durée des fonctions des administrateurs
 - Durée maximale des fonctions des administrateurs

La durée des fonctions est **fixée dans les statuts**. Mais elle ne peut excéder :

- **trois ans** pour les premiers **administrateurs désignés dans les statuts** lors de la constitution d'une société ne faisant pas publiquement appel à l'épargne ;
- **six ans** dans tous les **autres cas** (administrateurs nommés au cours de la vie sociale ou premiers administrateurs d'une société faisant publiquement appel à l'épargne).

Toute nomination pour une **durée supérieure** à celle prévue par la loi est **nulle**. Mais si cette nomination a été régulièrement publiée, ni la société, ni les tiers ne pourront invoquer cette nullité pour se soustraire à leurs engagements (art. L 210-9 du C. com.).

La durée des fonctions des premiers administrateurs commence, à notre avis, **à partir du jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social** et celle des administrateurs nommés au cours de la vie sociale **à partir du jour de leur nomination**.

- Renouvellement des fonctions des administrateurs

Sauf stipulation contraire portée aux statuts, les administrateurs sont **rééligibles** (art. L 225-18, al. 2 du C. com.).

Pour le régime applicable aux sociétés relevant du secteur public, la durée des fonctions des administrateurs est **fixée impérativement à cinq ans**. **Les fonctions de tous les administrateurs prennent fin le même jour**, il n'est pas possible de prévoir un roulement.

- Expiration des fonctions des administrateurs

Les fonctions d'administrateur prennent fin :

- par l'**arrivée du terme** prévu lors de la nomination ;
- par l'application des règles légales ou statutaires concernant la **limite d'âge** (70 ans) ;
- par la survenance d'un **événement personnel** empêchant l'administrateur d'exercer ses fonctions (**décès, longue maladie, incapacité, incompatibilité, interdiction, déchéance**) s'il s'agit de personnes physiques ; **disparition de la personne morale**, par exemple à la suite d'une fusion ou d'une liquidation, ou de la dissolution judiciaire prononcée par justice s'il s'agit d'une société ;
- la **nomination d'un administrateur provisoire** ou judiciaire se substituant au conseil ;
- par la **transformation** ou la **dissolution** de la société ;
- par l'**adoption du nouveau régime de SA** (directoire et conseil de surveillance ou l'inverse).

Ces fonctions prennent également fin à la suite de la **révocation** ou de la **démission** de l'administrateur intéressé.

Ces deux derniers événements méritent l'attention.

Révocation

Les administrateurs peuvent être **révoqués à tout moment** par l'**assemblée générale ordinaire** (car **ils sont révocables « ad nutum »**), que leur nomination résulte des statuts ou d'une assemblée.

La décision des administrateurs **n'a pas à être justifiée par un motif quelconque** : on dit que la révocation peut être prononcée « ad nutum ». Cette possibilité de révocation ne peut être entravée d'aucune façon. **En particulier, les statuts ne peuvent pas limiter la liberté de révocation.**

Toutefois, l'administrateur révoqué aurait **droit à des dommages-intérêts si la mesure de révocation avait été entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires à son égard.**

Démission

La démission des administrateurs peut être volontaire ou forcée.

- **Démission volontaire.** Cette démission doit résulter d'un **acte positif** de la part de l'intéressé. Le fait qu'un administrateur n'exerce plus ses fonctions depuis un certain temps ne permet pas de le considérer comme démissionnaire. L'assemblée générale des associés ne peut pas la refuser.

Un administrateur peut démissionner de ses fonctions sans avoir à le justifier.

Sur le régime général de la démission, voir série 02 où la question a été traitée dans la démission des gérants de société en nom collectif.

- **Démission forcée.** L'administrateur, frappé d'une **incapacité** ou d'une mesure **d'interdiction** ou de **déchéance, doit démissionner de ses fonctions.**

La démission d'office d'un administrateur peut aussi résulter des circonstances suivantes (personne physique titulaire de plus de cinq mandats d'administrateur ; en France, absence d'actions d'administrateur, limite d'âge, exerce une nouvelle activité incompatible avec sa fonction d'administrateur).

La cessation des fonctions impose de respecter les règles de publicité habituelles identiques à celles mises en œuvre lors de la nomination à la fonction d'administrateur.

B. Le fonctionnement du conseil d'administration

La caractéristique essentielle du fonctionnement du conseil d'administration est qu'il constitue un **organe collégial** et **autonome**. C'est collectivement que les administrateurs exercent les fonctions attribuées par la loi au conseil ; **individuellement, les administrateurs ne détiennent aucun pouvoir**. Cet organe est une entité juridique distincte des administrateurs qui le composent.

Néanmoins, **le conseil d'administration n'a pas la personnalité morale**. Tout au plus, a-t-il été jugé qu'il peut être **assigné en la personne de son président** lorsqu'il s'agit de trancher un conflit interne opposant les actionnaires et le conseil.

1. Le président du conseil d'administration

a. Nomination

Il est choisi parmi **les membres du conseil d'administration**, et par conséquent **actionnaire**, c'est forcément **une personne physique** à peine de nullité de la décision de nomination (art. L 225-47 al. 1 du C. com.).

b. Limite d'âge

À défaut de clause statutaire expresse fixant une limite d'âge, cette limite est fixée à **65 ans** (art. L. 225-48 al. 1 du C. com.). Toute nomination intervenue en violation de la règle de la limite d'âge est nulle. Lorsque le président du conseil d'administration atteint la limite d'âge il est réputé démissionnaire d'office (art. L. 225-48 C. com.).

c. Cumul de mandats

Le président du conseil d'administration est avant tout **administrateur** et de ce fait, il est assujéti aux limitations de cumul de mandats applicables aux administrateurs. Il ne peut cumuler plus de **cinq mandats de président en France**.

Le président est **nommé exclusivement par le conseil d'administration** (art. L. 225-47 al. 1 du C. com.) il est **choisi parmi ses membres**.

d. Publicité

Toute nomination ou cessation des fonctions du président du conseil d'administration doit faire l'objet des **formalités de publicité habituelles** (JAL, dépôt au greffe du tribunal de commerce, RCS, Bodacc).

e. Condition juridique du président

Le président, étant administrateur, est dans le même statut que l'administrateur, c'est un **mandataire social**. Il n'est **pas commerçant**, il **peut avoir un contrat de travail aux mêmes conditions que tout administrateur**. La rémunération du président en sa qualité de mandataire social est soumise au régime fiscal des traitements et salaires et il bénéficie aussi du régime d'assurance sociale des salariés.

f. Durée des fonctions de président

Celle-ci est fixée par les statuts ou le conseil d'administration, mais elle **ne peut pas dépasser la durée de ses fonctions d'administrateur (maximum 6 ans)**. Le président du conseil d'administration, sauf clause contraire des statuts, est **rééligible indéfiniment**.

g. Cessation des fonctions du président

Les fonctions du président prennent fin par

- le **décès** ;
- **l'arrivée du terme** ;
- **la perte de la qualité d'administrateur** pour raison quelconque (cumul de mandat, incompatibilité, interdiction, déchéance) ;
- **la démission** ;
- **l'arrivée de la limite d'âge** ;
- **la révocation** par les associés ou judiciaire.

h. Pouvoirs du président

Il **organise et dirige les travaux du conseil d'administration**, dont il **rend compte à l'assemblée générale ordinaire**, il **veille au bon fonctionnement des organes de la société** et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission (art. L. 225-51 du C. com.).

i. Direction générale

Conformément aux stipulations statutaires et sur la décision expresse du conseil d'administration, le président peut **cumuler ses fonctions** avec celles de directeur général. Si c'est le cas, toutes les dispositions légales et réglementaires relatives au directeur général lui sont applicables. (art. L 225-51 al. 3 C. com.).

j. Rémunération du président

Il perçoit d'une part, **ses jetons de présence** en sa qualité d'administrateur, lesquels peuvent être supérieurs à ceux des autres administrateurs, et d'autre part reçoit **une rémunération spécifique** fixée par le conseil d'administration, qui est **soit fixe ou soit proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices ou encore mixte**.

k. Responsabilité du président

Il est avant tout un administrateur, il engage sa **responsabilité civile et pénale** dans les mêmes conditions.

2. Délibérations du conseil d'administration

a. Convocation aux séances du conseil

- Convocation des administrateurs

Les **modes** et **délais** de convocation des administrateurs aux séances du conseil sont **librement fixés dans les statuts**. Toutefois, si le conseil ne s'est pas réuni depuis **plus de deux mois**, un groupe d'administrateurs peut, à la condition de **représenter au moins le tiers des membres en fonction**, procéder à la convocation, et fixer l'ordre du jour de la réunion (art. R 225-19, al. 2 du C. com.). Sous cette réserve la fréquence des séances du Conseil d'administration n'est pas réglementée.

D'une manière générale, les convocations doivent être adressées aux administrateurs **avec un délai suffisant pour leur permettre d'assister à la séance**. Les statuts déterminent librement les formes de la convocation (lettre simple, recommandée, recommandée avec AR, télégramme, télécopie, verbale sauf clause contraire des statuts).

Les **réunions** se déroulent en principe au **siège social** de la société à défaut de clause statutaire laissant toute liberté de choix au conseil d'administration.

L'ordre du jour de la réunion est fixé par l'auteur de la convocation ou fixé lors de la réunion du conseil.

- Convocation des commissaires aux comptes

La loi n'impose la convocation des commissaires aux comptes titulaires et pas les suppléants que dans le cas où le conseil doit examiner ou **arrêter les comptes annuels ou intermédiaires de l'exercice social écoulé** (art. L 225-238 du C. com.). Mais, si cela paraît opportun, les commissaires aux comptes peuvent aussi être convoqués **à toute autre réunion du conseil**. En toute hypothèse, la convocation doit être faite par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception** (art. R 823-9, al. 4 du C. com.).

- Convocation des représentants du comité d'entreprise

Deux membres du comité d'entreprise délégués par ce comité et appartenant, l'un à la catégorie des cadres techniciens et de la maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, **assistent avec voix**

consultative à toutes les séances du conseil d'administration, ils ont le droit d'exprimer leur avis sur les questions débattues en séance du conseil. (art. L 432-6 al. 1 C. trav.).

Dans les sociétés relevant du secteur public, la représentation du comité d'entreprise au conseil d'administration est assurée par le secrétaire de ce comité (art. L 432-5 du Code du travail).

Les délégués du comité d'entreprise ont droit **aux mêmes documents que ceux** adressés ou remis **aux membres du conseil** d'administration à l'occasion de leur réunion. Ils peuvent donc exprimer leur avis sur les questions débattues en séance du conseil d'administration. Ils peuvent aussi soumettre les vœux du comité d'entreprise au conseil d'administration, ce dernier devant donner un avis motivé sur ces vœux.

- Convocation du directeur général et des directeurs généraux délégués

Aucune disposition légale ou réglementaire n'oblige la convocation aux réunions du conseil d'administration du directeur général et des directeurs généraux délégués qui n'ont pas le statut d'administrateur. **Cependant les statuts peuvent l'imposer.**

La présence d'un tiers à une quelconque réunion du conseil d'administration ne peut être imposée soit par le président ou un administrateur.

b. Représentation des administrateurs

Sauf clause contraire des statuts, les administrateurs ont la possibilité de se faire représenter aux séances du conseil, **le mandat ne peut être donné qu'à un autre administrateur ou encore au représentant permanent d'une personne morale administrateur**, chaque administrateur ne peut représenter qu'**un seul** de ses collègues, ce mandat peut être donné par **écrit**, lettre télécopie, courrier électronique, télégramme. Il peut encore être donné au représentant permanent d'une personne morale administrateur.

c. Registre de présence

Il doit être tenu un **registre de présence** que signent tous les administrateurs participant à chaque séance du conseil (art. R 225-20 du C. com.). Ce registre de présence doit être **distinct du registre** sur lequel sont établis les procès-verbaux des délibérations du conseil. Ce registre ne peut être remplacé par des feuilles de présence.

d. Bureau du conseil

Aucune réglementation n'existant à cet égard, la composition du bureau du conseil **est déterminée librement dans les statuts**. Dans le silence des statuts les séances sont présidées par le **président du conseil d'administration**. En l'absence de celui-ci, la séance est dirigée par l'administrateur spécialement élu à cet effet par les membres présents à la réunion.

La loi ne prévoit pas de nommer un ou plusieurs vice-présidents, **c'est cependant un usage très répandu dans la pratique**, la vice-présidence est en fait **un titre honorifique** ; elle n'a aucun pouvoir sauf celui de **présider les séances du conseil d'administration en cas d'absence ou d'empêchement du président du conseil d'administration**.

e. Visioconférence

Sauf stipulation statutaire contraire, les administrateurs auront la faculté de participer aux délibérations du conseil (débat et votes) par tous moyens de visioconférences ou de télécommunication sous réserve de permettre leur identification et leur participation, ils seront réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité (art. L 225-37 al. 3 du C. com.). Ces moyens de télécommunication doivent

transmettre la voix et l'image de façon simultanée et continue, afin d'assurer l'identification et la participation effective des administrateurs qui participent à distance aux séances du CA.

Cependant, pour les décisions les plus importantes, les **moyens de visioconférences ne sont pas admis**, ce sera le cas pour :

- la nomination, révocation, fixation de la rémunération du président du conseil d'administration ;
- fixation de la rémunération et révocation du directeur général ;
- nomination, révocation, fixation de la rémunération des directeurs généraux délégués ;
- établissement des comptes annuels et du rapport de gestion ;
- établissement des comptes consolidés et du rapport sur la gestion du groupe.

f. Quorum

Le conseil ne délibère valablement que si la **moitié au moins de ses membres sont présents** (majorité absolue). Quand l'usage de la visioconférence est admis, les administrateurs participant au conseil par ce procédé sont réputés présents pour le calcul du quorum. Toute **clause contraire est réputée non écrite** (art. L 225-37, al. 1 du C. com.). Pour le calcul du quorum, il n'est donc **pas tenu compte des administrateurs représentés**.

Les décisions prises avec défaut de quorum sont susceptibles d'annulation par le tribunal de commerce du lieu du siège social.

g. Majorité

Les décisions sont prises à la **majorité des membres présents ou représentés** (art. L 225-37, al. 2 du C. com.) ; les statuts ne peuvent déroger à cette disposition qu'en prévoyant une majorité plus forte.

En principe, **la voix du président de séance (et non pas seulement le président du conseil d'administration) est prépondérante** en cas de partage des voix. Mais cette voix prépondérante peut être écartée par une stipulation expresse des statuts (art. L 225-37, al. 3 du C. com.).

h. Vote

Les administrateurs peuvent exercer **librement** leur droit de vote et ils **ne sauraient en être dépouillés** que dans les cas prévus par la loi : pour exemple, la convention entre la société et l'un de ses administrateurs.

Aucune disposition légale n'interdit d'user de conventions de vote entre les administrateurs.

i. Obligation de discrétion

Les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration (délégués du comité d'entreprise ou du personnel, commissaires aux comptes) **sont tenus d'observer la discrétion sur les informations** qui leur ont été données. La violation de cette obligation est sanctionnée seulement par **une possibilité de dommages-intérêts** (art. L 225-37, al. 4 du C. com.) perçus au profit de la société.

Il est important de noter que cette obligation de discrétion est **différente de l'obligation de secret professionnel** au sens des articles (226-13 et 226-14 du Code pénal).

j. Procès-verbaux des réunions du conseil

Après chaque réunion du conseil, il est nécessaire d'**établir un procès-verbal de la réunion** (art. D 85). **Le défaut d'établissement du procès-verbal est d'ailleurs sanctionné par la nullité des délibérations du conseil d'administration.**

De surcroît, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé d'enjoindre **sous astreinte** au président du conseil d'administration **de transcrire les procès-verbaux des réunions sur le registre spécial tenu au siège social.**

Les procès-verbaux doivent être **établis sur un registre spécial** tenu au siège social, coté et paraphé ou sur des feuilles mobiles numérotées sans discontinuité également cotées et paraphées. Le procès-verbal de chaque séance du conseil doit indiquer le nom des administrateurs présents, excusés absents, fait état de la présence ou de l'absence des personnes convoquées, ils contiennent un résumé des débats ainsi que bien entendu les résolutions mises aux voix et le résultat des votes.

Le procès-verbal est signé par le président de séance et au moins un administrateur. En cas d'empêchement du président, il est signé par au moins **deux administrateurs** (art. R 225-23 al. 2 du C. com.). Ces procès-verbaux ne font foi que jusqu'à preuve du contraire, car ces actes ne sont pas qualifiables d'actes sous seing privé.

2. Pouvoirs du conseil d'administration

a. Étendue des pouvoirs du conseil

Le conseil d'administration **détermine les orientations de l'activité de la société** et veille à leur mise en œuvre ainsi que **la bonne marche de la société et le règlement des affaires sociales.** Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, **il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle, par ses délibérations, les affaires qui la concernent** (art. L, 225-35 al. 1^{er} C. com.).

Si le conseil adopte une décision impliquant un **engagement de la société à l'égard des tiers** (par exemple, décision de conclure ou résilier un contrat), dans ce cas, il lui appartient **de demander au directeur général de l'exécuter.**

En définitive, le conseil d'administration **se borne à exprimer son avis sur les grandes orientations** de la direction et à exercer sur la conduite des affaires sociales une surveillance plus ou moins active. Il reste néanmoins **certaines décisions qui relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration et dont ce dernier ne saurait être déchargé.**

Dans les **sociétés relevant du secteur public**, aucune décision relative aux grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'entreprise ne peut intervenir sans que le **conseil d'administration** (ou de surveillance) **en ait préalablement délibéré** (art. 7 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983).

Le paragraphe qui précède est d'une importance capitale pour comprendre la répartition des pouvoirs entre le directeur général et le conseil d'administration. Bien que les pouvoirs reconnus au conseil soient largement affirmés, les tribunaux ont posé la règle suivant laquelle chaque organe dans la société anonyme a une compétence qu'un autre organe ne peut pas lui enlever. **C'est la règle dite du principe hiérarchique.**

b. Limitation des pouvoirs du conseil

En principe, traditionnellement, le conseil n'a de pouvoirs que dans la limite de **l'objet social.** Mais cette limitation n'a d'effet qu'à l'égard des actionnaires. Et les limitations apportées au pouvoir du conseil d'administration doivent être prises en compte.

Dans les rapports avec les tiers, **la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social,** à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances. (art. L 225-35 al. 2 du C. com.).

Les assemblées et les dispositions statutaires peuvent cependant limiter les pouvoirs du conseil dans ses rapports avec les actionnaires. Mais en vertu de la règle du pouvoir hiérarchique dans la SA, **l'assemblée ne peut pas retirer pratiquement au conseil ses pouvoirs d'administration.**

c. Pouvoirs propres du conseil

Il tient de la loi certaines attributions. Exemples : choix d'une seule personne pour assumer d'une part, la présidence du conseil d'administration et d'autre part celle de directeur général ; déplacement du siège social au sien du même département, convocation **des assemblées générales, établissement des comptes sociaux et du rapport annuel de gestion, autorisation des conventions réglementées, cooptation d'administrateurs, nomination et révocation du président du conseil d'administration, du directeur général, des directeurs généraux délégués, nomination des membres des comités d'études et fixation de la rémunération des membres non administrateurs**, attribution d'un mandat spécial à un de ses membres ou à un tiers, répartition des **jetons de présence**, documents de gestion prévisionnelle et leurs rapports pour les sociétés importantes.

Plus spécialement seront examinés ici les deux pouvoirs suivants :

- Direction générale

Le Conseil d'administration est l'organe compétent pour décider si les fonctions de directeur général sont exercées par **le président du conseil d'administration** ou par **une autre personne physique exclusivement** (art. L 225-51-1 al. 2 du C. com.).

Ce sont les statuts qui doivent définir les conditions à observer par le conseil d'administration (conditions de majorité, de délais, de nomination).

C'est également **le conseil d'administration qui nomme et révoque le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, un administrateur délégué dans les fonctions de président.**

- Transfert du siège social

Le conseil d'administration peut décider le transfert du siège social mais seulement dans **le même département ou dans un département limitrophe** et sous réserve de **ratification ultérieure** de cette décision par **l'assemblée générale ordinaire suivante** (art L 225-36 du C. com.). Si l'assemblée ne ratifiait pas le transfert, la décision du conseil deviendrait caduque.

- Cautions, avals et garanties

Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés **autres que** celles exploitant **des établissements bancaires** ou **financiers** doivent être préalablement autorisés par le conseil d'administration (art. L 225-35, al. 4 du C. com.). Par ailleurs, il doit s'agir de garanties données par la société.

1. Conditions d'octroi de l'autorisation du conseil

- L'autorisation doit être préalable et donnée pour un **montant limité**.
- Le conseil d'administration ne peut pas donner son autorisation **pour plus d'un an**.
- Le conseil d'administration peut, sans limite de montant, **autoriser son directeur général à donner, à l'égard des administrations fiscales et douanières, des cautions, avals ou garanties, au nom de la société (art. R 225-28, al. 3 du C. com.)**.
- **Le directeur général a la possibilité de déléguer les pouvoirs reçus du conseil pour accorder des garanties au nom de la société.**

2. Sanctions

- Absence d'autorisation du conseil. Si les cautions, avals ou garanties ont été consentis sans autorisation préalable du conseil, **l'engagement est inopposable à la société** Et toute délibération ultérieure, qu'elle émane soit du conseil d'administration soit de l'assemblée générale emportant régularisation, est inopérante.

- Dépassement des limites fixées par le conseil. Si les cautions, avals ou garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, **le dépassement ne peut pas être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance**. Si l'engagement est inférieur aux limites fixées par le conseil d'administration la garantie octroyée sera valable.
- Dépassement du délai d'un an. Il a été jugé que la garantie accordée dans ce cas n'était pas frappée de nullité.

La question des garanties données par une société est d'une extrême importance pratique.

d. Droits propres des administrateurs

Chaque administrateur a le droit d'exiger de la direction de la société que lui soient fournis **tous les éléments** (d'ordre administratif, financier, technique, juridique, etc.) **lui permettant de vérifier et de juger les conditions dans lesquelles sont conduites les affaires sociales**, et lui permettant aussi d'être **pleinement éclairé** sur les décisions à prendre. En cas de refus de la direction de la société, l'administrateur ne peut, à notre avis, se procurer les documents directement auprès du personnel.

3. Rémunération des administrateurs

En rémunération de leur activité au sein du conseil d'administration, les administrateurs ne peuvent recevoir qu'une somme fixe annuelle dite « **jetons de présence** » (art. L 225-45 du C. com.). Les jetons de présence sont indépendants des bénéfices réalisés par la société. Il s'agit d'une **somme annuelle fixée globalement** que les administrateurs se répartissent ensuite. Cette somme est **fixée par l'assemblée générale des actionnaires, qui dispose d'une totale liberté pour en fixer le montant**. Cette allocation globale des jetons de présence est librement répartie par le conseil d'administration entre ses membres. Il s'agit d'une **rémunération** qu'il faut distinguer des sommes allouées en outre à tel ou tel administrateur au titre d'un contrat de travail, de la rémunération du président ou des directeurs généraux ou de rémunérations exceptionnelles pour des missions ou mandats particuliers n'entrant pas dans les attributions d'un administrateur. **Dans les sociétés relevant du secteur public, les administrateurs représentant l'État ou les salariés exercent leurs fonctions gratuitement**. Toutefois, ils peuvent se faire **rembourser par la société les frais** qu'ils ont exposés à cette occasion.

a. Rémunérations exceptionnelles

Le conseil d'administration a la faculté d'allouer aux administrateurs des rémunérations exceptionnelles pour les **missions ou mandats** qu'il leur confie, comme par exemple des études. Ces **rémunérations exceptionnelles** doivent correspondre à **un travail effectif et ne pas être exagérées**.

L'attribution de rémunérations **exceptionnelles constitue une convention entre la société et l'un de ses administrateurs**, elle doit donc faire l'objet de la procédure spéciale applicable aux conventions réglementées de cette nature.

b. Sanctions

Les administrateurs ne peuvent recevoir de la société **aucune rémunération**, permanente ou non, autre **que celles visées ci-dessus (jetons de présence, rémunérations exceptionnelles)**, et celles attribuées soit au président du conseil d'administration ou soit aux directeurs généraux ou encore à certains administrateurs en contrepartie de leur travail salarié.

Le conseil d'administration a la faculté d'autoriser le remboursement des frais (voyages, déplacement) engagés par les administrateurs dans l'intérêt de la société (art. R 225-33 al. 2 du C. com.).

C. Conventions entre la société et ses administrateurs

Les conventions directes ou indirectes entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux (général ou délégué) ou certains actionnaires sont soumises à un contrôle qui comprend une **autorisation préalable** du conseil d'administration, puis un **vote de l'assemblée générale ordinaire** après audition d'un rapport spécial des commissaires aux comptes.

1. Domaine de la réglementation

a. Conventions interdites

Il est interdit à un administrateur :

- de contracter sous quelque forme que ce soit des **emprunts** auprès de la société ;
- de se faire consentir par elle un **découvert**, en compte courant ou autrement ;
- de faire **cautionner (réel ou personnel)** ou **avaliser** par elle ses engagements envers des tiers (art. L 225-43, al. 1 du C. com.).

La même interdiction s'applique :

- au **directeur général** (administrateur ou non) ;
- aux **directeurs généraux délégués** ;
- aux **représentants permanents des personnes morales administrateurs** ;
- aux **conjoint, ascendants et descendants des administrateurs, directeurs généraux ou représentants permanents des personnes morales** ;
- et, d'une manière générale, à toute **personne interposée, l'interposition de personne ne se présume pas elle suppose de rapporter la preuve que le bénéficiaire officiel n'est qu'un bénéficiaire apparent.** (art. L 225-43, al. 3 du C. com.).

Les emprunts, découverts, avals ou garanties irrégulièrement contractés sont nuls.

Cette nullité est d'ordre public et constitue une nullité absolue, elle ne peut faire l'objet d'une confirmation. Cette action en nullité se prescrit par **trente ans**.

Toutefois cette interdiction n'est pas applicable, lorsque **l'administrateur est une personne morale**, lorsqu'un **prêt** est consenti par la société à un **administrateur élu par les salariés**, lorsque la société exploite un **établissement bancaire ou financier** à condition qu'il s'agisse d'opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales (art. L 225-43, al. 2 du C. com.).

b. Conventions libres

Sont libres les « conventions portant sur des **opérations courantes conclues à des conditions normales** » (art. L 225-39 du C. com.).

Par opérations courantes, il faut entendre celles qui sont effectuées par la société d'une **manière habituelle** dans le cadre de son activité, c'est-à-dire son **objet social**.

Les conditions peuvent être considérées comme **normales** lorsqu'elles sont **habituellement pratiquées par la société** dans ses rapports avec les tiers.

En principe, la personne intéressée doit communiquer la convention au président du conseil d'administration sauf si elle ne présente pas de caractère significatif pour les parties.

c. Conventions réglementées

- Personnes et entreprises visées par la réglementation

Le contrôle est applicable aux conventions conclues directement entre la société et l'un de ses **administrateurs** ou son **directeur général** ou l'un de ses **directeurs généraux délégués** ou, un **actionnaire personne physique ou morale** ou toute société contrôlant une société actionnaire qui **détient plus de 10 % des droits de vote**.

Le contrôle est applicable **lorsque l'administrateur** ou le directeur général, sans être personnellement partie au contrat, **est indirectement intéressé à celui-ci**. (art. L 225-38, al. 2 du C. com.).

Sont également soumises à la réglementation les conventions qui sont conclues entre la société et une autre entreprise, **si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire de cette entreprise ou est associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de la société qui l'exploite**.

- Nature des opérations soumises à autorisation préalable

La loi vise **toutes les conventions** sans aucune distinction.

Il est à noter que la convention qui fixe la rémunération du président du conseil d'administration, du directeur général ou d'un directeur général délégué n'est pas soumise au contrôle, de même pour les conventions conclues avec une personne avant son entrée en fonction.

Cependant, depuis le 1^{er} mai 2005 dans les SA dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, sont soumis à la procédure de contrôle des conventions réglementées les conventions prises au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux, directeurs généraux délégués ou membres du directoire par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle et correspond à des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, les mêmes engagements pris en faveur de salariés nommés aux fonctions de direction et stipulés dans leur contrat de travail sont de même soumis à la procédure.

2. *Procédure*

L'administrateur, l'actionnaire ou le dirigeant intéressé doit **informer le conseil d'administration** dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle le contrôle est applicable. **Le conseil statue** sur l'autorisation sollicitée. **L'administrateur intéressé ou le directeur général ne peut pas prendre part au vote** (art. L 225-40, al. 1 du C. com.).

Le président du conseil d'administration **avise les commissaires aux comptes** des conventions autorisées dans le délai **d'un mois** à compter de la conclusion desdites conventions.

Ces commissaires aux comptes doivent présenter à l'assemblée générale ordinaire un **rapport spécial** sur lesdites conventions ; ce rapport contient l'énumération des conventions, **le nom des personnes intéressées, la nature et l'objet des conventions. Tout particulièrement, ce rapport doit indiquer la nature, le montant et toutes les modalités d'octroi pour chacun des avantages ou indemnités dus ou susceptibles d'être dus aux dirigeants**.

Après audition du rapport spécial des commissaires aux comptes, **l'assemblée générale ordinaire statue** sur les conventions et les approuve ou les désapprouve (art. L 225-40, al. 2 et 3 du C. com.).

3. *Conséquences du vote de l'assemblée générale ordinaire*

Si l'assemblée approuve la convention, celle-ci produit ses effets à l'égard des tiers, sauf si elle est **annulée pour fraude** (art. L 225-41, al. 1 du C. com.).

Si l'assemblée générale **désapprouve la convention, celle-ci produit quand même ses effets à l'égard des tiers sauf, encore, si elle est annulée pour fraude** (art. L 225-41, al. 1 du C. com.).

Mais, même en l'absence de fraude, les conséquences préjudiciables à la société de cette convention peuvent être mises à la charge de l'administrateur, de l'actionnaire ou du directeur général intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration.

4. Sanctions de l'inobservation des prescriptions légales

a. Défaut d'autorisation préalable du conseil

Dans ce cas, les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil, soit que celui-ci n'ait pas été consulté, soit qu'il ait refusé de donner son autorisation, **peuvent être annulées (nullité facultative)** si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société (art. L 225-42, al. 1 du C. com.). Il s'agit d'une nullité facultative. **La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale ordinaire.** L'action en nullité se prescrit par **trois ans**, ce délai n'est pas un délai préfix, mais un véritable délai de prescription, en conséquence **il peut faire l'objet soit d'une suspension ou soit d'une interruption.**

b. Défaut d'accomplissement des autres formalités

Si le conseil a autorisé la convention mais que par exemple il n'y a pas eu d'avis ou de rapport spécial des commissaires aux comptes préalable au vote de l'assemblée, **la nullité ne peut pas être prononcée. La seule sanction est l'obligation pour l'intéressé de supporter les conséquences dommageables subies par la société.**

Les conventions entre administrateurs, actionnaires, directeurs généraux et la société constituent une question pratique de la plus haute importance. Les étudiants doivent donc plus spécialement étudier cette question.

D. Responsabilité des administrateurs

1. Responsabilité civile des administrateurs

a. Cas où la responsabilité civile des administrateurs est engagée

Fautes engageant la responsabilité des administrateurs, action engagée par la société ou les tiers.

Ces fautes peuvent consister en :

- **infractions aux dispositions législatives ou réglementaires** applicables aux sociétés anonymes (annulation de la société ou des actes ultérieurs, inobservation des règles de fonctionnement du conseil d'administration) ;
- **violation des statuts** ;
- **fautes de gestion** (tous les actes contraires aux intérêts de la société, actes de gestion imprudents, de négligence, défaut de surveillance des employés, du directeur général) ;
- **convention conclue sans agrément du conseil d'administration.**

Les fautes de gestion peuvent consister par exemple :

- à des **actes de gestion imprudents**, tels que création d'effets de complaisance ;
- à des **actes de négligence**, tels que l'absence régulière aux séances du conseil d'administration ;
- à **l'utilisation abusive des fonds sociaux** en vue de favoriser des sociétés dans lesquelles un administrateur a des intérêts personnels. La responsabilité des administrateurs ne peut être recherchée que si la faute commise est génératrice d'un préjudice et s'il existe une relation directe entre ladite faute et ce préjudice.

b. Étendue de la responsabilité des administrateurs

Les administrateurs peuvent être responsables **individuellement**. Mais le tribunal de commerce du lieu du siège social peut aussi décider qu'ils répondront **solidairement** des fautes commises par l'un

d'entre eux, ce sera le cas lorsque la faute est commune ou collective, lorsqu'elle est l'œuvre du Conseil tout entier. (art. L 225-251 al. 1 du C. com.).

Dans les sociétés relevant du secteur public, les représentants des salariés bénéficient d'un régime de responsabilité atténuée (art. L 22, al. 2 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983).

c. Action en responsabilité

Il s'agit là d'une question de procédure, tendant à déterminer dans quelles conditions l'action peut être portée devant les tribunaux. **Cette action** ne peut être **exercée** que **par la personne** (actionnaire ou tiers) **ayant personnellement subi un préjudice**, indépendamment de celui éventuellement subi par la société. Cette dernière peut mettre en œuvre **l'action sociale** qui est **destinée à réparer le préjudice subi par la société, elle a pour objet le maintien ou la reconstitution du patrimoine social**.

Cette action sociale ne sera valable que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux, ou si le tribunal a désigné un mandataire ad hoc aux fins de représenter la société dans l'instance en cours, dans l'hypothèse où il existe un conflit d'intérêt entre ses représentants légaux et celle-ci.

Cette action en responsabilité des administrateurs de la société se prescrit par **trois ans** à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, du jour de sa révélation. Mais si le fait est **qualifié de crime, la prescription sera de 10 ans**. En cas de fraude, le point de départ de la prescription est le jour de la révélation de cette fraude.

Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre un administrateur pour une faute commise dans l'accomplissement de son mandat.

2. Responsabilité pénale des administrateurs de droit ou de fait

Le législateur punit de peines **d'amendes** et de **prison** un certain nombre de fautes qu'il estime particulièrement graves. La principale d'entre elles, que l'on rencontre régulièrement en pratique, est **l'usage abusif des biens de la société (ABS)**. On entend par là, par exemple, le fait par le directeur général d'une société de s'attribuer, de son propre chef, **une rémunération qu'il savait excessive** eu égard aux ressources de la société, ou encore le fait de **percevoir à son profit personnel les redevances provenant de la cession de brevets** dont les dépenses de recherche et de mise au point avaient été supportées par la société. En d'autres termes, **user des biens sociaux à des fins personnelles** et non dans l'intérêt de la société. Cependant la responsabilité pénale peut aussi être recherchée pour **abus de pouvoirs ou de voix, distribution de dividendes fictifs, présentation de faux bilans, présentation de comptes sociaux infidèles, absence d'établissement des comptes**.

Il est à noter que dans la vie professionnelle les commissaires aux comptes doivent particulièrement connaître l'existence des **délits susceptibles d'être reprochés aux administrateurs** car ils sont **tenus** de les **dénoncer, lorsqu'ils en ont connaissance**, au Procureur de la République. Et les tribunaux estiment que les commissaires aux comptes ne peuvent jamais se disculper en faisant valoir qu'ils ne connaissaient pas exactement les conditions légales d'existence du délit. Leur capacité professionnelle les amène à être dans l'obligation de savoir ce qu'est la loi.

Personnes susceptibles d'être mises en cause

Les **présidents, administrateurs, directeurs généraux, directeurs généraux délégués** mais aussi toute personne qui **directement** ou par **personne interposée** aura en fait exercé la direction, l'administration ou la gestion de la société, elle concerne également les **représentants permanents** des personnes morales administrateurs (dirigeants de fait).

Ces mêmes sanctions sont de même applicables aux personnes complices des mêmes faits.

II. Les organes de direction de la société anonyme

Ces organes sont le **directeur général** et les **directeurs généraux délégués**. Ceux-ci peuvent se faire assister par des **comités d'études**.

Lorsque le fonctionnement de la société est paralysé, il est possible de demander en justice la nomination d'un **administrateur provisoire**.

En principe, le président du conseil d'administration n'assure pas la direction générale de la société.

A. Le directeur général

1. Nomination

Le directeur général peut être **choisi parmi les membres du conseil d'administration ou en dehors d'eux**. Ce doit être exclusivement une **personne physique** à peine de nullité de la décision de nomination (art. L 225-47, al. 1 du C. com.). Il n'est **pas forcément actionnaire** de la société. Il est **nommé et révoqué par le conseil d'administration**.

S'il est **étranger**, il doit être **titulaire de la carte de commerçant étranger** sauf ceux dispensés, les ressortissants de l'espace économique européen des vallées d'Andorre, de Monaco et de la République populaire d'Algérie, ainsi que les détenteurs de la carte de résident (résidence ininterrompue de 3 ans sur le sol français).

Les statuts peuvent prévoir une limite d'âge, à défaut de disposition expresse, elle est fixée à 65 ans. Toute nomination intervenue en violation de cette règle est nulle, et lorsque le directeur général atteint la limite d'âge, il est réputé **démissionnaire d'office**.

Nul ne peut exercer simultanément plus d'**un mandat** de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français (art. L 225-54-1, al. 1 du C. com.). Cette limitation est aussi applicable au cumul des mandats de **directeur général unique et de membre du directoire**.

Au regard des articles L 225-54-1 et L 225-67 du C. com. **est autorisé l'exercice simultané de la direction générale par une personne physique dans une société et dans une autre qu'elle contrôle au sens de l'article L 233-16 du C. com.**

En outre, des conditions particulières sont exigées (nationalité, diplôme) des directeurs généraux pour les sociétés d'exercice libérales.

La nomination doit être publiée au registre du commerce et des sociétés, au Bodacc, dans un journal d'annonces légales **du lieu du siège social**.

La **limite d'âge** est fixée à **65 ans, à défaut de mention expresse dans les statuts**, introduite à tout moment (art. L 225-54, al. 1 du C. com.). Toute nomination prise en contravention des stipulations statutaires est nulle.

2. Condition juridique du directeur général

Le directeur général n'a **pas** la qualité de **commerçant** (art. L 121-1 C. com.) ; il **peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que le contrat de travail soit réel et sérieux** dans les **mêmes conditions qu'un administrateur** ; il est alors soumis au même régime que les salariés en vertu du contrat de travail. Mais **son mandat de directeur général ne lui vaut pas le statut de salarié** quoiqu'il donne droit exceptionnellement au **régime fiscal des salariés** et au **statut d'assuré**

social ainsi qu'au régime de retraite des cadres. Cependant, le cumul suppose des attributions salariales bien déterminées et subordonnées à l'égard de la société.

3. *Durée des fonctions du directeur général*

Celles-ci sont **fixées** par les **statuts ou le conseil d'administration** ; qu'il soit administrateur ou non. Le directeur général est **rééligible** librement, sauf clause contraire des statuts.

Les fonctions peuvent cesser par un des événements suivants :

- **arrivée du terme** ;
- par la **démission** ;
- par la **limite d'âge** ;
- par la **révocation** ;
- par le **décès** ou la survenance d'une **incapacité, incompatibilité ou d'une déchéance** ;
- par la **transformation** ou la **dissolution** de la société ;
- adoption du régime du **directoire et du Conseil de surveillance**.

La cause principale est la **démission ou la révocation** qui **peut toujours intervenir librement** quand le conseil le veut. Un directeur général révoqué dans des conditions injurieuses ou vexatoires obtiendrait des dommages-intérêts, à la condition d'en rapporter la preuve et le plus souvent de saisir la juridiction compétente, soit le tribunal de commerce du lieu du siège social.

La **nomination** comme la **cessation des fonctions** doit être **publiée au registre du commerce et des sociétés**, dans un **journal d'annonces légales** du département du siège social, au **Bodacc**, à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

4. *Pouvoirs du directeur général*

Le directeur général jouit des pouvoirs les plus étendus dans la **limite de l'objet social** pour assurer la **direction générale** de la société. Il **représente la société vis-à-vis des tiers**, et agit au nom de celle-ci en toutes circonstances.

Dans ses rapports avec le conseil d'administration et les assemblées générales, le directeur général jouit du **pouvoir de direction** que ni le conseil ni l'assemblée ne peuvent lui retirer (**pouvoir hiérarchique dans la société anonyme**). Ceux-ci peuvent limiter en partie ses pouvoirs, de même que les statuts de la société, mais sans aller jusqu'à le priver de son pouvoir de direction. La limite est difficile à fixer. Mais on doit considérer que le directeur général doit toujours assumer **les fonctions de direction**. C'est la conséquence de la règle du pouvoir hiérarchique dans la SA.

5. *Rémunération du directeur général*

Celle-ci est **librement fixée par le conseil d'administration qui dispose d'une compétence exclusive**. Toutefois une rémunération excessive pourrait donner lieu à la qualification de délit d'abus de biens sociaux. Cette rémunération peut être **fixe ou variable ou encore les deux ou proportionnelle aux bénéfices ou du salaire de telle catégorie professionnelle déterminée**. La fixation de la rémunération du directeur général ne constitue pas une convention réglementée soumise à la procédure de contrôle fixée par les articles L 225-38 et s. du C. com.

La modification de la rémunération du directeur général ne peut pas, sauf accord de celui-ci avoir un effet rétroactif, de même que la suppression de cette rémunération.

Le montant des rémunérations et avantages attribués au directeur général doit être **indiqué dans le rapport annuel de gestion**. Cette rémunération est soumise au même régime fiscal que celle du président du conseil d'administration.

6. Responsabilité du directeur général

Il encourt la même responsabilité de principe **civile, pénale et fiscale que les administrateurs**. Il est responsable individuellement ou solidairement avec les administrateurs. Cependant, sa responsabilité personnelle ne peut être engagée que s'il a commis une faute détachable de ses fonctions et imputable personnellement. Mais, il encourt une **responsabilité supplémentaire en tant que chargé de la direction générale de la société, en sa qualité de chef d'entreprise**. Il peut être condamné au paiement des impositions et pénalités dues par la société, pour des manœuvres frauduleuses ou pour inobservation grave et répétée des obligations fiscales. **De plus, il peut aussi subir l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires pour action en complément de passif (sous certaines conditions).**

Dans le cadre de la responsabilité fiscale la loi de finances pour 1980 a étendu la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux.

B. L'administrateur délégué

Le **conseil d'administration** peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président dans les deux cas suivants (art. L 225-50 du C. com) :

- **empêchement temporaire du président (maladie, hospitalisation, incarcération) ;**
- **décès du président.**

La délégation ne peut donc être donnée pour des motifs de simple convenance personnelle.

L'administrateur délégué **doit remplir les mêmes conditions que le président du conseil d'administration** lui-même. La nomination de l'administrateur délégué est soumise aux mêmes formalités de publicité que celle du président. **Cependant, la règle concernant le cumul des mandats ne semble pas applicable à l'administrateur délégué.**

En cas de décès **la délégation prend fin au jour de l'élection du nouveau président du conseil d'administration**. En cas d'empêchement du président elle prendra fin au terme établi par le conseil d'administration lors de la nomination.

Les pouvoirs dont dispose l'administrateur délégué sont identiques à ceux du président, sauf décision contraire.

C. Les directeurs généraux délégués

Le directeur général délégué est obligatoirement une **personne physique** chargée **d'assister le directeur général**. Il n'a donc qu'un rôle **d'auxiliaire du directeur général auquel il est subordonné**, cependant il dispose des mêmes pouvoirs que le directeur général.

Le directeur général délégué est un **mandataire de la société**. Il ne doit donc pas être confondu avec un directeur technique qui est un salarié nommé. Il arrive cependant en pratique que le directeur général soit aussi lié par un contrat de travail à la société et soit ainsi en plus un directeur technique. Le directeur général délégué peut être choisi soit parmi les membres du conseil d'administration, soit en dehors d'eux.

1. Nomination du directeur général délégué

Le directeur général délégué peut être **choisi parmi les membres du conseil d'administration** ou **en dehors d'eux**, il n'est **pas obligé d'être actionnaire** de la société.

Ce sont les statuts qui fixent le nombre maximal de directeurs généraux délégués qui ne doit pas dépasser **cinq** (art. L 225-53 al. 2 du C. com.).

Le directeur général délégué est obligatoirement une **personne physique** (art. L 225-53 du C. com.).

Les règles de capacité, d'incompatibilité, d'interdictions, de déchéance, définies pour les administrateurs sont applicables aux directeurs généraux délégués.

2. Durée des fonctions du directeur général délégué

La **durée des fonctions** du directeur général délégué est **fixée par le conseil d'administration** en accord avec le directeur général. Le directeur général délégué peut être **révoqué à tout moment** mais seulement **par le conseil d'administration et sur proposition du directeur général**, ces fonctions cesseront également par l'arrivée du terme, la limite d'âge, une incompatibilité, déchéance, incapacité, démission, décès, transformation ou dissolution de la société.

3. Cumul des mandats

Aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit de limitation au nombre de postes de directeur général délégué qu'une seule personne peut exercer. Simultanément, en conséquence **le cumul de plusieurs mandats de directeur général délégué est possible sauf clause contraire des statuts**.

4. Pouvoirs du directeur général délégué

Les **pouvoirs** du directeur général délégué sont **fixés par le conseil d'administration en accord avec le directeur général cette délégation n'a de valeur qu'en interne**. Ainsi, les directeurs généraux délégués peuvent recevoir des pouvoirs moindres que ceux du directeur général. Mais à l'égard des tiers, les limitations des pouvoirs du directeur général délégué ne sont pas opposables, car ceux-ci disposent des mêmes pouvoirs que le directeur général (art. L 225-56 II al. 2 du C. com.).

5. Rémunération du directeur général délégué

La **rémunération** du directeur général délégué est aussi **fixée par le conseil d'administration** (art. L 225-53 al. 3 du C. com.). La fixation de cette rémunération ne constitue pas une **convention réglementée soumise à la procédure de contrôle**.

6. Responsabilité du directeur général délégué

Le directeur général délégué est **responsable civilement** à l'égard de la **société** ou des **tiers** de ses **fautes personnelles**, conformément aux règles du droit commun.

Sa **responsabilité pénale** est analogue à celle du directeur général, elle peut être retenue soit comme auteur principal des faits, soit comme complice, coauteur.

S'il est administrateur de la société, il encourt de plus les responsabilités (civile et pénale) attachées à cette qualité.

Si la société fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires en sa qualité de dirigeant social, **le directeur général délégué peut être l'objet d'une action en réparation du préjudice personnel qu'il a causé à un associé ou à un créancier**.

D. Comités d'études

Le conseil d'administration **peut seul décider la création de comités d'études ou de direction, une clause statutaire ne saurait restreindre les pouvoirs du conseil d'administration qui est obligé de conserver sous sa responsabilité l'activité de ces comités d'étude** (art. R 225-29, al. 2 du C. com.).

Il fixe alors les **attributions** de ces comités dont le rôle ne peut en aucun cas empiéter sur les pouvoirs des organes sociaux et une **allocation spéciale** revenant à ses membres. Les comités d'études ne peuvent avoir qu'un **pouvoir consultatif**. Exemples : comités de sélection des dirigeants, pour fixer leur rémunération, comités d'audit.

Le conseil d'administration est habilité à soumettre à leur examen des sujets entrant dans leur secteur de compétence. Dans le cadre de la compétence propre de chaque comité d'étude, les questions à examiner peuvent être soumises à celui-ci par le conseil d'administration ou le directeur général.

Les membres de ces comités d'études engagent leur responsabilité dans les conditions de droit commun (civile et / ou pénale) s'ils ne respectent pas les limites de leurs attributions.

E. Administrateur judiciaire ou administrateur provisoire

Lorsque le **fonctionnement** de la société est **paralysé**, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce du lieu du siège social, statuant en référé, la désignation d'un **administrateur judiciaire** auquel le tribunal fixera la mission qu'il convient. **Tout intéressé peut être les organes d'administration, de direction, un actionnaire, un groupe d'actionnaires, un créancier.**

Cet administrateur judiciaire, non partie à la procédure, prend acte de sa mission par la signification de l'ordonnance ou du jugement qui lui est faite, **il a les pouvoirs que le tribunal** (ou le président du tribunal de commerce en référé) **lui a fixés**. Celui-ci détermine aussi sa rémunération, qui est en principe une charge de la société, cependant, elle peut être mise à la charge de l'actionnaire demandeur.

Toute nomination d'un administrateur judiciaire est soumise aux règles de publicité habituelles et elle doit être publiée au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social. **La nomination de l'administrateur provisoire entraîne corrélativement le dessaisissement de leurs fonctions les organes sociaux**, dont l'administrateur provisoire recueille par l'autorité judiciaire les pouvoirs légaux.

Les **fonctions** d'administrateur provisoire **cessent** lorsque le **fonctionnement** de la société n'est **plus paralysé** et que le tribunal en a pris acte par une décision mettant fin aux fonctions dudit administrateur.

Dans l'exercice de sa mission **l'administrateur judiciaire** désigné pour mettre un terme à la crise affectant la société **est de toute façon responsable civilement et pénalement**, du fait qu'il assume la gestion de la société sous sa propre responsabilité. Si l'administrateur se permet de passer un acte qui dépasse l'enveloppe de ses pouvoirs, la sanction sera la nullité de cet acte.

Les fonctions de l'administrateur judiciaire nommé sans limitation de **durée prennent fin le jour où les circonstances exceptionnelles qui ont justifié sa nomination ont cessé d'exister**, sous réserve expresse qu'une décision judiciaire soit prise à cet effet.

Section 2. Directoire et conseil de surveillance

La gestion de la société anonyme par un directoire et un conseil de surveillance repose sur la distinction entre les **fonctions de direction** et le **contrôle de cette direction**. La gestion de la société est dissociée alors que, dans la formule traditionnelle, elle est assumée par le **seul conseil d'administration chargé de la bonne marche sociale**, ainsi que des orientations stratégiques des activités sociales, mais également des organes de direction (**directeur général et directeurs généraux délégués**) et par le directeur général qui a en charge la gestion courante de la société anonyme.

I. *Le directoire*

A. Les membres du directoire

1. *Nombre de membres du directoire*

Le nombre des membres du directoire (organe social) est fixé dans les statuts et ne peut pas en principe être **supérieur à cinq ni inférieur à deux**. Toutefois, ce nombre est porté à **sept** lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé (art. L 225-58, al. 1 du C. com.).

Quand le capital social est inférieur à 150 000 € (1 000 000 F), le directoire peut n'être composé que **d'une seule personne**, appelée alors **directeur général unique** (art. L 225-58, al. 2 et L 225-14, al. 2 du C. com.).

2. *Nomination des membres du directoire*

Les **membres du directoire peuvent ne pas être actionnaires**. Ils doivent être obligatoirement des **personnes physiques**. Ils doivent avoir **la même capacité que les administrateurs (civile)**. Un étranger doit donc être doté de la carte de commerçant étranger, sauf dérogation.

Les mêmes **incompatibilités, interdictions et déchéances**, valant pour les administrateurs, sont applicables aux personnes voulant être membres du directoire. Si un membre du conseil de surveillance est nommé membre du directoire, **ses fonctions cessent immédiatement** au conseil de surveillance (interdiction de cumul, c'est une incompatibilité).

Les statuts doivent fixer une limite d'âge qui, à défaut de disposition statutaire expresse, sera légalement de **65 ans**.

Une des différences les plus caractéristiques entre la formule du directoire et celle du conseil d'administration est que les **membres du directoire peuvent cumuler les fonctions de membre du directoire et de salarié de la société**. Il suffit que le **contrat de travail soit effectif et corresponde à des fonctions précises**. Ainsi, il peut être nommé membre du directoire alors qu'il est déjà salarié, ou devenir salarié alors qu'il est déjà membre du directoire. Toute nomination est soumise aux règles de publicité habituelles.

Une même personne ne peut pas assumer **simultanément plus d'un poste** de membre du directoire, ni exercer les fonctions de directeur général unique dans des sociétés anonymes ayant leur siège social en France.

Seul le conseil de surveillance peut nommer les membres du directoire, ou le directeur général unique (art. L 225-59 al. 1 du C. com.). La révocation des membres du directoire relève de la compétence de **l'assemblée générale ordinaire, elle peut être prononcée par le conseil de surveillance mais exclusivement si une disposition statutaire le prévoit**.

3. *Durée des fonctions des membres du directoire*

La durée des fonctions des membres du directoire est **fixée par les statuts dans les limites comprises entre deux et six ans**. À défaut de disposition statutaire, cette durée est de **quatre ans** (art. L 225-62 du C. com.). Les membres du directoire sont **rééligibles, sauf clause contraire des statuts**. Leurs fonctions prennent fin à la suite de la survenance de l'un des événements suivants, arrivée du terme, limite d'âge, décès, transformation ou dissolution de la société, changement en SA avec conseil d'administration, interdiction, incompatibilité, déchéance, dépassement du nombre de mandats autorisés, révocation, démission.

La cause principale de cessation des fonctions est la **révocation**. Celle-ci ne peut être **prononcée en principe que par l'assemblée générale ordinaire** bien que les membres du directoire soient nommés par le conseil de surveillance, ce qui donne une certaine stabilité dans la fonction.

Si cette **révocation** a lieu **sans juste motif**, le membre du directoire révoqué peut saisir le tribunal de commerce et ainsi obtenir des **dommages-intérêts en réparation du dommage subi** (art. L 225-61, al. 1 du C. com.). La notion de juste motif est la même que celle qui concerne la révocation du gérant de SARL, elle n'implique pas nécessairement une faute de la personne concernée.

Toute nomination ou cessation de fonction est soumise aux règles de publicité habituelles (JAL, RCS, Bodacc) à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

B. Le fonctionnement du directoire

1. Délibérations du directoire

La loi ne contient aucune disposition relative aux délibérations du directoire. Elle se contente pour cela de renvoyer aux statuts. Il convient donc de préciser dans les statuts, par des stipulations expresses ou dans un règlement intérieur, la périodicité des réunions, les conditions de convocation, du quorum, de majorité, de représentation éventuellement concernant ces délibérations, l'établissement des procès-verbaux...

Les membres du directoire ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions de cet organe social sont tenus par une **obligation de discrétion**.

2. Rôle du directoire

Le directoire jouit des **pouvoirs les plus étendus pour diriger la société, agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social et sous réserve de respecter les pouvoirs dévolus tant au conseil de surveillance qu'aux assemblées**. Toutes limitations de ses pouvoirs par le conseil de surveillance ou les statuts sont inopposables aux tiers. En aucun cas, comme pour le directeur général, **le directoire ne peut voir ses pouvoirs de direction amputés au point d'être supprimés, c'est là aussi une conséquence du principe dit du pouvoir hiérarchique**.

La représentation de la société à l'égard des tiers est assurée, en principe, **par le président du directoire, ou le directeur général unique, désigné par le conseil de surveillance et non par les autres membres du directoire**.

Le directoire doit fournir au conseil de surveillance un **rapport trimestriel** sur la marche de la société, et annuellement l'établissement des comptes annuels, **un rapport de gestion et les documents de gestion prévisionnelle pour certaines sociétés**.

3. Rémunération du directoire

La rémunération de chacun des membres du directoire **est fixée exclusivement par le conseil de surveillance lors de la nomination de chaque intéressé, ce ne sont pas des salariés de la société, mais des mandataires sociaux**. Le conseil de surveillance doit déterminer la rémunération de chaque membre du directoire.

Au point de vue fiscal et de la Sécurité sociale, les membres du directoire sont **dans la même situation** que le **directeur général** pour les SA de type classique.

C. Conventions entre la société et l'un des membres du directoire

La même procédure que celle concernant les conventions entre la société et un administrateur, dirigeant, ou un actionnaire est applicable pour les conventions entre un membre du directoire et la société. **Le membre du directoire intéressé est tenu d'informer le conseil de surveillance** qu'il a connaissance d'une convention entrant dans le champ d'application de la procédure de contrôle. (art. L 225-86 à L 225-91 du C. com.).

D. Responsabilité des membres du directoire

Ils encourent les mêmes responsabilités pour les fautes commises dans l'accomplissement de leur mandat social que les administrateurs et directeurs généraux. Cette responsabilité est civile et pénale.

II. Le conseil de surveillance

Le statut du conseil de surveillance emprunte largement à celui du conseil d'administration en dépit de la différence des fonctions confiées aux deux organes : le conseil de surveillance a seulement pour mission de **contrôler les organes de direction de la société**, tandis que le conseil d'administration assume en outre la gestion (trois membres au moins et dix-huit au plus, cas des fusions. 24 membres au plus pendant trois ans).

Plusieurs règles relatives au conseil de surveillance sont ainsi la reproduction pure et simple de celles applicables au conseil d'administration. Les développements relatifs à ces dernières peuvent donc être transposés au conseil de surveillance.

A. Les membres du conseil de surveillance

1. Nombre de membres du conseil de surveillance

Ce conseil est composé de **trois membres au moins** et de **dix-huit au plus ce nombre est déterminé par les statuts de la société** (art. L 225-62 du C. com.). À ce nombre il y a lieu d'ajouter les membres élus par les salariés et le ou les représentants des salariés actionnaires (art. L 225-71, al. 1 du C. com.).

Le nombre maximum de membres du conseil peut être porté à **vingt-quatre** en cas de fusion, mais uniquement pendant un délai de **trois ans maximum**, après ce délai, il y a lieu de revenir au seuil maximum de dix-huit membres au plus.

2. Nomination des membres du conseil de surveillance

Les premiers membres du conseil de surveillance sont nommés par **l'assemblée générale constitutive** ou si la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne, ils sont **désignés dans les statuts**. Au cours de la vie sociale ils sont **désignés par l'assemblée générale ordinaire de la société**. Ils doivent être propriétaires d'un nombre d'actions fixé par les statuts (nombre de requis) (art. L 225-72 à 225-73 du C. com.) ; ils sont donc **actionnaires** personne physique ou morale.

3. Capacité

Si le mineur non **émancipé** ne peut être membre du conseil, **le mineur émancipé peut assumer cette fonction**, ainsi que **toute autre personne physique ou morale** capable. En revanche les majeurs protégés, soit en tutelle soit en curatelle, ne peuvent être nommés membres du conseil de surveillance puisqu'ils ne disposent pas de leur pleine capacité juridique.

4. Incompatibilités

Au regard de sa mission, **contrôle de la gestion** du directoire, **il n'existe aucune incompatibilité particulière pour accéder au conseil de surveillance.**

Toutefois, **ces fonctions ne sont pas ouvertes aux membres du directoire, aux commissaires aux comptes** contrôlant la société ; seuls les avocats exerçant leur profession depuis plus de 7 ans peuvent accéder au conseil de surveillance.

5. Interdictions-déchéances

L'article L 128-1 du C. com. est applicable aux fonctions de membres du conseil de surveillance.

De même, la personne frappée de **faillite personnelle** ne peut être membre du conseil de surveillance.

6. Cumul avec un contrat de travail

Les membres du conseil de surveillance, mandataires sociaux, **peuvent**, dans la limite **du tiers** de leurs membres, **cumuler** leur mandat de membre du conseil de surveillance **avec un contrat de travail** (art. L 225-85, al. 1 du C. com.) cet article n'exige pas que le contrat de travail soit antérieur à la nomination en qualité de membre du conseil de surveillance, en conséquence un membre du conseil de surveillance peut devenir salarié.

7. Limitation du nombre de mandats

Une personne physique ne peut cumuler plus de **cinq postes** de membre du conseil de surveillance ou de conseil d'administration en France.

8. Limite d'âge

Comme les administrateurs des SA classiques, le nombre des membres du conseil de surveillance ayant dépassé l'âge de **70 ans** ne peut pas être supérieur au **tiers** des membres du conseil de surveillance. Toute nomination non respectueuse de cette règle serait nulle.

9. Personne morale membre du conseil de surveillance

Toute personne morale désignée au conseil de surveillance doit nommer un **représentant permanent** pour assumer les fonctions de membre du conseil de surveillance au sein de la société.

10. Mode de nomination

Pour les **sociétés ne faisant pas publiquement appel à l'épargne**, les premiers membres du conseil de surveillance sont nommés dans les **statuts**, en revanche pour celles **faisant publiquement appel à l'épargne publique**, les membres sont nommés par un vote spécialement délibéré en **assemblée générale constitutive** (la première assemblée générale de la société).

En cours de vie sociale, la nomination de membres ou conseil de surveillance, dans tous les cas, relève de la compétence de **l'assemblée générale ordinaire**.

En cas de nécessité, les membres du conseil de surveillance peuvent être **cooptés** dans les mêmes conditions que les membres du conseil d'administration.

11. Publicité

Toute nomination ou cessation de fonction de membre au conseil de surveillance est soumise aux **publicités habituelles** (JAL, RCS, Bodacc, à la diligence du greffier du tribunal de commerce).

12. Durée des fonctions

Elle est de **trois ans** pour les membres désignés dans les statuts et de **six ans dans tous les autres cas**. Et, sauf stipulations statutaires contraires, les membres du conseil de surveillance sont rééligibles (art. L 225 75, al. 2 du C. com.).

13. Cessation des fonctions

Les fonctions des membres cessent par une incompatibilité, une interdiction, une déchéance, **l'arrivée du terme**, la **limite d'âge**, **décès**, **nomination au directoire**, par l'adoption de la **forme de SA classique**, la **dissolution**, la **démission**, la **révocation** prononcée à tout instant par l'assemblée générale ordinaire.

Toute cessation des fonctions des membres du conseil de surveillance est soumise aux règles habituelles de **publicité**.

B. Le fonctionnement du conseil de surveillance

C'est un **organe collégial** comme le conseil d'administration de la SA classique.

1. Convocation aux séances du conseil de surveillance

Les membres du conseil de surveillance **désignent leur président et leur vice-président**. Le conseil de surveillance est convoqué par son président ou son vice-président.

Tant les modes, les formes (procès-verbaux) et les délais sont fixés **librement par les statuts** (art. R 225-45, al. 1 du C. com.).

Cependant, le président du conseil de surveillance est obligé de convoquer le conseil, dans un délai de **15 jours** à la demande soit d'un membre du directoire, soit du tiers au moins des membres du conseil de surveillance sous réserve de présenter une demande motivée.

Si la **présence des commissaires aux comptes s'avère utile**, et lorsque la réunion porte sur **l'examen ou l'arrêt des comptes annuels ou intermédiaires**, en ce cas ils doivent être convoqués par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Une **délégation du comité d'entreprise assiste avec voix consultative** à toutes les séances du conseil de surveillance.

Sauf stipulation contraire des statuts, les membres du conseil de surveillance peuvent, comme les administrateurs et dans les mêmes conditions, utiliser lors de leurs réunions des moyens de visioconférence ou de télécommunication.

2. Représentation des membres du conseil de surveillance

Sauf clause statutaire contraire, un membre du conseil de surveillance a la possibilité de se faire représenter par un autre membre du conseil de surveillance **mandaté à cet effet par écrit**.

3. Registre de présence

La tenue de ce registre est **obligatoire** et il doit être **signé** par les **membres du conseil de surveillance participant à la séance du conseil de surveillance**.

4. *Quorum*

Le conseil de surveillance ne peut valablement délibérer que si **la moitié au moins de ses membres** sont effectivement présents (art. L 225-82, al. 1 du C. com.).

5. *Majorité*

Les décisions sont valablement prises à la **majorité des membres présents ou représentés** (art. L 225-82, al. 2 du C. com.), en principe la voix du président est prépondérante.

6. *Obligation de discrétion*

Toutes les personnes participant aux réunions du conseil (membres du conseil de surveillance, du directoire, délégués du comité d'entreprise, commissaire aux comptes) sont tenues par une **obligation de discrétion sur les informations présentant un caractère confidentiel**.

7. *Missions du conseil de surveillance*

Le conseil de surveillance exerce un **contrôle permanent de la gestion** du directoire (art. 225-68, al. 1 du C. com.). Ainsi, il a la faculté, à toute époque de l'année, d'effectuer des **vérifications ou contrôles** et **se faire communiquer tous les documents nécessaires** à sa mission. Lors de la clôture des comptes annuels, il vérifie et contrôle les comptes établis par le directoire.

8. *Rapport lors de l'assemblée générale ordinaire*

Chaque année, le conseil de surveillance a l'obligation de présenter **un rapport faisant état de ses observations sur le contenu du rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice social clos**.

Le président du conseil de surveillance **rend compte dans un rapport joint au rapport du conseil de surveillance**, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne.

9. *Pouvoirs propres du conseil de surveillance*

La loi lui reconnaît certaines attributions précises :

- **nomination des membres du directoire et fixation de leur rémunération ;**
- **désignation du président du conseil de surveillance ;**
- **attribution du pouvoir de représentation de la société à un ou plusieurs membres du directoire ;**
- **cooptation des membres du conseil ;**
- **autorisation des conventions réglementées ;**
- **nomination des membres des commissions ;**
- **répartition des jetons de présence ;**
- **autorisations des cautions, avals, garanties ;**
- **cessions d'immeubles ou partielles ou totales de participations.**

10. *Rémunération des membres*

Ils peuvent percevoir des **jetons de présence** et des **rémunérations exceptionnelles** (convention réglementée) pour des activités diverses.

Il peut aussi être attribué **un salaire** aux membres du conseil de surveillance, sous certaines conditions, en particulier l'effectivité du **contrat de travail**.

Enfin, le conseil peut autoriser le remboursement des frais de voyage et de déplacement et des dépenses engagées par ses membres dans l'intérêt de la société (art. R 225-60, al. 2 du C. com.).

11. Conventions entre la société et l'un des membres du conseil de surveillance

Toutes les conventions intervenues directement ou indirectement par un membre du conseil de surveillance **sont soumises à un contrôle** parfaitement identique au régime des conventions passées par les administrateurs directeurs généraux, membres du directoire (art. L 225-86 à L 225-91 du C. com. et R 225-57 et R 225-58 du C. com.).

Point important, ce n'est pas la responsabilité collective du conseil de surveillance qui sera mise en cause en cas de refus d'approbation de l'assemblée générale ordinaire, mais celle **du directoire** (art. L 225-89, al. du C. com.).

12. Responsabilité des membres du conseil de surveillance

Ils ne sont responsables que de leurs **fautes personnelles** commises dans l'exécution de leur mandat (art. L 225-257, al. 1 du C. com.); en revanche, ils n'encourent **aucune responsabilité en raison des actes de gestion** ainsi que de leur résultat; n'étant pas des dirigeants, ils ne sont soumis ni à la faillite ni aux interdictions et déchéances.

Leur responsabilité pénale est de même très réduite compte tenu de leur seule mission de contrôle, cependant ils peuvent être **sanctionnés pénalement pour complicité dans la commission d'infractions**.

Section 3. Choix entre la formule classique et la formule nouvelle d'administration des sociétés anonymes

I. Avantages de la formule nouvelle

On considère que cette formule a les avantages suivants :

- elle **sépare les fonctions de direction de celles de contrôle** ;
- elle assure la **sécurité et la stabilité** des fonctions des membres du directoire qui peuvent être liés par un contrat de travail ; ils ne sont révoqués que par l'assemblée générale ;
- le **choix des membres du directoire est facilité** puisque ceux-ci peuvent être choisis en dehors des actionnaires ;
- la **responsabilité des membres du conseil de surveillance est atténuée** puisque la responsabilité principale incombe aux membres du directoire ;
- possibilité **d'adapter l'importance des organes de direction aux besoins de l'entreprise** (le directoire peut comprendre jusqu'à cinq membres).

II. Inconvénients de la nouvelle formule

Cette formule a surtout contre elle qu'elle ne correspond pas aux habitudes françaises. C'est pourquoi peu de sociétés l'ont adoptée, et que celles qui l'avaient adoptée sont revenues au système classique.

Il faut noter cependant les inconvénients suivants :

- que le rôle du conseil de surveillance est en pratique illusoire ;
- inconvénients **du caractère collégial du directoire** ;
- absence d'intervention du président du directoire dans le choix des autres membres, notamment des directeurs généraux, nuit à la cohésion des organes de direction ;
- **l'impossibilité pour le conseil de surveillance de révoquer les membres du directoire qu'il a lui-même nommés** ;
- faire trancher tous les conflits possibles entre directoire et conseil de surveillance par l'assemblée générale.

CHAPITRE 4. LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

L'assemblée générale des actionnaires est l'« **organe souverain** » de la société anonyme : c'est elle qui **nomme, révoque ou remplace les membres du conseil d'administration ou révoque les membres du conseil de surveillance**, lesquels désigneront à leur tour les personnes chargées d'assurer la direction de l'entreprise (**président du conseil, directeurs généraux ou membres du directoire**, selon le cas) ; c'est elle qui désigne **les commissaires aux comptes**, qui approuve ou rejette les comptes sociaux, qui fixe la répartition des bénéfices ; approuve ou non les conventions c'est elle enfin qui modifie les statuts et prononce la dissolution de la société.

Souvent, le **quorum** requis pour la validité des délibérations n'est pas atteint lors des assemblées générales extraordinaires ou ne l'est que grâce au système **des pouvoirs en blanc**. Dans cette situation, les décisions de l'assemblée générale n'expriment en fait que l'opinion du groupe, plus ou moins restreint, des actionnaires disposant du contrôle de fait de la société.

Il existe plusieurs types d'assemblées générales : les assemblées **ordinaires, extraordinaires, spéciales** ou **mixtes**. Mais toutes les assemblées générales obéissent à un certain nombre de règles communes.

Dans le présent chapitre nous examinerons successivement les règles communes à toutes les assemblées générales et ensuite les règles particulières à certaines assemblées.

Section 1. Règles communes à toutes les assemblées

La réunion de toute assemblée exige l'accomplissement d'un certain nombre de formalités que nous examinerons en respectant leur ordre chronologique :

1. Convocation des actionnaires ;
2. Communication aux actionnaires de divers documents intéressant la vie sociale ;
3. Détermination des participants à l'assemblée et vérification de leurs droits ;
4. Formalités préliminaires à la réunion de l'assemblée : feuille de présence, bureau, etc. ;
5. Débats et vote des résolutions proposées ;
6. Procès-verbal.

I. Convocation des actionnaires

A. Droit de convoquer l'assemblée

L'assemblée générale est en principe convoquée par **le conseil d'administration ou le directoire** selon le cas (art. L 225-103 du C. com.).

À défaut, elle peut être également convoquée :

- par les **commissaires aux comptes en cas de carence du conseil d'administration ou du directoire** ;
- par un **mandataire, désigné en justice (administrateur judiciaire ou provisoire ou encore ad hoc)** à la demande, soit de tout intéressé ou du comité d'entreprise en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % **du capital social**, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L 225-120 du C. com.) ;
- par les **liquidateurs** ;
- par un **administrateur provisoire** ;
- par les **actionnaires majoritaires** en capital ou en droits de vote après une offre publique d'achat ou d'échange ou après une cession de bloc de contrôle.

Dans les sociétés qui en sont dotées, elle peut aussi être convoquée par le **conseil de surveillance**, (art. L 225-57 à L 225-93 du C. com.).

1. Convocation par le conseil d'administration

Le droit de convoquer l'assemblée générale appartient en principe au **conseil d'administration en tant qu'organe délibérant**. En conséquence, aucun des administrateurs, même le président du conseil, ne le possède individuellement. Pour être valable, la convocation doit aussi émaner d'un **conseil d'administration régulièrement constitué**. Tel ne serait pas le cas si le conseil avait été irrégulièrement nommé ou si ses pouvoirs étaient expirés ou si le nombre des administrateurs était devenu par suite de démission ou de décès inférieur au minimum prévu soit par la loi, soit par les statuts.

2. Convocation par le directoire ou le conseil de surveillance

a. Directoire

Dans les sociétés dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance, **le directoire** a les mêmes pouvoirs pour convoquer l'assemblée générale que le conseil d'administration. La décision est une œuvre collective du directoire.

Le directoire (organe collégial) doit avoir été aussi régulièrement constitué et composé pour pouvoir valablement convoquer l'assemblée générale.

Si les fonctions du directoire sont assumées par **un directeur général unique**, ce dernier est habilité à agir seul.

Lorsque le directoire est composé de plusieurs membres, la décision de convoquer l'assemblée générale est prise collectivement.

b. Conseil de surveillance

Le **conseil de surveillance** peut convoquer l'assemblée générale (art. L 225-103, al. 3 du C. com.). Il s'agit d'une **faculté** qu'il peut exercer quand il le juge bon, sans avoir à mettre en demeure le directoire de procéder à la convocation.

3. Convocation par les commissaires aux comptes

À défaut de convocation par le conseil d'administration (ou par le directoire), l'assemblée générale peut être convoquée par les commissaires aux comptes (art. L 225-103, al. 2 du C. com.). Toutefois, ces derniers ne peuvent convoquer l'assemblée **qu'après avoir vainement requis** la convocation du conseil d'administration ou du directoire **par lettre recommandée avec demande d'avis de réception**.

Le droit de convocation par les commissaires aux comptes n'est pas subordonné à une condition **d'urgence**.

La convocation par les commissaires aux comptes n'est plus subordonnée à une condition d'urgence, elle doit cependant être **justifiée** ; ils devront d'ailleurs en exposer les motifs dans un rapport lu à l'assemblée générale des actionnaires (art. R 225-162, al. 2 du C. com.). Cette initiative devra présenter un motif sérieux.

Lorsque le commissaire aux comptes prend l'initiative de convoquer l'assemblée, il peut en **fixer l'ordre du jour** ; il peut également pour des motifs déterminants **choisir le lieu** de réunion autre que celui fixé dans les statuts pourvu qu'il soit dans le même département (art. L 225-149, al. 2 du C. com.) ; **les frais entraînés par la réunion sont à la charge de la société** (art. R 225-162, al. 4 C. com.). Lorsque plusieurs commissaires ont été nommés, ils **doivent se mettre d'accord** sur la

convocation de l'assemblée générale (art. D 194, al. 3) ; s'ils n'y parviennent pas l'un d'eux peut demander au président du tribunal de commerce du lieu du siège social statuant en référé l'autorisation de procéder à cette convocation, et c'est l'ordonnance du président qui fixe l'ordre du jour de l'assemblée générale.

4. Convocation par mandataire de justice

À défaut de convocation par le conseil d'administration ou par le directoire normalement compétent à cet effet, l'assemblée peut encore être convoquée par un mandataire désigné en justice à la demande :

- soit de **tout intéressé**, en cas d'urgence ;
- soit du comité d'entreprise, aussi en cas d'urgence ;
- soit **d'un ou plusieurs actionnaires représentant** au moins 5 % du capital social (art. L 225-103, al. 2 du C. com. et R 225-65, al. 1 C. com.) ;
- soit d'une **association d'actionnaires** de la société si les actions de cette dernière sont admises aux négociations sur un marché réglementé ;
- soit du liquidateur pendant la période de liquidation.

Dans ces deux derniers cas, il n'est pas nécessaire d'établir **l'urgence** de la réunion.

La demande est présentée, **aux frais des demandeurs**, au président du tribunal de commerce du lieu du siège social statuant en référé. Celui-ci doit vérifier que cette demande « **tend bien à des fins légitimes conformes à l'intérêt social et non à la satisfaction de fins propres aux demandeurs** ».

5. Convocation par les liquidateurs

Pendant la période de liquidation de la société, **l'assemblée est convoquée par les liquidateurs** (art. L 225-103 al. 2 du C. com.).

6. Convocation par l'administrateur provisoire

Lorsqu'un **administrateur provisoire** a été nommé (voir ci-dessus chapitre sur la gestion de la société anonyme), celui-ci remplace en quelque sorte le conseil d'administration ou le directoire ; il peut comme eux convoquer **l'assemblée générale ordinaire**. En revanche, il ne saurait, de sa propre initiative, convoquer une assemblée générale **extraordinaire**, car il **ne s'agirait plus de gestion courante et conservatoire** des affaires sociales.

7. Convocation par les actionnaires majoritaires

L'assemblée peut aussi être convoquée par les actionnaires qui détiennent **la majorité du capital ou des droits de vote** mais seulement **après une offre publique d'achat ou d'échange** ou après **une cession de bloc de contrôle** (art. L 225-103, II du C. com. modifié par la loi n° 89-531 du 2 août 1989).

Cette disposition permet aux nouveaux majoritaires d'évincer rapidement de leur poste les anciens dirigeants sociaux au cas où ces derniers, devenus indésirables, refuseraient de démissionner et de convoquer une assemblée générale appelée à les remplacer.

En l'absence de limitation légale, ce droit de convocation est très large :

- **Les nouveaux majoritaires doivent au préalable avoir mis en demeure, le conseil d'administration ou le directoire en fonction**, de procéder à la convocation, ils n'ont pas à justifier de l'urgence d'une telle convocation.

- Dans la plupart des cas, la convocation portera sur le **remplacement des organes sociaux**, mais rien ne s'oppose à ce que les actionnaires soient appelés à **statuer sur d'autres questions**, y compris des modifications statutaires (par exemple, un changement d'objet ou de dénomination sociale, une augmentation de capital, etc.).

À notre avis, la faculté offerte aux actionnaires majoritaires de convoquer l'assemblée générale ne peut être exercée **qu'une seule** fois après l'offre publique d'achat ou d'échange ou la cession de bloc de contrôle, car s'agissant d'une dérogation au principe selon lequel l'assemblée est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, son champ d'application doit être strictement limité.

REMARQUE

Les dispositions nouvelles de l'article L 225-103, II du C. com. ne sont pas réservées aux sociétés cotées, de telle sorte qu'elles peuvent être utilisées également en cas de changement de majorité résultant d'une cession de bloc de contrôle dans **une société anonyme non cotée**.

B. Formalités de convocation

Les formalités de convocation sont déterminées par le décret du 23 mars 1967.

La convocation d'une assemblée exige l'accomplissement de **nombreuses formalités** et nécessite des **délais assez longs** dont il est indispensable que les dirigeants de sociétés prennent l'exacte mesure afin de ne pas s'exposer à **un retard**, en particulier pour la réunion de **l'assemblée générale annuelle** qui doit avoir lieu, sous peine de sanctions pénales, dans les **six mois** de la clôture de l'exercice.

En effet, aux formalités de **convocation proprement** dite s'ajoutent certaines **formalités préliminaires**, ayant pour but de permettre **aux actionnaires ou au comité d'entreprise** de demander **l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de la réunion**.

1. Formalités préliminaires à la convocation

Ces formalités sont les suivantes : **avis de réunion, dépôt des projets de résolution, inscription** des projets à **l'ordre du jour** si agrément des projets par le conseil d'administration ou le directoire (art. L 225-105, al. 2 du C. com. et R 225-71 à R 225-73 du C. com.).

Elles doivent être accomplies, à notre avis, **quel que soit l'auteur de la convocation**, même lorsque celui-ci est un mandataire de justice.

a. Avis de réunion

Cet avis, qui a pour but d'informer les actionnaires que la réunion d'une assemblée générale est prévue, **n'est pas obligatoire dans les sociétés qui ne font pas publiquement appel à l'épargne**. Il ne doit être envoyé aux actionnaires que si un ou plusieurs d'entre eux en font la demande par LRAR ou par un moyen électronique de télécommunication mis en œuvre dans les conditions réglementaires prévues.

En revanche, **dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, l'expédition de l'avis est obligatoire** ; publié au BALO **trente jours** au moins **avant la réunion de l'assemblée générale**, il doit comporter les énonciations prévues à l'article R 225-73 C. com.

L'avis doit notamment **informer les actionnaires** qu'ils ont un **délai de dix jours** à compter de la date de la publication **pour envoyer** leur demande d'inscription de **projets de résolution**.

La violation des règles précédentes concernant la publication ou l'envoi d'un avis de réunion permet à tout intéressé de demander au président du tribunal de commerce du lieu du siège social statuant en référé d'enjoindre aux dirigeants sociaux **sous astreinte, de communiquer les renseignements**

préalables à la tenue de l'assemblée générale ou de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication (art. L 238-1 al. 2 C. com.).

b. Dépôt de projets de résolution par les actionnaires

- Justification d'un capital minimum

La possibilité pour les actionnaires de déposer des projets de résolution est subordonnée à la possession d'une certaine fraction du capital qui est fixée par les articles L 225-105, al. 2 du C. com. et R 225-71, al. 2 C. com.

Cette fraction est de **5 % du capital social** si celui-ci est **au plus égal à 750 000 €** ; dans les sociétés dont le capital est supérieur à 750 000 € (cinq millions de francs), **ce pourcentage est dégressif**, conformément à un barème établi en conformité aux dispositions suivantes (art. L 225-105, al. 2 et R 225-71, al. 2 C. Com.).

Mais ils peuvent déposer tous projets, même ceux tendant à la nomination des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance.

Depuis la loi n° 94-679 du 8 août 1994, l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée générale peut aussi, dans les sociétés cotées en bourse, être demandée par une **association d'actionnaires de la société** répondant aux conditions fixées par l'article L 225-120 du C. com. Ces conditions à remplir sont les suivantes :

- justifier d'une inscription nominative depuis au moins deux ans ;
- détenir ensemble au moins 5 % des droits de vote.

- Demande d'inscription des projets de résolution

La demande doit être envoyée au siège social par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par courrier électronique** dans les conditions fixées par l'article R 225-71 al. 1 C. com. Dans tous les cas la demande doit être accompagnée :

- **du texte des projets** de résolution,
- si nécessaire **d'un bref exposé des motifs** (art. R 225-71, al. 3 C. com.),
- si nécessaire, la plaquette de présentation de candidats au conseil d'administration ou de surveillance, plaquette devant indiquer le nom, le prénom usuel, l'âge, les références professionnelles, etc.

- Sort des projets de résolution

Le président du conseil d'administration ou du directoire doit **accuser réception** des projets de résolution, **par lettre recommandée ou courrier électronique** dans le délai de **cinq jours à compter de cette réception des projets de résolution**, et doit ensuite les inscrire à l'ordre du jour et les soumettre au vote de l'assemblée générale conformément aux prescriptions de l'article R 225-74, al. 1 C. com., **ce qui interdit au conseil d'administration ou au directoire de se faire juge de leur opportunité.**

Les délibérations prises par les **assemblées** générales en violation des dispositions de l'article L 225-105 du C. com. permettant aux actionnaires de déposer des projets de résolution sont **nulles de plein droit** (art. L 225-121, al. 1 du C. com.).

NOTE À L'ATTENTION DES ÉTUDIANTS

En ces matières, pour éviter un exposé fastidieux et trop long des différentes règles fixant les formalités à accomplir, il est recommandé aux étudiants de se reporter au texte des articles qui sont ici signalés.

c. Dépôt des projets de résolution par le comité d'entreprise

Désormais, le comité d'entreprise **peut requérir l'inscription de projets de résolution** à l'ordre du jour des assemblées générales (art. L 432-6-1 du C. trav.). **Cette faculté est possible quelle que soit**

la nature ordinaire, extraordinaire, mixte ou spéciale de l'assemblée générale ; ces projets de résolution doivent subir le même sort que ceux proposés par les actionnaires.

2. *Convocation proprement dite*

En principe, ce sont les **statuts** qui fixent les règles de convocation des assemblées d'actionnaires. Néanmoins, un certain nombre de prescriptions incluses dans les articles R 225-65 à R 225-69 du C. com. **doivent être respectées**. Ainsi, **l'essentiel des formalités de convocation se trouve pratiquement réglementé**.

a. **Mode de convocation**

Quelle que soit l'assemblée à convoquer (ordinaire, extraordinaire mixte ou spéciale), le mode de convocation suit les **règles** suivantes qui sont **uniformes**.

- **Insertions**

L'avis de convocation doit être inséré dans **un journal d'annonces légales habilité par le préfet du département à recevoir les annonces légales** pour le département du siège social (voir l'article R 225-67 C. du com.), si la société fait appel public à l'épargne l'insertion est aussi faite au Balo (Bulletin des annonces légales obligatoires).

Toutefois, **si toutes les actions de la société sont nominatives**, la ou les insertions prévues ci-dessus peuvent être **remplacées par un courrier postal ou électronique adressé à chaque actionnaire aux frais de la société** (art. R 225-67, al. 2 du C. com.). Cette lettre peut être simple, il n'est plus exigé qu'elle soit en lettre recommandée.

- **Lettres de convocation**

Indépendamment des insertions prévues ci-dessus, des **lettres individuelles** de convocation devront être envoyées dans les conditions suivantes :

- **Actionnaires titulaires de titres nominatifs**

Ces actionnaires titulaires d'actions **depuis un mois au moins à la date de l'insertion de l'avis de convocation dans un journal d'annonces légales** doivent **recevoir une lettre de convocation, même s'ils n'en ont pas fait la demande**. Sur les formes de cette convocation, voir l'article R 225-68 du C. com. Si les actions sont **indivises**, la lettre de convocation est adressée dans les mêmes formes que ci-dessus (lettre ordinaire ou recommandée) **à chacun des copropriétaires** à la condition que leurs droits aient été constatés depuis **un mois** avant la date d'insertion de l'avis de convocation. Si les actions sont grevées **d'usufruit** et sous réserve des conditions exposées ci-dessus la lettre de convocation est adressée au **titulaire du droit de vote**.

- **Commissaires aux comptes**

Les commissaires **doivent être convoqués à toutes les assemblées** d'actionnaires, quelles qu'elles soient, **par lettre recommandée avec demande d'avis de réception** au plus tard lors de la convocation des actionnaires (art. L 225-238 du C. com. et R 823-9, al. 4). Cette convocation est à adresser uniquement aux commissaires, aux comptes titulaires, mais non aux suppléants.

- **Représentants du comité d'entreprise**

Désormais, **deux membres** du comité d'entreprise peuvent assister aux assemblées générales (art. L 432-6-1 II C. trav.).

Le défaut de convocation des représentants du CE n'entraîne pas la nullité de l'assemblée, mais des sanctions pénales **pour entrave au fonctionnement du CE** peuvent être prononcées contre les dirigeants sociaux.

- Représentants de la masse des obligataires ou des porteurs de titres participatifs

Ces représentants, **qui assistent aux assemblées** avec simplement **voix consultative**, doivent recevoir également une lettre de convocation.

- Autres personnes appelées à participer à l'assemblée

Ces personnes doivent recevoir **une invitation qui n'est pas une convocation** à proprement parler ; **aucune forme particulière n'est donc à observer** pour obtenir leur présence à la réunion.

Ces personnes peuvent être la secrétaire du bureau choisi parmi les salariés mais également un notaire, un conseiller ou un journaliste financier.

- Convocation verbale

En aucun cas, une assemblée générale ne peut être verbalement convoquée. **Une assemblée convoquée verbalement pourrait donc être annulée** à la condition que le juge le décide (art. R 225-62 du C. com.). La demande en nullité serait toutefois irrecevable si tous les actionnaires étaient présents ou représentés.

b. Contenu de l'avis de convocation

Sur le contenu de cet avis, voir l'article R 225-66, al. 1 du C. com.

La mention la plus importante est celle qui concerne **l'ordre du jour** (qui doit comporter le jour, l'heure et le lieu de réunion). L'assemblée générale ne peut en effet délibérer que sur **les questions pour lesquelles elle a été convoquée**. C'est pourquoi les questions inscrites à l'ordre du jour doivent être libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement et ne comportent pas de difficultés d'interprétation et qu'il soit inutile de se reporter à d'autres documents. C'est **l'auteur de la convocation qui arrête l'ordre du jour** (conseil d'administration, directoire, conseil de surveillance, commissaires aux comptes, liquidateur, administrateur provisoire, actionnaires majoritaires).

Les assemblées peuvent être réunies au siège social ou en tout autre lieu, sous réserve de respecter les statuts (la loi sociale).

c. Délai de convocation

Le délai entre la date, soit de « l'insertion », soit de l'envoi des lettres de convocation, et la date de l'assemblée doit être au moins de :

- **quinze jours** sur première convocation ;
- **six jours** sur deuxième convocation (art. R 225-69 du C. com.).

Ces délais s'appliquent **quelle que soit la nature** de l'assemblée générale (ordinaire, extraordinaire mixte ou spéciale).

Ils doivent être respectés pour la convocation des commissaires aux comptes et pour les actionnaires dont les titres sont nominatifs.

d. Ajournement de l'assemblée

L'assemblée peut être ajournée, c'est-à-dire reportée à une date postérieure à celle primitivement fixée :

- soit par **l'auteur de la convocation** ;
- soit par **l'assemblée elle-même**, à la suite d'incidents imprévus survenus en séance ;

- soit par **décision de justice**, mais seulement dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'un **litige** entre actionnaires est susceptible d'entraîner la **nullité de l'assemblée générale** ou lorsque l'information des actionnaires sur les décisions à prendre est nettement insuffisante et nécessite des compléments d'informations.

Il ne faut pas confondre l'ajournement et **la suspension de séance qui n'est qu'un arrêt temporaire de l'assemblée générale**. À la reprise de celle-ci, **c'est en réalité la même assemblée qui se poursuit**.

C. Sanctions relatives à la convocation

1. Sanctions civiles

Lorsque l'une des dispositions régissant **l'ordre du jour** a été méconnue, l'assemblée **est nulle de plein droit**. Le juge qui constate l'irrégularité **doit nécessairement prononcer la nullité** (art. L 225-121, al. 1 du C. com.); tout particulièrement en cas de violation du droit pour les actionnaires de déposer des projets de résolution.

Lorsque **l'irrégularité porte sur une règle quelconque** concernant le régime de la convocation, autre que celle relative à l'ordre du jour, le juge **a la faculté de décider ou de refuser la nullité** (art. L 225-104, al. 2 du C. com.). En l'espèce, **le juge est libre d'apprécier si la nullité doit ou non être prononcée compte tenu des circonstances**.

2. Sanctions pénales

Ces sanctions ont été prévues par les articles L 242-11, L 242-12, L 242-25 et L 242-29 du C. com., pour **défaut d'avis de réunion, de convocation des actionnaires** dont les titres sont nominatifs, **des commissaires aux comptes, défaut de convocation de l'assemblée générale ordinaire annuelle, ou extraordinaire en cas de perte de la moitié du capital social**. Ces sanctions pénales sont applicables même si l'assemblée irrégulièrement convoquée a pu valablement délibérer en présence de tous les actionnaires présents ou représentés.

II. Droit de communication des actionnaires

Pour permettre à l'actionnaire d'être aussi complètement que possible renseigné sur les affaires de la société, la loi a prévu de lui accorder **un droit de communication préalable à toute assemblée générale et un droit de communication dit permanent** qu'il peut exercer à tout moment.

Dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, cette réglementation est étroitement surveillée par l'Autorité des marchés financiers. Les dirigeants de ces sociétés doivent donc veiller avec une particulière attention au respect de ces prescriptions.

A. Droit de communication préalable à une assemblée

Cette information au profit des actionnaires et des titulaires de certificat de droit de vote est réalisée par les **trois moyens** suivants :

1. Tout envoi d'une **formule de procuration** doit être accompagné d'un certain nombre de renseignements.
2. L'actionnaire peut, s'il le juge opportun, obtenir, sur sa demande, **l'envoi de certains documents et renseignements énumérés par les textes légaux**.

3. L'actionnaire a la faculté de **consulter au siège social ou administratif les documents que la société doit, à cet effet, tenir à sa disposition**. Les différents renseignements à communiquer aux actionnaires selon l'un des moyens ci-dessus visés peuvent être rassemblés dans un document unique. L'AMF invite d'ailleurs les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne à apporter un soin tout particulier à **la rédaction et à la diffusion de leur « plaquette annuelle »** qui constitue la récapitulation de toutes ces informations.

Indépendamment de ces informations ci-dessus, les actionnaires **peuvent poser des questions écrites** auxquelles **le conseil d'administration ou le directoire sera tenu de répondre au cours de l'assemblée générale** (art. L 225-108, al. 3 du C. com., modifié par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984).

1. Information liée à toute formule de procuration

Lorsque la société adresse aux actionnaires une formule tendant à leur demander le retour d'un pouvoir pour voter en leur nom à l'assemblée générale, les documents suivants doivent obligatoirement être joints à la formule de procuration :

- **l'ordre du jour** de l'assemblée ;
- **le texte des projets de résolution** présentés par le conseil d'administration ou le directoire et par des actionnaires ou le comité d'entreprise, c'est en fait un pré-procès-verbal.
- **un exposé sommaire** de la situation de la société pendant l'exercice social écoulé ;
- **un tableau** faisant apparaître **les résultats de la société** au cours de chacun des **cinq derniers exercices sociaux** ;
- **une formule de demande d'envoi** des documents et renseignements visés à l'article D 135 ;
- un formulaire de vote à distance et une formule de procuration.

Pour compléter les indications sur ces documents, voir l'article R 225-81 C. com.

2. Envoi de documents aux actionnaires sur leur demande

a. Étendue du droit d'information

Les **documents à envoyer aux actionnaires sur leur demande** varient selon la nature des assemblées.

- Documents à envoyer avant l'assemblée ordinaire annuelle

La combinaison des articles R 225-81, R 225-83 du C. com. et L 444 conduit à l'énumération suivante :

1. L'ordre du jour de l'assemblée (art. R 225-81-1 du C. com.°) ;

2. Les comptes annuels (bilan, compte de résultat et annexe) de l'exercice social écoulé auxquels il convient de joindre (art. R 225-83-6 du C. com.°) :

- un tableau des **affectations du résultat** précisant notamment l'origine des sommes dont la distribution est envisagée ;
- **un inventaire des valeurs mobilières** détenues en portefeuille à la clôture de l'exercice, la communication de cet inventaire n'étant toutefois exigée que des sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle d'un marché réglementé et de certaines de leurs filiales ;

3. Les comptes consolidés (bilan consolidé, compte de résultat consolidé et annexe), si la société en a établi, ainsi que le **rapport sur la gestion du groupe** s'il n'est pas inclus dans le rapport général de gestion ;

4. Le tableau des résultats de la société au cours de chacun des **cinq derniers exercices sociaux** ou de chacun des exercices clos depuis la constitution de la société ou l'absorption par celle-ci d'une autre société si leur nombre est inférieur à cinq (art. R 225-81-3° et R 225-83-6 du C. com.°) ;

5. Le rapport du conseil d'administration ou du directoire qui sera présenté à l'assemblée ainsi que, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance (art. R 225-83-4° et 6 du C. com.°) ;

6. Le rapport du président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sur les procédures de contrôle interne ;

7. Un exposé sommaire de la situation de la société au cours de l'exercice social écoulé (art. R 225-81-3 du C. com.°) encore que, semble-t-il, cela fasse double emploi avec le rapport du conseil ou du directoire prévu ci-dessus ;

8. Les rapports des commissaires aux comptes : rapport général sur les comptes annuels et **rapport spécial** sur les conventions passées entre la société et l'un des actionnaires administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire ou du conseil de surveillance, éventuellement rapport sur les documents de gestion prévisionnelle, éventuellement aussi rapport sur la mise en œuvre de la procédure d'alerte (art. R 225-83-6 du C. com.°) ;

9. Le texte des **projets de résolution** présentés par **le conseil d'administration, le directoire** ou le **comité d'entreprise** selon le cas (art. R 225-81-2° et R 225-83-2° du C. com.) ;

10. Le cas échéant, le texte et l'exposé des motifs des **projets de résolution présentés par des actionnaires** (art. R 225-81-2° et R 225-83-3 du C. com.°) ;

11. Les nom et prénom usuel soit des **administrateurs et directeurs généraux, soit des membres du conseil de surveillance et du directoire**, ainsi que, le cas échéant, l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance (art. R 225-83-1 du C. com.°) ;

12. Si l'ordre du jour comporte la **nomination d'administrateurs** ou de **membres du conseil de surveillance**, la société est tenue de fournir, outre les documents précédents, les renseignements ci-après (art. R 225-83-5 du C. com.°) ;

- les nom, prénom usuel et âge des candidats, leurs références professionnelles et leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années, notamment les fonctions qu'ils exercent ou ont exercées dans d'autres sociétés y compris, semble-t-il, les sociétés étrangères ;
- les emplois ou fonctions occupés dans la société par les candidats et le nombre d'actions dont ils sont titulaires ou porteurs (dont le nombre de requis est fixé dans les statuts).

REMARQUES

- Ces renseignements ne peuvent concerner que les **candidats personnes physiques et non les personnes morales**.
- Ils doivent, à notre avis, être communiqués non seulement en cas de **nomination** mais aussi en cas de **ratification d'une cooptation** par le conseil d'administration et même en cas de **renouvellement de mandat**.

13. Une **formule de procuration** ;

14. Un **formulaire de vote à distance** étant observé que ce formulaire peut être présenté sur le même document que la formule de procuration (art. R 225-81-5 du C. com.°) ;

15. Une **formule** permettant à l'actionnaire de demander **l'envoi des documents** et renseignements visés aux articles R 225-81 et R 225-83 du C. com. à l'occasion de chacune des assemblées ultérieures, si ses titres sont nominatifs (art. R 225-81-4 du C. com.°).

Les sociétés occupant **au moins 300 salariés** doivent aussi envoyer à leurs actionnaires leur dernier **bilan social** accompagné de l'avis du comité d'entreprise (art. L 438-7 du Code du travail).

- Documents à envoyer avant toute assemblée ordinaire autre que l'assemblée générale annuelle

Ces documents sont les suivants :

1. L'ordre du jour de l'assemblée générale (art. R 225-81-1 du C. com.°) ;

2. Le rapport du conseil d'administration ou **du directoire** ainsi que, le cas échéant, les **observations du conseil de surveillance** (art. R 225-83-4 du C. com.°) ;

3. **L'exposé** sommaire de la **situation de la société** au cours de l'exercice social écoulé (art. R 225-81-3 du C. com.°) ;
4. **Le tableau des résultats** de la société au cours des **cinq derniers exercices sociaux** (art. R 225-81-3° du C. com.) ;
5. **Le texte des projets de résolution** présentés par le **conseil d'administration ou le directoire** et éventuellement celui **présenté par les actionnaires ou le comité d'entreprise** accompagné, le cas échéant, d'un exposé des motifs (art. R 225-81-2° et r 225-83-2° et 3 du C. com.°) ;
6. **La liste des administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire ou du conseil de surveillance** (art. R 225-83-1 du C. com.°) ;
7. Le cas échéant, **les renseignements sur les candidats au conseil d'administration ou au conseil de surveillance** (art. R 225-83-5 du C. com.°) ;
8. S'il s'agit de l'assemblée appelée à statuer sur **l'acquisition par la société dans les deux ans de sa constitution, d'un bien appartenant à l'un de ses actionnaires le rapport du commissaire chargé d'apprécier la valeur de ce bien** (art. R 225-83-7 du C. com.°) ;
9. **Une formule de procuration et un formulaire de vote à distance ;**
10. **Une formule de demande d'envoi de documents** (art. R 225-81-4 du C. com.°).

- Documents à envoyer avant toute assemblée générale extraordinaire

La combinaison des articles R 225-81 et R 225-83 du C. com. conduit à la liste suivante :

1. **L'ordre du jour** de l'assemblée générale (art. R 225-81-1 du C. com.°) ;
2. **Le rapport du conseil d'administration ou du directoire** ainsi que, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance (art. R 225-83-4 du C. com.°) ;
3. Le cas échéant, **le rapport des commissaires aux comptes**, si apport en nature rapport du commissaire aux apports (art. R 225-83-8 du C. com.°) ;
4. **L'exposé sommaire de la situation de la société au cours de l'exercice social écoulé** (art. R 225-81-3 du C. com.°) ;
5. **Le tableau des résultats de la société** au cours des **cinq derniers exercices sociaux** (art. R 225-81-3 du C. com.°) ;
6. **Le texte des projets de résolution** présentés par le **conseil d'administration ou le directoire** et, éventuellement, celui présenté par les **actionnaires ou le comité d'entreprise**, accompagné, le cas échéant, d'un exposé des motifs (art. R 225-81-2° et R 225-83-2° et 3 du C. com.°) ;
7. **La liste des administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire ou du conseil de surveillance** (art. R 225-83-1 du C. com.°) ;
8. **Une formule de procuration et un formulaire de vote à distance ;**
9. **Une formule de demande d'envoi de documents** (art. R 225-81-4 du C. com.°).

- Documents à envoyer avant toute assemblée spéciale

En cas de réunion d'une assemblée spéciale, les actionnaires titulaires de la catégorie d'actions donnant le droit de participer à cette assemblée (actions à vote plural ; certificat de droit de vote) doivent recevoir les **documents prévus ci-dessus en matière d'assemblée extraordinaire**.

L'article R 225-88 du C. com. qui prescrit l'envoi de documents à compter de la « convocation de l'assemblée », sans autre précision, paraît en effet applicable quelle que soit la nature de l'assemblée.

b. Modalités d'exercice du droit de communication sous forme d'envoi de documents

Pour bénéficier de l'envoi des documents, **l'actionnaire** doit remplir **deux conditions** : justifier de sa **qualité d'actionnaire** et **avoir demandé l'envoi de ces documents**.

- Justification de la qualité d'actionnaire

Cette justification résulte :

- pour les **actionnaires « nominatifs »**, de leur inscription dans les comptes tenus par la société (art. R 225-88, al. 1 du C. com.) ;
- pour les **actionnaires « au porteur »**, du dépôt, aux lieux indiqués dans l'avis de convocation, d'un certificat d'immobilisation de leurs actions établi par l'intermédiaire habilité (banque, établissements de crédit, société d'investissement) qui tient leur compte titres (art. R 225-88, al. 2 du C. com.).

- Demande d'envoi des documents

Cette demande peut être présentée entre la date de convocation proprement dite de l'assemblée générale et le **cinquième jour inclusivement avant la réunion** (art. R 225-88, al. 1 du C. com.).

Cependant, les actionnaires propriétaires d'actions nominatives peuvent obtenir, par une demande unique, l'envoi des documents à l'occasion de chacune des assemblées ultérieures (art. R 225-88, al. 3 du C. com.).

- Formes et délai de l'envoi

La société réalise l'expédition comme bon lui semble. Elle peut réunir l'ensemble des informations en un seul document ou en adresser plusieurs, les faire imprimer ou dactylographier, les faire parvenir directement à l'actionnaire sous pli simple ou par courrier électronique ou bien confier cette mission à des tiers.

Les **frais d'expédition** sont **à la charge de la société** (art. R 225-88, al. 1 du C. com.). Mais elle **n'est pas tenue de procéder à l'envoi sous pli recommandé**, elle peut utiliser le courrier postal ou électronique, l'expédition n'est enfermée **dans aucun délai**, pourvu qu'il soit effectué avant la date de la réunion de l'assemblée générale. Cependant, un courrier trop tardif pourrait être qualifié d'abusif par un juge et donner lieu à des dommages et intérêts.

- Sanctions du défaut d'envoi des documents

L'actionnaire qui n'aura pas obtenu l'envoi des documents requis pourra, conformément au droit commun, demander à la société défaillante des **dommages-intérêts** en réparation du préjudice subi de ce fait.

L'absence ou l'envoi incomplet des documents n'est pas sanctionné par la nullité de l'assemblée. **L'actionnaire dispose également sous certaines conditions de l'injonction de faire.**

De surcroît, des sanctions pénales pourront être appliquées aux dirigeants de la société tenus d'établir des comptes consolidés qui n'auraient pas adressé lesdits comptes dans les délais légaux conformément à l'article L 247-1 4° du C. com. La sanction pénale est une amende de 9 000 € (60 000 F).

3. Consultation de documents au siège social ou au lieu de la direction administrative

Les actionnaires peuvent, avant toute assemblée générale, consulter au siège social ou au lieu de la direction administrative de la société **divers documents**.

REMARQUE

Les sociétés cotées doivent adresser à l'Autorité des marchés financiers une copie des documents tenus à la disposition des actionnaires.

a. Étendue du droit de consultation

- Documents à déposer avant l'assemblée générale ordinaire annuelle

Inventaire, comptes annuels (bilan, compte de résultat et annexe), **tableau des affectations du résultat, rapport du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, éventuellement les comptes consolidés et le rapport sur la gestion du groupe, rapport des commissaires aux comptes, le texte des projets de résolution etc., noms et prénoms des administrateurs, directeurs généraux membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi que l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion de direction, d'administration ou de surveillance** (art. L 225-115 du C. com.).

Si l'ordre du jour comporte la **nomination d'administrateurs** ou de membres du conseil de surveillance il faut identifier ces personnes, établir leurs références **professionnelles**, leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années, et enfin les fonctions exercées dans d'autres sociétés. **Enfin, le montant global certifié exact par les commissaires aux comptes des rémunérations totales versées aux dix ou cinq personnes les mieux rémunérées**, selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés (art. L 225-115, 4° du C. com.).

- Documents à déposer avant une assemblée générale extraordinaire ou spéciale

1. Le texte des résolutions présentées (art. R 225-89, al. 2 du C. com.) ;

Le décret visant les résolutions sans distinction, il s'agit **non seulement des résolutions proposées par le conseil d'administration ou le directoire, mais aussi des projets émanant d'actionnaires ou du comité d'entreprise.**

2. Le rapport du conseil d'administration ou du directoire (art. R 225-89, al. 2 du C. com.) ainsi que celui du conseil de surveillance (art. L 242-14 du C. com.) ;

3. Le cas échéant, le rapport des commissaires aux comptes (art. R 225-89, al. 2 du C. com.) ;

4. La liste des actionnaires établie dans les conditions indiquées plus haut (art. L 225-116 du C. com. et R 225-90 du C. com.) ;

5. Le rapport des commissaires aux apports en cas d'augmentation de capital par apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers (art. L 225-147, al. 2 du C. com. et R 225-136, al. 2 du C. com.).

En **cas de fusion**, il convient de tenir à la disposition des actionnaires un certain nombre de documents complémentaires énumérés par l'article R 236-3 du C. com.

- Documents à déposer avant une assemblée générale ordinaire autre que l'assemblée annuelle

Sauf le cas particulier de l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur l'évaluation d'un bien vendu à la société par un actionnaire peu après la constitution de la société (voir ci-dessous), l'article R 225-89 du C. com. ne prévoit la consultation de documents au siège social qu'en ce qui concerne les assemblées générales ordinaires annuelles et les assemblées extraordinaires ou spéciales. Nous estimons néanmoins, compte tenu de l'esprit général de la réglementation (qui est de favoriser l'information des actionnaires), que cette consultation ne peut pas être exclue lors d'assemblées générales ordinaires autres que l'assemblée annuelle.

Nous conseillons donc de déposer au moins les documents permettant aux actionnaires de se faire une opinion sur les décisions qu'ils auront à prendre, savoir :

- le **rapport du conseil d'administration ou du directoire**, s'il en existe ;
- le cas échéant le **rapport des commissaires aux comptes** ;

- le **texte des résolutions proposées** par le conseil d'administration (ou le directoire) et, le cas échéant, le texte et l'exposé des motifs des projets de résolution présentés par les actionnaires ;
- **les renseignements sur les candidats aux fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance** si des nominations sont prévues à l'ordre du jour de l'assemblée (les nom, prénom, âge, références professionnelles et leurs activités professionnelles au cours des 5 dernières années).

En tout état de cause, la **liste des actionnaires doit être déposée**, cette mesure étant prescrite pour toute assemblée (art. L 225-116 du C. com. et R 225-90 du C. com.).

CAS PARTICULIER

En cas de réunion d'une assemblée générale ordinaire à l'effet de statuer sur l'évaluation d'un bien que la société, dans les deux années qui suivent son immatriculation au registre du commerce, se propose d'acheter à l'un de ses actionnaires, les documents suivants doivent être tenus à la disposition des actionnaires (art. R 225-89, al. 3 du C. com.) :

- **texte des résolutions proposées à l'assemblée ;**
- **rapport du conseil d'administration ou du directoire ;**
- **rapport des commissaires chargés d'apprécier la valeur du bien dont l'acquisition est envisagée.**

b. Modalités d'exercice du droit de consultation

Le droit de consultation peut être exercé, soit par **l'actionnaire** lui-même (quel que soit le nombre de ses actions), soit par **le mandataire** qu'il a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée générale (art. R 225-91 du C. com.). Si les actions sont indivises, ce droit appartient à **chacun des copropriétaires indivis**, si elles sont grevées d'usufruit, il appartient tant à **l'usufruitier qu'au nu-propriétaire** quelle que soit la nature (**ordinaire, extraordinaire, mixte, spéciale**) de l'assemblée générale.

Le droit de consultation des actionnaires peut s'exercer à compter du jour de la convocation et au moins **pendant les quinze jours** qui précèdent la date de la réunion (art. D 139).

L'actionnaire peut exercer son **droit de communication au siège social** ou au **lieu de la direction administrative** (art. R 225-89 al. 1 du C. com.) et peut se faire assister **d'un expert (juriste, financier, comptable)** ou d'un huissier et il peut prendre copie des documents qui lui sont présentés à l'exception de l'inventaire.

c. Sanctions en cas de refus de communication

Si les documents n'ont pas été communiqués aux actionnaires avant la réunion de l'assemblée générale, **le juge a la faculté d'annuler celle-ci.**

L'actionnaire auquel est refusée la communication de documents a le droit de s'adresser au président du tribunal de commerce du lieu du siège social, statuant en référé, **qui pourra ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents prévus, ou encore de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication** (art. L 225-119 du C. com. et R 225-93 du C. com.). La société défaillante peut être condamnée au versement de dommages et intérêts.

B. Droit de communication permanent

1. Étendue du droit de communication permanent

Ce droit de communication porte sur les documents énumérés à l'article L 225-117 du C. com. **des trois derniers exercices sociaux** (art. L 225-117 du C. com.).

1. Les **inventaires** et les comptes annuels (bilans, comptes de résultat et annexes) ;
2. Éventuellement, les **comptes consolidés** ;
3. La **liste des administrateurs** (ou des membres du directoire et du conseil de surveillance) ;
4. Les **rapports du conseil d'administration** (ou du directoire et du conseil de surveillance) et des commissaires aux comptes ;

En annexe au rapport du conseil d'administration ou du directoire à l'assemblée ordinaire annuelle doit figurer le tableau sur la situation de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices (art. R 225-102, al. 2 du C. com.).

5. Le **texte** et l'exposé des motifs des **résolutions proposées** ;
6. Les **renseignements concernant les candidats** au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, selon le cas ;
7. Le montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux **dix ou cinq personnes les mieux rémunérées** selon que l'effectif du personnel excède ou non **deux cents salariés** ;
8. Le **montant global**, certifié par les commissaires aux comptes, des sommes ouvrant droit aux **déductions fiscales** visées à l'article 238 bis AA du CGI, la liste des actions de parrainage et de mécénat réalisées par la société ;
9. Les **procès-verbaux des assemblées** tenues au cours des **trois** derniers exercices sociaux ;
10. Les **feuilles de présence** à ces assemblées (auxquelles doivent être joints, s'il en existe, les procurations et les formulaires de vote à distance) ;
11. Éventuellement, les **bilans sociaux** (cf. art. L 438-7 du Code du travail) ;
12. La liste et l'objet de certaines conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, passées entre la société et l'un de ses dirigeants, administrateur ou actionnaire détenant plus de 10 % des droits de vote.

Cette **énumération** doit être considérée comme **limitative** (dans le même sens, Hémard, Terre et Mabilat, Soc. com. T. II n° 287).

2. *Modalités d'exercice du droit de communication permanent*

Ce droit de communication peut être exercé par tout **actionnaire**, par chacun des **copropriétaires indivis** d'actions, par le **nu-propriétaire et l'usufruitier** (art. L 225-18 du C. com.). L'actionnaire peut désigner un **mandataire** pour l'exercice de son droit. Le droit peut être exercé à **toute époque**, tout actionnaire peut se faire assister par un expert, inscrit sur une des listes établies par les cours et tribunaux (art. R 225-94 du C. com.).

REMARQUE

Les représentants de la masse des obligataires **peuvent aussi consulter les documents tenus à la disposition des actionnaires.**

L'actionnaire peut demander en justice que la société soit tenue, **sous astreinte**, de mettre à sa disposition les documents auxquels il doit avoir accès. Il peut aussi obtenir les dommages-intérêts en réparation du préjudice que le refus de communication lui aura causé. En revanche, aucune disposition expresse de la loi ne sanctionne par la nullité des assemblées le refus de communication des documents prescrits.

Il n'y a plus de sanctions pénales en cas de non-respect de ce droit de communication.

III. Détermination des participants à l'assemblée générale

Tout **actionnaire a le droit de participer aux assemblées c'est un droit essentiel** (art. 1844, al. 1 du Code civil), **les clauses statutaires contraires étant réputées léonines, non écrites** (art. 1844-10, al. 2 du C. civ.). Ce droit essentiel était protégé pénalement par les dispositions de l'article L 242-9 du C. com. Il était passible d'une amende de 9 000 € ou 60 000 F en cas de non-respect ; désormais ces sanctions sont supprimées.

Ce droit peut être exercé par l'actionnaire lui-même ou par un représentant (représentant légal ou conventionnel).

Mais, être actionnaire ou représentant d'actionnaire ne donne pas nécessairement accès aux assemblées. D'abord, il faut être en mesure de **justifier de cette qualité**. Ensuite, le **droit de participation** aux assemblées **peut être limité** par la loi elle-même (actions non libérées, actions non regroupées).

A. Détermination de la qualité d'actionnaire

1. Différentes variétés d'actions

a. Actions de capital

Les titulaires d'actions de capital peuvent assister à l'assemblée générale s'ils ont **libéré** leurs actions des versements exigibles.

Ils conservent ce droit si les actions ont été **partiellement amorties** car ces actions ont le droit de vote (art. L 225-199 du C. com.).

b. Actions de jouissance

Les actions de jouissance, c'est-à-dire qui ont été **intégralement amorties**, conservent le droit de vote ; par conséquent, leurs titulaires ont droit d'accès à l'assemblée générale des actionnaires (art. L 225-198 al. 2 du C. com.).

c. Actions de travail

Quoiqu'elles ne **contribuent pas à la formation du capital social**, les actions dites « de travail » sont dotées des mêmes droits que les actions de capital en vertu de l'article L. 225-263 du C. com. ; elles donnent donc à leurs titulaires **le droit d'entrée à l'assemblée générale des actionnaires**.

2. Actions faisant l'objet de droits concurrents

a. Actions indivises (propriété qui n'est pas divisible)

Le droit de vote attaché à l'action étant indivisible, **les copropriétaires indivis sont tenus**, s'ils veulent participer aux votes, de se faire **représenter** aux assemblées générales par **un seul d'entre eux** ou par un **mandataire unique** (art. L 225-110, al. 2 du C. com.). Si les indivisaires ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le choix de ce mandataire, le copropriétaire le plus diligent peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé du lieu du siège social **la désignation d'un mandataire judiciaire ad hoc** (art. R 225-87, al. 2 du C. com.).

b. Actions grevées d'usufruit (usus = usage + fruits)

Le droit de vote appartient :

- à l'**usufruitier** dans les **assemblées générales ordinaires** ;
- au **nu-propiétaire** dans les **assemblées générales extraordinaires**, ainsi que dans les **assemblées générales spéciales**. Toutefois, depuis la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 cette disposition ne revêt plus un caractère impératif d'ordre public, en conséquence, **les statuts peuvent désormais y déroger par une mention expresse**, soit en une répartition différente du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, soit en laissant aux intéressés le soin de procéder eux-mêmes à cette répartition.

c. Actions remises en nantissement (gage)

Tant que le créancier n'a pas exécuté son nantissement (gage), le **débiteur** reste propriétaire des actions et, de ce fait, **a seul le droit de participer à l'assemblée générale** (art. L 225-110, al. 3 du C. com.).

d. Actions frappées de saisie

La saisie pratiquée sur ses actions **n'empêche pas l'actionnaire de participer aux assemblées générales** aussi longtemps que la **vente forcée** des dites actions n'est pas intervenue.

e. Actions litigieuses

En principe, lorsque la propriété d'actions est litigieuse, le droit d'accès à l'assemblée générale appartient au **propriétaire apparent** (celui au nom de qui lesdites actions sont inscrites). Toutefois, le tribunal peut convenir de « bloquer » ses actions et de désigner à leur tête **un séquestre** qui généralement **n'est pas autorisé à voter, sauf si le tribunal lui confère expressément ce droit dans sa décision. Le juge des référés peut désigner un mandataire ad hoc chargé de voter à l'assemblée générale.**

f. Actions sous séquestre

Les actions litigieuses sont parfois mises sous la garde d'un mandataire de justice habituellement appelé « **séquestre** » ou encore, selon certaines décisions de justice, « **administrateur provisoire** ».

L'exercice du **droit de vote** attaché aux actions sous séquestre **dépend en pratique de la décision de justice** qui fixe la mission du séquestre. Cependant, le plus souvent, le séquestre se voit refuser l'exercice du droit de vote.

g. Fonds commun de placement

Lorsque les actions appartiennent à plusieurs personnes (physiques ou morales) groupées dans un fonds commun de placement, le droit de participer aux assemblées générales et le droit de vote attaché à ces actions est exercé par **la société de gestion** puisque celle-ci représente le fonds commun de placement (mandataire) (art. L 214-25 al. 3 C. mon. fin.).

Toutefois, lorsque le fonds commun a pour objet la gestion des sommes attribuées aux salariés au titre de la **participation** aux résultats de l'entreprise ou de celles, versées par ceux-ci dans un plan d'épargne d'entreprise, le droit de vote attaché aux actions comprises dans le fonds est exercé par un **mandataire désigné par le conseil de surveillance du fonds**. Cependant le règlement intérieur du fonds peut établir que **le droit de vote sera exercé individuellement par les porteurs de parts**.

B. Représentation des actionnaires

1. Représentation légale

Lorsque l'actionnaire est un **incapable** (mineur ou majeur protégé par la loi), c'est **son représentant légal** (père, mère, tuteur, curateur) qui est autorisé à exercer le droit de vote en son lieu et place conformément aux règles relatives à la protection des incapables. Si l'actionnaire est une **personne morale, ce sont ses représentants légaux** qui sont habilités à voter à l'assemblée : le président du conseil d'administration ou du directoire de la SAS, le gérant pour les sociétés, et président du conseil d'administration pour les associations.

Si l'actionnaire est **une société étrangère, les pouvoirs de son représentant sont fixés par la loi étrangère** à laquelle cette société est soumise en principe son siège social.

2. Représentation conventionnelle

Le **droit** pour un actionnaire de se **faire représenter aux assemblées est d'ordre public** (art. 225-106, al. 5 du C. com.). Les statuts ne peuvent donc pas l'exclure ou, ce qui reviendrait au même, prévoir que les assemblées générales seront composées des seuls actionnaires présents. Les actionnaires jouissent d'un **droit absolu de désigner un mandataire** chargé d'assister à l'assemblée et d'y voter en leur nom et pour leur compte.

Un actionnaire ne peut se faire représenter, à notre avis, que par un **autre actionnaire** ou par **son conjoint, quel que soit le régime matrimonial des époux**. Cette disposition est impérative, toute clause contraire est réputée non écrite (art. L 225-106, al. 5 du C. com.).

Mais un actionnaire peut aussi ne pas désigner le nom de son représentant et se contenter d'envoyer une formule de procuration signée à la société. Il s'agit de ce que l'on appelle alors « **un pouvoir en blanc** ». Dans ce cas, le vote émis à l'aide de ce pouvoir sera en faveur des projets de résolution présentés ou agréés par **le conseil d'administration ou le directoire**, et défavorable à l'adoption de tous les autres projets.

En principe, le mandat est donné pour une seule assemblée générale, le mandat permanent est prohibé. Cependant, il peut être donné pour deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire tenues le même jour ou dans un délai de quinze jours.

En principe, le **mandat** est aussi **toujours révocable** (art. 2003 du Code civil). Cette révocation n'est opposable à la société que si elle lui a été notifiée (par lettre recommandée avec AR).

La **procuration** doit être **donnée par écrit** et revêtue de la **signature du mandant** (art. R 225-79, al. 1 du C. com.).

La procuration doit indiquer les nom, prénom usuel et domicile du mandant (art. D 132, al. 1) et éventuellement le nom du mandataire choisi.

Dans la pratique, les dirigeants sociaux prennent l'initiative d'adresser une formule de procuration, avec la lettre de convocation aux assemblées générales.

C. Justification de la qualité d'actionnaire ou de représentant d'actionnaires

Lorsque les actions sont nominatives – ce qui est désormais obligatoire dans les sociétés ne faisant pas appel public l'épargne – depuis l'entrée en vigueur de la dématérialisation des valeurs mobilières, **ces actions doivent être inscrites dans des comptes** établis au nom de chaque propriétaire **et tenus par la société émettrice teneur de compte**.

La **qualité d'actionnaire résultera** suffisamment de la preuve que l'actionnaire est bien celui **au nom de qui les actions sont inscrites en compte**.

Lorsque les **actions sont au porteur** – depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, les actions au porteur sont celles qui sont **inscrites dans des comptes tenus par un intermédiaire habilité** (banque, établissement de crédit, etc.) – **la qualité d'actionnaire résultera d'un certificat établi par l'intermédiaire teneur du compte de l'actionnaire**.

Les **représentants légaux d'actionnaires incapables** (mineurs ou majeurs protégés) et **les représentants des personnes morales actionnaires peuvent être tenus de justifier leur qualité** par la production **d'une expédition de la décision de justice du juge des tutelles** (tribunal d'instance) ou **d'un extrait certifié conforme de la décision des associés ou du conseil les ayant nommés**.

Pour les représentants conventionnels, aucune règle spéciale n'a été édictée. Les statuts peuvent fixer les conditions de preuve de la qualité de représentant. À défaut, tout procédé de preuve suffira. Un écrit support papier ou électronique est bien entendu le meilleur moyen de prouver cette qualité.

D. Restrictions au droit d'accès des actionnaires

Les **actionnaires** qui détiennent des **actions à dividende prioritaire sans droit de vote ne peuvent naturellement pas assister aux assemblées générales**. De même, ne peuvent assister à l'assemblée, les actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions des montants exigibles.

En dehors de ces deux cas, les statuts **ne peuvent exiger** que l'actionnaire possède **un nombre minimum d'actions pour pouvoir participer aux assemblées**. Cette disposition est impérative, d'ordre public, les statuts ne peuvent y déroger. En effet, au regard de l'article 1844 al. 1^{er} du Code civil tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.

E. Admission de personnes non actionnaires

Bien qu'ils ne soient pas actionnaires, peuvent assister aux assemblées sans voix délibérative **les commissaires aux comptes, les commissaires aux apports, les représentants de la masse des obligataires, les représentants du comité d'entreprise ou les délégués du personnel, les représentants de la masse des porteurs de titres participatifs, les membres du directoire** et d'autres personnes telles que le **secrétaire du bureau** qui est généralement un employé de la société, les **huissiers** lorsqu'un litige surgit entre actionnaires et que ceux-ci entendent leur faire officiellement constater un certain nombre de faits.

F. Rémunération des actionnaires

Afin de lutter contre la désaffection des actionnaires lors des assemblées générales, les statuts peuvent prévoir le versement de **jetons de présence** ; cette démarche est parfaitement licite même si elle n'est pas transcrite dans les statuts.

G. Vote à distance

Afin d'obtenir une meilleure participation des actionnaires à la vie de leur société et d'éviter certains abus dans l'utilisation des pouvoirs en blanc, la loi 83-1 du 3 janvier 1983 a mis à la disposition des actionnaires qui ne peuvent ou ne veulent assister à une assemblée la possibilité d'exprimer leur point de vue sur les résolutions soumises à cette assemblée sans passer par l'intermédiaire d'un mandataire, **au moyen d'un vote par correspondance**, qui a été requalifié de vote électronique à distance qui doit être porteur de la signature électronique sécurisé ou d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire conformément aux stipulations statutaires par le décret 2002-803 du 3 mai 2002, et peut se mettre en place sous forme de support papier ou électronique avec signature électronique. Cependant, il ne faut pas confondre le vote à distance par la voie électronique (version électronique du vote par correspondance) avec le vote électronique en séance (pendant l'assemblée générale).

Tout actionnaire peut voter par correspondance support papier quelle que soit la nature, ordinaire, extraordinaire mixte ou spéciale de l'assemblée. Les dispositions contraires des statuts sont des clauses léonines réputées non écrites (art. L 225-107, al. 1 du C. com.).

Le vote à distance est exercé **au moyen d'un formulaire établi par la société** et remis ou adressé aux actionnaires qui en font la demande.

Le formulaire de vote à distance doit être rédigé de telle sorte que **l'actionnaire puisse exprimer en toute connaissance de cause son vote sur chacune des résolutions proposées à l'ordre du jour de l'assemblée.**

Ce formulaire de vote à distance doit comporter un ensemble de documents : **le texte des résolutions proposées, les comptes sociaux, une formule de demande d'envoi de documents, etc.**

Pour être valable, le bulletin de vote à distance doit comporter l'identification de l'actionnaire et la signature du bulletin de vote par l'actionnaire ou son représentant.

IV. Utilisation de moyens de télétransmission

Désormais, si les statuts le permettent, les actionnaires pourront participer aux débats et voter en utilisant des moyens de télétransmission. **Ces actionnaires seront réputés présents à l'assemblée générale à la fois pour le calcul du quorum et de la majorité requise** en fonction de la nature de l'assemblée (art. L 225-107 du C. com.). Ces moyens de visioconférence doivent satisfaire à des caractéristiques techniques établissant une participation effective et la retransmission continue et simultanée des délibérations et également transmettre au moins la voix des participants. Les mêmes exigences s'appliquent en cas d'utilisation de moyens de télécommunication.

Cette utilisation de moyens de télétransmission est possible pour toutes les sociétés sans aucune restriction.

V. Formalités préliminaires à la réunion

A. Feuille de présence

À chaque assemblée, il doit être tenu une **feuille de présence** (art. L 225-114 du C. com.).

La feuille de présence doit comporter un certain nombre d'indications qui sont prévues par l'article D 145, al. 1, soit **le nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire présent, actionnaire représenté, chaque mandataire, des actionnaires ayant voté par correspondance, le nombre d'actions dont il est titulaire ainsi que le nombre de voix attaché à ces actions.**

Cette feuille est **signée** par les **actionnaires présents et les mandataires. Les pouvoirs des mandataires doivent être annexés à la feuille de présence.** La feuille de présence est certifiée exacte par les membres du bureau (art. R 225-95, al. 3 du C. com.).

Chaque actionnaire a le droit, à toute époque, d'obtenir communication des feuilles de présence des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices (art. L 225-117 du C. com.). Mais la divulgation par un actionnaire à un tiers d'une feuille de présence constitue un abus de droit.

Le **défaut** d'établissement de la **feuille de présence** entraîne la **nullité de l'assemblée** et les sanctions pénales de l'article L 242-15 du C. com., soit une amende de 3 750 € (25 000 F) qui punit le président, les administrateurs ou les membres du directoire de la société.

B. Bureau de l'assemblée

Le bureau comprend un **président et deux scrutateurs**. Elle est en principe **présidée par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance** (art. D 146, al. 1). En cas d'absence du président, l'assemblée est présidée par la personne désignée dans les statuts, le plus souvent un membre du conseil de surveillance ou un administrateur, soit une autre personne. **Le bureau désigne le secrétaire de séance qui est soit un actionnaire, soit une autre personne, sauf clause contraire des statuts.**

Le bureau comprend le président et deux scrutateurs (disposant du plus grand nombre de voix et acceptant la fonction) qui doivent tout d'abord **certifier l'exactitude de la feuille de présence**. **Ils dirigent ensuite les débats et soumettent les projets de résolution au vote**. Enfin ils **signent le procès-verbal** de la séance (art. R 225-106, al. 1 du C. com.).

C. Constatation du quorum

La validité des assemblées générales est subordonnée à la présence ou à la représentation **d'actionnaires possédant un nombre minimum d'actions** (« quorum »), le quorum est la garantie de la représentativité des assemblées, il est variable selon la nature de l'assemblée ; sur ce chiffre minimum, voir articles L 225-96 et 225-99 du C. com. Ainsi les **quorums** sont les suivants :

- **Assemblée extraordinaire** (art. L 225-96 du C. com.) :
 - sur première convocation : un **quart** des actions ayant droit de vote ;
 - sur seconde convocation : un **cinquième** des actions ayant droit de vote.
- **Assemblée ordinaire** (art. L 225-98 du C. com.) :
 - sur première convocation : un **cinquième** des actions ayant droit de vote ;
 - sur seconde convocation : aucun **quorum**.
- **Assemblée spéciale** (art. L 225-99 du C. com.) :
 - sur première convocation : **un tiers** des actions ayant droit de vote ;
 - sur seconde convocation : **un cinquième** des actions ayant droit de vote.

Il appartient donc au **bureau de l'assemblée**, avant l'ouverture des débats, de s'assurer que **le quorum requis est bien atteint**. Le quorum est calculé **en fonction du nombre des actions ayant droit de vote** quel que soit le montant du capital qu'elles représentent. Aux actions sont assimilés les certificats de droit de vote. Enfin **le quorum doit subsister pendant toute la durée de l'assemblée**.

En cas de vote à distance, les actions sont prises en compte pour les résolutions figurant sur le formulaire mais également, lorsqu'il s'agit de voter sur des résolutions proposées en cours de séance.

Lorsqu'une assemblée générale ne peut, à défaut du quorum requis, délibérer régulièrement, il en **est dressé procès-verbal de carence par le bureau** de cette assemblée (art. R 225-107 du C. com.). C'est un procès-verbal de carence qui devra être établi.

Toute assemblée générale délibérant sans respecter le quorum requis serait nulle (art. L 225-121, al. 1 du C. com.).

V. *Débats et vote des résolutions*

Après **désignation des membres du bureau**, constatation au vu de la feuille de présence que **le quorum requis pour la validité des délibérations est atteint** et rappel de l'ordre du jour de l'assemblée, l'usage veut que le président dépose à l'intention des actionnaires, divers documents **attestant la régularité de la convocation et de la délibération** (journal constatant l'avis de convocation, copies des lettres de convocation, feuille de présence, pouvoirs des actionnaires représentés).

Il est ensuite donné **lecture des rapports (de gestion du CAC) et autres documents** qui doivent être présentés aux actionnaires. Le nombre et la nature de ces documents varient selon l'objet de la réunion.

Ensuite, **le président déclare la discussion générale ouverte.**

Le conseil d'administration (ou le directoire) **sera tenu de répondre, au cours de l'assemblée, aux questions écrites** qui lui auraient été posées par des actionnaires (art. L 225-108, al. 3 du C. com.).

Ce **droit** de poser des questions écrites est **ouvert à tout actionnaire**, quelle que soit la fraction du capital qu'il représente et quelle que soit la **nature de l'assemblée générale**, ordinaire, mixte, extraordinaire, spéciale.

A. Débats

L'assemblée générale ne peut **délibérer que sur les questions figurant à l'ordre du jour de l'assemblée**. Toute décision prise contrairement à cette règle est **nulle de plein droit**. Le législateur a, toutefois, prévu une dérogation en ce qui concerne la **révocation des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance** et de procéder à leur remplacement immédiat.

Tout **actionnaire ou son représentant, peut participer aux débats** et formuler des observations ou solliciter des renseignements complémentaires sur les documents présentés à l'assemblée et sur le texte des résolutions proposées.

L'assemblée peut en toutes circonstances, **révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance** et procéder à leur remplacement immédiat.

La réunion d'une assemblée a, en principe, **un caractère privé**, même si sont présents dans la salle des employés ayant pour mission de veiller au service d'ordre.

B. Vote des résolutions

I. Le droit de vote

a. Principe

Le droit de vote est un **attribut essentiel et fondamental de l'action** (art. 1844, al. 1 du C. civil).

Seuls les actionnaires et, en cas d'émission de certificats d'investissement, **les titulaires des certificats de droit de vote jouissent du droit de vote**. Le droit de vote étant d'ordre public aucune disposition statutaire ou conventionnelle ne peut l'écartier.

Toutefois, dans un certain nombre de cas, **le droit de vote est supprimé**. Il en est ainsi lorsque les **actions sont des actions sans droit de vote** et dans une série de situations qui sont exposées ci-dessous.

b. Nombre de voix

- **Actions non libérées** des versements exigibles (art. L 228-29 du C. com. et R 228-26 du C. com.) ;
- **Actions au porteur** non converties au nominatif malgré la radiation de la cote (art. 94-1, al. 6 de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981) ;
- **Actions non regroupées** (art. 6 du décret du 30 octobre 1948 ; art. 3 de la loi du 10 juillet 1964) ;
- **Actions qui doivent être aliénées** en application des dispositions légales limitant les **participations croisées** (art. L 233-30 du C. com.) ;
- **Achat par la société de ses propres actions** (art. L 225-111, al. 1 du C. com.) ;
- Actions **d'autocontrôle** (art. L 233-31 du C. com.) ;
- Actions acquises sans que soient respectées les règles relatives au dépôt obligatoire **d'une offre publique d'achat** ou d'échange (art. 6 bis de la loi du 22 janvier 1988, art L 433-3,1 C. mon. fin.) ;
- Actions **excédentaires** en cas de **franchissement de seuil** non déclaré à la société (art. L 233-14 du C. com.) ;
- Actions dont la **reconstitution par rapprochement d'un certificat d'investissement** et d'un **certificat de droit de vote** n'a pas été déclarée à la société émettrice (art. L 228-30, al. 6 du C. com.) ;

- Actions des dirigeants **de sociétés soumises à une procédure de sauvegarde de redressement ou de liquidation judiciaires** ;
- Actions appartenant à une personne en état de liquidation judiciaire, celle-ci est déssaisie au profit du liquidateur.

Le **nombre de voix** attaché aux actions est obligatoirement **proportionnel à la quotité de capital** qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins (art. L 225-122 du C. com.).

Cependant, lors des **assemblées constitutives** de sociétés constituées avec appel public à l'épargne et des assemblées extraordinaires statuant sur des apports en nature ou des avantages particuliers, le nombre de voix dont peut disposer chaque actionnaire n'est pas limité, il peut être fixé à **dix ou vingt**.

Mais il peut aussi être reconnu un droit de vote double par les statuts dans les conditions suivantes :

- Les **actions** sont **nominatives** et entièrement libérées.
- L'actionnaire les détient depuis **deux ans au moins**.

À partir de l'instant où le droit de vote double est institué tout actionnaire peut en bénéficier.

Sur les problèmes que soulève l'existence d'un droit de vote double, voir MS n° 10655 et s.

c. Libre exercice du droit de vote

Par ces conventions, les associés ou certains d'entre eux, s'engagent à voter dans un sens déterminé ou à ne pas participer au vote.

Ces conventions, souvent incluses dans un **pacte d'actionnaires**, peuvent concerner **toutes les décisions collectives** mais, le plus souvent, elles sont limitées à certaines d'entre elles : choix des dirigeants, agrément de nouveaux associés, politique d'investissement, affectation des résultats, établissement d'une clause de préemption entre actionnaires.

Force est de constater qu'actuellement **aucune disposition** législative ou réglementaire **ne prohibe en soi de telles conventions**. Même plus, la loi en prend acte et les tient, au moins implicitement pour licites.

Cependant, cette validité de principe des conventions de vote doit être nuancée.

D'une part, un engagement de vote est **illicite** lorsqu'il a pour seule contrepartie le **versement d'une rétribution** sous quelque forme que ce soit. D'autre part, conformément au droit commun des contrats, les conventions de vote ne peuvent pas être conclues pour une durée illimitée ou considérée comme telle.

Enfin elles ne doivent pas conduire à des votes **contraires à l'intérêt social** et **motivés par la volonté de nuire à l'une des parties de la convention**. Même licites ces conventions ne sont opposables qu'aux personnes qui les ont conclues, et en aucun cas aux tiers (art. 1165 du C. civil).

Le droit de vote **ne peut être exercé de façon discrétionnaire** et les **abus de droit de vote (de majorité ou de minorité)** sont sanctionnés par les tribunaux. L'abus est un acte **contraire à l'intérêt social** dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité.

2. *Modalités de vote*

Après la clôture des débats, l'assemblée générale est appelée à **voter les résolutions**, un vote distinct devant être émis pour chacune d'elles. Le vote peut être à **main levées**, vote par **appel nominal** ou **bulletins de vote** ou enfin utilisation du **vote électronique**, voire à **scrutin secret si la disposition est prévue dans les statuts** ou encore décidée par l'assemblée générale

Après chaque assemblée générale, il est nécessaire **d'établir un procès-verbal** de la réunion, le défaut d'établissement est sanctionné pénalement, les procès-verbaux doivent être établis sur un registre spécial coté et paraphé ou sur des feuilles mobiles également cotées et paraphées par le greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

3. *Conséquences du vote*

Les **décisions régulièrement prises s'imposent à tous les actionnaires** mêmes dissidents incapables ou absents ; elles s'imposent également à tous ceux qui deviennent actionnaires postérieurement à la date de l'assemblée générale.

L'assemblée peut revenir sur une décision qu'elle a prise à condition que l'annulation ou la modification ainsi intervenue ne porte pas atteinte à des droits acquis par les actionnaires ou les tiers.

Si l'ordre du jour a été totalement épuisé la clôture de la séance peut intervenir à la demande du président de séance. Après l'assemblée, il y a lieu de rédiger le procès verbal de la réunion.

Section 2. Règles particulières à certaines assemblées

I. *Assemblées générales ordinaires*

A. **Compétence de l'assemblée générale ordinaire**

D'une manière générale, l'assemblée générale ordinaire prend toutes les décisions qui ne relèvent pas de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, c'est-à-dire toutes celles qui **n'entraînent pas une modification des statuts** (art. L 225-98, al. 1 du C. com.).

En fait, l'assemblée ordinaire a essentiellement pour objet de statuer sur :

- **l'approbation annuelle des comptes** de l'exercice social écoulé, formalité qui constitue la plus importante de ses attributions ;
- **le paiement du dividende en actions** ;
- la **nomination** ou le **remplacement** des membres des **organes d'administration, de contrôle ou de surveillance de la société, ratifier la cooptation d'administrateur** ;
- les **décisions à prendre** concernant un **certain nombre d'opérations**, telles que, par exemple, autorisation à donner aux dirigeants pour l'accomplissement d'actes déterminés, par exemple **cautions au nom de la société**, approbation ou refus d'approbation des conventions réglementées, fixation du montant des jetons de présence.

Il convient particulièrement de retenir que l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes doit être réunie **au moins une fois par an**, dans les **six mois** de la clôture de l'exercice, en vue de **l'approbation des comptes de l'exercice écoulé** (art. L 225-100 du C. com.), conventions réglementées.

Les autres décisions que peut prendre l'assemblée générale, sont celles relatives aux organes sociaux, à l'approbation des conventions, au paiement du dividende en actions, ratification du transfert du siège social, émission d'obligations, achat (par la société de ses propres actions).

B. Délibérations de l'assemblée générale ordinaire

Le point le plus important à observer en ce domaine est la **présentation** à l'assemblée générale ordinaire des **rapports et documents que la loi prescrit de lui soumettre**. Il s'agit en particulier pour l'assemblée **d'approuver les comptes annuels** de l'exercice social écoulé, **ainsi que des rapports relatifs à ces comptes** (du conseil d'administration ou du directoire et des commissaires aux comptes).

L'assemblée générale ordinaire ne peut valablement délibérer sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent **au moins le quart des actions ayant droit de vote**. Sur deuxième convocation, **aucun quorum n'est requis**.

L'assemblée générale ordinaire statue à la **majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés** (art. L 225-98, al. 3 du C. com.). Ce nombre de voix dont chaque actionnaire dispose **peut être limité par les statuts**, mais à la condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégories.

C. Publicité

1. Publicité relative aux comptes et rapports annuels

a. Dépôt au greffe

Les **comptes annuels** (bilan, compte de résultat et annexe), les **rapports** présentés aux actionnaires (rapport de gestion, rapport du conseil de surveillance, rapport général des commissaires aux comptes) ainsi que la résolution relative à l'affectation du résultat de l'exercice écoulé doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social dans le **mois qui suit l'assemblée générale ordinaire annuelle**.

b. Dépôt aux administrations fiscales

Les **procès-verbaux des assemblées générales ayant décidé, au cours d'un exercice social, une distribution quelconque aux actionnaires** (dividende, réserves, remboursement à la suite d'une réduction de capital non motivée par des pertes, etc.) **doivent être adressés au service des impôts** dont relève la société en même temps que la déclaration des résultats de cet exercice.

Des publicités particulières sont mises à la charge des sociétés cotées et de leurs filiales en particulier au Balo (Bulletin des annonces légales obligatoires) et dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social.

2. Publicité relative aux organes sociaux

Toute modification intervenant dans la composition du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance, ainsi que toute nomination ou cessation de fonction du président, des directeurs généraux ou de toute personne ayant le pouvoir d'engager la société et des **commissaires aux comptes est soumise aux mesures de publicité suivantes** :

- **insertion** dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social ;
- **dépôt au greffe** du tribunal de commerce du lieu du siège social de deux exemplaires de la décision constatant le changement intervenu ;
- inscription modificative au **registre du commerce et des sociétés** ;
- insertion dans le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (**Bodacc**), à la diligence du greffier du tribunal de commerce.

À notre avis, les formalités ci-dessus ne doivent être accomplies qu'en cas de nomination ou de cessation de fonction. Elles ne s'imposent **pas en cas de renouvellement de mandat** puisqu'il n'y a pas alors modification dans la composition des organes sociaux de la société.

II. Assemblées générales extraordinaires

A. Compétence de l'assemblée extraordinaire

L'assemblée générale extraordinaire est seule **habilitée à modifier les statuts de la société** dans toutes leurs dispositions ; **toute clause contraire est réputée non écrite, c'est une clause léonine** (art. L 225-96, al. 1 du C. com.).

Toutefois, **l'assemblée générale extraordinaire ne peut pas décider de transférer le siège social dans un pays étranger**, car il s'ensuit un **changement de nationalité** de la société qui passe des règles françaises aux règles du pays étranger où le siège social est établi. Dans ce cas, il faut **l'unanimité** des actionnaires. **Toutefois, l'article L 225-97 du C. com. autorise le changement de nationalité de la société sur simple décision de l'assemblée générale extraordinaire si le pays d'accueil a conclu avec la France une convention spéciale.**

L'assemblée générale extraordinaire ne peut pas non plus **augmenter les engagements des actionnaires**, c'est-à-dire **leur demander des versements supplémentaires** à ceux qu'ils ont promis de faire au titre de leurs apports.

Enfin, l'assemblée générale extraordinaire ne peut pas porter atteinte aux droits individuels des actionnaires, notamment les **priver de leur droit de vote, de leur droit à la répartition des bénéfices ou du droit de céder leurs actions ou de percevoir le remboursement de leurs apports.**

B. Délibérations de l'assemblée générale extraordinaire

Les règles relatives à la convocation, au droit de communication des actionnaires, à la composition des assemblées, aux délibérations, au droit de vote sont applicables aux assemblées générales extraordinaires. **Tout actionnaire quel que soit le nombre de ses actions a accès aux assemblées générales extraordinaires.**

Des rapports sont soumis à l'assemblée soit du conseil d'administration ou du directoire ou du commissaire aux apports, ou aux comptes en de multiples occasions.

À noter que le **quorum requis pour la validité des assemblées générales extraordinaires** est de :

- un **quart** sur première convocation ;
- un **cinquième** sur seconde convocation.

L'assemblée générale extraordinaire **statue à la majorité des deux tiers** des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L 225-96, al. 3 du C. com.).

C. Publicité

D'une manière générale il est nécessaire de faire une **insertion** dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social ; un **dépôt au greffe** du tribunal de commerce du lieu du siège social, une inscription modificative au **RCS**, insertion au **Bodacc** à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

III. Assemblées spéciales

À la différence des assemblées générales, auxquelles en principe tous les actionnaires peuvent participer, les assemblées spéciales ne comprennent que **les actionnaires titulaires d'actions d'une catégorie déterminée** (ex. : actions de préférence et ordinaires, actions de capital et de jouissance, partiellement amorties et non amorties) dont la société envisage de modifier les droits particuliers.

Ce sont donc des assemblées exceptionnelles ayant essentiellement pour objet de protéger les droits qui ont été reconnus à certains actionnaires et non aux autres.

Les règles applicables aux assemblées spéciales sont analogues à celles des assemblées générales extraordinaires, notamment quant aux conditions de majorité (deux tiers des voix).

Les assemblées spéciales ne délibèrent valablement (quorum) que si les actionnaires y participant possèdent au moins sur première convocation **un tiers** et sur deuxième convocation **le cinquième des actions** ayant droit de vote dont il est envisagé de modifier les droits. Les décisions sont valablement prises à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents et représentés.

IV. Assemblées mixtes

L'assemblée générale mixte est celle au cours de laquelle sont prises des **décisions dont certaines relèvent de la compétence de l'assemblée générale ordinaire et d'autres de l'assemblée générale extraordinaire** (par exemple : approbation des comptes de l'exercice social écoulé et augmentation du capital social de la société). L'assemblée générale mixte permet **de ne pas réunir deux assemblées générales successives** et évite d'établir deux feuilles de présence.

D'une façon générale, les assemblées mixtes sont soumises à la fois aux règles communes à toutes les assemblées et aux règles particulières à chacune des assemblées correspondant à la nature des décisions à prendre.

Le **quorum et la majorité** pour valablement délibérer sont **calculés, résolution par résolution**, selon la nature soit **ordinaire** ou **extraordinaire** de **chacune des décisions à prendre**. Le procès-verbal devra porter mention de ces éléments et ainsi faire ressortir que le calcul du quorum et de la majorité a été effectué conformément aux règles requises pour l'adoption de chaque résolution selon la nature de celle-ci.

CHAPITRE 5. LES MODIFICATIONS DU CAPITAL SOCIAL DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

Section 1. Augmentation du capital social

I. Règles générales

A. Procédés d'augmentation du capital social

Le capital social peut être **augmenté**, soit par **émission d'actions nouvelles**, soit par **élévation du montant nominal des actions existantes** (art. L 225-127, al. 1 du C. com.).

L'émission d'actions nouvelles peut résulter :

- soit **d'apports extérieurs** en nature ou en numéraire ;
- **soit de l'utilisation de ressources propres à la société** sous forme d'incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission ;
- soit de la **combinaison d'apports en numéraire et d'incorporation de réserves**, de bénéfices ou primes d'émission ;
- soit de la **conversion ou du remboursement d'obligations en actions** ;

- de l'exercice de droits donnant accès au capital social ;
- d'une fusion ou d'une scission ;
- de la conversion d'actions ordinaires en actions de préférence.

Quant à l'élévation du **montant nominal des actions**, dans la majorité des cas, elle provient de l'incorporation au capital de ressources propres à la société : **bénéfices, réserves ou primes**. Elle peut résulter aussi d'**apports nouveaux** effectués en numéraires ou en nature par tous les actionnaires.

B. Décision d'augmentation du capital

L'assemblée générale extraordinaire est **seule compétente** pour **décider une augmentation du capital social** ; le conseil d'administration ou le directoire doit présenter à cette assemblée un **rapport** l'éclairant sur les **raisons d'être** et les **modalités** de cette augmentation. En outre, un rapport spécial des commissaires aux comptes est requis dans certains cas, en particulier en cas de suppression du droit préférentiel de souscription, même chose pour les opérations qui constituent des augmentations de capital différées, attribution d'options de souscription d'actions, enfin émission d'autres titres donnant accès au capital social.

L'assemblée générale extraordinaire peut se contenter d'arrêter les principales caractéristiques de l'augmentation du capital social et laisser le soin ensuite au **conseil d'administration ou au directoire de l'achever**. Cette augmentation du capital social devra intervenir dans un délai de **cinq ans** à compter de la décision prise en assemblée générale extraordinaire d'augmenter le capital social et de déléguer son exécution soit au conseil d'administration ou au directoire.

Quorum et majorité

Les conditions de quorum et de majorité varient en fonction des distinctions suivantes :

- **Apports en numéraire ou en nature**. Les conditions de quorum et de majorité requises sont celles prévues pour les assemblées extraordinaires : **quorum du quart** des actions ayant droit de vote sur première convocation et du **cinquième** sur seconde convocation ; **majorité des deux tiers** des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L 225-96 du C. com.). Toutefois, **l'unanimité** des actionnaires serait nécessaire si l'augmentation du capital se traduisait par une **élévation du nominal des actions** (art. L 225-127, al. 3 du C. com.) ;
- **Incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission**. Dans ce cas, l'assemblée statue valablement aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales ordinaires : le **quorum sera d'un quart** sur première convocation ; et la **majorité simple** des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L 225-129-II du C. com.).

C. Modalités particulières de l'émission des actions nouvelles

Les actions nouvelles peuvent être émises dès la réalisation de l'augmentation de capital et sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'accomplissement des formalités d'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social.

Les actions nouvelles représentatives d'apports en numéraire ou d'apports en nature peuvent être émises à leur montant nominal majoré d'une prime d'émission. La prime d'émission (ou la prime d'apport) a pour but d'égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux lorsqu'il existe des réserves ou des plus-values d'actifs apparents ou occultes.

La prime d'émission est assimilée à un apport et obéit donc aux mêmes règles que l'apport.

II. Augmentation du capital social par apports en numéraire

A. Conditions préalables

1. Libération du capital social

Le capital social doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire (art. L 225-131, al. 1 du C. com.). La libération du capital social suppose, à notre avis, un **versement effectif des fonds correspondant** au capital nominal. À notre avis, aussi, il y a émission des actions dès que l'assemblée générale a décidé le montant de l'augmentation du capital et fixé le nombre d'actions nouvelles créées ainsi que les conditions de leur souscription.

Par dérogation à ce principe, les **options** accordées au personnel de la société et lui donnant droit à la **souscription d'actions** peuvent être consenties et levées alors même que le capital social n'aurait pas été intégralement libéré.

2. Vérification de l'actif et du passif

Les sociétés constituées sans appel public à l'épargne qui, moins de **deux ans à compter de la constitution de la société**, viendraient à procéder à une augmentation du capital avec appel à l'épargne, sont tenues **de faire vérifier leur actif et leur passif et, le cas échéant, les avantages particuliers qui ont pu être consentis** (désignation en justice d'un commissaire, rapport de ce commissaire, réunion d'une assemblée générale extraordinaire).

B. Droit préférentiel de souscription

Le droit préférentiel de souscription a pour objet de dédommager les actionnaires, lors de l'augmentation du capital social, en raison des droits que vont acquérir les nouveaux actionnaires sur les réserves de la société...

Toute **augmentation de capital en numéraire** ouvre aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un **droit de préférence à la souscription des actions nouvelles ; toute clause contraire est réputée non écrite** (art. L 225-132 du C. com.).

Chaque actionnaire a le droit de souscrire un nombre d'actions nouvelles déterminé en proportion de sa participation dans le capital social au jour de la décision d'augmentation du capital social. Désormais, **l'actionnaire peut renoncer individuellement à son droit.**

Le droit préférentiel de souscription est réservé aux actionnaires **titulaires d'actions ordinaires ou de préférence et d'actions à dividende prioritaire** sans droit de vote et aux titulaires de certificats d'investissement, à l'exclusion des porteurs de tous autres titres (obligataires ou porteurs de titres participatifs). **Mais ils ne peuvent en bénéficier que si leurs actions sont intégralement libérées des versements dus à la société.**

Les actionnaires disposent, pour exercer leur droit préférentiel de souscription, d'un **délai** qui ne peut **pas être inférieur à cinq jours** de bourse à peine de nullité de l'augmentation du capital social (art. L 225-149-34, al. 1 du C. com.).

Le bénéficiaire du droit préférentiel n'est pas tenu de souscrire à l'augmentation du capital. Il peut **céder** tout ou partie de ses droits de souscription « à titre irréductible » **pendant la période de souscription.**

La valeur théorique du droit de souscription à titre irréductible est, en principe, **égale à la perte de valeur que subit chaque action ancienne par suite de l'émission des actions nouvelles.** Bien souvent, les actions sont émises avec une prime d'émission, cela entraîne une réduction de la valeur du droit de souscription à titre irréductible.

Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire qui décide l'augmentation du capital social **peut supprimer le droit préférentiel de souscription**. Cette mesure est nécessaire pour faciliter la réalisation de certaines opérations financières telles que **l'entrée d'un nouveau groupe** dans la société, **l'acceptation par un créancier important de convertir sa créance en actions, le placement de l'émission auprès des investisseurs institutionnels**.

L'inobservation des dispositions relatives à l'exercice du droit préférentiel de souscription était sanctionnée pénalement par l'article L 242-18 du C. com. par une amende de 18 000 € ou 120 000 F ; cette sanction pénale a été supprimée par la loi 2003-706 du 1^{er} août 2003. Cependant, la violation des dispositions relatives au droit préférentiel de souscription est sanctionnée par **la nullité de l'augmentation du capital social** à l'exception de la communication des rapports.

C. Réalisation de l'augmentation de capital

1. *Publicité préalable*

Afin de porter à la connaissance des actionnaires la décision d'augmentation du capital et les modalités de souscription aux actions nouvelles, diverses formalités de publicité doivent être accomplies **avant l'ouverture des souscriptions** (art. L 225-142 du C. com.). Ces formalités n'ont pas à être accomplies lorsque l'assemblée générale extraordinaire décide de supprimer le droit préférentiel de souscription.

Les formalités sont effectuées par le mandataire du conseil d'administration soit le président soit les administrateurs.

2. *Souscription des actions nouvelles*

On distingue deux types de souscriptions. Les **souscriptions à titre irréductible**, qui concernent les souscriptions effectuées en vertu du droit préférentiel de souscription réservé aux actionnaires. Ces derniers souscrivent eux-mêmes ou négocient leurs droits pour les céder ; dans ce dernier cas, ce sont les cessionnaires qui souscrivent.

Les **souscriptions à titre réductible** résultant du fait que certains actionnaires n'ont pas souscrit les actions auxquelles ils avaient droit à titre irréductible, ni cédé leur droit préférentiel de souscription ; **les actions non souscrites peuvent être attribuées aux actionnaires (ou aux cessionnaires des droits de souscription qui leur sont substitués)** qui auront souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui auquel ils pouvaient souscrire à titre irréductible. Toutefois, ils ne peuvent exercer ce droit que s'il a été expressément prévu par l'assemblée générale extraordinaire. **Elles peuvent aussi être attribuées aux actionnaires qui ont souscrit à titre irréductible à concurrence du montant de leurs droits et qui se sont montrés désireux d'acquérir des actions supplémentaires** pour lesquelles ils n'avaient pas de droit préférentiel correspondant. Dans ce cas, les actions disponibles seront réparties entre les souscripteurs à titre réductible proportionnellement à leur droit de souscription. Le droit de souscription à titre réductible ne peut être exercé, depuis la loi 1983, que **si une décision expresse de l'assemblée générale extraordinaire l'a prévu**.

Les souscriptions doivent être constatées par des bulletins de souscription que la SA fasse ou non publiquement appel à l'épargne.

3. *Libération des actions nouvelles*

Lors de la souscription d'actions de numéraire, il doit être versé un **quart au moins du montant nominal des actions et la totalité de la prime d'émission, s'il en est prévu une**. Le surplus doit être libéré, en une ou plusieurs fois, sur appels du conseil d'administration (ou du directoire), **dans le délai**

de cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive (art. L 225-144, al. 1 du C. com.).

Le montant de la souscription peut être libéré, soit par un **versement en espèces** ou assimilés (chèques, virement CCP), soit par **compensation** avec une créance sur la société. La libération par compensation n'est possible que si le souscripteur détient à l'encontre de la société émettrice une **créance liquide** (c'est-à-dire dont le montant correspond à une somme d'argent précise) et **exigible** (c'est-à-dire échue au jour où le souscripteur doit libérer ses actions).

Une créance qui ne **remplirait pas ces deux conditions** ne permettrait pas la **compensation**, en réalité elle ne pourrait qu'être seulement l'objet d'un apport en nature.

4. Dépôt des fonds - Certificat du dépositaire des fonds

Les fonds provenant des souscriptions en numéraire doivent être déposés pour le compte de la société **chez un notaire**, dans une **banque** ou à la **Caisse des dépôts et consignations**, chez une entreprise d'investissement habilitée pour exercer l'activité de conservation et d'administration d'instruments financiers dans le délai **de huit jours** à compter de la réception des fonds. Ce dépôt donne lieu à un certificat du dépositaire (banquier, notaire ou Caisse des dépôts et consignations) établi au moment du dépôt des fonds.

5. Formalités de publicité

Sur ces formalités, qui sont toujours de même nature c'est-à-dire, **insertion** dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social, **dépôt au greffe**, inscription modificative au **RCS**, insertion au **Bodacc** à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

6. Retrait des fonds

Le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire peut être effectué par un **mandataire de la société (directeur général ou président du directoire ou directeur général unique)** après l'établissement du **certificat du dépositaire** (art. L 225-144, al. 2 du C. com.).

7. Défaut de réalisation de l'augmentation de capital

Si l'augmentation du capital n'est pas réalisée dans le délai de **six mois** à compter de l'ouverture de la souscription, tout souscripteur peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé la nomination d'un **mandataire chargé de retirer les fonds** pour les restituer aux souscripteurs sous déduction des frais de répartition (art. L 225-11, al. 2 du C. com.).

8. Actions nouvelles

Les actions nouvelles peuvent être inscrites en compte et sont **négociables**, c'est-à-dire cessibles par simple virement de compte à compte **dès la réalisation de l'augmentation de capital** (art. L 228-10, al. 1 du C. com.).

Les actions des sociétés non cotées doivent obligatoirement être de forme nominative.

III. Augmentation du capital social par apports en nature

A. Conditions préalables

L'augmentation du capital social par apports en **nature peut être réalisée même si le capital ancien n'est pas intégralement libéré.**

Dans des cas très exceptionnels, une autorisation administrative est nécessaire. Cela concerne les **relations financières entre la France et l'étranger** qui impose une déclaration spéciale pour tout investissement direct réalisé en France par des non-résidents ou par des sociétés françaises sous contrôle étranger.

B. Réalisation de l'augmentation de capital

1. Contrat d'apport

Après des négociations officieuses menées à des niveaux divers et sans cadre juridique défini entre la société et le ou les apporteurs éventuels, un accord se dégage sur un projet de contrat d'apport. Les éléments substantiels de ce document portent sur la désignation et la **consistance des biens** meubles ou immeubles dont l'apport est envisagé, **leur évaluation** et le nombre d'actions nouvelles à émettre pour les rémunérer, la détermination de la **prime d'apport** si la valeur intrinsèque des actions est supérieure à la valeur nominale et éventuellement les avantages particuliers stipulés.

Le contrat d'apport, même signé, n'engage la société que sous réserve de son approbation par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

2. Commissaire aux apports

À la requête de tout intéressé, le plus souvent ce sera le président du conseil d'administration (ou du directoire) de la société bénéficiaire des apports, **le président du tribunal de commerce désigne un ou plusieurs commissaires aux apports** choisis parmi les **commissaires aux comptes** inscrits ou parmi les **experts** figurant sur une des listes établies par les cours et tribunaux (art. L 225-147, al. 1 du C. com. et R 225-136, al. 1 du C. com.).

Les commissaires aux apports **doivent apprécier, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature.** Le résultat des investigations des commissaires est relaté dans un rapport. Mais les actionnaires ne sont pas liés par les conclusions du commissaire aux apports. Ils peuvent donc **s'en tenir à l'évaluation fixée dans le contrat d'apport ou traité d'apport, même contre l'avis du commissaire aux apports.**

Le rapport des commissaires aux apports **doit être tenu à la disposition des actionnaires, au siège social, huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire** appelée à statuer sur l'augmentation de capital (art. R 225-136, al. 2 du C. com.). **L'AMF recommande** aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne de tenir ce rapport à la disposition des actionnaires **quinze jours au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire.**

3. Assemblée générale extraordinaire

Comme pour toute autre modification des statuts, **l'augmentation du capital social par apports en nature** relève de la compétence de **l'assemblée générale extraordinaire** (art. L 225-96, al. 1 et L 225-129, al. 1 du C. com.).

L'assemblée générale extraordinaire se tient conformément aux règles qui ont été exposées dans le chapitre relatif aux assemblées générales des sociétés anonymes. Toutefois quelques règles particulières sont à observer :

L'apporteur en nature, s'il est déjà actionnaire, ne peut pas participer au vote sur l'évaluation de son apport ni pour lui-même, ni comme mandataire, ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité et, par voie de conséquence, pour celui du quorum.

L'assemblée générale extraordinaire peut réduire l'évaluation des apports, mais seulement avec **l'accord express du ou des apporteurs** ou de leurs mandataires dûment autorisés à cet effet.

4. Formalités de publicité

Sur ces formalités, ce sont toujours les mêmes à savoir **insertion** dans un journal d'annonces légales, du lieu du siège social **dépôt au greffe** du tribunal de commerce des documents, inscription modificative au **registre du commerce et des sociétés**, insertion au **Bodacc**, à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

Des formalités particulières sont imposées au cas où certains biens (fonds de commerce, brevets, marques ; immeubles ; navire ; bateau ; aéronef) sont apportés à la société.

5. Surévaluation des apports

La surévaluation des apports **n'entraîne pas la nullité de l'assemblée**, mais la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de la société et du commissaire aux apports. Des **sanctions pénales** sont aussi prévues par l'article L 242-12 du C. com. sur renvoi de l'article L 242-21 du C. com. (emprisonnement de cinq ans et/ou amende de 9 000 € (60 000 F) à l'encontre des personnes qui auront frauduleusement fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle.).

6. Actions d'apport

Les actions d'apport, c'est-à-dire celles qui sont remises en contrepartie de l'apport en nature, doivent être **libérées intégralement dès leur émission** (art. L 225-147, al. 5 du C. com.).

Les actions d'apport sont **négociables** dès que l'assemblée générale extraordinaire a constaté la réalisation de l'augmentation de capital après approbation de l'évaluation des apports en nature (art. L 228-10, al. 1 du C. com.).

IV. Augmentation de capital par incorporation de réserves

L'augmentation du capital social par incorporation de réserves n'entraîne aucune introduction de valeurs d'actif nouvelles dans le patrimoine de la société. C'est un **simple jeu d'écritures** comptables qui consiste en un virement direct au compte « capital » d'une somme prélevée sur un ou plusieurs comptes de réserves.

A. Conditions préalables

L'augmentation du capital par incorporation de réserves **peut se réaliser même si le capital ancien n'est pas intégralement libéré.**

B. Réalisation de l'augmentation de capital

1. Réserves susceptibles d'être capitalisées

L'incorporation au capital peut avoir pour objet **toutes les réserves comptabilisées** : réserves **facultatives, réserves statutaires, réserve de réévaluation et même réserve légale**. Encore faut-il que les réserves capitalisées aient une contrepartie réelle à l'actif.

Une société peut également **incorporer à son capital une prime d'émission**.

2. Mode de réalisation de l'augmentation de capital

L'augmentation de capital peut être réalisée :

- soit par **élévation** du montant nominal des actions : ce procédé a l'avantage de ne pas poser le problème de rompus ;
- soit par **l'attribution d'actions nouvelles** : ces actions sont attribuées gratuitement aux actionnaires au prorata de leurs droits dans le capital ancien.

Toutefois, les statuts peuvent prévoir que les actionnaires dont les titres sont inscrits en compte sous la forme nominative depuis plus de deux ans **bénéficieront d'une attribution supplémentaire d'actions gratuites**.

3. Assemblée générale extraordinaire

Comme pour toute modification des statuts, l'assemblée générale extraordinaire doit autoriser l'augmentation du capital social par incorporation de réserves. Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire statue aux conditions de **quorum et de majorité** prévues pour les **assemblées générales ordinaires**, c'est-à-dire quorum du **quart** sur première convocation et **majorité des voix exprimées (actionnaires présents ou représentés)**.

4. Situation particulière des actions

a. Cas où il existe des actions sans droit de vote

Lorsqu'il existe des actions à **dividende prioritaire** sans droit de vote, **l'attribution gratuite** d'actions nouvelles, à la suite d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, **s'applique aux titulaires de ces actions**. Mais l'assemblée générale extraordinaire peut, après avis de l'assemblée spéciale de ces actionnaires, décider qu'ils recevront, au lieu et place d'actions ordinaires, des actions de préférence sans droit de vote assorties des mêmes droits (art. L 228-35-7, al. 2 du C. com.).

Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par **élévation du montant nominal des actions** le dividende prioritaire doit être calculé, à compter de la réalisation de l'opération, sur le nouveau montant nominal.

b. Cas où il existe des valeurs mobilières donnant droit à des actions

En cas d'incorporation au capital social de réserves, bénéfices ou primes d'émission, il appartient à la société de prendre toutes mesures permettant aux **obligataires optant pour la conversion**, ou aux **titulaires de bons** qui exerceraient leur droit de souscription, d'obtenir des actions nouvelles dans les mêmes proportions et aux mêmes conditions (sauf en ce qui concerne la jouissance) que s'ils avaient eu la qualité d'actionnaire lors de ladite incorporation.

Dans les sociétés cotées, il est procédé, le plus souvent, à un ajustement des droits attachés aux obligations ou aux bons pour tenir compte de l'augmentation du capital social.

Il en est de même lorsque la société a émis des **valeurs mobilières composées** ou des **bons de souscription** d'actions.

c. Cas où il existe des certificats d'investissement

Lorsqu'il existe des certificats d'investissement et que l'augmentation du capital social par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission est réalisée par voie **d'attribution gratuite d'actions** nouvelles, de nouvelles actions de préférence sans droit de vote et assorties des mêmes droits que les certificats d'investissement doivent être créées et remises gratuitement aux propriétaires des certificats anciens, dans la proportion du nombre des actions nouvelles attribuées aux actions anciennes (art. L 228-33 du C. com.).

5. Formalités de publicité

Après accomplissement des formalités d'enregistrement, l'augmentation du capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission donne lieu aux formalités de publicité suivantes :

1. Insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social (art. R 210-9 du C. com.).

2. Dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social des documents ci-dessous (art. 49 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984) :

- **deux copies** certifiées conformes du procès-verbal de l'assemblée ayant décidé ou autorisé l'augmentation du capital, si ce dépôt n'a pas déjà été fait ;
- le cas échéant, **deux copies** certifiées conformes de la décision du conseil d'administration (ou du directoire) de réaliser l'augmentation du capital autorisée par l'assemblée ;
- **deux copies**, certifiées conformes, des statuts mis à jour.

3. Inscription modificative au **registre du commerce** et des sociétés du lieu du siège social.

4. Insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (**Bodacc**), cette insertion incombant au greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

Les **sociétés cotées** ne sont pas tenues de publier un prospectus ou une note d'information pour l'émission des actions gratuites et leur admission à la cote. Néanmoins, s'il s'agit d'actions devant être admises aux négociations sur un marché réglementé, la société émettrice doit publier un document contenant divers renseignements relatifs à l'opération et aux titres émis (art. 12.2 du règlement COB n° 98-01, désormais AMF).

6. Actions gratuites

Les actions nouvelles sont **négociables** dès la réalisation de l'augmentation de capital. Il arrive parfois que les attributaires d'actions émises à la suite d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission **ne demandent pas la délivrance de leurs titres** (actionnaires décédés, titres perdus...). En ce cas, la société doit conserver indéfiniment les titres revenant à ces attributaires inconnus, sans pouvoir invoquer à son profit la prescription trentenaire.

L'incorporation au capital de réserves ou de bénéfiques ou de prime d'émission ou de prime de fusion est soumise au droit fixe de 230 €.

V. Modalités diverses

Cette opération s'opère différemment selon qu'il s'agit d'obligations ordinaires ou d'obligations émises avec une clause de convertibilité en actions (obligations convertibles).

Lorsqu'il s'agit d'obligations ordinaires, l'assemblée générale extraordinaire des obligataires n'a pas le pouvoir d'accepter la conversion des obligations en actions à quelque majorité que ce soit. **L'accord individuel de chaque porteur** d'obligations ordinaires est donc requis pour toute conversion de ces obligations en actions.

Si les porteurs d'obligations donnent leur accord et que les obligations sont convertibles, la conversion est alors réalisable conformément à ce qui a été prévu **dans le contrat d'émission des obligations**. Voir infra le régime des obligations convertibles en actions.

L'augmentation du capital social d'une société par actions peut résulter de l'utilisation par leurs titulaires de bons donnant **le droit de souscrire, à un prix et selon des modalités fixées à l'avance**, à des actions de la société émettrice.

Ces bons peuvent être attachés à **une valeur mobilière quelconque** : action, obligation, etc. Ils peuvent aussi être émis indépendamment de toute autre émission (bons de souscriptions autonomes).

Section 2. Amortissement du capital social

On appelle « amortissement du capital social » l'opération par laquelle **la société rembourse aux actionnaires tout ou partie du montant nominal de leurs actions à titre d'avance sur le produit de la liquidation future de la société**. L'amortissement du capital est donc nécessairement opéré en imputant sur les bénéfices ou sur les réserves disponibles les sommes versées aux associés.

L'amortissement du capital **est une opération qui n'a d'effet qu'entre la société et les associés** : les actions amorties deviennent des « **actions de jouissance** » qui ne donnent plus droit à remboursement lors de la liquidation de la société. À l'égard des tiers, en revanche, l'opération est sans conséquence : le montant du capital social, gage des créanciers sociaux, **demeure inchangé** au passif du bilan.

L'amortissement du capital social est une **opération très rare en pratique, exceptionnelle**. Cette décision relève de la compétence de **l'assemblée générale ordinaire**, si elle est prévue par les statuts, à défaut de mention expresse aux statuts elle relève de **l'assemblée générale extraordinaire** (art. L 225-198, al. 1 du C. com.).

La conséquence de l'opération est que l'amortissement n'entraîne pas de réduction du capital social et les actions intégralement amorties deviennent des actions de jouissance.

Section 3. Réduction du capital social

Motifs pouvant justifier la réduction du capital social.

I. Réduction du capital pour cause de pertes

La réduction du capital social peut constituer une mesure **d'assainissement financier** lorsque la société a **subi des pertes**. Le capital social est alors aligné sur l'actif net réel. Cette opération est appelée en pratique « **coup d'accordéon** ».

Cette opération permet d'ailleurs la **reprise des dividendes** si la situation de la société s'est améliorée.

Lors du renflouement des sociétés en difficulté, la réduction du capital prélude généralement à une augmentation de capital réservée aux apporteurs de capitaux.

II. Remboursement des actionnaires

Lorsque la dimension de la société et le volume de son activité ne justifient pas, ou **ne justifient plus le montant du capital social**, celui-ci peut être **réduit** par voie de distribution aux actionnaires d'une partie de l'actif (le plus souvent soit du numéraire soit des titres en portefeuille).

En pratique, cette opération est très rare car elle entraîne des **charges fiscales** relativement lourdes, les sommes distribuées étant, sauf exception, soumises au même régime d'imposition que les dividendes.

III. Achat par la société de ses propres actions

En principe cet achat est interdit. Cependant, il peut être **autorisé** par l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé une réduction du capital non motivée par des pertes, à la condition d'être suivi d'une **annulation des titres achetés** (art. L 225-206 du C. com.). Attention, cette opération est soumise à une réglementation particulière destinée à respecter l'égalité entre les actionnaires.

A. Compétence

Seule l'**assemblée générale extraordinaire** est compétente pour décider ou autoriser la réduction du capital social, mais elle peut **déléguer au conseil d'administration (ou au directoire) tous pouvoirs pour réaliser l'opération** (art. L 225-204, al. 1 du C. com.).

La réduction du capital social **ne peut, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité entre les actionnaires, la société doit proposer une offre d'achat des titres à tous les actionnaires** Toutefois, l'inégalité de traitement paraît licite si elle a été acceptée par chacun des actionnaires auxquels un sacrifice est demandé.

Ainsi, il n'est pas interdit, en cas de réduction de capital pour cause de pertes, de faire supporter tout ou partie de cette réduction à un ou plusieurs actionnaires dont les actions seront supprimées à due concurrence ; sous réserve de leur acceptation formelle.

B. Intervention des commissaires aux comptes

Le projet de réduction du capital doit être **communiqué aux commissaires aux comptes quinze jours** au moins avant la réunion de l'assemblée. Ceux-ci établissent **un rapport** qui fait connaître aux actionnaires **les causes et les conditions de l'opération** (art. L 225-204, al. 2 du C. com.).

C. Protection des créanciers

Si la réduction du capital est motivée par des pertes, **les créanciers de la société ne peuvent pas s'opposer à la mesure d'assainissement financier que constitue cette réduction.**

Si la réduction n'est pas motivée par des pertes, la réduction du capital par voie de remboursement aux actionnaires est **interdite** à toute société émettrice d'obligations convertibles en actions à dater du vote de l'assemblée et tant qu'il en existe. **Dans tous les autres cas, la réduction du capital est possible**, mais une procédure spéciale est prévue pour protéger les créanciers : le représentant de la masse des obligataires et les créanciers sociaux dont la créance est née antérieurement à la date du dépôt au greffe du procès-verbal de la délibération de l'assemblée peuvent former opposition à la décision devant le tribunal de commerce. Le tribunal peut alors, soit rejeter l'opposition, soit ordonner la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes, soit ordonner le remboursement des créances.

D. Modalités de la réduction du capital

La réduction du capital social peut s'opérer, soit **par réduction de la valeur nominale des actions**, soit **par diminution de leur nombre** (annulation d'actions, rachat par la société de ses propres actions). Quel que soit le système retenu, il ne faut pas qu'il porte atteinte à l'**égalité** entre les actionnaires.

E. Achat par la société de ses propres actions

Cet **achat** est en **principe interdit**. Toutefois, l'assemblée générale qui décide une réduction de capital non motivée par des pertes peut autoriser le conseil d'administration (ou le directoire) **à acheter un nombre déterminé d'actions pour les annuler** (art. L 225-206, al. 2 du C. com.).

Afin de respecter l'égalité entre les actionnaires la société **doit présenter à tous ses actionnaires une offre d'achat de leurs titres** (art. 225-130, al. 1 du C. com.).

La procédure à suivre est rigoureusement réglementée par la loi.

F. Réduction du capital au-dessous du minimum légal

Lorsque le capital est réduit au-dessous du minimum légal, les actionnaires doivent, sous la condition suspensive soit procéder à une augmentation du capital pour que celui-ci atteigne à nouveau le seuil minimum fixé par la loi : **37 000 €** (250 000 F), pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne et **225 000 €** (1 500 000 F) pour les sociétés faisant appel public à l'épargne), soit transformer la société en une autre forme sociale (SNC, SCS, SARL).

Sur la validité d'une réduction du capital à zéro, voir Metz 8 novembre 1989 (BRDA 1990/2 p. 19).

G. Publicité de la réduction du capital social

Elle est toujours la même, insertion dans un journal d'annonces légales, dépôt au greffe du tribunal de commerce des actes en deux exemplaires, inscription modificative au RCS, insertion au Bodacc à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.

CHAPITRE 6. LE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Le contrôle permanent des sociétés anonymes est exercé **par un ou plusieurs commissaires aux comptes**, investis d'une **mission d'intérêt général de contrôle et de surveillance** au profit non seulement des actionnaires mais aussi de toutes les personnes (créanciers, fournisseurs, banquiers, investisseurs, salariés).

Indépendamment de ce contrôle, les actionnaires minoritaires peuvent demander en justice la désignation **d'un expert chargé de faire un rapport sur des opérations déterminées de la société**. Toutes les sociétés faisant appel public à l'épargne sont aussi soumises de façon permanente au **contrôle de la Commission des opérations de bourse désormais l'AMF**.

Section 1. Les commissaires aux comptes

I. Choix des commissaires aux comptes

Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet (art. L 822-1 C. com.).

Seules les **personnes physiques ou morales, sociétés sous quelque forme que ce soit, inscrites sur une liste spéciale peuvent exercer les fonctions de commissaire aux comptes**. Une liste est dressée dans le ressort de chaque cour d'appel par la commission régionale d'inscription.

Les commissaires doivent aussi être de nationalité française ou avoir la qualité de ressortissants d'un État membre de l'espace économique européen si la société est concessionnaire d'un service public, **âge minimum 25 ans**, si le commissaire aux comptes n'a pas exercé des fonctions de commissaire aux comptes durant trois ans il est tenu de suivre une formation continue particulière, garanties de moralité et d'aptitude professionnelle contrôlées par une commission d'inscription, examen d'aptitude et stage professionnel sauf dispense.

La désignation d'un ou plusieurs commissaires suppléants appelés à remplacer les titulaires en cas de refus, d'empêchement, de démission ou de décès de ces derniers est devenue obligatoire depuis le 1^{er} mars 1985.

A. Personnes morales

Les fonctions de commissaire aux comptes peuvent être exercées par **des sociétés sous quelque forme que ce soit** (art. L 225-218, al. 2 du C. com.).

Mais ces sociétés sont soumises à un **régime particulier** destiné à préserver leur caractère professionnel. En effet :

1. Les trois quarts de leur capital social doivent être détenus par des commissaires aux comptes (art. L 225-218, al. 3 du C. com.).

Lorsqu'une société de commissaires aux comptes a une participation dans une autre société de commissaires aux comptes, les associés ou actionnaires non commissaires ne peuvent pas détenir plus de 25 % de l'ensemble du capital des deux sociétés (art. L 225-218, al. 3 du C. com.).

Indépendamment de cette majorité en capital, la loi prévoit également une majorité par tête : les **trois quarts** au moins des **associés** ou **actionnaires** doivent être des commissaires aux comptes (art. L 225-218, al. 3 du C. com.).

2. Les fonctions de gérant, de président du conseil d'administration ou du **directoire, de président du conseil de surveillance** et de **directeur général** doivent être assurées par des commissaires aux comptes (art. L 225-218, al. 3 du C. com.).

3. Les trois quarts au moins des membres du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance doivent être des commissaires aux comptes (art. L 225-218, al. 3 du C. com.).

4. L'admission de tout nouvel associé ou actionnaire doit être soumise, dans les conditions fixées par les statuts, à un **agrément préalable** donné, soit par l'assemblée des associés ou actionnaires, soit par le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou les gérants (art. L 225-218, al. 6 du C. com.).

5. En cas de décès d'un associé ou actionnaire commissaire aux comptes, ses ayants droit non commissaires disposent d'un **délai de deux ans** pour céder leurs parts ou actions à un commissaire aux comptes (art. L 225-218, al. 5 du C. com.).

Les fonctions conférées à une société de commissaires aux comptes doivent être **exercées** par des **commissaires personnes physiques** agissant au nom et pour le compte de la société, mais ces personnes ne peuvent représenter qu'une seule société (art. L 225-218, al. 4 du C. com.).

En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une personne inscrite sur la liste des commissaires aux comptes participe, comme simple associée ou actionnaire, à plusieurs sociétés de commissaires aux comptes et que, par ailleurs, elle exerce sa profession individuellement.

B. Sanctions

Les **délibérations** prises sur le rapport de commissaires aux comptes, demeurés en fonction bien qu'ils ne soient pas inscrits sur la liste des commissaires sont nulles (art. L 225-227 du C. com.) ;

En outre, l'exercice illégal de la profession de commissaire aux comptes est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 € (art. L 820-5, 2° du C. com.).

Incompatibilités générales. Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité **ou tout acte de nature à porter atteinte à l'indépendance de l'intéressé, avec toute activité commerciale exercée directement ou par personne interposée ou tout emploi salarié**, cette dernière incompatibilité peut bénéficier de dérogations. L'inobservation de ces incompatibilités générales est sanctionnée pénalement par un emprisonnement de six mois et/ou amende de 7 500 € (art. L 820-6, 1° du C. com.).

II. *Nomination des commissaires aux comptes*

A. **Nombre de commissaires**

Toutes les sociétés anonymes sont tenues d'avoir au moins un **commissaire aux comptes**. Le nombre minimal de commissaires est porté à **deux** lorsque **la société a des filiales ou des participations** et est **astreinte à publier des comptes consolidés** (art. L 225-228, al. 2 du C. com.). **Les deux commissaires aux comptes doivent être indépendants l'un par rapport à l'autre**, ce qui exclut qu'ils puissent appartenir au même **cabinet**. **Le commissaire aux comptes est également obligatoire dans les SNC et les SARL** sous certaines conditions le fait d'atteindre **deux des trois seuils établis par la loi**, et enfin dans tout groupement (société civile ou commerciale, association, syndicat, GIE ou GEIE, syndicat de copropriétaires) dont les **statuts comportent une disposition expresse**.

Le **défaut de désignation** du deuxième commissaire aux comptes, lorsque les conditions requises sont remplies, **expose les dirigeants sociaux à des sanctions pénales**. Le commissaire aux comptes en exercice a l'obligation de dénoncer ce délit qui est ainsi commis au procureur de la République.

L'assemblée générale devra aussi **nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes suppléants** appelés à remplacer les titulaires en cas de refus, d'empêchement, de démission ou de décès de ces derniers (art. L 225-228, al. 2 du C. com.). Le commissaire suppléant doit être soumis aux mêmes règles que le titulaire.

B. **Incompatibilités spéciales**

Afin de préserver l'indépendance des commissaires à l'égard de la société ou de ses administrateurs, la loi (article L 225-240 du C. com.) interdit à certaines personnes d'être commissaires aux comptes. Ce sont notamment :

- **les fondateurs**, apporteurs en nature, bénéficiaires d'avantages particuliers, **administrateurs** (ou membres du directoire ou du conseil de surveillance) **de la société ou de ses filiales** (dont la société détient plus de 50 % du capital) ;
- **les parents et alliés** jusqu'au **quatrième degré inclusivement** des personnes énumérées ci-dessus ;
- **les administrateurs** (ou membres du directoire ou du conseil de surveillance) **des sociétés possédant le dixième du capital de la société** ou dont celle-ci possède le dixième du capital ainsi que leur conjoint ;
- les **personnes qui, directement ou indirectement ou par personne interposée**, reçoivent, soit des personnes figurant au premier tiret, soit de la société elle-même, soit de toute société visée au troisième tiret, **un salaire, une rémunération** quelconque en raison d'une activité autre que celle de commissaire aux comptes ;
- les **sociétés de commissaires** aux comptes dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeant se trouve dans l'une des situations précédentes ;
- les **conjoint**s des personnes qui reçoivent des administrateurs ou de la société un salaire ou une rémunération en raison d'une activité permanente.

Toute personne qui enfreint ces dispositions est pénalement punie par l'article L 820-6 du C. com.

Les commissaires aux comptes ne peuvent, **moins de cinq ans** après l'expiration de leurs fonctions, devenir administrateurs, directeurs généraux ou membres du directoire :

- des **sociétés qu'ils contrôlent** ;
- des **sociétés possédant 10 % du capital de la société contrôlée** ou dont celle-ci possède 10 % du capital, lors de la cessation des fonctions du commissaire.

C. Mode de nomination des commissaires aux comptes

Au moment de la constitution de la société, les commissaires sont désignés :

- dans les **statuts**, si la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne ;
- par **l'assemblée générale constitutive, dans le cas contraire** (art. L 225-7, al. 2 du C. com.).

Au cours de la vie sociale, les commissaires (titulaires et suppléants) sont nommés par **l'assemblée générale ordinaire** (art. L 225-228, al. 1 et 2 du C. com.). La nomination des commissaires doit **figurer à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire**. À défaut la décision de nomination serait nulle.

Tout commissaire aux comptes qui accepte que sa candidature soit présentée à l'assemblée générale ordinaire d'une société faisant publiquement appel à l'épargne doit en informer la Commission des opérations de bourse, désormais **l'AMF**, qui peut faire des réserves sur cette candidature.

L'acceptation de leurs fonctions par les commissaires peut être constatée, soit au moyen de **la signature du procès-verbal** de nomination, soit au moyen d'une **lettre séparée** adressée au président du conseil d'administration de la société.

La nomination du commissaire est ensuite publiée.

D. Publicité de la nomination

La **nomination** (comme la **cessation** des fonctions) des commissaires aux comptes titulaires et suppléants doit être publiée dans les conditions suivantes :

- **insertion dans un journal** d'annonces légales du lieu du siège social (art. R 210-3 et R 210-9 du C. com.) ;
- **dépôt au greffe** du tribunal de commerce du lieu du siège social de deux copies du procès-verbal de l'assemblée ayant constaté la nomination ou la cessation de fonctions (art. 48 et 49 du décret n° 84-406 u 30 mai 1984) ;
- **inscription au registre du commerce** et des sociétés du lieu du siège social (art. 15 et 22 du décret n° 84-406 précité) ;
- **insertion dans le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc)**, cette insertion étant publiée à la diligence du greffier (art. 73 et 74 du même décret).

Sur la nécessité de publier dans un journal d'annonces légales et au registre de commerce et des sociétés la nomination du commissaire aux comptes suppléant en même temps que celle du titulaire, voir Rm. M. Godfrain, JO Déb. A.N. 30 septembre 1985 p. 4623.

En outre, tout **commissaire** aux comptes nommé en cette qualité dans une société **doit notifier sa nomination au conseil régional** de la compagnie dont il est membre, par lettre recommandée dans le délai de huit jours de la nomination (art. 65 du décret du 12 août 1969).

Enfin, **toute personne**, même non-actionnaire, **a le droit**, à toute époque de l'année, de se faire communiquer au siège social **la liste des commissaires** aux comptes en exercice (art. R 225-109, al. 2 du C. com.).

E. Défaut de nomination des commissaires aux comptes

À défaut de nomination par l'assemblée générale ordinaire, **tout actionnaire peut demander en référé** devant le **président du tribunal de commerce** la désignation d'un commissaire aux comptes, le président du conseil d'administration ou du directoire dûment appelé. Le mandat s'achève dès que l'assemblée générale aura désigné le CAC.

F. Sanctions des règles de nomination des commissaires

Sont nulles les délibérations prises :

- à défaut de désignation régulière des commissaires aux comptes ;
- sur le rapport de commissaires nommés ou demeurés en fonction contrairement aux incompatibilités ci-dessus analysées.

L'action en nullité est éteinte si la délibération irrégulière a été expressément confirmée par une assemblée générale.

En outre, les sanctions pénales sont applicables (article L 242-26 du C. com.) (emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 € ou 300 000 F).

G. Récusation des commissaires aux comptes

La loi permet **de demander en justice (référé devant le tribunal de commerce)** la récusation d'un ou plusieurs commissaires désignés par l'assemblée générale ordinaire et la désignation d'un ou plusieurs autres commissaires qui exerceront leurs fonctions au lieu et place des commissaires récusés. Cette faculté ne peut être exercée que dans les conditions strictement définies par la loi.

La récusation des commissaires aux comptes peut être demandée par **un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, le comité d'entreprise, le ministère public et l'AMF**.

H. Entrée en fonction des commissaires aux comptes

À notre avis, au moment de son entrée en fonction, le commissaire doit faire porter son **contrôle sur la période de l'exercice** en cours **précédant sa nomination**.

Ainsi, il pourrait, par exemple, être tenu pour responsable s'il n'avait pas signalé une convention à soumettre à l'article L 225-38 du C. com. ou n'avait pas dénoncé un fait délictueux survenu durant cette période.

III. Cessation des fonctions des commissaires aux comptes

A. Arrivée du terme

Les commissaires aux comptes (titulaires et suppléants), désignés lors de la constitution de la société par les statuts ou par l'assemblée générale constitutive ou postérieurement, sont nommés pour **six exercices (art. L 225-229 al. 1 C. Com.)**. La nomination statutaire pour une durée inférieure à six années est irrégulière et entraîne la nullité de la décision. Un renouvellement par anticipation du mandat du commissaire aux comptes serait également nul et la société se trouverait sans commissaire aux comptes. Leurs fonctions prennent fin après la réunion de l'assemblée générale ayant statué sur les comptes du sixième exercice. Ils doivent donc exercer leur mission jusqu'à cette réunion.

B. Démission des commissaires aux comptes

Le commissaire aux comptes doit, en principe, exécuter sa mission jusqu'à son terme puisqu'il en a pris l'engagement. Toutefois, il peut démissionner de ses fonctions, même pour simple **convenance personnelle, son état de santé**, la survenance d'une incompatibilité, le refus de tenir compte

d'observations répétées, le défaut de paiement des honoraires dus, à condition de ne pas **exercer ce droit d'une manière préjudiciable à la société**, par malice, voire simplement par légèreté blâmable.

Toute démission intempestive, préjudiciable à la société, devra être réparée par allocations de dommages et intérêts.

C. Récusation des commissaires aux comptes

En cas de juste motif de récusation une **faute (inexécution ou mauvaise exécution de ses obligations) ou d'empêchement**, les commissaires aux comptes peuvent être relevés de leurs fonctions avant l'expiration normale de celles-ci mais seulement par **décision de justice** (art. L. 225-233 du C. com.).

Le commissaire commet une faute lorsqu'il n'exécute pas ou exécute mal sa mission.

D. Demande de relèvement

Le relèvement du commissaire aux comptes peut être demandé (art. L. 225-233 du C. com.) :

- par **le conseil d'administration ou le directoire** ;
- par **un ou plusieurs actionnaires** représentant au moins le **vingtième du capital social** ;
- par **l'assemblée générale** ;
- par le **comité d'entreprise** ;
- par le **ministère public** ;
- et, si la société fait publiquement appel à l'épargne, par **l'AMF** ;
- dans les sociétés cotées, par une **association d'actionnaires** de la société.

E. Actions en relèvement

La demande de relèvement du commissaire aux comptes doit être présentée devant le président du **tribunal de commerce du lieu du siège social** qui statue en la **forme des référés** (art. R 823-5, al. 1 du C. com.). Elle doit être présentée dans un délai de trente jours à compter de la date de la désignation contestée.

Les conditions de forme à respecter sont les mêmes qu'en cas de demande de récusation (assignation pour les personnes autres que le ministère public et l'AMF).

Le délai d'appel est, comme en matière de récusation, de **quinze jours** à compter de la signification de la décision prononçant ou écartant la révocation (art. R 823-5, al. 3 du C. com.).

Si la demande de relèvement est abusive, le commissaire aux comptes peut obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, par allocation de dommages et intérêts.

F. Autres causes de cessation des fonctions des commissaires aux comptes

Les fonctions d'un commissaire aux comptes peuvent prendre fin par la **récusation, la survenance d'une incapacité, d'une incompatibilité**, (en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire de la société contrôlée les fonctions du commissaire aux comptes subsistent), **la dissolution de la société, l'absorption, ou des sanctions disciplinaires prises à l'encontre du commissaire aux comptes** (suspension, radiation de la liste des commissaires aux comptes).

G. Publicité

Sur la publicité des cessations de fonctions, ce sont les mêmes que pour sa nomination, obligation de respecter le parallélisme des formes.

Lorsqu'un commissaire aux comptes fait l'objet d'une révocation judiciaire, le greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social a l'obligation d'en informer le conseil régional dans les huit jours de la décision judiciaire par LRAR.

IV. Mission des commissaires aux comptes

A. Obligations des commissaires aux comptes

1. Obligation de contrôle

Les commissaires aux comptes ont pour mission permanente (article L 225-235, al. 3 du C. com.) :

- de **vérifier** les valeurs et les **documents comptables** de la société ;
- de contrôler la **conformité** de la comptabilité sociale **aux règles** en vigueur ;
- de vérifier la concordance avec les comptes annuels et la **sincérité des informations** données dans le rapport de gestion du conseil d'administration (ou du directoire) et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes de la société ;
- vérifier que les administrateurs et membres du conseil de surveillance possède bien le nombre d'actions requis ;
- **s'assurer que l'égalité a été respectée entre les actionnaires.**

En cas d'établissement de comptes consolidés, les commissaires doivent vérifier la sincérité et la concordance avec ces comptes consolidés des informations données dans le rapport sur la gestion du groupe (art. L 225-235, al. 3 du C. com.).

Les commissaires aux comptes ne doivent en aucun cas s'immiscer dans la gestion sociale.

2. Certifications

Les commissaires aux comptes doivent certifier que les comptes annuels (bilan, compte de résultat annexe) sont **réguliers** et **sincères** et qu'ils donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice social écoulé, ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice social (art. L 225-235, al. 1 du C. com.).

Si les **commissaires refusent** de certifier la régularité et la sincérité des documents précités, **ils font état, dans leur rapport à l'assemblée générale**, des motifs pour lesquels ils ont cru devoir refuser cette certification. **L'assemblée générale ordinaire reste libre néanmoins d'approuver les comptes.** Pour éviter cette conséquence extrême, il arrive que les commissaires certifient avec réserve ou sous condition.

3. Obligation d'information

Les commissaires aux comptes doivent porter à la connaissance du conseil d'administration (ou du directoire et du conseil de surveillance) les renseignements suivants :

- le programme de travail mis en œuvre et les différents sondages ;
- les **contrôles** et **vérifications** auxquels ils ont procédé ;
- les observations sur les **modifications** leur paraissant devoir être apportées aux postes du bilan et aux documents comptables ;
- les **irrégularités** et les **inexactitudes** qu'ils auraient découvertes ;
- les **conclusions** auxquelles conduisent les observations et rectifications ci-dessus.

Les commissaires aux comptes doivent présenter aux actionnaires **différents rapports**. Pour l'assemblée générale ordinaire **un rapport général** à propos des comptes de l'exercice et **un rapport spécial sur les conventions réglementées** conclues. Pour les assemblées générales extraordinaires, pour de nombreuses opérations financières un rapport est aussi exigé (fusion, scission, transformation).

4. Obligation d'alerte

Lorsque les commissaires aux comptes relèveront à l'occasion de l'exercice de leur mission, **un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation**, ils **doivent** en saisir le président du conseil d'administration ou le directeur et leur demander des explications (art. L 234-1 du C. com.).

5. Obligation de dénonciation des faits délictueux

Les commissaires aux comptes **doivent**, sous peine de sanctions pénales, **révéler au procureur de la République du lieu du siège social les faits délictueux dont ils ont eu connaissance** (art. L 225-240, al. 2 du C. com.). Cette disposition, extrêmement importante en pratique, appelle les observations suivantes :

1. par faits délictueux, on doit entendre **les délits en rapport avec le fonctionnement des organes de la société**, toutefois en pratique, une tendance s'établit pour pousser le commissaire à révéler au procureur de la République tous les délits commis par les dirigeants qu'il est amené à connaître, quelle que soit la nature de ces délits (infraction au Code de la route ou au Code du travail) ;

2. le commissaire aux comptes **doit révéler tous les faits délictueux dont il a eu connaissance, quelle que soit leur gravité et même si la situation a été régularisée** ;

3. l'**obligation de dénoncer les faits délictueux n'emporte pas** pour les commissaires aux comptes le **droit de se constituer partie civile** contre les dirigeants sociaux ;

4. la **responsabilité des commissaires aux comptes n'est pas engagée par la révélation des faits délictueux au procureur de la République**, même si l'information provoquée par cette révélation aboutit à un non-lieu ;

5. le **délit de non-révélation des faits délictueux est une infraction instantanée** dont la prescription (de trois ans) court du jour où le commissaire s'est abstenu volontairement de la révélation.

6. Obligation au secret professionnel

Les commissaires aux comptes ainsi que leurs collaborateurs et experts sont tenus au secret professionnel **pour tous les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance** en raison de leurs fonctions (art. L 225-240, al. 3 du C. com.).

Cette obligation concerne le commissaire certes, mais aussi les collaborateurs ou experts. **Face à la violation du secret professionnel**, elle est assortie d'une **sanction pénale d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende** (art. L 820-5 al. 5 C. com.).

7. Obligations professionnelles

Chaque commissaire aux comptes **notifie au conseil régional de la compagnie** sa nomination dans la société. Il doit tenir à jour **une liste des entreprises** dans lesquelles il exerce ses fonctions et constituer pour chacune d'elles **un dossier** contenant tous les documents reçus de la personne contrôlée et ceux qui sont établis par lui : programme de travail, date, durée, lieu et objet de chaque intervention ainsi que toutes autres indications permettant le contrôle ultérieur des travaux accomplis.

Il doit aussi **établir une comptabilité spéciale de l'ensemble des rémunérations qu'il perçoit** de la part des entreprises qu'il contrôle.

Les **documents** ci-dessus doivent être **conservés pendant dix ans même après la cessation des fonctions**, période qui correspond en fait à la durée de la prescription commerciale.

B. Droits des commissaires aux comptes

De nombreuses dispositions de la loi sur les sociétés commerciales prescrivent aux dirigeants sociaux de communiquer au commissaire aux comptes certains documents sur la situation de la société. Tel est le cas notamment :

- *des comptes annuels* (bilan, compte de résultat, annexe) et, éventuellement, des comptes consolidés ;
- du *rapport de gestion* ;
- des *documents de gestion prévisionnelle* et des rapports du conseil d'administration ou du directoire analysant ces documents ;
- des *réponses aux questions écrites* des associés ou des actionnaires sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation sociale ;
- des *demandes d'explication du comité d'entreprise* en cas d'évolution préoccupante de la situation de la société, et des réponses fournies à ces demandes ;
- du *rapport* du ou *des experts* chargés d'examiner une ou plusieurs opérations de gestion.

1. Droits d'investigation

Les commissaires aux comptes, agissant ensemble ou séparément, peuvent, à **toute époque** de l'année, opérer les vérifications ou contrôles qu'ils jugent opportuns. Ils peuvent **se faire communiquer sur place les pièces qu'ils estiment nécessaires** et ils ont la faculté, sous leur responsabilité, de se faire assister ou représenter par des experts ou collaborateurs de leur choix.

Les investigations prévues ci-dessus peuvent être faites, **tant auprès de la société que des sociétés mères ou filiales**.

Les commissaires peuvent aussi recueillir toutes informations utiles à leur mission **auprès des tiers** qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Le secret professionnel ne peut pas être opposé aux commissaires aux comptes, sauf par les auxiliaires de justice.

2. Participation aux réunions des organes sociaux

Les commissaires aux comptes doivent être convoqués à la réunion du conseil d'administration ou du directoire et conseil de surveillance **au cours de laquelle sont examinés ou arrêtés les comptes de l'exercice social écoulé ou intermédiaires** qu'il s'agisse soit **des comptes annuels soit des comptes consolidés** (art. L 225-238 du C. com. et R 823-9, al. 4 du C. com.).

Les commissaires aux comptes doivent être convoqués à toutes les assemblées générales par LRAR, dans les mêmes délais que les actionnaires, à peine de **sanctions pénales : emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 €** (art. L 225-238 du C. com.).

3. Pouvoir exceptionnel de convocation des assemblées

En cas de **carence des dirigeants sociaux**, les commissaires aux comptes sont habilités à convoquer les actionnaires en assemblée générale. De même, ils peuvent procéder à cette convocation, s'ils constatent que, malgré les décisions prises par les dirigeants sociaux, la continuité de l'exploitation demeure compromise.

V. Rémunération des commissaires aux comptes

La rémunération des commissaires aux comptes est déterminée à la **vacation** en fonction du nombre d'heures de travail consacrées au contrôle. Les honoraires des commissaires aux comptes sont à la charge des sociétés contrôlées.

À cet effet, les commissaires aux comptes doivent établir par écrit un **programme de travail annuel** tenant compte **de la forme juridique de l'entreprise**, de la **nature des activités** et éventuellement du **contrôle exercé par l'autorité publique**.

Le montant des honoraires des commissaires aux comptes est fixé globalement quel que soit le nombre des commissaires établi en fonction d'un barème des heures de travail. Celui-ci n'est pas applicable aux missions particulières. En cas de **pluralité de commissaires**, ceux-ci se répartissent entre eux ces honoraires comme ils l'entendent.

VI. Responsabilité des commissaires aux comptes

A. Responsabilité civile

Les commissaires aux comptes sont responsables, **tant à l'égard de la société que des tiers**, des conséquences dommageables résultant des **fautes** ou des **négligences** par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. Exemples : condamnations de commissaires aux comptes, pour malversations de la part d'un employé ou pour défaut d'intervention utile pour la société.

En outre, les commissaires aux comptes **sont civilement responsables des infractions commises par les administrateurs** (ou les membres du directoire) lorsque, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélées dans leur rapport à l'assemblée générale (art. L 225-241, al. 2 du C. com.).

Le commissaire aux comptes ne peut être responsable de plein droit de toutes les irrégularités commises dans la société, mais il est **responsable des manquements à ses obligations de contrôle** pour cette mission, il n'est tenu que d'une **obligation de moyens**.

B. Responsabilité pénale

En plusieurs circonstances, les commissaires aux comptes sont exposés à être condamnés pénalement, pour les infractions suivantes :

- incompatibilités ;
- rapport incomplet ;
- faux, fraude fiscale ;
- informations mensongères sur la situation de la société ;
- indications inexactes en cas de suppression du droit préférentiel de souscription ;
- non-révélation des faits délictueux au procureur de la République ;
- non-respect du secret professionnel.

C. Dispositions disciplinaires

La responsabilité disciplinaire des commissaires aux comptes peut être engagée pour manquements aux règles professionnelles posées par les articles L 820-1 à 16 C. com. Ainsi que par les normes professionnelles et le code de déontologie. Peuvent aussi être sanctionnées les fautes contraires à l'honneur ou à la probité (fraude fiscale, facturation d'honoraires injustifiés, dénigrement d'un confrère).

Les peines disciplinaires sont :

- l'avertissement ;
- le blâme ;
- l'interdiction temporaire pour une durée de maximum cinq ans ;
- la radiation de la liste ;
- le retrait de l'honorariat.

Section 2. Expertise

Un ou plusieurs **actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social** peuvent demander en justice la désignation **d'un ou plusieurs experts** chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (art. L 225-231 du C. com.). Depuis le 1^{er} mars 1985, cette possibilité est ouverte au **comité d'entreprise, au ministère public** et, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, à **l'AMF** et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé **aux associations d'actionnaires**.

Cette procédure est soumise aux règles suivantes.

I. Nomination des experts

La demande est portée **devant le président du tribunal de commerce du lieu du siège social** qui statue en **la forme des référés** après que le greffier a convoqué le président du conseil d'administration ou du directoire par lettre recommandée avec AR (art. R 225-163, al. 1 du C. com.).

Actuellement, seuls les actionnaires ont qualité pour demander la désignation d'un expert, à la condition qu'ils représentent au moins le vingtième du capital social.

Selon la jurisprudence dominante, **la désignation de l'expert est une mesure exceptionnelle**. Elle a pour but de prévenir les abus de majorité, de permettre aux actionnaires minoritaires de se renseigner sur la nature, la portée et les conséquences d'opérations de gestion susceptibles de leur porter préjudice et de nuire à l'intérêt de la société.

Le tribunal doit donc apprécier le bien-fondé et l'opportunité de la demande, les actionnaires n'ayant pas un droit discrétionnaire à la nomination de l'expert.

II. Mission des experts

Le **président du tribunal** de commerce du lieu du siège social détermine la **mission et les pouvoirs des experts** et peut (faculté) mettre le montant des honoraires à la charge de la société. Il ne peut les charger d'apprécier la gestion de la société dans son ensemble, mais seulement une ou plusieurs opérations déterminées.

III. Rémunération des experts

Le **tribunal de commerce du lieu du siège social fixe les honoraires** des experts et peut mettre ces honoraires à la charge de la société (art. 225-231, al. 2 du C. com.).

IV. Communication du rapport de l'expert

Quel que soit le demandeur, le rapport des experts est adressé à **ce demandeur** ainsi qu'au **comité d'entreprise, au commissaire aux comptes, au ministère public, au conseil d'administration (ou au directoire et au conseil de surveillance)** et si la société fait publiquement appel à l'épargne, à **l'AMF** (art. L 225-231, al. 4 du C. com.).

En pratique, les experts **déposent leur rapport au greffe du tribunal de commerce** du lieu du siège social et c'est le greffier qui doit en assurer la communication aux divers organes énumérés ci-dessus (art. R 225-163, al. 3 du C. com.).

Il doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité (art. L 225-231, al. 4 du C. com.).

CHAPITRE 7. LA TRANSFORMATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

La société anonyme peut être transformée en société d'une autre forme. Cependant le maintien de la personnalité morale de la société est subordonné à la condition que la **transformation soit régulière**, c'est-à-dire qu'elle soit décidée et réalisée conformément aux prescriptions légales et réglementaires.

La transformation d'une société anonyme obéit aux règles générales applicables à toutes les sociétés qui ont déjà été exposées dans la partie « notions fondamentales ». Elle est, en outre, soumise aux dispositions particulières ci-après.

Section 1. Décision de transformation

La transformation d'une société anonyme en société d'une autre forme suppose que :

- d'une part, le **bilan des deux premiers exercices sociaux** a été **établi** et **approuvé** par les actionnaires ;
- d'autre part, la société a au moins **deux ans d'existence**, à compter de l'immatriculation de la société au RCS du lieu du siège social.

Sauf en cas de transformation en société en nom collectif, la décision de transformation doit être précédée d'un **rapport des commissaires aux comptes** de la société attestant que le montant des capitaux propres est au moins égal au montant du capital social (art. L 225-244, al. 1 du C. com.).

Le projet de transformation de la société doit être soumis à l'**assemblée générale des obligataires**, s'il en existe. En cas de refus d'approbation, la société ne peut passer outre qu'en offrant de rembourser les obligataires qui en feraient la demande (art. L 228-72, al. 1 du C. com.).

Les conditions **de quorum et de majorité** varient en fonction de la forme de société choisie pour la transformation comme nous allons le voir ci-après.

Comme toute modification des statuts, la décision de transformation est soumise à des **formalités de publicité qui ont été exposées dans les conditions générales de la transformation**.

Section 2. Cas particuliers

I. Transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée

Une telle transformation doit être décidée à la **majorité des deux tiers** des parts détenues par tous les associés présents et représentés.

En outre, la transformation n'est possible que si la situation de la société est compatible avec le régime particulier des SARL. Notamment, le nombre des associés ne doit pas être supérieur à 100 et l'activité doit être une activité que les SARL peuvent exercer.

Si la société anonyme a émis des obligations négociables, la transformation nécessite, pour les obligations non remboursées, la substitution de droits simplement cessibles selon les formes civiles aux anciens titres négociables, en raison de l'interdiction pour toute société à responsabilité limitée d'émettre des titres négociables.

II. Transformation en société en nom collectif

Cette transformation n'est possible qu'avec **l'accord de chacun des actionnaires**. En outre, les actionnaires doivent avoir la capacité d'exercer le commerce (art. L 121-1 C. com).

III. Transformation en société civile

La transformation exige **l'accord unanime** des actionnaires, car elle entraîne l'augmentation des engagements de ces derniers puisqu'ils seront responsables indéfiniment des dettes sociales au prorata de leur apport (art. L 225-96, al. 1 du C. com.). Il est impératif que l'objet social soit civil afin d'éviter la requalification en société de fait.

IV. Transformation en société par actions simplifiée

La transformation exige **l'accord unanime** des actionnaires (art. L 227-3 du C. com.); il est nécessaire de respecter les règles propres à la transformation de toute société anonyme ; il n'y a pas lieu de faire intervenir un commissaire à la transformation et la société doit répondre aux conditions requises pour cette nouvelle forme de société par actions, **le capital minimum est de 37 000 €**, la société ne doit pas faire publiquement appel à l'épargne.

V. Transformation en société en commandité par actions

La transformation exige **l'accord de tous les associés** qui acceptent la qualité d'associé **commandité** (art. L 225-245 du C. com.). **De plus les associés commandités doivent posséder la capacité commerciale.**

La **transformation régulière** ne fait qu'engendrer la poursuite de l'activité de la société existante sous une autre forme sociale.

CHAPITRE 8. LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

La société anonyme est dissoute, comme toutes les sociétés, pour les **causes de dissolution communes à toutes les sociétés** qui ont été présentées dans les notions fondamentales (art. 1844-7 du Code civil).

En outre, une société anonyme est dissoute **si le nombre des actionnaires devient inférieur à sept, depuis plus d'un an** mais le tribunal de commerce peut permettre la régularisation en accordant un délai pour permettre aux actionnaires de se retrouver à sept.

La société peut aussi être dissoute si le **capital social est réduit au-dessous du minimum légal** et qu'il n'est **pas régularisé dans le délai d'un an**. De même si **la moitié au moins du capital social de la société est perdu et qu'il n'y a pas eu régularisation**.

La dissolution doit être publiée dans les conditions suivantes :

- **insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social ;**
- **dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de deux exemplaires du procès-verbal décidant la dissolution ;**
- **inscription modificative au RCS du lieu du siège social ;**
- **insertion au Bodacc à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social.**

TITRE V. LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

GÉNÉRALITÉS

La société en commandite par actions est une société dont le **capital social est divisé en actions** (titres négociables) mais qui comprend deux catégories d'associés :

- **un ou plusieurs commandités**, qui ont la qualité de **commerçants** et qui répondent **solidairement et indéfiniment** des dettes sociales, dans les mêmes conditions que les associés de SNC ;
- **plusieurs commanditaires**, qui ont la qualité **d'actionnaires** (titre négociable) et dont la **responsabilité est limitée** au montant de leurs **apports**, comme l'actionnaire de la SA.

Caractéristiques de la société en commandite par actions

La société en commandite par actions est **toujours commerciale quel que soit son objet** ; elle est une **société de capitaux** comme la société anonyme et elle est aussi, comme cette dernière, **une société par actions**, car son capital social est représenté par des **actions** en principe librement négociables et non par des parts sociales soumises à **agrément** de la collégialité des associés (SNC, SARL, SCS).

Toutefois, les **associés commandités** sont dans la même **situation juridique que les associés en nom collectif** : ils sont **commerçants, indéfiniment et solidairement responsables du passif social**, et leurs droits dans la société ne sont pas librement cessibles. En revanche, les associés **commanditaires** sont **dans la même situation juridique que les actionnaires : leur responsabilité est limitée au montant de leur apport** ; leurs actions sont négociables dans les mêmes conditions que les actions de sociétés anonymes.

La caractéristique fondamentale de la société en commandite par actions est d'être **dirigée par un ou plusieurs gérants** (personnes physiques ou morales) choisis parmi les **commandités ou les tiers non associés ; les commanditaires ne peuvent pas être gérants** de la société en commandite par actions.

En raison de cette responsabilité importante des commandités et de la superposition de deux catégories d'associés à statut juridique profondément différent, la société en commandite par actions connaît actuellement un **regain de faveur**. Il en existe cependant quelques exemples célèbres : tel est le cas de la société Michelin, Lagardère, Hermès groupe Worms, Eurodisneyland, Castorama.

Considérée longtemps comme un **type de société désuet**, elle connaît de nos jours un regain de faveur... En effet, cette forme sociétaire présente une particularité originale qui peut constituer un avantage déterminant dans certains cas ; **elle permet en effet de faire appel à des capitaux extérieurs (appel public à l'épargne)** tout en maintenant la direction et la gestion dans un cercle fermé de personnes. Elle évite aussi le risque de **la perte du contrôle** par une OPA (offre publique d'achat), car celle-ci permet de détenir beaucoup d'actions, mais ne permet pas de diriger la société. Enfin, il est important de noter **la très grande liberté laissée aux statuts** pour fixer le **régime des gérants** quant à leur nomination, leur révocation, leur rémunération ; par les stipulations statutaires, le gérant peut être quasiment irrévocable. Les sociétés en commandite par actions sont soumises au **régime fiscal des sociétés de capitaux**.

Ce sont ces raisons qui sont à l'origine du regain de faveur de la SCA.

Les sociétés en commandite par actions, étant des **sociétés de capitaux**, sont soumises au régime fiscal de l'impôt sur les sociétés.

CHAPITRE 1. LA CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

Section 1. Conditions de fond

Ces conditions sont pratiquement celles des sociétés anonymes ; le **consentement** des associés doit être réel et **exempt de vices** (erreur, dol, violence). On se bornera à relever deux particularités concernant la capacité des associés de cette société.

I. Capacité

Les **associés commandités** (qui ont la qualité de commerçants) doivent avoir **la capacité commerciale requise pour l'exercice d'une activité commerciale** et être aptes à entrer dans une société en nom collectif. En revanche, les **associés commanditaires** ayant la **qualité d'actionnaire** ne répondent des dettes sociales que dans **la limite de leurs apports**, doivent avoir simplement **la capacité requise pour disposer des biens qu'ils apportent à la société et pour souscrire les actions de cette société, la capacité de jouissance suffit.**

Les **personnes morales** peuvent être aussi bien **associés commandités qu'actionnaire commanditaire**, pendant les participations croisées entre sociétés par actions et sociétés d'une autre forme sont réglementées. Une **société civile** ne peut pas devenir associé commandité, car elle prendrait la qualité de commerçant.

Une même personne physique ou morale peut avoir la qualité de commandité au sein de plusieurs sociétés, aucune règle ne l'interdisant.

II. Objet

La société en commandite par actions est **toujours commerciale** quel que soit son objet (art. L. 210-1 al. 2 du C. com.).

L'objet doit être à la fois **possible** et **licite** c'est-à-dire non contraire à **l'ordre public** et aux **bonnes mœurs** (art. 6 et 1134 du C. civil).

III. Dénomination sociale

La société en commandite par actions est désignée par une **dénomination sociale** et non par une raison sociale, le nom d'un associé commanditaire ne peut pas figurer dans la dénomination sociale (art. L. 224-1 al. 2 du C. com.). En revanche, le **nom d'un ou plusieurs commandités peut y figurer.**

IV. Nombre d'associés

Une société en commandite par actions peut valablement ne comprendre qu'**un seul commandité** et au minimum **trois commanditaires** (art. L. 226-1, al. 1 du C. com.) ; ce nombre correspond d'ailleurs au **minimum requis pour la composition du conseil de surveillance.**

V. Capital social

Il est fixé à **225 000 €** (1 500 000 F) pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et **37 000 €** (250 000 F) dans tous les autres cas.

La société en commandite par actions peut être constituée avec un **capital variable** (capital qui varie en fonction de l'entrée et/ou de la sortie d'associé). En ce cas, les règles particulières prévues par les articles L. 231-1 et s. du C. com. sont à respecter par la société.

VI. Les apports

Les apports peuvent être effectués soit en **nature** ou en **numéraires (espèces)**. Les apporteurs reçoivent en contrepartie de leurs apports des **actions (titre négociable)** au jour où la société se trouve immatriculée au RCS, du lieu du siège social.

L'apport en **industrie** est possible seulement de la part des associés **commandités**, il est interdit aux commanditaires (art. L. 221-1 al. 2 du C. com.). Cet apport en industrie **n'entre pas dans la composition du capital social** et **ne donne donc pas droit à une attribution d'actions** représentatives d'une fraction de ce capital social (art. L. 225-3 al. 4 du C. com.).

IX. Durée

La société en commandite par actions, comme toute société, ne peut être constituée pour une durée supérieure à **99 ans** (art. L. 210-2 du C. com.). Ce sont les statuts qui fixent la durée de la société.

Section 2. Conditions de forme et publicité

On applique ici pratiquement **les règles de la société anonyme** ; il est indispensable cependant de **prévoir la nomination des membres du premier conseil de surveillance soit dans les statuts, soit lors de l'assemblée constitutive** (première Assemblée Générale de la SCA qui fait publiquement appel à l'épargne). Il y a lieu de respecter la formalité de l'enregistrement (Trésor public) et des publicités (JAL, greffe du tribunal de commerce, RCS, BODACC).

CHAPITRE 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

Section 1. Gérance

I. Nomination des gérants

À cet égard, les points suivants sont à considérer :

- la société en commandite est administrée par **un ou plusieurs gérants**, personne physique ou morale associés **commandités** ou **étrangers** à la société, donc tiers ; un associé simple **commanditaire** doit **s'abstenir** d'être gérant de droit ou de fait ;
- le **gérant**, s'il est **associé** doit avoir la **capacité de faire le commerce**, le gérant non associé doit être civilement capable (majeur ou émancipé) ;
- **une personne morale peut être nommée gérante** étant précisé que les dirigeants sociaux de cette personne morale sont soumis aux **mêmes conditions et obligations** et encourent les **mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre**.

Les gérants sont soumis aux règles de **limite d'âge** qui ont déjà été exposées pour les administrateurs de sociétés anonymes (**65 ans**) (art. L. 226-3 al. 1 du C. com.).

Les gérants sont **nommés dans les statuts ou par acte ultérieur**, ou en **assemblée générale ordinaire** par consultation par correspondance si clause statutaire expresse le mentionnant, la **nomination des gérants est publiée** comme pour les dirigeants de sociétés anonymes. Ils sont confrontés aux mêmes règles concernant les **incompatibilités**, les **interdictions** et les **déchéances**.

Toute **nomination ou cessation des fonctions** est soumise aux règles de **publicité** habituelles.

II. Cessation des fonctions du gérant

Le gérant cesse ses fonctions par **l'arrivée du terme**, un événement personnel (décès, maladie, incarcération) la **révocation**, la **démission**, le **décès**, les **interdictions**, **incompatibilités** et **déchéances**.

Seule la révocation des gérants appelle une observation. Les **statuts déterminent** en effet les **conditions de révocation des gérants** (art. L. 226-2 al. 3 du C. com.). Dans le silence des statuts, le gérant ne peut être révoqué que par une décision de justice soit le tribunal de commerce du lieu du siège social et pour **cause légitime**. Les gérants sont toujours révocables par le tribunal de commerce pour une cause légitime, à la demande de tout associé ou de la société elle-même.

Le gérant peut **démissionner** conformément aux règles statutaires. Celle-ci sera obligatoire s'il est frappé d'une incapacité (tutelle, curatelle) ou d'une interdiction de diriger une entreprise, ou encore d'une déchéance.

Il est indispensable de respecter les **règles de publicité habituelles** tant lors de la nomination que de la révocation.

III. Pouvoirs et mission des gérants

Les **règles** sont ici les **mêmes** que pour les **gérants des sociétés en nom collectif et de SARL**. En conséquence, les gérants sont investis des **pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société** (art. L. 226-7 al. 1 du C. com.), soit une plénitude de pouvoirs, d'action et de représentation de la société.

À l'égard des tiers, la société est **engagée même** si les **actes** accomplis par le gérant **n'entrent pas dans 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 preuve.

À l'égard des associés, les **statuts peuvent limiter les pouvoirs des gérants**, ces stipulations sont parfaitement licites sous réserve qu'elles ne constituent pas une **immixtion dans la gestion sociale**. **Elles sont inopposables aux tiers**.

Le ou les gérants ont les **mêmes obligations** que le conseil d'administration d'une société anonyme, ils sont chargés de **convoquer les assemblées et d'en fixer l'ordre du jour, d'établir l'inventaire et les comptes annuels, de faciliter le droit de communication des actionnaires, dans les conditions établies par la loi**.

IV. Rémunération des gérants

Cette rémunération est fixée dans les **statuts**. Toute rémunération autre que celle prévue aux statuts ne peut être allouée aux gérants que par **l'assemblée générale ordinaire** avec, sauf clause contraire des

statuts, l'**accord unanime des commandités** ; elle comprend généralement une **partie fixe et une partie proportionnelle aux bénéfices** (art. L. 226-8 du C. com.).

Le régime fiscal des rémunérations versées aux gérants est identique à celui des gérants majoritaires de SARL (régime des traitements et salaires).

V. *Responsabilité des gérants*

Les règles qui ont été exposées pour la responsabilité des administrateurs sont ici transposables (**responsabilités civile et pénale**). La responsabilité civile peut être recherchée pour infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, violation des statuts, faute de gestion, annulation du contrat de société. En revanche, sur le terrain pénal, il faut se reporter aux règles relatives à la constitution ou au fonctionnement des SA (abus de biens sociaux, abus de pouvoir ou de voix, faux bilan, distribution fictive de dividende).

Section 2. Contrôle de la gestion

I. *Conventions entre la société et l'un des gérants*

La procédure de contrôle des conventions réglementées des articles L. 225-38 à L. 225-43 du C. com. et des articles D 91 et D 92, prévue pour les sociétés anonymes, **est applicable aux sociétés en commandite par actions**. On peut donc se reporter à la réglementation qui a été exposée à ce sujet. Cette réglementation concerne les conventions libres qui doivent être portées à la connaissance du président du conseil de surveillance, soumises au contrôle préalable du conseil de surveillance, ou interdites. Cette réglementation se trouve également applicable aux actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote.

II. *Commissaires aux comptes*

Les sociétés en commandite par actions sont soumises au contrôle obligatoire **d'un ou plusieurs commissaires aux comptes (titulaires et suppléants)** désignés par l'assemblée générale ordinaire (art. L. 226-6 du C. com.). Le nombre des commissaires aux comptes (titulaires et suppléants), les conditions de leur **nomination**, leurs **attributions**, leur **rémunération**, leur **responsabilité** (civile et pénale) sont les **mêmes que pour les SA**.

III. *Conseil de surveillance*

La société en commandite par actions, et c'est là une de ses originalités par rapport à la société anonyme, **comprend obligatoirement un conseil de surveillance qui présente une très grande analogie avec celui des SA modernes, il est composé d'au moins trois actionnaires** (art. L. 226-4 al. 1 du C. com.) représentant les actionnaires commanditaires, qui assume le **contrôle** permanent de la gestion de la société avec les mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes. Le conseil de surveillance doit **comprendre au moins trois actionnaires, seuls les commanditaires peuvent en faire partie**.

Les membres du conseil de surveillance sont **désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale ordinaire** des actionnaires, aux conditions fixées dans les statuts (**loi sociale**). Ces membres ne sont pas tenus de posséder un nombre minimal d'actions fixé statutairement.

La durée du mandat des membres du conseil de surveillance **est librement fixée dans les statuts qui déterminent aussi les conditions de nomination** ; à défaut de précision, les règles applicables sont celles des administrateurs de SA (art. L. 226-4 al. 3 du C. com.).

Le conseil de surveillance a pour attribution majeure le contrôle permanent de la gestion sociale ; il **délibère selon les prescriptions des statuts**, la loi n'ayant rien fixé à ce sujet.

Le conseil de surveillance assume **le contrôle permanent de la gestion de la société**. Il **établit un rapport dans lequel il mentionne les irrégularités et inexactitudes portées dans les comptes de l'exercice social achevé**, qui est déposé à l'assemblée générale ordinaire pour permettre aux actionnaires d'être informés sur l'action du conseil. Pour exercer son contrôle, le conseil de surveillance dispose des mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes.

Il appartient aux statuts de préciser **les conditions** dans lesquelles **les membres du conseil de surveillance sont rémunérés**. En pratique, cette rémunération est **le plus souvent une somme globale fixée par l'AGO et que les membres se répartissent entre eux comme ils le souhaitent**.

Les conventions réglementées qui interviennent entre les membres du conseil de surveillance et la société doivent être soumises à autorisation comme les conventions qui interviennent entre un administrateur et l'associé. **L'autorisation est donnée par le conseil de surveillance**.

Enfin, les membres du conseil de surveillance sont **responsables de leurs fautes personnelles** (responsabilité civile et/ou pénale) commises dans l'exécution de **leur mandat** (art. L. 226-13 al. 2 du C. com.). Aucun délit spécifique n'est établi par le Code de commerce, cependant leur responsabilité peut être recherchée **au regard du droit commun en particulier sur le terrain de la complicité**.

Section 3. Décisions collectives

Compte tenu de l'existence **de deux catégories d'associés**, les décisions collectives dans les sociétés en commandite par actions exigent une double consultation :

- **celle des commanditaires** réunis en assemblées générales qui obéissent aux mêmes règles que celles applicables aux SA ;
- **celle des commandités**, soit en assemblée, soit par correspondance, si cette faculté est stipulée aux statuts de la société qui est similaire aux SNC.

Il est à noter que les **commandités n'assistent pas à l'assemblée générale des commanditaires** qui se réunissent selon les règles valables pour les assemblées générales des sociétés anonymes.

Les décisions ne sont prises valablement que si elles ont été adoptées par chaque catégorie d'associés, commanditaires d'une part, commandités d'autre part. Toutefois, les commanditaires procèdent seuls à la désignation des membres du conseil de surveillance.

Les comptes annuels doivent être soumis à l'assemblée des commandités et à l'assemblée générale ordinaire des commanditaires, dans les six mois de la clôture de l'exercice social.

Les conditions de **quorum** et de **majorités** prévues pour les **assemblées d'actionnaires s'appliquent aux assemblées de commanditaires**. En revanche pour les commandités la règle est l'unanimité sauf clause contraire des statuts.

La transformation de la société en commandite par actions en société par actions simplifiée est soumise aux mêmes règles que la transformation en société anonyme sous quelques réserves (**la société ne doit pas faire publiquement appel à l'épargne, la décision doit être prise à l'unanimité**). Il n'y a pas de nécessité de faire intervenir un commissaire à la transformation chargé d'apprécier la valeur des biens composant l'actif social et, s'il en existe, les avantages particuliers consentis à des associés ou à des tiers.

CHAPITRE 3. LES ASSOCIÉS DES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS

Section 1. Associés commandités

Les associés commandités ont tous la qualité de **commerçant (art. L. 121-1 C. com.)** et répondent **indéfiniment et solidairement des dettes sociales** (art. L. 226-1 du C. com.), comme les associés dans la société en nom collectif.

Lorsqu'ils ne sont pas gérants, ils ont droit, **deux fois** par an, à obtenir **communication des livres** et tous **les documents sociaux et à poser par écrit, à propos de la gestion sociale, des questions** auxquelles il doit être répondu également par écrit.

Ils reçoivent également une **fraction des bénéfices déterminée dans les statuts** en rémunération des risques que comporte **leur responsabilité solidaire et indéfinie**. Les droits sociaux ne peuvent pas être représentés par des titres négociables (ce qui permet une transmission plus rapide). Leur **cession** doit être **constatée par un acte sous seing privé ou notarié**, signifiée à la société et publiée au RCS du lieu du siège social.

La cession des droits sociaux d'un commandité est **subordonnée à l'accord préalable de tous les commandités, mais aussi de tous les commanditaires**.

En cas de décès d'un associé commandité, on applique les mêmes règles que celles pour la société en commandite simple.

Section 2. Associés commanditaires

Les **commanditaires (porteurs d'actions)** ont **le même statut que les actionnaires** de la société anonyme. Ils jouissent des **mêmes droits et sont tenus aux mêmes obligations. Ils ne doivent accomplir aucun acte de gestion externe**, même en vertu **d'une procuration (mandat)** donnée par un commandité. En cas de non-respect de cette règle, l'associé commanditaire **est tenu, solidairement avec les commandités, des dettes et engagements de la société**.

CHAPITRE 4. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

Voir les règles exposées à propos de la société anonyme. En particulier, il est possible de dissoudre la société en commandite par actions en cas **de perte de la moitié du capital social** de la société et absence de régularisation.

La dissolution de la société en commandite par actions nécessite l'accomplissement de diverses **formalités de publicité** qui sont les mêmes que celles prévues pour la société anonyme. La dissolution entraînera la liquidation de la société (la mort sociale).

TITRE VI. LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE (SAS)

GÉNÉRALITÉS

La société par actions simplifiée est une société dont les **associés peuvent être des personnes physiques ou morales françaises ou étrangères** et dont le fonctionnement interne relève, pour une large part, de la seule volonté de ses membres.

Cette nouvelle forme de société a son origine dans des propositions émanant des milieux économiques, **en particulier des grandes entreprises industrielles françaises, qui souhaitent disposer d'un instrument juridique pour coopérer entre elles et avec des partenaires étrangers.** Elle est née par la loi du 3 janvier 1994.

Il était apparu en effet que c'étaient moins des raisons d'ordre fiscal que des considérations liées à la rigidité et au formalisme du droit des sociétés issu du Code de commerce qui expliquaient la constitution à l'étranger, notamment aux Pays-Bas plutôt qu'en France, de certains holdings ou joint ventures. La SAS a donc été conçue comme **un instrument de coopération entre entreprises** qui doit permettre aux sociétés françaises ainsi qu'à leurs partenaires étrangers d'éviter d'installer à l'étranger des sociétés dont l'implantation en France est économiquement justifiée.

Son **régime juridique** est fixé par les articles **L. 227-1 à L. 227-20 et L. 244-1 à L. 244-4 du C. com.** En outre, dans la mesure où elles sont compatibles avec ces textes, **les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception de celles visant, d'une part, la direction et l'administration de la société, d'autre part, les assemblées d'actionnaires** (art. L. 225-17 à L. 225-126 du C. com.), sont applicables à la SAS (art. L. 227-1 al. 2 du C. com.).

Caractéristiques de la SAS

La société par actions simplifiée est une **nouvelle forme** de société par actions qui s'ajoute à la société anonyme et à la société en commandite par actions.

En règle générale, elle ne peut être constituée qu'**entre des personnes physiques ou morales** et même ne comprendre qu'un seul actionnaire. Elle peut ne comprendre qu'**un associé**, personne physique ou morale.

Ses membres déterminent librement dans les **statuts** la **nature** et les **fonctions** des **organes de direction**, ainsi que les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les **décisions collectives**.

Il est toutefois fait obligation à la société d'être **représentée par un président** habilité à l'engager. Il est également exigé que certaines décisions soient adoptées par la collectivité des associés, notamment celles relatives à la modification du capital social, à la fusion, à la scission, à l'apport partiel d'actif, à la dissolution de la société, à la nomination des commissaires aux comptes, aux comptes annuels et à la distribution des bénéfices, à la transformation en une autre forme sociale.

La SAS est **marquée par un fort intuitu personae** des « associés », terme qui a été préféré par le législateur à celui, plus exact, d'actionnaires. De **nombreuses clauses peuvent être insérées dans les statuts** (selon le principe de la liberté contractuelle) afin de maintenir cette caractéristique : clauses d'inaliénabilité des actions limitée dans le temps à dix ans, clauses d'agrément même en cas de cession entre associés, clauses d'exclusion d'un associé par le rachat de ses titres, clause de préemption, etc.

Intérêt de la SAS

Bien que la SAS puise ses **racines** dans la **société anonyme**, puisqu'elle est constituée, dissoute, liquidée selon les mêmes règles et que **les mêmes obligations comptables s'imposent à elle**, elle s'en sépare sur deux points essentiels : d'une part, son **organisation et son fonctionnement relèvent exclusivement des statuts**, c'est-à-dire de **la seule volonté commune des associés**, d'autre part, ces derniers peuvent, dans une large mesure, aménager comme ils l'entendent les conditions de leur entrée et de leur sortie de la société.

Elle permet ainsi de ne pas avoir recours à des pactes d'actionnaires dès lors que les clauses particulières envisagées doivent lier tous les associés et ne nécessitent pas une certaine confidentialité.

De ce fait, elle devrait être, nous l'avons dit, un instrument efficace de **rapprochement des entreprises** en particulier lorsque est envisagée la création d'une société holding ou d'une filiale commune.

Cette souplesse de fonctionnement de la SAS peut constituer aussi un attrait important pour l'organisation des **groupes de sociétés**. Elle permet d'échapper aux contraintes de la société anonyme tant au regard de l'administration de la société (**nombre minimal d'administrateurs, limitations au cumul de mandats, obligation pour les administrateurs de détenir des actions de la société**, etc.) qu'en ce qui concerne les décisions à prendre qui excèdent les pouvoirs des dirigeants sociaux (nécessité de tenir une assemblée, information des actionnaires, conditions particulières de quorum et de majorité, etc.).

Ces règles contraignantes de la société anonyme sont parfaitement justifiées lorsqu'il est fait publiquement appel à l'épargne. Leur intérêt est moins évident lorsqu'il s'agit de filiales contrôlées à 100 %. Dans ce cas, l'utilisation de la SAS permet de simplifier la gestion de la société et de diminuer le coût de son fonctionnement.

Mais cette grande liberté contractuelle dont bénéficient les fondateurs de SAS implique en contrepartie une **grande rigueur dans la rédaction** du pacte social et la nécessité pour eux d'écarter toute formule susceptible d'interprétations contradictoires génératrices de litiges ultérieurs.

Il convient aussi, lorsque la SAS est constituée avec des partenaires étrangers, de s'assurer que les **clauses statutaires ne sont pas contraires à des règles d'ordre public international** des pays dans lesquels ces clauses seraient susceptibles, par exemple à l'occasion d'une demande d'exequatur, d'être contestées.

Régime fiscal de la SAS

Fiscalement, la société par actions simplifiée est purement et simplement **assimilée à une société anonyme** (art. 32 de la loi n° 93-1353 du 30 décembre 1993) en sa qualité de société par actions.

Les règles applicables aux sociétés anonymes notamment en matière **d'impôt sur les sociétés**, d'imposition des revenus mobiliers distribués, de droits d'enregistrement, de rémunérations de dirigeants, sont donc transposables aux sociétés par actions simplifiées.

CHAPITRE 1. LA CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE

Section 1. Conditions de fond

Les conditions de constitution des SAS sont les **mêmes que** celles des **sociétés anonymes** (art. L. 227-1 al. 2 du C. com.) sous réserve de **certaines règles particulières** indiquées ci-dessous.

I. Associés

La SAS ne peut être constituée qu'entre des **personnes physiques (capables, incapables mineurs ou majeurs) y compris les entrepreneurs individuels (commerçant, artisan, industriel profession libérale, agriculteur) ou morales françaises ou étrangères** et de toute nature (art. L. 227-1 al. 1 du C. com.). Ainsi, toute société quelle qu'elle soit (**société civile ou commerciale, société cotée ou non, société relevant du secteur public ou du secteur privé**) et quelle que soit sa forme juridique peut participer en qualité d'associé à une SAS à l'exclusion de la société en participation et de fait, et en formation puisque celles-ci **n'ont pas de personnalité morale**, de même peuvent avoir la qualité d'associé les associations, GIE, GEIE.

Les **sociétés étrangères** peuvent être associées d'une SAS. Elles doivent, en ce cas, se soumettre si nécessaire aux formalités prévues pour tout investissement direct réalisé en France par des étrangers, étant observé que la réglementation applicable comporte de nombreuses dispenses, notamment en faveur des investissements communautaires.

II. Nombre des associés et objet

Contrairement à la société anonyme, la SAS peut valablement ne comprendre qu'**un seul associé** (art. L. 227-1 al. 1 du C. com.), **personne physique ou morale**.

Il n'est **pas fixé de maximum au nombre des associés** mais on a tout lieu de penser qu'en raison du fort « intuitu personae » qui la caractérise, la SAS ne regroupera que peu de membres.

La SAS est **commerciale par sa forme quel que soit son objet civil ou commercial**.

III. Interdiction de l'appel public à l'épargne

Il est **interdit à la SAS de faire publiquement appel à l'épargne** pour le placement de ses titres (art. L. 227-2 du C. com.).

En cas d'inobservation de cette interdiction, les dirigeants de la SAS et, notamment, le président de celle-ci, s'exposent à une **amende de 18 000 €** (120 000 F) (art. L. 244-3 et L. 244-4 du C. com.).

REMARQUE

L'interdiction s'applique à la société et non aux associés de celle-ci ; rien ne s'oppose donc à ce que des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne soient associées d'une SAS.

IV. Capital social

Comme pour les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, **le capital social minimal des SAS est fixé à 37 000 € (250 000 F).**

La réduction du capital social à un montant inférieur au minimum ci-dessus ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital régularisant la situation de la société.

Ce capital doit être **souscrit intégralement** dès la souscription des actions (art. L. 227-1 du C. com.) et ne peut être **libéré que de la moitié de son montant**, le surplus devant être versé en une ou plusieurs fois, dans un délai maximum de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social.

L'indication du **montant du capital social doit figurer dans les statuts de la société** (art. L. 210-2 du C. com.). De plus, cette indication doit accompagner celles relatives à la forme de la société et à la dénomination sociale dans tous les actes et documents émanant de la société.

La SAS peut être constituée avec un **capital variable** (art. L. 231-1 et s. du C. com.) sous réserve de respecter les exigences des articles L. 231-1 à L. 231-8 du C. com.

L'indication du montant du capital social doit figurer dans les statuts de la société (art. L. 210-2 du C. com.).

V. Apports

Les apports peuvent être effectués soit **en numéraire soit en nature**. Les **apports en industrie ne sont pas possibles car ils ne peuvent pas être représentés par des actions**, en conséquence **ils ne peuvent donner la qualité d'associé dans la SAS**.

Dans les sociétés anonymes, l'acquisition par la société, dans les deux ans de son immatriculation au registre du commerce, d'un bien appartenant à l'un de ses actionnaires et dont la valeur est au moins égale à 10 % du capital social doit être soumise à une **procédure de contrôle**.

Ces dispositions ne sont **pas applicables** aux opérations d'achat effectuées par une SAS.

La valeur nominale des actions peut être fixée dans les statuts, cependant ce n'est pas obligatoire.

VI. Dénomination sociale

Comme toutes les sociétés commerciales, la SAS doit être désignée par une **dénomination sociale** (art. L. 224-1 al. 1 du C. com.).

Tous les **actes et documents** émanant de la société et **destinés aux tiers** doivent indiquer la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement des mots « **société par actions simplifiée** » ou des initiales « **SAS** » et de l'énonciation du montant du capital social. Si cette obligation n'est pas respectée, le ministère public ou tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce en référé d'enjoindre sous astreinte le président de s'y conformer.

VII. Contenu des statuts

Les statuts de SAS sont plus ou moins détaillés selon le désir des associés, cependant les mentions suivantes doivent obligatoirement y figurer (art. L. 210-2 du C. com.) :

- la **forme** juridique adoptée ;
- la **durée** ;
- la **dénomination sociale** ;
- le **siège** social ;
- l'**objet** social ;
- les **organes sociaux** ;
- pour chaque catégorie d'actions émises, le **nombre d'actions par catégorie** ;
- les **formes et conditions des décisions prises collectivement** ;
- le montant du **capital social**.

Il y a lieu d'ajouter :

- l'**identité des associés** (nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, état civil) apporteurs en nature ;
- les **clauses d'agrément, d'inaliénabilité des actions, d'exclusion des actionnaires, de préemption, compromissoire (arbitrage), envisageant le changement de contrôle affectant un actionnaire**.

Section 2. Conditions de forme

I. Application des règles de constitution des sociétés anonymes

Les formalités de constitution des SAS sont les mêmes que **celles des sociétés anonymes** ne faisant pas publiquement appel à l'épargne étant toutefois observé que les **actions souscrites en numéraire doivent être libérées de la moitié de leur valeur nominale lors de la souscription**, le surplus devant intervenir dans un délai de **cinq ans** à compter de l'immatriculation de la société au RCS (art. L. 227-1 du C. com.). Les actions en nature doivent être **souscrites en totalité et libérées lors de la constitution de la société**.

II. Actes passés pour le compte de la société non encore immatriculée au RCS

Le régime de ces actes est comparable à celui applicable dans les sociétés anonymes. Se reporter au début de la série 02.

CHAPITRE 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE

Section 1. Direction

I. Organe de direction

Les associés jouissent d'une **totale liberté** pour **fixer dans leurs statuts** la composition de l'organe de gestion de la SAS et les règles de fonctionnement de cet organe. Toutefois, il doit comprendre **au moins un président (personne physique ou morale)** puisque c'est celui-ci qui **représente la société** dans ses rapports avec les tiers.

Sous cette réserve, toutes les possibilités sont offertes :

- nomination d'un **dirigeant unique** ou d'un **organe collégial de direction (comité de direction, de stratégie, de surveillance, etc.)** ;
- choix du ou des dirigeants **parmi les associés ou en dehors d'eux** ;
- nécessité de répondre à certaines exigences (participation minimale dans la société ; compétence technique particulière ; diplôme ; limite d'âge s'il s'agit d'une personne physique ; incompatibilité des fonctions de dirigeant avec une ou plusieurs autres activités ; etc.) pour pouvoir être nommé dirigeant ;
- répartition éventuelle des postes de **direction entre les différents groupes d'associés** ;
- fixation de **conditions particulières de majorité pour la nomination de l'organe de direction** ;
- en cas de pluralité de dirigeants (président, directeurs généraux), possibilité de répartition des tâches entre eux ;
- **délégation de pouvoirs** à des comités spéciaux ;
- **limitation ou non de la durée du mandat du président** et des autres dirigeants s'il en existe ;
- **modalités particulières de renouvellement du mandat du ou des dirigeants** ;
- **organisation d'une présidence** « tournante » ;
- **motifs et procédure de révocation** du ou des dirigeants ;
- fixation d'une **rémunération ou gratuité du mandat**, etc.

Sauf clause contraire des statuts, les dirigeants et notamment **le président** peuvent être des **personnes morales**. Dans ce cas, les dirigeants de la personne morale « sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent » (art. L. 227-7 du C. com.).

Rien n'interdit de prévoir dans les statuts que la cessation des fonctions de dirigeant de la SAS entraînera le **versement d'une indemnité de rupture**.

II. Pouvoirs des dirigeants

A. Président, une fonction impérative

Le président est investi des **pouvoirs les plus étendus** pour agir en toute circonstance au nom et pour le compte de la société dans la limite de l'objet social (art. L. 227-6 al. 1 du C. com.). Le président est unique, ce qui interdit de nommer des coprésidents. **La durée des fonctions est librement fixée dans les statuts**. Le président peut conclure avec la SAS **un contrat de travail** et le cumuler avec son mandat social.

Dans les **rapports avec les tiers**, la société est engagée **même par les actes du président qui ne relèvent 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** (art. L. 227-6 al. 2 du C. com.).

Dans les **rapports entre associés les statuts peuvent limiter** les pouvoirs du président et prévoir, par exemple, que certaines opérations déterminées sont subordonnées à l'autorisation préalable de tel associé ou groupe d'associés ou de tel organe de la société (dont il convient alors de fixer, également dans les statuts, le mode de nomination et les conditions de fonctionnement) ou encore que les engagements dépassant un certain montant doivent être soumis à une double signature.

Mais ces **limitations de pouvoirs sont inopposables aux tiers** (art. L. 227-6 al. 3 du C. com.).

Le président représente la société à l'égard des tiers (art. L. 227-6 al. 1 du C. com.).

Cette qualité de représentant légal de la SAS ne peut être retirée au président par les statuts.
Elle est un élément de sécurité juridique pour les tiers qui traitent avec la société.

Rien ne s'oppose néanmoins à ce que, sauf clause contraire des statuts, **le président puisse consentir à des tiers des délégations de pouvoirs et/ou de signature temporaires et limitées.**

B. Autres dirigeants

Les statuts **peuvent prévoir la désignation de dirigeants autres que le président** (cf. art. L. 227-5 du C. com.). En ce cas, ils doivent fixer les conditions de **nomination et de remplacement** de ces dirigeants, la durée et l'étendue de leurs fonctions, éventuellement les modalités de leur rémunération. Cependant, les pouvoirs de ces dirigeants ont un caractère purement interne, car **seul le président est habilité par la loi à représenter la société à l'égard des tiers** (art. L. 227-6 du C. com.). Ainsi les statuts peuvent prévoir la désignation d'un ou de plusieurs directeurs généraux.

III. Responsabilité des dirigeants

A. Responsabilité civile

Les **règles** fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des **sociétés anonymes** sont **applicables** au président et, s'il existe, aux autres dirigeants de la SAS (art. L. 227-8 du C. com.).

Ces derniers sont donc responsables civilement :

- des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires ;
- des violations des statuts ;
- des fautes commises dans leur gestion.

Le régime de l'action en responsabilité est le même que celui applicable aux administrateurs. En conséquence, **aucune clause statutaire et aucune décision des associés ne peuvent faire échec à cette action qui, par ailleurs, se prescrit par trois ans.**

Enfin, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre de la SAS, **le président et les autres dirigeants sociaux** peuvent être tenus de contribuer au paiement des dettes sociales et sont soumis éventuellement à certaines mesures d'interdiction et de déchéance (cf. art. L. 225-255 du C. com.).

B. Responsabilité pénale

Les sanctions pénales attachées à certaines fautes commises par les administrateurs dans les sociétés anonymes sont applicables aux dirigeants de SAS à l'exception de celles concernant le fonctionnement du conseil d'administration et la tenue des assemblées générales d'actionnaires.

Sont ainsi visés (art. L. 244-1 du C. com.) :

- **les infractions relatives à la constitution de la société ;**
- **l'abus des biens sociaux ;**
- **la distribution de dividendes fictifs ;**
- **l'abus de pouvoirs ou de voix ;**
- **le défaut d'établissement des comptes sociaux ;**
- **le défaut de consultation des actionnaires en cas de perte de plus de la moitié du capital ;**
- **les infractions relatives aux modifications du capital social ;**

- celles concernant le contrôle des comptes sociaux, notamment l'entrave à la mission des commissaires aux comptes ;
- celles pouvant être commises lors de la dissolution de la société.

Les **personnes punissables** sont le **président** et, s'il en existe, les **autres dirigeants de droit**, y compris les **dirigeants de fait** (art. L. 244-1 al. 2 ; art. L. 244-4 du C. com.).

REMARQUE

Comme toute personne morale, la SAS peut être pénalement responsable des infractions commises pour son compte par ses **organes ou représentants**.

Section 2. Contrôle de la direction

Le contrôle de la direction de la SA est effectué par les **associés** au cours de l'**assemblée générale ordinaire** appelée à statuer sur les comptes de l'exercice social écoulé.

Toutefois, les associés peuvent mettre en place, s'ils le jugent opportun, un **organe de surveillance** du ou des dirigeants sociaux dont ils doivent alors fixer, dans les statuts, la composition, la durée des fonctions, la mission et les pouvoirs. En outre, le contrôle de la gestion d'une SAS peut, à l'instar des usages en cours dans les joint-ventures, être soumis à des **audits extérieurs** réalisés à intervalles réguliers et dont la mise en œuvre peut être prévue dans des clauses d'audit ou des clauses d'information supplémentaire.

I. Conventions entre la SAS et ses dirigeants

A. Conventions réglementées

Les conventions conclues directement ou par **personne interposée** (époux, enfants, parents, concubin, pacsé...) entre la société et son **président** ou ses **autres dirigeants**, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 du C. com., doivent être soumises au **contrôle des associés de la SAS** (art. L. 227-10 al. 2 du C. com.).

Par exception, comme dans les sociétés anonymes, les conventions portant sur des opérations « **courantes et conclues à des conditions normales** » ne sont pas soumises à contrôle (art. L. 227-11 du C. com.). La procédure de contrôle est équivalente à celle des sociétés anonymes.

B. Conventions interdites

Il est interdit au président et aux autres dirigeants de la SAS (art. L. 225-43 du C. com. sur renvoi de l'article L. 227-12 du C. com.) :

- de **contracter** sous quelque forme que ce soit des **emprunts** auprès de la société ;
- de se faire consentir par elle un **découvert**, en compte **courant d'associé ou autrement** ;
- de faire **cautionner ou avaliser** par elle ses engagements envers des tiers.

La même interdiction s'applique à **toute personne interposée** (art. L. 225-43 al. 3 du C. com.).

Toutefois, cette interdiction n'est **pas applicable lorsque** le dirigeant est une **personne morale** (art. L. 225-43 al. 1 du C. com.), ce qui vraisemblablement sera souvent le cas dans une SAS.

Les **emprunts, découverts, avals ou garanties irrégulièrement contractés sont nuls** (art. L. 225-43 al. 1 du C. com.).

II. Commissaires aux comptes

Les SAS sont soumises au contrôle **d'un ou plusieurs commissaires aux comptes** désignés par une décision collective obligatoire des associés (art. L. 227-9 du C. com.) (titulaire et suppléant). Lors de la constitution de la société, les premiers commissaires aux comptes sont désignés dans les statuts.

Le nombre des commissaires aux comptes, les conditions de leur nomination, leurs attributions, leur rémunération et leur responsabilité **sont les mêmes que pour les commissaires aux comptes de sociétés anonymes** (art. L. 225-218 et s. sur renvoi de l'article L. 227-1 al. 2 du C. com.).

III. Expertise de gestion

Comme dans les sociétés anonymes, **un ou plusieurs associés représentant au moins 5 % du capital social, mais également le ministère public ou le comité d'entreprise, peuvent demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion** (art. L. 225-231 sur renvoi de l'article L. 227-1 al. 2 du C. com.).

Cette possibilité est ouverte également au **ministère public** et, s'il en existe, au **comité d'entreprise**.

IV. Information des salariés

Les **statuts doivent désigner** l'organe social (président ou autre dirigeant directeur général, par exemple) auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exerceront les droits prévus par l'article L. 432-6 du Code du travail à l'égard du conseil d'administration (art. L. 432-6 dernier al. C. trav.).

Section 3. Décisions collectives

I. Mode de consultation

Les décisions suivantes doivent **obligatoirement être prises collectivement** par les associés (art. L. 227-9 al. 2 du C. com.) :

- **augmentation, amortissement ou réduction du capital social ;**
- **fusion ou scission auxquelles il convient d'ajouter les apports partiels d'actif soumis au régime des scissions ;**
- **nomination des commissaires aux comptes ;**
- **approbation des comptes annuels et affectation des bénéfices ;**
- **dissolution ;**
- **transformation en une société d'une autre forme.**

Le fait pour un président ou un dirigeant de SAS de ne pas consulter les associés pour les cas ci-dessus exposés, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € (50 000 F) d'amende (art. L. 244-2 du C. com.)

Pour toutes les **autres décisions**, par exemple la nomination du président et des autres dirigeants sociaux, le transfert du siège social, le changement de dénomination, etc., une décision collective n'est pas imposée, celle-ci n'étant requise que si elle est prévue par les statuts (art. L. 227-9 al. 1 du C. com.). Les **statuts** peuvent donc prévoir qu'elles seront prises valablement par le **président** (sauf lorsqu'il s'agit de sa nomination ou de sa révocation) ou par le conseil de direction s'il en existe un ou par l'associé majoritaire ou de toute autre manière ; bien entendu, il peut aussi être convenu qu'elles relèveront de la compétence des associés.

Pour les décisions sur lesquelles les statuts ne se sont pas prononcés et qui ne relèvent pas de l'énumération de l'article L. 227-9 al. 2 du C. com., il convient de considérer que les associés s'en sont implicitement remis au **président**.

Dans les SAS, le président est le seul organe certain et permanent de la société.

II. Modalités de consultation

Les **statuts déterminent librement les conditions** et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives des associés : **consultation en assemblée ou par correspondance, voire par vidéoconférence ou par télécopie** (sauf à mettre en place les moyens de preuve des votes émis par ces procédés) **au moyen de supports électroniques, établissement d'un acte sous seing privé ou notarié signé par tous les associés**, etc. Les statuts peuvent aussi prévoir, par exemple, que certaines décisions devront obligatoirement être prises en assemblée, les autres faisant l'objet, au choix du président, d'une consultation par correspondance, d'une assemblée ou d'un acte sous seing privé ou notarié.

En fonction du ou des modes de consultation retenus, les statuts doivent préciser les conditions dans lesquelles s'exercera le droit de vote des associés, l'étendue des informations qui leur seront communiquées en vue de la décision à prendre, etc.

III. Validité des décisions

Les **statuts** déterminent à quelles conditions de **majorité** sont prises les décisions collectives, observation faite que ces conditions peuvent être différentes selon la nature ou l'importance des décisions à prendre (art. L. 227-9 al. 1 du C. com.).

Les statuts peuvent aussi attribuer à certains associés un **nombre de voix** différent de celui accordé aux autres. De même, des catégories différentes d'associés peuvent être créées, chacune d'elles donnant droit à un nombre de voix déterminé. Rien ne s'oppose non plus :

- à ce qu'un **droit de veto ou un droit d'ajournement** (renvoi à une délibération ultérieure) soit attribué à un ou plusieurs associés dans certains cas particuliers ;
- à ce que les droits de vote d'un associé pour une assemblée puissent être « totalisés » et tous utilisés sur une seule résolution.

Toutefois, certaines clauses statutaires (**l'inaliénabilité des actions, l'agrément en cas de cession d'actions, l'exclusion d'associés**) sont adoptées ou modifiables uniquement à **l'unanimité**.

Les comptes annuels doivent être soumis à l'approbation des associés **dans les six mois** de la clôture de l'exercice social.

CHAPITRE 3. LES ASSOCIÉS DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE

Section 1. Droits des associés

I. Participation à la vie sociale

Dans la SAS, ces droits sont déterminés en fonction des **dispositions statutaires** tant en ce qui concerne **l'information des associés que l'exercice du droit de vote**. Les associés de SAS peuvent demander en justice la **révocation ou la récusation des commissaires aux comptes** ; deux fois par an, ils **peuvent poser des questions au président sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (procédure d'alerte)** (art. L. 225-232 du C. com.) ; demander en justice la **désignation d'un expert** chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (art. L. 225-231 du C. com.).

II. Droits pécuniaires

Ces droits sont les **mêmes** que ceux des **actionnaires de sociétés anonymes**, qu'il s'agisse du droit aux **dividendes** (annuels ou exceptionnels), du **droit préférentiel de souscription** et du **droit au boni de liquidation**.

Section 2. Admission et retrait des associés

C'est dans ce domaine de l'admission et du retrait des associés que la **loi nouvelle est la plus novatrice**. En pratique, elle **valide certaines clauses** qui figuraient dans des pactes d'actionnaires ce qui offre l'avantage de les rendre opposables aux tiers.

I. Clause d'inaliénabilité

Les statuts de la SAS peuvent prévoir **l'interdiction pour les associés de céder leurs titres** pendant une **durée** déterminée à la seule condition que celle-ci **n'excède pas dix ans** (art. L. 227-13 du C. com.). Cette disposition a pour objectif de maintenir les associés dans la société.

II. Clause d'agrément

Il peut être inséré dans les statuts de la SAS une clause d'agrément en cas de cession d'actions, et ce **même entre associés** (art. L. 227-14 du C. com.). En ce cas, il appartient aux statuts de déterminer **l'organe compétent** pour statuer sur cet agrément. Cette disposition permet d'écarter de nouveaux associés indésirables.

III. Changement dans le contrôle d'un associé

Les associés peuvent convenir dans leurs statuts que tout **changement intervenant dans le contrôle d'une société associée** entraîne pour cette dernière **l'obligation d'en informer la SAS** (art. L. 227-17 al. 1 du C. com.).

Cette obligation appelle les remarques suivantes :

- Le contrôle s’apprécie au regard des dispositions de l’article L. 233-3 du C. com. Il peut donc être **direct ou indirect** et résulter d’une action de concert.
- Le changement de contrôle peut **résulter de n’importe quelle situation** : cession, apport, fusion, augmentation ou réduction du capital, mise en œuvre (ou perte) d’un droit de vote double, modification du contrôle du principal associé s’il s’agit d’une personne morale, cessation d’une action de concert, etc.
- La SAS **doit être informée dès que la modification du contrôle est intervenue**, donc **sans délai**. La SAS peut alors, dans les conditions fixées par les statuts, décider **de suspendre** l’exercice par la société actionnaire de **ses droits de vote** et d’exclure cette société (art. L. 227-17 al. 1 du C. com.).

IV. Fusion, scission, dissolution d’un associé

Les dispositions examinées ci-dessus à propos du changement de contrôle d’une société associée sont applicables également en cas de remplacement d’un associé par un autre à la suite d’une **fusion**, d’une **scission** ou d’une **dissolution** (art. L. 227-17 al. 2 du C. com.).

V. Clauses d’exclusion

Un associé peut être **tenu**, dans les conditions prévues aux statuts sur des motifs précis et objectifs, de **céder ses actions** et de **quitter la société** (art. L. 227-16 du C. com.).

La loi laisse aux associés une **grande liberté** pour **fixer** dans leurs **statuts** les **causes et les modalités de l’exclusion**. Rien ne s’oppose donc à ce que cette exclusion puisse être décidée par un groupe d’associés et qu’elle puisse être **prononcée même en l’absence de faute de l’intéressé**.

VI. Autres clauses

Indépendamment des clauses examinées ci-dessus et qui sont expressément prévues par la loi, les actionnaires d’une SAS peuvent insérer dans les statuts **toutes les clauses de leur choix** en vue d’organiser **l’admission** et le **retrait** des membres du groupement, sous réserve de ne pas porter atteinte à l’ordre public. Par exemple, clause de sortie conjointe, d’égalisation dans la participation au capital, de retrait.

Toute cession qui interviendrait en dehors de ces stipulations statutaires serait nulle (art. L. 227-15 du C. com.).

VII. Action de concert

Il existe une présomption d’action de concert **entre les actionnaires** d’une SAS à l’égard des sociétés que celle-ci contrôle (art. L. 233-10 du C. com.).

Section 3. La dissolution de la SAS

I. Les causes de dissolution communes à toutes les sociétés

Conformément à l’article **1844-7 du Code civil**, toutes ces causes sont applicables à la SAS, **sauf la réunion de toutes les actions dans une même main, car la SAS peut être constituée avec un seul associé**.

II. *Les causes de dissolution spéciales à la SAS*

A. Réduction du capital au-dessous du minimum légal

La réduction du capital social à un montant inférieur au minimum légal de **37 000 €** ne peut être décidée **que sous la condition expresse d'une augmentation du capital social destiné à atteindre ce minimum légal** (art. L. 224-2 al. 2 du C. com.).

B. Perte de la moitié du capital social

Dans ce cas, le président ou les autres dirigeants sont obligés dans les **quatre mois** qui suivent l'approbation des comptes annuels ayant fait apparaître cette perte de consulter les associés à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société. Si cette dissolution est écartée, la société doit, au plus tard à la clôture du **deuxième exercice social suivant** ce constat, reconstituer ses capitaux propres à concurrence de la moitié du capital social.

III. *Publicité de la dissolution*

La dissolution de la SAS est soumise aux règles de publicité habituelles (JAL, greffe du tribunal de commerce, RCS, BODACC à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social).

TITRE VII. LE RÉGIME DES VALEURS MOBILIÈRES

CHAPITRE I. RÈGLES GÉNÉRALES

Les valeurs mobilières sont des droits qui sont des **titres négociables, ils sont fongibles (interchangeables)**, émis par les **personnes morales publiques ou privées** et sont constituées par les **actions, les obligations, les parts de fondateur (désormais interdites), les bons de souscription, les certificats d'investissement** et les **titres participatifs**. Constituent également des valeurs mobilières, les **droits détachés** de ces titres lorsqu'ils sont eux-mêmes négociables ou susceptibles de l'être, ce qui est le cas, par exemple, des **droits de souscription** ou des **droits d'attribution**. Les **parts des fonds communs de placement immobiliers et des fonds communs de créances** sont aussi des valeurs mobilières (art. L. 211-2 al. 2 C. mon. et fin.).

Ce sont des **biens meubles, traités comme tels au regard des régimes matrimoniaux, des privilèges, des successions et des libéralités et de la possession** (art. 529 du C. civil), **incorporels, non consommables, des titres négociables**, c'est-à-dire susceptibles d'être transmis puisque leur cession ne résulte pas nécessairement d'un acte écrit soumis aux formalités de l'article 1690 du Code civil, mais seulement d'un **virement de compte à compte**. Ce sont des **titres fongibles**, c'est-à-dire **interchangeables**, cotés en Bourse ou susceptibles de l'être. Enfin, à l'égard de la société émettrice, les titres sont indivisibles.

☒ Associations agréées d'investisseurs

Les associations **ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers** peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, **agir en justice devant toute juridiction, même par voie de constitution de partie civile**, lorsque interviennent des faits portant un **préjudice** direct ou indirect à l'**intérêt collectif des investisseurs** ou de certaines catégories d'entre eux (art. L. 452-1 al. 1 C. mon. et fin.)

Ces dispositions sont la transposition aux associations d'investisseurs de celles relatives aux associations de consommateurs.

L'agrément résulte d'un avis du ministère public et de l'AMF. Seules peuvent y prétendre les associations pouvant justifier (décret n° 90-235 du 16 mars 1990) :

- de six mois d'existence ;
- d'au moins **200 membres cotisant individuellement et dont les dirigeants remplissent des conditions de compétence et d'honorabilité**
- et d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des investisseurs appréciée en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications, de la tenue de réunions d'information et de la participation à des travaux de réflexion ;
- les associations regroupant les actionnaires d'une société.

Sur le contenu du dossier de demande d'agrément, voir l'arrêté du 16 mars 1990.

Outre l'action en justice dont elles disposent, les associations agréées d'investisseurs peuvent solliciter du président du tribunal de grande instance le prononcé d'**injonctions pour mettre fin à une irrégularité** ou aux effets d'une pratique contraire aux règlements de nature à porter atteinte aux droits des épargnants (art. L. 452-1 al. 2 C. mon. et fin.).

La demande étant fondée sur le préjudice porté à l'intérêt collectif des investisseurs, les dommages-intérêts éventuels sont attribués à l'association et non à chacun des membres de celle-ci pris individuellement.

Mais, depuis la loi n° 94-679 du 8 août 1994, les associations agréées d'investisseurs peuvent aussi, comme les associations de consommateurs, assurer la **défense des intérêts individuels** d'investisseurs (même non adhérents à l'association) et agir en leur nom devant toute juridiction, au besoin en se constituant partie civile, pour obtenir réparation du préjudice qu'ils auraient subi (art. L. 452-2 et s. C. mon. et fin.).

Toutefois, cette intervention n'est possible qu'en faveur d'investisseurs **personnes physiques** et à condition que l'association ait reçu mandat d'agir d'**au moins deux** d'entre elles, clairement identifiées, ayant subi des préjudices individuels « qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune » (art. L. 452-2 al. 1 C. mon. et fin.).

Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque investisseur (art. L. 452-2 al. 2 C. mon. et fin.).

Section 1. Nouveau régime des valeurs mobilières

I. *Dématérialisation des valeurs mobilières*

L'article 94-II de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 (désormais art. L. 211-4 C. mon. fin.) a profondément modifié les règles relatives à la **représentation et à la circulation des valeurs mobilières**.

Avant cette réforme, le régime des valeurs mobilières **dépendait de la forme, nominative ou au porteur, des titres représentatifs de ces valeurs.**

Dans le premier cas (**titres nominatifs**), les droits du titulaire résultaient d'une inscription sur les registres de la société émettrice ; leur cession s'effectuait par un transfert sur ces registres.

Dans le second cas (**titres au porteur**), les droits du titulaire étaient incorporés dans le document (action ou obligation) établi par la société émettrice de telle sorte que le porteur du titre en était réputé propriétaire. Le titre au porteur était cessible par simple remise de la main à la main.

Désormais, toutes les valeurs mobilières, qu'elles soient nominatives ou au porteur, ne peuvent être représentées que par **une inscription dans un compte** ouvert au nom de leur propriétaire et **tenu soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier habilité par l'Autorité des marchés financiers**. Elles se transmettent par virement de compte à compte.

Le mot titre désigne une valeur scripturale sans individualité.

II. *Forme des valeurs mobilières*

Comme auparavant, les valeurs mobilières revêtent la forme de titres *au porteur* ou de titres *nominatifs* (art. L. 228-1 du C. com.).

Mais cette *distinction* est devenue *sans portée pratique* puisque, nous le verrons, les mentions à faire figurer dans les comptes sont les mêmes, quelle que soit la forme des valeurs mobilières, et celles-ci se transmettent de la même façon, par simple virement de compte à compte. En fait, la seule différence tient à la *détermination du teneur de compte* (société émettrice si les titres sont nominatifs, intermédiaire financier si les titres sont au porteur) et à la possibilité pour le propriétaire de titres au porteur de n'être pas connu de la société émettrice.

A. Titres au porteur

Le titre au porteur est un document délivré par la personne morale émettrice et dans lequel s'incorporent les droits du titulaire.

Seules les *valeurs* mobilières admises aux négociations sur un **marché réglementé** et les SICAV peuvent revêtir la forme de titres au porteur (art. L. 211-4 C. mon. et fin.) :

- les **titres (actions, obligations, certificats d'investissement, titres participatifs, bons autonomes) inscrits à la cote officielle ou au second marché** ;
- les **actions des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)** ;
- les **actions des sociétés inscrites sur le marché au hors-cote qui ouvrent droit à la détaxation du revenu investi en actions (actions « Monory » ou « PER »** ; cf. art. 163 octies du CGI).

B. Titres nominatifs

Toutes les valeurs mobilières ne rentrant pas dans l'une des catégories indiquées ci-dessus, **doivent obligatoirement revêtir la forme de titres nominatifs.**

Tel est le cas pour tous les titres émis par les *sociétés non cotées*, ainsi que pour toutes celles qui sont cotées sur un marché non réglementé, par exemple le marché libre de la Bourse de Paris.

Indépendamment de cette importante mesure de caractère général, il existe quelques **dispositions légales particulières** – dont la portée pratique se trouve désormais limitée aux sociétés cotées ou assimilées – qui **imposent la forme nominative** pour certaines actions. Il en est ainsi notamment :

- pour les actions de numéraire jusqu'à leur entière libération (art. L. 228-9 du C. com.) ;
- pour les actions à remettre en contrepartie d'obligations échangeables (art. L. 225-173 al. 1 du C. com.) ;
- pour les actions achetées par la société en vue de la régularisation des cours ou en vue de leur attribution aux salariés de l'entreprise (art. L. 225-210 al. 1 du C. com.) ;
- pour les actions souscrites ou achetées par les salariés jusqu'à l'expiration d'un délai de cinq ans ;
- pour les actions des sociétés de presse (art. 4 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986) ;
- pour les valeurs mobilières appartenant à une association reconnue d'utilité publique ou à une fondation d'entreprise (art. 19-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987).

Les statuts de la société peuvent aussi imposer la forme nominative (art. 2, al. 2 du décret du 4 août 1949).

Mais, même s'il s'agit de sociétés dont les titres sont cotés, ils ne peuvent pas imposer la forme au porteur.

III. Inscription en compte des valeurs mobilières

Mais le régime des titres au porteur et des titres nominatifs tend à être unifié, dans leurs modalités de gestion et de conservation. En effet, l'article 94-II de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 a prévu l'inscription des titres dans un compte ouvert au nom de leur propriétaire et tenu, soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire habilité. La loi n° 83-I du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne ainsi que les décrets d'application du 2 mai 1983 en précisent les conditions d'application.

Ces dispositions tendent à généraliser la **dématérialisation des valeurs mobilières et à remplacer les titres-papiers par des inscriptions en compte, en vue de réduire les manipulations sur titres** (détachement des coupons, par exemple).

Sauf exceptions, **toutes les valeurs mobilières**, qu'elles soient **cotées ou non**, émises en territoire français et soumises à la législation française, **doivent être inscrites en compte**, quel que soit leur émetteur (public ou privé) et quelle que soit leur forme (**nominative ou au porteur**) (art. L. 211-4 al. 1 C. mon. et fin.).

IV. Obligation d'inscription en compte

Depuis le 3 novembre 1984, **toutes les valeurs mobilières** (actions, obligations, certificats d'investissement, titres participatifs et parts de fondateur éventuellement) émises en France et soumises à la loi française, quelle que soit leur forme (nominative ou au porteur) **ne pourront être matérialisées que par une inscription en compte**, quel que soit leur émetteur (public ou privé) et quelle que soit leur forme (nominative ou au porteur) (art. L. 211-4 al. 1 C. mon. et fin.).

L'**inscription en compte est faite** par le teneur de compte conservateur pour les **titres nominatifs** et par un **intermédiaire financier habilité** par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ou l'AMF **pour les titres au porteur**, afin de préserver l'anonymat de leurs détenteurs.

V. *Obligations des sociétés émettrices*

Les sociétés émettrices ont dû, depuis le 3 novembre 1984, ouvrir un compte à tous les propriétaires de titres nominatifs inscrits sur leurs registres et arrêter ces registres (art. 10, al. 1 du décret n° 83-359 du 3 mai 1983).

Cette inscription en compte, effectuée d'office par l'émetteur, ne préjuge pas du mode de gestion des titres choisi ou à choisir par les titulaires.

Ces derniers peuvent charger un intermédiaire financier habilité de gérer leur compte ouvert chez la société émettrice.

VI. *Obligations des teneurs de compte-conservateur*

Les **obligations** des teneurs de compte-conservateur habilités **varient** selon que les titres qu'ils avaient en dépôt étaient au **porteur** ou **nominatifs**.

En cas de titres au porteur, ils ont dû, le 3 novembre 1984, les inscrire en compte sans qu'il leur fût nécessaire d'obtenir l'accord préalable des propriétaires de ces titres (art. 12, al. 1 du décret n° 83-359).

S'ils étaient dépositaires de certificats nominatifs, ils ont dû inscrire les titres en « compte d'administration » et ont dû, dans un délai de trois ans et demi expirant le 3 novembre 1988, faire parvenir aux sociétés émettrices, à titre de justification, les certificats nominatifs qu'ils détiennent (art. 10, al. 3 du décret n° 83-359).

VII. *Obligation des détenteurs de titres au porteur*

Les propriétaires de titres au porteur qui les détiennent matériellement ont dû **les présenter à un intermédiaire habilité de leur choix aux fins d'inscription en compte** au plus tard le 3 mai 1984. Les sanctions du défaut d'inscription en compte sont très sévères. À partir du 3 novembre 1984, tous les droits attachés aux titres ont été supprimés. À compter du 3 mai 1988, les droits correspondant aux titres non encore inscrits ont été mis en vente. Les dirigeants des sociétés non cotées qui n'auront pas fait diligence pour assurer le respect des nouvelles dispositions seront présumés propriétaires des titres non présentés à l'inscription ou non vendus.

VIII. *Tenue des comptes de titres*

Les organismes autorisés à tenir les comptes de titres sont différents selon qu'il s'agit de titres nominatifs ou au porteur.

Titres nominatifs : ces comptes doivent être tenus par la société émettrice (art. L. 211-4 al. 2 du C. mon. et fin.). Cependant, la société émettrice a la faculté de désigner un mandataire dont elle doit alors publier la dénomination et l'adresse au BALO.

Titres au porteur : ces comptes ne peuvent être tenus que par des teneurs de compte-conservateur (établissement de crédit ou entreprises d'investissement) habilités par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ou l'AMF (art. L. 532-1 C. mon. et fin.).

IX. Régime « normal » de tenue des comptes

Les règles proposées pour la tenue des comptes de titres sont, dans ce régime, largement inspirées de celles autrefois applicables aux **valeurs mobilières admises en SICOVAM**.

Le cahier des charges des émetteurs préconise, en effet, *pour chaque valeur mobilière, la tenue d'une comptabilité en partie double comportant :*

- **un compte « Émission »** représentant **la totalité des titres émis par la société sur cette valeur** ;
- **des comptes « Nominatifs purs »** correspondant aux comptes de titulaires qui gèrent eux-mêmes leurs titres ;
- **des comptes « Nominatifs administrés »** pour les titulaires dont l'administration des titres a été **confiée à un intermédiaire financier** ;
- **des « comptes de suspens »** reprenant les titres en cours d'opération : compte « Transit négociation » pour les titres en cours de cession directe ou de négociation par l'intermédiaire d'un agent de change ; compte « Titres à répartir » en cas d'augmentation de capital ; compte « Titres non affectés » enregistrant les titres non réclamés par leurs ayants droit, notamment ceux correspondant aux rompus.

Il recommande aussi d'indiquer dans les comptes ouverts aux titulaires les mentions suivantes :

- les éléments d'**identification des titulaires** (nom, prénoms, adresse s'il s'agit de personnes physiques ; dénomination, forme, siège social s'il s'agit de personnes morales) ;
- les **restrictions** éventuelles à leur **capacité** (mineurs, majeurs protégés) ;
- la **nature juridique de leurs droits** (indivision, nue-propriété, etc.) ;
- leur **numéro d'identification** affecté par l'émetteur ;
- la **nature des comptes de titres** (« nominatif pur » ou « nominatif administré ») ;
- les **restrictions** dont ces **titres** peuvent être frappés (nantissement par exemple).

X. Régime « simplifié » de tenue des comptes

Dans ce régime, réservé en principe aux sociétés dont le nombre des comptes d'actionnaires n'est pas supérieur à 100, il n'est *pas* tenu de **comptabilité en partie double**.

Le cahier des charges du 29 février 1984 propose l'utilisation de deux sortes de documents :

- des comptes d'inscription,
 - un registre des mouvements,
- auxquels il convient d'ajouter les ordres de mouvement.

Les **comptes** ouverts par la société émettrice au nom de chaque actionnaire peuvent être représentés par des **fiches individuelles**. Pour faciliter le passage du régime « simplifié » au régime « normal », il nous paraît opportun de faire figurer sur ces fiches les mêmes mentions que celles prévues pour le régime « normal ».

A. Le registre des mouvements

Il sert à constater, **par ordre chronologique**, les changements dans la propriété des titres (cessions ou mutations par suite de décès notamment) et, éventuellement, les actes de **nantissement** des titres. Il doit comporter les *indications suivantes* :

- la date de l'opération ;
- le nom ou la dénomination sociale du titulaire et son numéro d'identification ;
- la quantité de titres faisant mouvement ;
- la nature du mouvement (cession, mutation par décès, etc.) ;
- le nom ou la dénomination sociale du bénéficiaire.

Le cahier des charges ne recommande de porter sur le registre *que les opérations entraînant un changement dans la propriété des titres et les nantissements*. Les autres opérations, par exemple les souscriptions ou attributions de nouveaux titres à la suite d'une augmentation de capital n'ont donc pas à y figurer et peuvent être constatées directement dans les comptes ou sur les fiches individuelles des actionnaires.

Selon le cahier des charges, le registre des mouvements doit être *paraphé* sans que soit d'ailleurs précisée l'autorité compétente pour apposer un tel paraphe. Les sociétés peuvent, nous semble-t-il, s'adresser pour cela au greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel elles ont leur siège social (dans le même sens, lettre de la direction du Trésor au président de l'ANSA du 17 décembre 1984).

B. Les opérations inscrites sur le registre des mouvements

Elles sont *portées dans les comptes des titulaires* avec les indications suivantes :

- **date de l'opération ;**
- **ancien solde ;**
- **quantité de titres ayant fait mouvement ;**
- **nouveau solde ;**
- **nature du mouvement.**

Le règlement simplifié permet de ne **mettre à jour les comptes des titulaires** qu'au moins **une fois par semestre**. À notre avis, l'utilisation de cette faculté est à déconseiller car elle nuit à la fiabilité du système, tout retard pouvant être la cause d'oublis ou d'erreurs. C'est pourquoi nous conseillons de mettre à jour les comptes des titulaires *aussitôt après les inscriptions sur le registre*.

Les *virements* de titres ne doivent, à notre avis, être constatés sur le registre des mouvements et portés en compte que *sur instructions écrites* données par le titulaire du compte à débiter ou son représentant *dans un document normalisé* établi par la société émettrice.

Section 2. Opérations sur valeurs mobilières

I. Cession des valeurs mobilières

Toutes les valeurs mobilières, qu'elles **soient nominatives ou « au porteur »**, se transmettent désormais de la même manière, **par simple virement de compte à compte** (art. L 228-1, al 9 C. com. 2 mai 1983) le transfert de propriété résulte de leur inscription au compte de l'acheteur, soit la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice.

Toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant au moins sur 0,5 % du capital ou des droits de vote doit être transmise à l'AMF qui en assure la publicité.

Cession sur un marché réglementé : Elle sera soumise aux règles fixées avec l'accord du AMF par l'entreprise de marché qui assure le fonctionnement du marché.

Le transfert de propriété en Bourse de valeurs mobilières intervient au moment de l'inscription des titres au compte de l'acheteur à la date et dans les conditions définies par les règles de place (art. L. 431-2 al. 1 C. mon. et fin.).

Cession hors marché réglementé : Elle s'effectue selon les règles de fonctionnement de ce système et le transfert de propriété de ces instruments financiers **n'intervient qu'après la conclusion définitive de l'opération** (art. L. 431-2 al. 4 C. mon. et fin.)

Le client ne devient propriétaire des titres cédés que s'il en a payé le prix.

II. *Nantissement des valeurs mobilières*

A. **Constatation du nantissement**

Depuis la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, le nantissement (encore appelé « gage ») des valeurs mobilières est soumis au régime applicable à tous les instruments financiers.

Désormais, le **nantissement porte** non plus sur des valeurs mobilières mais **sur un compte spécial et tout ce que celui-ci contient** : ce peut être une certaine catégorie de valeurs mobilières (par exemple, les actions d'une société déterminée ou un portefeuille de valeurs mobilières ou même un ensemble d'instruments financiers de nature diverse dès lors qu'ils sont inscrits en compte et se transmettent par virement de compte à compte. Ce compte spécial est essentiellement mouvant puisque, nous le verrons :

- **d'une part, tous les instruments financiers qui viennent en remplacement ou en complément de ceux figurant initialement dans le compte, de même que tous les fruits et produits de ces instruments financiers, sont compris dans l'assiette du gage ;**
- **d'autre part, le titulaire du compte nanti peut, avec l'accord du créancier gagiste, procéder à des arbitrages et modifier ainsi la composition de ce compte.**

Les règles relatives au nantissement des instruments financiers inscrits en compte -et, par conséquent, des valeurs mobilières- sont fixées par l'article L. 431-4 du C. mon. et fin. Elles sont identiques, quelle que soit la **nature, civile ou commerciale, de la créance garantie.**

L'article L. 431-4 C. mon. et fin. ne fait pas de distinction selon que le gage est civil ou commercial. Même plus, la réalisation du gage obéit désormais à des règles unifiées pour le gage civil comme pour le gage commercial.

Elles s'appliquent à **tous les titres, français ou étrangers**, inscrits dans des comptes tenus par des établissements situés en France.

Le nantissement des valeurs mobilières est réalisé de la manière suivante :

- Virement des titres sur un **compte spécial** ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire habilité, un dépositaire central ou, le cas échéant, la société émettrice.
- Le compte spécial peut être remplacé par tout **procédé informatique** permettant d'identifier les instruments financiers, et éventuellement les sommes mises en gage (art. 29 al. 3 de la loi n° 83-1).
- Établissement d'une **déclaration** signée par le titulaire du compte et comportant les énonciations suivantes : la dénomination « déclaration de gage de compte d'instrument financier », le montant de la créance garantie, les éléments d'identification du compte gagé, la nature et le nombre des instruments financiers inscrits initialement dans le compte gagé, etc. Cette déclaration suffit pour réaliser le nantissement **entre les parties** et pour le rendre opposable aux émetteurs des titres placés dans le compte gagé et aux **tiers** (art. L 431-4,1 C. mon. et fin.).
- Délivrance d'une **attestation de nantissement** de compte. Cette attestation – qui peut être obtenue à tout moment par le créancier gagiste auprès du teneur de compte – doit comporter l'inventaire des instruments financiers et des sommes en toute monnaie inscrits dans le compte gagé à la date de sa délivrance (art. L 431-4,1 C. mon. et fin.).

REMARQUES

- Depuis le 1^{er} janvier 1993, il est possible de constituer, à titre conservatoire, un **nantissement judiciaire** sur des actions et autres valeurs mobilières.
- Lorsque le nantissement de valeurs mobilières est constitué en garantie d'un cautionnement ou d'un emprunt contracté par un époux commun en biens et que ces valeurs mobilières sont des **biens de communauté**, la garantie n'est efficace que si le conjoint a donné son consentement exprès au cautionnement ou à l'emprunt (cf. art. 1415 C. civ. ; Cass. civ. 11 avril 1995, Bull. I n° 165).

B. Conséquences du nantissement

Tous les titres ou autres instruments financiers figurant dans le compte gagé, ceux qui leur sont substitués ou les complètent, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie (dividendes, actions gratuites, etc.) sont compris dans l'assiette du gage (art. L. 431-4, I C. mon. et fin.).

Pendant toute la durée du gage, le créancier gagiste bénéficie d'un **droit de rétention** sur les **instruments financiers** et les **sommes figurant dans le compte gagé** (art. L. 431-4, III C. mon. et fin.). Il peut donc s'opposer à ce que le teneur de compte vire les titres du compte gagé vers un autre compte aussi longtemps qu'il n'aura pas été remboursé.

Toutefois, **l'indisponibilité des titres nantis ne signifie pas incessibilité** mais, comme en cas de saisie, la cession de ces titres est inopposable au créancier qui pourra faire valoir son gage à l'égard de l'acquéreur même si ce dernier est de bonne foi (l'article 2279 du Code civil ne s'applique pas aux meubles incorporels).

Par ailleurs, importante nouveauté, le créancier gagiste peut, **par convention avec le titulaire du compte gagé**, définir **les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des valeurs mobilières** et autres instruments financiers ainsi que des sommes figurant dans ce compte (art. L. 431-4, III C. mon. et fin.).

La **mainlevée** du nantissement doit faire l'objet **d'un avis écrit donné par le créancier bénéficiaire** au teneur du compte gagé (intermédiaire habilité, dépositaire central ou société émettrice).

C. Réalisation du gage

À défaut de paiement de sa créance, le créancier **ne peut pas s'approprier les titres remis en gage ni en disposer** (art. 2078 al. 2 du Code civil ; art. 521-3 al. 4 du Code de commerce), mais il peut faire procéder à la réalisation du gage.

- Si le **nantissement est civil**, il doit faire **ordonner en justice** que les titres lui demeureront en paiement jusqu'à concurrence de sa créance, d'après une estimation faite par des experts, ou qu'ils seront vendus aux enchères (art. 2078 al. 1 du Code civil).
- Si le **nantissement est commercial**, le créancier peut, huit jours après une simple signification au débiteur et, éventuellement, au teneur du compte des titres, faire procéder à la vente publique de ces titres (art. 521-3 al. 1 du Code de commerce). Mais il peut aussi demander en justice l'attribution des titres conformément à l'article 2078 du Code civil (cf. Com. 31 mai 1960, JCP 1960-II. 11676 note Mectoux ; Com. 12 février 1979, D 1979.354 note Derrida).

III. Saisie des valeurs mobilières

La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et son décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992 ont apporté d'importantes modifications aux procédures civiles d'exécution.

Comme auparavant, le créancier peut saisir les valeurs mobilières que détient son débiteur sous réserve qu'il détienne un titre exécutoire qui constate une créance liquide et exigible et les faire vendre (art. 59 de la loi n° 91-650 ; art. 178 et s. du décret n° 92-755).

En principe, la vente sera faite sous forme *d'adjudications publiques soit volontaires soit forcées* selon les modalités fixées par les articles 189 et s. du décret n° 92-755. Toutefois, elle pourra aussi être réalisée **amiablement par le débiteur** lui-même à condition qu'elle intervienne dans le délai d'**un mois** à compter de la **notification de l'acte de saisie et que le prix convenu** (approuvé par le créancier saisissant) soit consigné entre les mains de l'huissier de justice du créancier (cf. art. 107 et s. du décret n° 92-755) ou, s'il s'agit de valeurs mobilières admises à la cote officielle ou à celle du second marché, qu'il reste indisponible entre les mains de l'intermédiaire habilité pour être affecté spécialement au paiement du créancier (art. 187 du décret n° 92-755).

IV. Adjudication des valeurs mobilières

Les adjudications **publiques, volontaires ou forcées**, de valeurs mobilières négociables ne peuvent être faites (art. L. 432-5, C. mon. et fin.) que :

- par un **prestataire de services d'investissement** membre du marché concerné si ces valeurs sont négociées sur un marché réglementé ;
- par un **prestataire de services d'investissement** ou par un **notaire** dans le cas contraire.

V. Paiement des produits des valeurs mobilières

Les produits des valeurs mobilières (dividendes pour les actions et les certificats d'investissement ; intérêts, lots et primes de remboursement pour les obligations et les titres participatifs) sont payés par la société émettrice directement aux titulaires des comptes tenus par elle en **nominatifs purs**.

S'il s'agit de titres **nominatifs administrés** ou de titres **au porteur**, la société émettrice règle globalement pour compte de tiers les intermédiaires habilités enregistrés chez elle à charge pour eux de répartir la somme globale ainsi reçue entre les titulaires des comptes qu'ils administrent.

Lorsqu'ils dépassent la somme de 150 € (1 000 F) par titulaire et par échéance, les produits des titres nominatifs doivent être obligatoirement payés par **chèque ou virement** (art. 1^{er} al. 4 de la loi du 22 octobre 1940).

Section 3. Placement des valeurs mobilières

Il s'agit du **placement** des valeurs mobilières **dans le public par les sociétés**. Cependant, en pratique, le succès du placement suppose des opérations que les banques sont le mieux à même d'assurer. **L'intervention des banques** peut se réaliser sous deux formes, soit **faciliter le placement**, soit **souscrire l'intégralité des titres**, en vue de les écouler ultérieurement dans le public.

C'est l'**Autorité des marchés financiers** qui, en vertu de son pouvoir réglementaire, fixe dans son règlement général les principes généraux d'organisation et de fonctionnement des marchés réglementés.

I. Procédés de placement

A. Interdiction du colportage

Il est **interdit de procéder au colportage** des valeurs mobilières, c'est-à-dire de se rendre « au domicile ou à la résidence des personnes ou sur les lieux de travail ou dans les lieux publics » pour offrir ou acquérir des valeurs mobilières avec **livraison immédiate des titres et paiement immédiat total ou partiel sous quelque forme que ce soit** (art. L. 342-1, al. 1 C. mon. et fin.).

B. Réglementation du démarchage

Le **démarchage n'est pas interdit mais il est réglementé** (art. L. 342-1 et s. du C. mon. et fin.). Seules certaines personnes remplissant des conditions déterminées sont autorisées à y procéder en suivant des modalités prescrites.

Le démarchage bancaire ou financier, consiste en toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou morale déterminée, en vue d'obtenir de celle-ci un accord sur la réalisation d'une opération sur instruments financiers.

Le démarchage bancaire ou financier, c'est également le fait de **se rendre habituellement au domicile ou à la résidence** des personnes ou sur leur lieu de travail ou dans les lieux publics, **en vue**, non pas de proposer une opération sur titres réalisable immédiatement mais **de « conseiller la souscription**, l'achat, l'échange ou la vente de valeurs mobilières ou une participation à des opérations sur ces valeurs » (art. L. 342-2 al. 2 et 3 C. mon. et fin.).

C'est aussi le fait de faire des offres de service ou de donner des conseils en investissement, dans le même but de façon habituelle, **par l'envoi de lettres ou de circulaires ou par communications téléphoniques**, au domicile ou à la résidence des personnes ou sur leur lieu de travail.

Toutes les autres formes d'actions de démarchage sont interdites.

Les infractions à l'interdiction du colportage et à la réglementation du démarchage sont sanctionnées par un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 € (2 500 000 F), sans préjudice de certaines peines complémentaires (art. L. 313-1 et s. C. pén.) et d'un emprisonnement de six mois et une amende de 7500 € pour les infractions relatives entre le démarcheur et la personne démarchée.

Lorsque la société **ne parvient pas à découvrir par elle-même les actionnaires dont elle a besoin**, elle est parfois conduite à procéder à une **mise en Bourse de ses actions**.

Section 4. Règles particulières aux titres cotés ou assimilés

Les titres qui sont cotés en Bourse sont soumis à des règles particulières parce que le **législateur est imprégné du souci constant de protéger les épargnants**. La société est en effet lointaine et le public risque d'être induit en erreur. C'est pourquoi des mesures spéciales sont édictées afin d'éviter que la confiance des épargnants soit abusée.

I. Cession de valeurs cotées à laquelle participe une personne morale

En principe, l'intervention d'un **prestataire de services d'investissement** ou **un membre du marché réglementé** si l'opération se déroule sur ce marché est imposée pour toute cession directe ou indirecte à titre onéreux entre deux personnes morales ou entre une personne morale et une personne

physique, portant sur la pleine propriété de valeurs mobilières admises sur un marché réglementé dans le mois précédant la date de l'opération.

Cependant, cette obligation de recourir à un prestataire de services d'investissement est parfois écartée (**cession entre deux personnes physiques, cessions entre sociétés d'assurances** appartenant au même groupe, cessions entre deux sociétés contrôlées, etc.).

II. Pactes d'actionnaires

Toute clause d'une convention conclue entre des actionnaires d'une société dont les titres sont admis aux négociations sur le marché réglementé français et qui comporte des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions doit être transmise dans le délai de cinq jours de Bourse à compter de la signature de ladite convention ou de sa modification à la société et à l'AMF (art. L. 233-11 du C. com.) à défaut de transmission les effets de cette clause sont suspendus et les parties déliées de leurs engagements en période d'offre publique.

Sont donc visés notamment les **pactes de préférence ou de préemption, les promesses ou options de vente** ou d'**achat** mais seulement si ces conventions interviennent entre actionnaires de la société concernée et portent au moins sur 0,5 % du capital social ou des droits de vote de la société concernée.

Les pactes d'actionnaires révèlent une **action de concert** lorsqu'ils sont conclus en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue de l'exercice des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société.

III. Associations d'actionnaires

Depuis la loi n° 94-679 du 8 août 1994, les petits porteurs d'actions d'une société dont les actions sont cotées sur un marché réglementé peuvent se regrouper au sein d'une association destinée à représenter leurs intérêts dans la société (art. L. 225-120 du C. com.).

La **forme** de ces associations n'est pas précisée par la loi mais on a tout lieu de penser que la plupart d'entre elles seront **des associations déclarées** régies par la loi du 1^{er} juillet 1901.

Ces associations sont habilitées à **exercer les mêmes droits que les actionnaires minoritaires** qui disposent d'une fraction déterminée (5 % pour certains, 10 % pour d'autres) du capital social. Elles doivent regrouper des actionnaires justifiant d'une **inscription nominative depuis au moins deux ans** et détenant ensemble au moins **5 % des droits de vote**. (art. L. 225-120 al. 1 du C. com.). Ces associations peuvent agir en justice (récuser un CAC, nomination d'un expert, intenter l'action sociale, défense des intérêts des actionnaires), demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée, poser par écrit des questions aux dirigeants.

IV. Contrôle par l'AMF des opérations sur titres effectuées par les dirigeants de sociétés

Avant d'observer le contrôle que va pouvoir exercer l'AMF, apprenons à mieux connaître cet organe important puisqu'il est en fait le « gendarme de la Bourse ».

A. Origine

L'AMF a été créée par la loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003 ; elle est issue de la fusion de la **Commission des opérations de Bourse**, du **Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière**, elle a son siège au numéro 17 de la place de la Bourse (75082) Paris Cedex 02.

B. Nature

C'est un **organisme public indépendant**, qui est doté de la **personnalité morale** et qui dispose d'une autonomie financière.

C'est un organe à la fois de **contrôle** qui va garantir la régularité des opérations financières qui affectent les grandes sociétés. Par ailleurs il est chargé de veiller à l'application des règles destinées à informer le public et enfin d'assurer la protection de l'épargne, mais c'est aussi un organe **administratif** à vocation économique capable de conseiller les pouvoirs publics, de surveiller les autres organes qui concourent au bon fonctionnement des marchés financiers placés sous son contrôle.

L'AMF ayant un **devoir général de surveillance** est dépositaire de pouvoirs d'investigation, de mesures conservatoires, de sanctions, de saisine des tribunaux et même des pouvoirs réglementaires.

L'AMF a la personnalité morale et par voie de conséquence a un patrimoine propre et dispose d'une autonomie financière.

C. Composition et fonctionnement

L'AMF est composée d'un collège de **seize membres plus un président** (nommé par décret du président de la République) pour un mandat de cinq ans non renouvelable. Ces seize membres sont :

- un conseiller d'État ;
- un conseiller à la Cour de cassation ;
- un conseiller maître à la Cour des comptes ;
- un représentant de la Banque de France ;
- un membre du Conseil économique et social ;
- un membre du Conseil national de la comptabilité ;
- un représentant du Sénat ;
- un représentant de l'Assemblée nationale ;
- un représentant du ministère des Finances ;
- six personnalités qualifiées, nommées par les présidents du Sénat, de l'Assemblée nationale, du Conseil économique et social ;
- un contrôleur interne.

Le mandat des membres de l'AMF est de quatre années, renouvelable une seule fois. Toutes les missions sont confiées au « collège » composé de son président et de ses seize membres.

Il comprend également une commission des sanctions de 12 membres, et des commissions spécialisées et consultatives.

D. Indépendance des membres de l'AMF

Lors de leur entrée en fonction, chaque membre doit déclarer les intérêts qu'il détient et au cours de son mandat ceux qu'il va détenir ainsi que tous les mandats détenus ou appelés à être détenus au sein d'une personne morale.

De plus, il ne peut délibérer à chaque fois qu'il a un intérêt quelconque dans une société faisant l'objet d'une action de l'AMF.

E. Organisation administrative

Elle a été mise en place par le décret n° 68-23 du 3 janvier 1968, qui établit le statut du personnel.

Elle se trouve organisée autour de sept directions : des prestataires de la gestion et de l'épargne, des émetteurs, de la régulation et des affaires internationales, des enquêtes et de la surveillance des marchés juridiques, affaires comptables, de la gestion interne et des ressources humaines, relations internationales, relations publiques et d'un centre d'information et de documentation du public.

F. Autonomie financière

Elle dispose d'une autonomie financière, elle **fixe elle-même son budget** grâce aux redevances que la loi lui autorise de percevoir (délivrance de son visa obligatoire, redevance annuelle).

G. Activité internationale

Elle participe aux travaux de l'organisation internationale des commissions de valeurs, organisme international qui réunit en son sein les autorités publiques de contrôle des marchés de valeurs mobilières.

H. Rapport annuel

Chaque année elle établit un rapport au **président de la République et au Parlement** (Assemblée nationale et Sénat), qui est publié au Journal officiel de la République française.

I. Missions

Elle est chargée de veiller :

- à la protection de l'épargne ;
- à l'information des investisseurs ;
- au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers.

Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés tant au niveau européen qu'international.

Ses missions sont ciblées sur les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne.

J. Pouvoirs de l'AMF

Elle peut diligenter des **contrôles** et des **enquêtes**, et dispose à cet effet d'enquêteurs qui vont pouvoir se faire communiquer tout document, quel que soit le support, ces enquêteurs sont habilités par le secrétaire général de l'AMF. Elle peut entendre ou convoquer toute personne susceptible de fournir toute information.

Elle a la possibilité d'organiser dans certains cas des **visites en tous lieux et à procéder à des saisies** de documents.

Les contrôles et les enquêtes conduisent automatiquement à **l'élaboration de rapports écrits** qui doivent être transmis **au Collège de l'autorité des marchés financiers**, qui seul peut décider l'ouverture d'une procédure de sanctions. Mais, si ledit rapport identifie des délits, le rapport est transmis au procureur de la République, et si ce sont des délits boursiers (manipulation des cours, délit d'initié, fausse information) au procureur de Paris.

L'autorisation du juge (président du tribunal de grande instance) pour opérer ces visites ou saisies ne peut être donnée que si la demande est motivée par la recherche des délits suivants :

- délit d'initié ;
- délit de diffusion de fausses informations ;
- délit de communication abusive d'informations privilégiées ;
- délit de manipulation des cours.
- mise fin à une irrégularité constatée sur un marché.

Elle peut aussi mettre en place des **mesures conservatoires**, en demandant au président du Tribunal de grande instance de prononcer la mise sous séquestre, l'interdiction temporaire de l'activité professionnelle, ordonner la consignation d'une somme d'argent, dont elle fixe le montant.

Elle peut **ordonner des injonctions** afin qu'il soit mis fin aux pratiques contraires à ses règlements, lorsqu'elles faussent le fonctionnement régulier du marché, preuve des avantages injustifiés, portent atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs, font bénéficier les émetteurs et les investisseurs des agissements d'intermédiaires, contraires à leurs obligations professionnelles.

Dans tous ces cas, l'AMF peut prononcer des **sanctions pécuniaires** dont le montant est en relation directe avec la gravité des manquements commis et en tenant compte des avantages ou des profits tirés de ces manquements. Le montant maximum est de 1 500 000 euros.

L'AMF est investie d'un véritable **pouvoir réglementaire** puisque pour l'exécution de sa mission elle a la faculté de :

- prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ;
- prescrire des règles de pratique professionnelle qui vont s'imposer à toutes les personnes faisant appel public à l'épargne.

Ce pouvoir réglementaire de l'AMF est très important du fait qu'elle dispose de moyens de sanctions afin de faire respecter ses règlements.

K. Recours contre les décisions de l'AMF (art. L. 621-30 C. mon. et fin.)

En fonction de la nature de la décision attaquée le recours est porté soit :

- devant le **juge administratif** pour le contentieux de la légalité des règlements de l'AMF ou celui concernant la délivrance ou le retrait des agréments donnés aux OPCVM, aux sociétés de gestion de portefeuille ou aux SCPI ;
- devant le **juge judiciaire** (CA de Paris) pour tous les autres recours contre les décisions de l'AMF, le délai de recours est de 10 jours à compter de la notification ou de la publication au journal officiel de la République française (recours en annulation de la décision de l'AMF).

Les personnes sanctionnées en application des articles L. 621-24 à L. 621-27 C. mon. et fin. peuvent former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État.

Les personnes ayant un accès privilégié à des informations sur la vie d'une société ou de sociétés, ayant avec celle-ci certains liens de filiation doivent mettre au nominatif ou déposer les actions qui leur appartiennent dans ces sociétés. Ces mesures doivent permettre à l'AMF de détecter les transactions effectuées par ces personnes et d'en contrôler la régularité.

V. Personnes soumises au contrôle

Les obligations prévues par l'article L. 225-109 du C. com. s'appliquent aux personnes suivantes couramment appelées « initiés » :

- **le président, les administrateurs, les directeurs généraux et directeurs généraux délégués dans les sociétés anonymes de type classique ;**
- **les membres du directoire ou du conseil de surveillance dans les sociétés anonymes de type nouveau ;**
- **les gérants et les membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions ;**
- **les conjoints non séparés de corps des personnes susvisées.**

Le contrôle s'impose aussi bien aux **personnes morales ou physiques** dès lors qu'elles assument l'une des fonctions énoncées. **Les représentants permanents** des personnes morales administrateurs ou membres du conseil de surveillance sont tenus de respecter ces mêmes obligations.

VI. Titres soumis au contrôle

Toutes les **actions françaises, admises** aux négociations sur un **marché réglementé** (Bourse de Paris ou nouveau marché).

Le contrôle n'est toutefois applicable qu'aux actions **émises par la société** dans laquelle l'intéressé exerce certaines fonctions ainsi qu'à celles émises par **ses filiales, sa société mère et les autres filiales** de cette dernière.

VII. Changements dans la répartition du capital social

Toute personne physique ou morale qui vient à posséder le **vingtième**, le **dixième**, le **cinquième**, le **tiers**, la **moitié** ou les **deux tiers** du **capital ou des droits de vote** d'une société ayant son siège sur le territoire de la République française et dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, doit informer cette société dans un délai de cinq jours de Bourse, informer l'AMF du nombre total d'actions de cette société qu'elle possède (art. L. 233-7 al. 2 du C. com.). Il en est de même lorsque la participation au capital devient inférieure à l'un de ces seuils.

Si les règles prescrites sont violées, les intéressés s'exposent à des sanctions pénales.

VIII. Utilisation abusive d'informations privilégiées

Les dirigeants des sociétés, appelés « **initiés** », ainsi que toutes autres personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives d'évolution d'une valeur mobilière, qui auront **réalisé, ou sciemment permis de réaliser**, sur le marché boursier, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations sur le fondement desdites informations avant que le public en ait eu connaissance, seront passibles de peines d'amende et/ou d'emprisonnement très élevées. **Ces sanctions pénales ont vocation à s'appliquer aux initiés de droit, mais également aux initiés de fait.**

IX. *Communication d'informations privilégiées*

Toute personne qui, disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, l'aurait communiquée à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions s'expose à un emprisonnement d'un an et à une amende de 150 000 € (1 000 000 F) dont le montant pourra être porté au-delà de ce chiffre jusqu'au **décuple** du montant du profit réalisé et sans que l'amende puisse être inférieure à ce profit (art. L. 465-1 C. mon. et fin.).

Ainsi, à l'obligation d'abstention déjà imposée par la loi à toute personne disposant d'une information privilégiée s'ajoute une **obligation de secret** à l'égard des tiers qui n'ont pas à connaître cette information.

REMARQUES

Les dispositions ci-dessus sont applicables aussi lorsque les informations portent sur un émetteur dont les titres figurent ou ont figuré au relevé quotidien d'un marché réglementé (art. L. 465-1 C. mon. et fin.).

Indépendamment des sanctions pénales rappelées ci-dessus, la communication d'informations privilégiées expose leur auteur à des **sanctions administratives** pour **violation du règlement de la COB n° 90-08, désormais l'AMF, désormais l'AMF**.

X. *Diffusion d'informations inexactes*

A. **Sanctions pénales**

Aux termes de l'article L. 465-1 al. 3 du C. mon et fin., toute personne qui aurait sciemment répandu dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé **de nature à agir sur le cours**, s'exposerait aux mêmes sanctions qu'en cas d'usage abusif d'informations privilégiées. Pour un exemple, voir CA Paris 15 janvier 1992, GP 1992-293 note Marchi.

Comme pour le délit d'initié, les **personnes morales** peuvent être déclarées pénalement responsables lorsque le délit a été commis, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (art. L. 465-3 C. mon. et fin.).

REMARQUE

Les dispositions ci-dessus sont applicables également lorsque les informations fausses ou trompeuses concernent un émetteur dont les titres figurent ou ont figuré sur un marché réglementé (art. L. 465-4 C. mon. et fin.).

B. **Sanctions administratives**

La diffusion faite sciemment dans le public d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse concernant un produit ou un placement entrant dans le champ de compétence de la COB constitue une atteinte à la bonne information du public et expose son auteur à des sanctions pécuniaires (art. 3 du règlement COB n° 90-02).

Les auteurs des informations inexactes, imprécises ou trompeuses s'exposent à une **sanction pécuniaire** qui ne peut excéder 1 500 000 € (dix millions de francs) et qui doit être proportionnée à la gravité des manquements commis (art. L. 621-15 C. mon. et fin.).

Les sanctions pécuniaires peuvent s'appliquer non seulement **aux personnes physiques** mais aussi aux **personnes morales** et/ou **aux dirigeants** de celles-ci (art. 10 du règlement n° 90-02).

Des sanctions peuvent être prononcées à l'encontre des dirigeants **même** s'ils ont agi, non pour leur compte, mais pour celui de la société qu'ils dirigent et même s'ils n'ont tiré **aucun profit personnel** de l'opération (CA Paris 6 avril 1994, inédit sur ce point).

XI. Manipulation des cours

Toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura sciemment exercé ou tenté d'exercer sur le marché d'une valeur mobilière une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier du marché d'instruments financiers en induisant autrui en erreur, s'expose à des sanctions pénales, emprisonnement de deux ans et une amende de 1 500 000 € (10 000 000 F), ce montant pouvant atteindre le décuple du profit réalisé (art. L. 465-2 C. mon. et fin.).

Cette infraction, connue sous le nom de délit d'initié, est sanctionnée en moyenne trois ou quatre fois par an. L'AMF exerce un contrôle très étroit sur ces opérations.

Ainsi, se rend coupable du délit d'initié l'administrateur qui, informé au cours d'une réunion du conseil d'administration d'une société anonyme de la proposition de distribuer un dividende en forte hausse, passe un ordre d'achat sur des actions de la société avant que le public en soit avisé ; de même, l'administrateur d'une société à une autre, qui en profite pour acheter à bas prix les actions de la société vendeuse pour les céder ensuite à la société acquéreur au prix souhaité, soit environ six fois plus cher que leur prix d'achat.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables lorsque le délit de manipulation des cours a été commis pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

XII. Offres publiques d'achat ou d'échange

A. Réglementation

À l'exception des cas où l'emploi d'une procédure simplifiée est autorisée, **l'offre doit porter sur la totalité des titres de capital et titres donnant accès au capital et titres donnant accès au capital ou des droits de vote aux assemblées générales** ordinaires de la société émettrice, compte tenu de ceux que l'initiateur détient déjà dans cette société (art. 231-7 Règlement général AMF).

Comme pour les déclarations à faire en cas de prises de participations significatives, la réglementation des offres publiques assimile à l'initiateur **toute personne** physique ou morale **agissant de concert** avec lui.

Par ailleurs, pour déterminer la fraction du capital ou des droits de vote détenus, acquis ou visés par l'auteur de l'offre, il faut prendre en compte non seulement les actions ou droits de vote détenus directement par lui et par les personnes agissant de concert avec lui, mais aussi (art. 5-1-3 du règlement CBV) :

- **ceux possédés pour son compte par d'autres personnes ;**
- **ceux possédés par les sociétés qu'il contrôle au sens de l'article L. 233-3 du C. com. ;**
- **ceux possédés par un tiers agissant de concert avec lui ;**
- **ceux que lui-même ou les personnes visées ci-dessus sont en droit d'acquérir à leur seule initiative en vertu d'un accord.**

Toutes les sociétés par actions dont les titres de capital (actions, certificats d'investissement, etc.) sont admis aux négociations sur un marché réglementé (premier, second, nouveau marché) doivent faire connaître à l'AMF, dans les quinze jours qui suivent la date de leur assemblée générale ordinaire, le nombre total de droits de vote existant à cette date.

Toute variation de ce nombre supérieure à 5 % dont la société émettrice a connaissance entre deux assemblées générales ordinaires doit également, aux fins de publication, être signalée au Conseil des marchés financiers avec l'indication du nouveau nombre à prendre en compte.

Le contrôle des OPA et des OPE s'exerce :

- d'une part, sur la présentation au public de l'offre ;
- d'autre part, sur l'information des actionnaires ;
- enfin, sur la régularité des transactions et de la gestion de la société pendant le déroulement de l'opération.

B. Présentation de l'offre publique

L'opération doit être présentée au visa de l'AMF par un établissement de crédit (ou une maison de titres) qui garantit les engagements de la personne prenant l'initiative de l'OPA (art. 234-2 Règlement général AMF).

La banque garantit la solvabilité de l'auteur de l'offre publique mais n'assume aucune responsabilité personnelle quant au mode de fixation du prix et aux conditions de cette offre (Trib. com. Paris, 11 septembre 1978, D 1979.IR.364 obs. Vasseur).

À l'appui du projet d'offre publique, le ou les établissements présentateurs doivent déposer au Conseil des marchés financiers un dossier contenant notamment les indications suivantes (art. 234-2 Règlement général AMF) :

- l'objectif poursuivi par l'initiateur et ses intentions au jour du dépôt de l'offre ;
- le nombre et la nature des titres qu'il s'engage à acquérir, étant rappelé que, sauf application de la procédure simplifiée, ce nombre doit lui conférer, compte tenu des titres qu'il détient déjà, au moins les **deux tiers des droits de vote** ;
- le nombre minimal de titres qui doivent être présentés en réponse à l'offre pour que celle-ci comporte une suite positive, étant observé que l'initiateur peut se réserver la faculté, soit de se limiter au nombre de titres qu'il s'est engagé à acquérir, soit d'acquérir tout ou partie des titres offerts au-delà de ce nombre ;
- le prix auquel il offre d'acquérir les titres (OPA) ou les parités d'échange qu'il propose (OPE) en précisant les éléments qui ont été retenus pour ce prix ou cette parité ainsi que les modalités de paiement ou d'échange prévues.

L'initiateur doit fournir également des précisions sur la justification du prix ou de la parité d'échange proposés, sur le maintien ou non de la valeur à la cote à l'issue de l'opération et sur ses intentions quant à la stratégie industrielle, commerciale, sociale et financière qu'il souhaite poursuivre dans la société, etc. (décision générale du CBV n° 88-01 du 4 mai 1988).

Le dossier de présentation doit comporter, s'il y a lieu, copie de la demande d'autorisation au titre des investissements étrangers ou de toute réglementation prévoyant l'intervention d'une instance nationale ou internationale habilitée à autoriser ou à approuver l'opération envisagée (par exemple, autorisation du comité des établissements de crédit pour toute prise de participation supérieure à 10 % dans le capital d'un établissement de crédit, cf. règlement n° 84-07 du comité de la réglementation bancaire).

C. Caractère irrévocable

Il s'ensuit notamment que **les offres publiques ne peuvent pas être assorties de réserves** permettant à leurs auteurs de revenir sur leur proposition (cf. Paris 13 juillet 1988, D 1989.160 note Le Cannu).

En cas d'OPE, l'irrévocabilité des engagements pris par l'initiateur emporte l'obligation pour ses dirigeants de proposer à l'assemblée générale des actionnaires une résolution visant à décider l'émission des titres destinés à rémunérer les vendeurs aux clauses et conditions prévues dans l'offre publique.

Dès qu'il est saisi du projet d'offre publique, l'AMF suspend la cotation des titres de la société visée. Il informe la Direction du Trésor, et la Direction générale de la concurrence du dépôt de l'offre (art. 234-2 Règlement général AMF).

Dans l'avis de suspension sont indiquées les principales dispositions du projet, notamment l'identité de l'initiateur, du ou des établissements présentateurs et de la société visée, le nombre de titres que l'initiateur se propose d'acquérir, le prix ou les termes de l'échange offerts (art. 5-2-1 du règlement CBV).

C'est à la date de publication au bulletin officiel de la cote de l'avis de suspension des cotations que s'ouvre la *période d'offre publique* (art. 5-2-1 du règlement CBV).

À partir de cette date et jusqu'à la publication des résultats de l'offre, les sociétés concernées doivent respecter toutes les obligations et interdictions auxquelles les soumet la réglementation des offres publiques.

C'est également à cette date que les dirigeants de la société « cible » doivent informer leur *comité d'entreprise* ou, s'il en existe, leur comité de groupe de l'existence du projet d'OPA ou d'OPE dont la société fait l'objet (art. L. 432-1 al. 5 et L. 439-2 al. 4 du Code du travail).

XIII. OPA ou OPE obligatoires

Lorsqu'une personne physique ou morale, agissant seule ou de concert avec d'autres, vient à détenir, à la suite d'une acquisition de titres ou de droits de vote, **plus du tiers des titres de capital** ou **plus du tiers des droits de vote** d'une société française dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, elle doit en informer immédiatement l'AMF et **déposer** un *projet* d'OPA ou d'OPE **visant la totalité** des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote (art. L. 433-3 C. mon. et fin.).

Les transactions sur instruments financiers faisant l'objet d'une offre publique ne peuvent être réalisées que sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché reconnu ou en application de l'article L. 423-1 CMF sur lequel ces instruments financiers sont admis aux négociations.

Ces dispositions nouvelles ont pour but de **dissuader les opérateurs de réaliser des prises de contrôle** occultes par l'effet de ramassages concertés en Bourse. On observera cependant que ces ramassages restent possibles jusqu'au tiers du capital ou des droits de vote ce qui, dans certaines sociétés cotées, suffit pour avoir le contrôle de la société.

Le dépôt d'une offre publique s'impose également aux personnes qui, détenant déjà directement ou indirectement entre le tiers et la moitié du capital ou des droits de vote d'une société cotée, augmentent, dans un laps de temps inférieur à un an, leur participation d'au moins 2 % du nombre total des actions ou droits de vote existants ou viennent à posséder la majorité absolue du capital ou des droits de vote.

Sur la notion de concert, cette obligation **s'impose même si le franchissement de seuil est réalisé, en tout ou en partie, indirectement par la prise de contrôle d'une société holding** (cotée ou non) dès lors que les titres cotés détenus par celle-ci représentent une part essentielle de ses actifs (art. 234-1 AMF.).

XIV. Offres publiques de retrait

Depuis la loi n° 89-531 du 2 août 1989, une procédure permet aux actionnaires **minoritaires** de sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé (premier, second, nouveau marché) de se retirer de leur société (art. L. 433-4 C. mon. fin.).

Cette procédure peut porter également sur des titres qui étaient auparavant négociés sur un marché réglementé.

La procédure d'offre publique peut également porter soit sur des certificats d'investissement soit sur des certificats de droit de vote.

A. Champ d'application

Cette procédure peut s'appliquer dans les **quatre cas** suivants :

1. Lorsqu'une personne ou un groupe de personnes agissant de concert viennent à détenir au moins **95 % des droits de vote** aux assemblées générales, un ou plusieurs minoritaires peuvent demander au CMF d'imposer aux majoritaires le dépôt d'une offre publique de rachat des actions des minoritaires (art. 236-1 Règlement général AMF).

Dans ce cas, l'AMF notifie cette demande à la société et examine avec elle, ainsi qu'avec le ou les établissements qui garantiront l'opération et qu'elle aura désignés, la teneur et les conditions de **mise en œuvre de l'offre publique de retrait**. Celle-ci doit viser la totalité des titres de capital ou donnant accès au capital et des titres de droits de vote non détenus par le ou les majoritaires.

L'AMF considère que, même si les majoritaires détiennent le pourcentage requis, les minoritaires n'ont pas un droit acquis à l'offre de retrait. Il a ainsi rejeté la demande de minoritaires au motif que la liquidité du marché des actions de la société considérée permettait aux demandeurs de négocier leurs titres dans des conditions normales de délai et de cours.

Dans une autre affaire, il a relevé que les actions avaient fait l'objet d'une offre publique et qu'à cette occasion, l'initiateur de l'offre avait précisé qu'en cas de succès de celle-ci il demanderait la radiation des titres de la cote officielle ; les minoritaires avaient donc été avertis des risques qu'ils prenaient, en ce qui concerne la liquidité du marché, en n'apportant pas leurs titres à l'offre.

À notre connaissance, ces décisions n'ont pas fait l'objet d'un recours en justice.

2. L'initiative de l'offre publique de retrait peut aussi venir du ou des majoritaires s'ils détiennent au moins **95 % des droits de vote** (art. 236-3 Règlement général AMF).

Dans ce cas, à l'issue de l'offre et quel que soit le résultat de celle-ci, les actions de la société sont radiées de la cote et, sauf exception lorsqu'il existe encore des obligations ou d'autres titres de créance

cotés, la société n'est plus considérée comme faisant publiquement appel à l'épargne (art. 236-3 Règlement général AMF).

Quant à la radiation, il s'avère en pratique que l'AMF se réserve le droit de l'écarter, notamment si les transactions sont encore importantes. De plus, elle peut s'opposer à cette radiation (cf. article 236-3 Règlement général. AMF).

3. En cas de *transformation* d'une société anonyme *en société en commandite par actions*, le groupe majoritaire est tenu, s'il détient au moins les *deux tiers des droits de vote*, de déposer une offre publique de retrait à l'intention des minoritaires, dès l'adoption par assemblée générale de la résolution tendant à cette transformation (art. 236-3 Règlement général AMF).

Les majoritaires peuvent se réserver la faculté, à l'issue de l'offre et en fonction de son résultat, de demander que les actions de la société soient radiées de la cote.

4. Enfin, lorsque les personnes qui contrôlent une société envisagent de procéder à une *modification significative des statuts ou de l'activité* de la société, elles doivent en informer l'AMF et examiner avec lui s'il y a lieu de mettre en œuvre une offre publique de retrait. Sont visés notamment (art. 236-3 Règlement général AMF) :

- la transformation de la société ;
- les modifications apportées aux conditions de cession des actions (par exemple, introduction dans les statuts d'une clause d'agrément) ou aux droits attachés à celles-ci ;
- la cession ou l'apport à une autre société de la totalité ou du principal des actifs sociaux à une autre société ;
- la réorientation de l'activité sociale ;
- la suppression des dividendes pendant plusieurs exercices.

Dans ces différents cas, *le conseil apprécie* les conséquences de l'opération prévue au regard des droits et des intérêts des actionnaires et arrête, avec l'accord des personnes qui contrôlent la société, les conditions de l'offre publique de retrait et, notamment, le prix de rachat.

REMARQUES

L'offre publique de retrait n'**entraîne**, par elle-même, **aucune obligation pour les minoritaires**. Ces derniers sont libres d'accepter ou non l'offre qui leur est faite ; ils peuvent conserver leurs titres s'ils le jugent préférable. Mais, depuis la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993, la portée de ce principe est limitée. En effet, le groupe majoritaire peut, à l'issue d'une OPR mise en œuvre en cas de détention d'au moins 95 % des droits de vote, imposer aux minoritaires de se retirer de la société.

Nous avons vu plus haut (§ 3) que la transformation d'une société cotée en société en commandite par actions entraîne l'obligation pour les majoritaires de déposer une offre publique de retrait. Mais cette obligation ne s'impose que s'ils détiennent au moins les deux tiers des droits de vote. Si cette condition n'est pas remplie, l'offre publique de retrait ne doit être mise en œuvre que si l'AMF l'estime nécessaire au vu des circonstances de l'espèce.

B. Procédure

Les offres publiques de retrait sont réalisées par achat sur le marché au prix de l'offre pendant une période de dix jours de bourse selon les règles applicables aux *offres publiques simplifiées* (art. 236-8 Règlement général AMF).

Le plus souvent, elles revêtent la forme d'une offre publique d'achat mais rien ne s'oppose au dépôt d'une offre publique d'échange.

C. Information des actionnaires

Sauf dans le cas où il détient au moins 95 % des droits de vote, l'initiateur d'une offre publique de retrait peut se voir imposer par l'AMF l'établissement d'une *note d'information soumise à son visa* (art. 236-7 Règlement général AMF).

D. Retrait obligatoire des minoritaires

Le ou les actionnaires détenant au moins 5 % des droits de vote d'une société peuvent désormais, à l'issue d'une procédure d'offre ou de demande de retrait, imposer aux minoritaires de leur transférer leurs actions (art. 33 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996).

XV. Offres publiques de vente

L'offre publique de vente, qui s'inspire de la procédure d'introduction en Bourse par mise en vente de titres et du procédé anglo-saxon des offres secondaires, consiste de la part du détenteur de titres cotés ou négociés au « hors cote » à faire connaître au public qu'il est disposé à céder tout ou partie de ses titres à un prix déterminé.

Cette procédure est souvent utilisée pour l'introduction de valeurs nouvelles à la cote officielle des Bourses de valeurs ou à la cote du second marché.

L'offre doit porter, *soit* sur une quantité de titres représentant *au moins 10 % du capital* de la société visée, *soit* sur une quantité de titres au moins égale à *20 fois la moyenne quotidienne des échanges* constatés sur le marché au cours des six mois précédant le dépôt de l'offre (art. 236-7 Règlement général AMF).

L'offre publique de vente peut aussi porter sur des droits de souscription à une augmentation de capital en numéraire.

A. Dépôt de l'offre

La personne détentrice des titres à céder doit soumettre à l'AMF un dossier contenant les indications suivantes (art. 236-7 Règlement général AMF) :

- l'objectif qu'elle poursuit ;
- le nombre et la spécification des titres mis en vente ;
- le cas échéant, le nombre minimal de titres qui doivent être effectivement vendus pour que l'offre ait une suite positive ;
- le prix de cession des titres ;
- les conditions de paiement de ce prix.

La lettre de présentation du dossier doit spécifier le caractère irrévocable des engagements pris par l'initiateur de l'offre.

Dès qu'il est saisi du dossier, l'AMF en informe la Direction du Trésor et la Commission des opérations de Bourse et suspend la cotation de la valeur concernée.

Après examen du dossier, l'AMF se prononce sur la recevabilité de l'offre. S'il déclare l'offre recevable, il en porte les modalités à la connaissance du public par un *avis publié au bulletin* officiel de la cote (art. 236-7 Règlement général AMF).

B. Information du public

Les modalités de cette information sont différentes selon que l'**offre publique de vente** porte ou non sur moins de 15 % des titres de la société concernée.

L'OPV porte sur moins de 15 % des titres. Dans ce cas, l'initiateur doit publier un *communiqué*, soumis préalablement à l'approbation de l'AMF, *dans au moins un quotidien d'information financière* de diffusion nationale dès publication par l'AMF de l'avis de la recevabilité de l'offre.

Ce communiqué doit mentionner notamment :

- **les objectifs poursuivis par l'initiateur ;**
- **les éléments nécessaires à l'appréciation du prix ;**
- **le nombre et les caractéristiques des titres mis en vente en précisant la quantité de titres de même nature que l'initiateur entend éventuellement conserver.**

L'OPV porte sur au moins 15 % des titres. L'initiateur doit alors établir une *note d'information* dont le contenu sera précisé par une instruction de l'AMF (art. 236-7 Règlement général AMF).

Le projet de cette note, qui peut être commune à l'initiateur et à la société dont les titres sont offerts à la vente, doit être transmis à l'AMF le jour du dépôt de l'offre.

Section 5. Mise en vente des titres non réclamés

De nombreuses opérations financières (fusions, réductions de capital, regroupements ou divisions d'actions, capitalisations de réserves, etc.) donnent lieu à des **échanges ou à des attributions de titres**. Or, il arrive fréquemment que, pour diverses raisons (ignorance, négligence, décès, etc.), certains actionnaires ou leurs héritiers ne réclament pas les titres auxquels ils ont droit.

Pour éviter à la société de devoir conserver indéfiniment les titres revenant aux attributaires inconnus, ce qui est pour elle une source de complications surtout lorsqu'elle procède à de nouvelles opérations financières, l'article L. 228-6 C. com. (loi n° 83-1 du 3 janvier 1983) permet aux **dirigeants sociaux** de mettre en vente les titres nouveaux dont les ayants droit ne se sont pas fait connaître à l'issue d'un certain délai. Les modalités pratiques de cette mise en vente sont précisées dans les articles R 228-11 et R 228-12 du C. com. (décret 87-93 du 11 février 1987).

I. Opérations concernées

La procédure peut être mise en œuvre à la suite (art. L. 228-6 al. 1 du C. com.) :

- **d'échanges de titres** consécutifs à une opération de fusion, de scission, de réduction du capital, de regroupement ou de division de titres, conversion obligatoire de titres au porteur en titres nominatifs ;
- de distributions ou **d'attributions d'actions gratuites**, par exemple, à la suite d'augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission ;
- de **distributions** de titres imputés sur les réserves, par exemple une distribution de titres en portefeuille.

L'article L. 228-6 du C. com. vise les « titres » sans aucune précision. En conséquence, il s'applique non seulement aux **actions** mais aussi à toutes les **autres valeurs mobilières**, notamment aux obligations et aux certificats d'investissement.

II. Sociétés concernées

Toutes les sociétés par actions, qu'elles soient cotées ou non, qu'elles fassent ou non publiquement appel à l'épargne, peuvent avoir recours à la procédure de mise en vente des titres non réclamés.

III. Organe compétent

La décision de mise en vente relève de la compétence du **conseil d'administration**, du **directoire** ou, s'il s'agit d'une société en commandite par actions, des **gérants** (art. L. 228-6 al. 1 du C. com.).

La loi ne prévoyant **aucun délai** entre la date de réalisation de l'opération financière ayant donné lieu à échange ou attribution de titres, la décision de mise en vente des titres dont les ayants droit n'ont pas demandé la délivrance peut être prise dès l'achèvement de cette opération.

IV. Modalités de la vente

Deux ans au moins avant la mise en vente des titres, la société doit publier, dans un journal financier à grand tirage, un avis mettant les ayants droit en demeure de faire valoir leurs droits et les informant qu'à l'expiration de ce délai de deux années, **il sera procédé à la vente des titres** (art. D. 205-1 al. 1).

V. Conséquences de la vente

À dater de la vente, **les titres anciens** ou les anciens droits aux distributions ou attributions sont **annulés** et leurs titulaires ne peuvent plus prétendre qu'à la répartition en numéraire du produit net de la vente, sous déduction des frais (art. L. 228-6 al. 2 du C. com.). Ces fonds restent à la disposition des ayants droit pendant un délai de dix ans. À l'expiration de ce délai, les fonds sont versés à la Caisse des dépôts et consignations.

CHAPITRE 2. LES ACTIONS

Section 1. Caractéristiques des actions

I. Définition

Le mot « action » a deux sens :

- d'une part, c'est le **droit de l'associé dans une société anonyme, SAS** ou en commandite par actions lui permettant de participer aux assemblées et de se voir attribuer une fraction des bénéfices et du boni de la liquidation ;
- d'autre part, c'est le **titre négociable qui constate ce droit**, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la dématérialisation des valeurs mobilières, l'inscription dans un compte ouvert au nom de son titulaire, soit chez la société émettrice (actions nominatives), soit chez un intermédiaire financier habilité (actions au porteur), et qui se transmet par simple virement de compte à compte.

L'intérêt du caractère négociable des titres nominatifs et au porteur est qu'ils **permettent le transfert du droit qu'il constate sans procéder aux formalités par lesquelles en principe on cède un droit de créance**, formalités connues sous le nom de cession de créance et qui sont visées dans

l'article 1690 du Code civil, lequel exige **soit un acte notarié, soit la signification par huissier** à la société.

Les actions peuvent être émises par les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés par actions simplifiées.

Les actions peuvent revêtir différentes formes. Souvent à chacune de ces formes est attaché un statut particulier. Ainsi, il y a des **actions de numéraire**, d'apport (biens meubles ou immeubles), **actions de préférence** (qui confèrent des droits particuliers de toute nature), **actions avec ou sans droit de vote**, **actions à droit de vote simple ou double de capital ou de jouissance** (ces dernières sont celles dont le montant nominal a été remboursé à l'aide de prélèvements sur les réserves), **actions nominatives** (gérées par la société émettrice) **ou au porteur** (gérées par des intermédiaires financiers habilités).

II. Valeur nominale des actions

La valeur nominale d'une action est la **quote-part du capital social** représentée par cette action. Elle est fixée librement par les actionnaires.

La valeur nominale doit être distinguée d'autres notions telles que :

- **la valeur intrinsèque** ou valeur mathématique qui est déterminée non pas en fonction du capital social, mais de l'actif net social à un moment donné ;
- **la valeur liquidative**, valeur à la caisse, qui correspond à la valeur intrinsèque, mais après déduction des charges qui seraient dues en cas de liquidation : impôts de liquidation, rémunération du liquidateur...
- **la valeur boursière**, qui ne concerne que les actions cotées en Bourse et qui est la valeur figurant à la cote ; elle résulte de l'offre et de la demande dont le titre est l'objet.

La valeur nominale des actions ou des coupures d'actions est **librement fixée dans les statuts mais ce n'est pas une obligation** par les actionnaires, elle peut être exprimée en euros et centimes d'euros.

Toutefois, les sociétés (autres que les SICAV) ne sont pas pour autant autorisées à émettre des actions sans valeur nominale. L'article L. 242-3 du C. com. punit d'un emprisonnement d'un an et/ou d'une amende de 9 000 € (60 000 F) les dirigeants qui auraient sciemment négocié des actions sans valeur nominale.

Section 2. Regroupement et division des actions

I. Regroupement des actions

Le regroupement des actions d'une société consiste à remplacer plusieurs actions de faible importance par une seule d'un montant plus élevé ; elle **permet de réduire le nombre de ses titres en circulation**. Cette réduction présente l'avantage **de faciliter les opérations sur les titres** (paiement des dividendes, cessions, admission aux assemblées) et de les rendre moins onéreuses.

Aussi le législateur est-il intervenu à plusieurs reprises pour faciliter les regroupements (décret du 30 octobre 1948 pour les sociétés cotées, loi n° 64-697 du 10 juillet 1964 complétée par le décret 65-268 du 5 avril 1965 pour les sociétés non cotées), **voire même pour les imposer** (décret du 4 août 1949). Cette loi de 1964 vient pour l'essentiel d'être reprise par l'article 34 de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 qui organise de façon précise le regroupement d'actions des sociétés non cotées art. L. 228-29-1 à L. 228-29-7 C. com.

Cette réglementation est maintenue en vigueur par l'article L. 503 du C. com.

Lorsqu'une société décide de regrouper ses actions, il se peut que certains actionnaires ne possèdent pas un nombre d'actions suffisant pour obtenir un nombre entier (ou un multiple de ce nombre) d'actions nouvelles. **Ils sont alors obligés d'acheter ou de vendre les actions formant « rompus ».**

A. Regroupement des actions cotées en Bourse

1. *Décision de regroupement*

Le décret du 30 octobre 1948 permet à tout moment le regroupement des actions admises aux négociations sur un marché réglementé, quelle que soit leur valeur nominale, par simple décision de **l'assemblée générale extraordinaire**, avec obligation pour les actionnaires de procéder aux cessions ou aux achats d'actions nécessaires.

2. *Publicité*

Comme toutes les modifications de statuts, la décision de regroupement doit être publiée : insertion dans un **journal d'annonces légales, dépôt au greffe**. Mais il n'y a pas matière à inscription modificative au registre du commerce et des sociétés puisque la valeur nominale des actions ne figure pas parmi les mentions inscrites à ce registre.

En outre, la décision de regroupement doit être publiée au Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO).

3. *Sanctions applicables à défaut de présentation des titres au regroupement*

Deux sortes de sanctions peuvent se succéder :

a. **Suspension de certains droits**

À l'expiration d'un délai de deux ans à partir de la date d'ouverture des opérations de regroupement, les **actions anciennes** non présentées au regroupement sont **rayées de la cote et perdent leur droit de vote** aux assemblées générales. De plus, leur **droit aux dividendes est suspendu** ; ces dividendes ne peuvent leur être versés qu'après le regroupement et seulement s'ils n'ont pas été atteints par la **prescription de cinq ans au profit de l'État** (art. 6 du décret du 30 octobre 1948).

Les dividendes peuvent toutefois être versés aux actionnaires propriétaires de titres nominatifs qui resteraient détenteurs d'un nombre d'actions anciennes insuffisant pour obtenir la délivrance d'une action nouvelle et qui déclareraient n'avoir pu procéder sur le marché aux achats ou cessions d'actions formant rompus (art. 6 al. 4 du décret du 30 octobre 1948).

b. **Vente des actions**

Les actions nouvelles dont les **ayants droit n'ont pas demandé la délivrance** peuvent être mises en vente sur simple décision du conseil d'administration, du directoire ou, s'il s'agit d'une société en commandite par actions, des gérants. **Mais cette mise en vente ne peut intervenir que deux ans au moins après l'accomplissement de diverses formalités de publicité** (art. L. 228-6 al. 1 du C. com.).

B. Regroupement des actions non admises aux négociations sur un marché réglementé

Le législateur est également intervenu afin de faciliter le regroupement des actions dans les sociétés non admises aux négociations sur un marché réglementé, ce regroupement est possible nonobstant toute disposition législative ou statutaire contraire (art. L. 228-29-1, al. 1 C. com.) Mais, réservé aux

seules actions non admises aux négociations sur un marché réglementé, ce regroupement suppose le respect de cinq exigences portées aux articles L. 228-29-1 et 2 C. com. :

- **les actions à regrouper doivent avoir une valeur nominale inférieure ou égale à un montant fixé par décret en Conseil d'État ;**
- **les actions regroupées ne peuvent avoir une valeur nominale supérieure à un montant également fixé par décret en Conseil d'État ;**
- **le regroupement des actions est décidé par une décision de l'assemblée générale extraordinaire statuant dans les conditions prévues pour la modification des statuts ;**
- **le regroupement oblige les actionnaires de procéder aux achats ou aux cessions d'actions nécessaires pour le réaliser ;**
- **et enfin, dans le but de faciliter l'opération, la société doit, avant toute décision de l'assemblée générale extraordinaire, obtenir d'un ou de plusieurs actionnaires l'engagement de servir, pendant un délai de deux ans, au prix fixé par l'assemblée, la contrepartie tant à l'achat qu'à la vente des offres portant sur les rompus ou des demandes afin de compléter le nombre de titres appartenant à chacun des actionnaires intéressés.**

La procédure de regroupement, largement inspirée de celle applicable aux sociétés cotées, est la suivante :

1. Décision de l'assemblée générale extraordinaire

Le regroupement est facultatif ; il est décidé par l'assemblée générale **extraordinaire**.

Le conseil de surveillance (s'il en existe) ou les **commissaires aux comptes** donnent, dans un **rapport spécial** à l'assemblée générale extraordinaire, leur avis sur les propositions du gérant (dans les sociétés en commandite par actions) ou du conseil d'administration (ou encore du directoire) en indiquant, en particulier, si le prix de rachat ou de vente proposé leur paraît normal et si les engagements du ou des actionnaires leur paraissent de nature à assurer en toute hypothèse la contrepartie pour l'élimination des rompus (art. 1^{er} du décret du 5 avril 1965).

Après audition de ce rapport, **l'assemblée générale extraordinaire fixe les bases du regroupement** et arrête le prix de vente ou d'achat des actions formant rompus.

2. Publicité de la décision de regroupement

La décision de l'assemblée générale est soumise aux mêmes formalités de publicité qu'en cas de regroupement d'actions cotées, y compris **l'insertion au BALO** quinze jours avant le début des opérations de regroupement.

3. Conséquences du regroupement

Les **titres nouveaux** présentent les mêmes caractéristiques et **confèrent** de plein droit et sans l'accomplissement d'aucune formalité **les mêmes droits réels** ou de créances que les titres anciens qu'ils remplacent.

Les **droits réels** et les **nantissements** sont **reportés de plein droit sur les titres nouveaux** attribués en remplacement des titres anciens qui en sont grevés.

4. *Sanctions applicables à défaut de présentation des titres au regroupement*

Deux sortes de sanctions peuvent se succéder :

a. **Suspension de certains droits**

À l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date initiale des opérations de regroupement, les **actions anciennes** non présentées **perdent leur droit de vote** et leur **droit aux dividendes** est **suspendu** ; ces dividendes ne peuvent leur être versés qu'après le regroupement et sous réserve qu'ils n'aient pas été atteints par la prescription de cinq ans au profit de l'État.

Les actionnaires qui assurent la contrepartie pour la négociation des rompus n'encourent les sanctions ci-dessus, au cas où ils ne présenteraient pas leurs titres au regroupement, qu'après l'expiration d'un délai supplémentaire d'un mois (art. 4 du décret du 5 avril 1965).

b. **Vente des actions**

Les actions nouvelles, **dont les ayants droit n'ont pas demandé la délivrance** car ils sont inconnus du teneur ou n'ont pas été atteints par les convocations depuis dix années révolues, peuvent être mises en vente sur simple décision du **conseil d'administration**, du **directoire** ou des **gérants**, à la condition qu'il soit procédé, **deux ans au moins à l'avance**, à diverses formalités de publicité (art. L. 228-6 al. 1 du C. com.).

5. *Sanction des irrégularités commises lors du regroupement*

Si les prescriptions relatives à la décision de regroupement, à la valeur nominale des anciens et des nouveaux titres, à l'engagement d'un ou plusieurs actionnaires de servir la contrepartie nécessaire à l'élimination des rompus et aux formalités au BALO ne sont pas respectées, le **regroupement** est **facultatif pour les actionnaires** et les sanctions prévues à défaut de présentation des titres ne leur sont pas applicables (art. 9 al. 1 de la loi du 10 juillet 1964).

Si le ou les actionnaires ayant pris l'engagement d'assurer la contrepartie nécessaire à l'élimination des rompus ne remplissent pas cet engagement, les **opérations de regroupement** pourront être **annulées** à la demande de tout intéressé. Les achats et les ventes de rompus pourront alors être annulés à la demande des actionnaires qui y auront procédé ou de leurs ayants cause, sans préjudice de tous dommages et intérêts, s'il y a lieu (art. 9 al. 2 de la loi précitée).

Ces actions en nullité sont **prescrites cinq ans** après la date initiale des opérations de regroupement (art. 7 du décret du 5 avril 1965).

6. *Cas où les actions anciennes ont une valeur nominale supérieure à 3,87 € (25 F)*

En l'absence de disposition législative expresse, le **regroupement** des actions non cotées, de valeur nominale supérieure à 3,87 € (25 F), n'est **possible que si les statuts l'ont prévu** et ont imposé explicitement aux actionnaires l'obligation de procéder aux achats ou aux cessions de titres formant rompus (Paris, 14 juin 1954, GP 1954.2.270).

En l'absence d'une telle clause statutaire, la décision de l'assemblée générale extraordinaire ne peut être prise qu'à l'**unanimité**, car l'obligation d'achat ou de vente des rompus constitue une augmentation des engagements des actionnaires.

7. *Échange des titres*

Aucune disposition légale ou réglementaire ne précise les conditions dans lesquelles doit s'effectuer l'échange des anciens titres contre les titres portant la nouvelle valeur nominale résultant du regroupement. Toutefois, il nous paraît possible d'utiliser la procédure décrite dans le cahier des charges des émetteurs teneurs de comptes de valeurs mobilières non admises en SICOVAM en ce qui concerne l'attribution d'actions nouvelles :

- **inscription d'office par la société dans de nouveaux comptes du nombre entier d'actions revenant à chacun des actionnaires et clôture des anciens comptes ;**
- **inscription des actions non attribuées correspondant aux droits formant rompus à un compte spécial ;**
- **envoi aux actionnaires d'une attestation d'inscription des actions qui leur sont attribuées et demande d'instructions pour l'utilisation des droits formant rompus ;**
- **régularisation des comptes après réception et exécution de l'ensemble des instructions relatives aux droits formant rompus.**

Il y a possibilité de vendre les rompus.

II. *Division des actions*

La division des actions en titres d'un nominal moins élevé est possible, toutefois :

- si la division des actions peut entraîner des rompus (c'est-à-dire des droits qui ne correspondent pas à une action entière), **les statuts doivent avoir prévu expressément la possibilité** pour l'assemblée générale extraordinaire de procéder à cette division et avoir imposé explicitement aux actionnaires l'obligation de procéder aux achats et aux cessions de titres formant rompus ;
- **s'il existe des certificats d'investissement, la division des actions entraîne celle de ces certificats d'investissement.**

Section 3. Droits et obligations attachés aux actions

I. *Droits des actionnaires*

Un principe fondamental gouverne le régime des droits des actionnaires, c'est celui dit de **l'égalité** des actionnaires. En principe, les droits attachés à chaque action sont égaux. En fait, cette règle ne vaut que pour les **actions d'une même catégorie**, c'est-à-dire jouissant des mêmes avantages. Par exemple, la règle de l'égalité n'interdit pas la création d'actions de préférence disposant de droits supérieurs à ceux des autres actions qui sont alors appelées « actions ordinaires ».

A. **Droits attachés aux actions ordinaires**

Ces droits comportent :

- **le droit de participer aux assemblées** générales ordinaire, extraordinaire, mixte, **d'être informé sur l'activité sociale, d'être éligible** aux fonctions sociales et **d'agir en justice (expertise de gestion, droit d'alerte), d'être consulté par correspondance** (droits d'intervention dans la vie sociale) ;
- **le droit aux dividendes et superdividendes, droit au remboursement de l'apport et au boni de liquidation et le droit préférentiel de souscription** (droits pécuniaires).

Tout actionnaire a aussi le droit **de céder librement ses actions** soit à **titre onéreux**, soit à **titre gratuit**. Aucune entrave ne peut être mise à cette liberté de céder. Cependant, la loi limite dans certains cas la libre cessibilité des actions en particulier au regard de l'actionnariat des salariés.

B. Droits attachés aux actions de préférence

Les actions de préférence avec ou sans droit de vote sont une innovation essentielle de l'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004, ce sont celles qui confèrent à leurs titulaires des **droits particuliers de toute nature à titre temporaire ou permanent** soit un ou plusieurs avantages par rapport aux autres actions. Ces actions de préférence correspondent à une attente de la pratique et tout particulièrement des investisseurs en capital-risque, elles peuvent être émises au moment de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale (art. L. 228-11 al. 1 C. com.).

Ces **droits dépendent des avantages qui ont été reconnus aux dites actions**. Généralement, il s'agit d'une augmentation du droit aux bénéfices annuels, les **dividendes** pouvant être payés en action (quote-part des bénéfices supérieurs, dividendes prioritaires ou préciputaires, cumulatifs) et **des droits dans le boni de liquidation, augmentation des droits à la liquidation de la société, limitation des clauses d'agrément à certaines actions, exercice des droits dans une autre société que l'émettrice** (société mère ou filiale).

C. Actions à dividende prioritaire sans droit de vote

Afin de permettre à certains détenteurs de capitaux de placer ces derniers dans des sociétés, qui par ailleurs veulent éviter que ce porteur de capitaux ne prenne le contrôle de la société, il a été créé en 1978 une nouvelle catégorie d'actions dites « **actions à dividende prioritaire sans droit de vote** », dont le régime a été considérablement assoupli par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983. Ces formes d'actions sont appelées à disparaître car, depuis le 27 juin 2004, il ne peut plus être émis d'actions de ce type. Les porteurs de ces titres en voie d'extinction disposent d'un droit préférentiel de souscription d'actions de préférence ou ordinaires.

Cette action donne à son titulaire un **droit aux dividendes supérieur à celui qui est attaché aux actions ordinaires** mais, en contrepartie, le titulaire de ces actions ne peut pas prendre part au vote, il ne peut intervenir dans la vie sociale de la société.

La réglementation de ces actions est commandée par l'idée qu'il faut **protéger l'actionnaire** qui ne peut pas participer au vote et qui n'a donc pas les moyens de faire entendre sa voix. C'est pourquoi certaines opérations sont alors interdites à la société.

II. Obligations des actionnaires

A. Libération des actions

1. Date de libération

Les actions d'apport, c'est-à-dire celles qui sont remises en contrepartie **d'un apport en nature**, doivent être **libérées intégralement au moment de leur émission**, lors de la constitution de la société (art. L. 225-3 al. 3 du C. com.) **ou lors d'une augmentation de capital** (art. L. 225-147 al. 5 du C. com.).

Les **actions de numéraire**, c'est-à-dire celles qui sont émises en contrepartie d'un apport en argent, peuvent être **libérées du quart de leur valeur nominale** au moment de leur souscription, sauf lors de la constitution de la société, auquel cas elles doivent être libérées de **la moitié au moins de leur**

valeur nominale. Le **surplus** doit être versé à la diligence du conseil d'administration ou du directoire, dans un **délai maximum de cinq ans** à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés en cas de constitution ou du jour où l'opération est devenue définitive en cas d'augmentation du capital social (art. L. 225-144 al. 1 C. com.).

Toutefois, les actions de numéraire émises à la suite d'une augmentation de capital résultant pour partie d'une **incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission et pour partie d'un versement d'espèces**, doivent être **intégralement libérées lors de leur souscription**.

Tant que les actions de numéraire ne sont pas intégralement libérées, la société ne peut pas **augmenter son capital** social ni émettre des obligations.

2. Échéances des versements complémentaires

Dans la limite du délai maximum de **cinq ans** ci-dessus défini, les versements complémentaires sont effectués **aux dates fixées par le conseil d'administration ou le directoire** (art. L. 225-3 al. 2 du C. com.).

Le paiement des versements complémentaires incombe en premier lieu au propriétaire actuel de l'action qui n'est pas forcément le souscripteur originel. Mais si celui-ci a cédé cette obligation contractuelle, il **incombera au souscripteur et à ses successeurs** qui sont tenus solidairement avec le propriétaire actuel de libérer le montant non libéré de l'action.

La libération des actions peut s'opérer, soit par un **versement en espèces**, soit par **compensation** avec une créance liquide et exigible de l'actionnaire sur la société.

Lorsque l'actionnaire n'a pas versé les compléments demandés, on dit qu'il est défaillant. Cette situation entraîne les conséquences suivantes :

- les sommes dues sont **productives d'intérêts** au taux fixé par les statuts ou, à défaut de clause statutaire expresse, au taux légal ;
- l'actionnaire défaillant peut être condamné en justice à des **dommages-intérêts si le retard a causé un préjudice à la société** (art. 1843-3 al. 6 du Code civil) ;
- les actions sur lesquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués à l'expiration d'un délai de **trente jours** à compter de la mise en demeure adressée à l'actionnaire défaillant **cessent de donner droit à l'admission aux assemblées générales et au vote à ces assemblées** ;
- à l'expiration du délai indiqué ci-dessus, les **actions non libérées sont provisoirement privées du droit aux dividendes et du droit préférentiel** de souscription en cas d'augmentation du capital.

En outre, si l'actionnaire n'a pas versé les sommes restant dues sur ses actions, la société peut faire vendre lesdites actions dans des conditions qui ont été réglementées.

B. Autres obligations à la charge des actionnaires

L'actionnaire ne répond en principe du **passif social que dans la mesure de son apport** (art. L. 225-1 et L. 226-1 al. 1 du C. com.). Il peut, toutefois, être **tenu de tout ou partie de ce passif** s'il s'est comporté comme un **dirigeant de fait** (art. 624-3 du C. com.). Il peut aussi être tenu des dettes sociales dans la mesure où il s'est **porté caution de la société en sa qualité d'actionnaire**.

Il y a là deux extensions de la responsabilité de l'actionnaire qui sont redoutables et dont l'application en pratique se vérifie souvent car de nombreux actionnaires se comportent souvent comme des **dirigeants de fait** ou sont dans l'obligation, pour obtenir les crédits bancaires, de donner des **cautions**.

Section 4. Droits sur les actions

En principe, le propriétaire des actions qui a la qualité d'actionnaire **jouit des prérogatives qui sont attachées à cette qualité** et en assume **les obligations**. Cependant, les actions sont des valeurs patrimoniales et, comme telles, sont soumises au même régime que les biens figurant dans un patrimoine ; elles peuvent, par exemple, **être aliénées, appartenir à un mineur ou à un majeur protégé, faire l'objet d'un usufruit, être données en gage ou en location**, etc.

Il importe donc de déterminer les répercussions que certains événements touchant la personne ou affectant le patrimoine des propriétaires d'actions peuvent avoir sur la qualité d'actionnaire. Ceux-ci seront envisagés ci-dessous rapidement.

I. *Minorité*

Sur ce point, qui généralement intéresse des situations dans lesquelles une succession a été ouverte, et qui relève de préoccupations le plus souvent notariales, **les droits** attachés aux actions appartenant à ce mineur sont **exercés par l'un ou l'autre des parents**, celui-ci pouvant accomplir seul tous les actes pour lesquels le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation (art. 389-4 du Code civil) ou par **le tuteur**.

Les autres actes nécessitent **l'intervention des deux parents** (administration légale pure et simple) ou l'autorisation du juge des tutelles, c'est-à-dire du tribunal d'instance (administration sous contrôle judiciaire, tutelle).

Le mineur émancipé disposant de la capacité civile, il a sur ses actions les mêmes droits qu'un majeur.

II. *Indivision*

Lorsque des actions appartiennent à **plusieurs personnes physiques ou morales en indivision**, les droits qui y sont attachés ne peuvent être exercés qu'à **l'unanimité**, car l'action est indivisible à l'égard de la société (art. L. 228-5 du C. com.).

Ainsi, les copropriétaires indivis sont tenus de **se faire représenter aux assemblées** générales par l'un d'eux ou par un mandataire unique.

Toutefois, chacun d'eux (si les actions indivises sont nominatives) doit être convoqué aux assemblées et peut exercer le droit de communication préalable ou permanent réservé aux actionnaires.

III. *Fonds commun de placement*

Si les actions sont la propriété d'un fonds commun de placement, les droits attachés à ces actions sont exercés **par la société de gestion** qui agit en sa qualité de représentant du fonds à l'égard des tiers.

Si les actions sont détenues par un fonds commun de placement d'entreprise, le droit de vote peut être exercé directement par les membres du fonds.

IV. *Usufruit (usus = usage + fruits)*

Lorsque les actions sont l'objet d'un usufruit (usus=usage + fruits), les droits attachés à ces actions se répartissent comme suit entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

- L'usufruitier a droit aux **fruits** de l'action, c'est-à-dire **aux dividendes ordinaires**. Il a en principe **le droit de vote** dans les assemblées générales ordinaires. En revanche, n'ayant **pas la qualité d'associé**, il ne peut être nommé administrateur. **Face à une augmentation du capital social, il peut exercer le droit préférentiel de souscription si le nu-propiétaire est négligent.**

- Le nu-proprétaire a droit aux **distributions de réserves** et de sommes assimilées telles que les **primes d'émission et de fusion**. Le nu-proprétaire a droit aussi **au remboursement du nominal de l'action** et, éventuellement, au **boni de liquidation**. Il ne vote en principe que dans les assemblées extraordinaires et il a la qualité d'associé, et peut être nommé administrateur. Il peut participer à toutes les assemblées générales.

V. *Nantissement*

Les actions remises en nantissement **restent la propriété du débiteur** ; c'est donc celui-ci qui continue à exercer tous les droits attachés aux titres notamment celui **de participer aux assemblées et d'y voter**.

Toutefois, les actions peuvent **être mises sous séquestre** à la demande du créancier gagiste ou d'un autre créancier.

ATTENTION

Une **société** ne peut **pas** prendre en gage **ses propres actions**.

VI. *Communauté entre époux*

Lorsque les actions sont **communes aux époux**, sous le régime de la communauté légale (régime dit de la communauté légale réduite aux acquêts, art. 1401 du C. civ.), les actions tombent en communauté si elles constituent des **acquêts**. L'époux, au nom duquel les actions sont inscrites, **peut seul exercer les droits attachés aux actions** (participation aux assemblées, perception des dividendes, action judiciaire, être consulté par correspondance).

Certes, l'article 1421 al. 1 du Code civil donne pouvoir à chaque époux d'accomplir seul les actes d'administration sur les biens communs.

Mais ce pouvoir ne peut pas être exercé sur les actions communes nominatives, la qualité d'actionnaire n'étant établie à l'égard de la société qu'au profit de l'époux dont le nom est inscrit en compte conformément à l'article 222 du Code civil.

La gestion des actions ne **peut être conjointe** que **si l'inscription en compte est faite au nom des deux époux**.

Il peut aussi les **aliéner** seul puisque le consentement de son conjoint n'est requis que pour la cession des droits sociaux non négociables (art. 1424 al. 1 du Code civil).

Si les actions constituent en réalité des **biens propres (biens possédés avant le mariage ou reçus pendant le mariage par succession ou donation)**, l'époux auquel elles appartiennent en a la jouissance et peut en disposer librement.

Section 5. Transmission des actions

I. Cessions entre vifs

A. Règles générales

1. Caractère civil de la cession d'actions

La cession d'actions est, **en principe**, un **acte civil** dont la preuve doit être rapportée suivant les règles du Code civil (**écrit ou commencement de preuve par écrit assorti de témoignages ou présomptions**) et qui relève, en cas de litige, de la compétence des tribunaux civils.

Toutefois, la cession revêt un **caractère commercial** si elle a pour objet et pour effet d'assurer aux acquéreurs le **contrôle** de la société (Com. 11 juillet 1988, Bull. IV. 171 ; Com. 28 avril 1987, Rev. soc. 1987.391 note Bousquet ; Com. 28 novembre 1978, D. 1980.316 note Bousquet).

Lorsque, à la suite de la cession, l'acquéreur vient à posséder plus du **vingtième**, du **dixième**, des trois vingtièmes, du **cinquième**, du quart, du **tiers**, de la **moitié** ou des **deux tiers**, des **dix-huit vingtièmes** ou des **dix-neuf vingtièmes** du capital ou des droits de vote de la société émettrice des actions cédées, il doit, s'il s'agit d'**actions admises aux négociations sur un marché réglementé**, **notifier** à cette société et à l'AMF le **nombre total d'actions** de celle-ci **qu'il possède**. De même, si la cession a pour conséquence de ramener au-dessous d'un de ces seuils la participation du vendeur, celui-ci doit, lui aussi, en informer la société émettrice et l'AMF (art. L. 233-7 du C. com.). **Il en est de même de toute personne agissant « de concert » avec l'acquéreur ou le vendeur.**

2. Négociabilité des actions

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la dématérialisation des valeurs mobilières, la propriété des actions est **transmise par simple virement de compte à compte** (art. L. 228-1 al. 9 C. mon et fin. et R 211-2).

Désormais, **toutes les actions**, qu'il s'agisse d'**actions de numéraire** ou d'**actions d'apport**, sont soumises au même régime et **sont négociables** dès leur émission étant observé que celle-ci ne peut intervenir **qu'après l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés et après la réalisation définitive de l'opération en cas d'augmentation de capital**. Toutefois, les actions souscrites par les salariés adhérents à un plan d'épargne ne sont négociables qu'après avoir été intégralement libérées (art. L. 225-138, IV du C. com.).

B. Limitations à la libre cessibilité des actions

En principe, les actions sont **librement cessibles**.

Les promesses d'actions sont en principe non négociables (L. 228-10 C. com.), à moins qu'il ne s'agisse d'actions à créer dont l'admission sur un marché réglementé a été demandée ou à l'occasion d'une augmentation du capital social pour une société dont les actions anciennes sont déjà admises aux négociations sur un marché réglementé.

Toutefois, il arrive que certaines actions soient **temporairement inaliénables**. Tel est le cas :

- des **actions souscrites ou achetées par le personnel ou attribuées gratuitement à celui-ci**, dans le cadre de l'actionnariat des salariés,
- des **actions attribuées aux salariés** dans le cadre de la participation des travailleurs aux résultats de l'entreprise (cf. art. L. 442-7 du C. trav.).

Des **dispositions particulières** réglementent les **cessions d'actions appartenant aux dirigeants de droit ou de fait des sociétés** faisant l'objet d'une procédure de **redressement judiciaire** ainsi que certaines opérations concernant les actions de sociétés cotées :

- cession entre **deux personnes morales** ou entre **une personne morale et une personne physique**,
- **acquisition d'actions par des dirigeants de la société.**

Il est aussi possible dans les statuts de prévoir que la cession des actions sera subordonnée à une **clause d'agrément** ou à une **clause de préemption**, une **clause d'interdiction de cession avant l'expiration d'un certain délai.**

1. Clauses d'agrément

a. Champ d'application des clauses d'agrément

Les **clauses d'agrément permettent d'écarter l'entrée dans la société de personnes physiques ou morales dont la présence est, pour une raison quelconque, jugée indésirable.** Elles sont **fréquentes dans les statuts** des sociétés de famille et des sociétés dont le capital est réparti en différents « groupes » qui désirent maintenir entre eux l'équilibre existant. Ces clauses **peuvent être prévues** dans les conditions suivantes :

- en cas de cession, c'est-à-dire en cas de **vente**, d'**échange**, de **donation** ou d'**apport isolé** ;
- les clauses d'agrément ne sont pas applicables dans les cas suivants :
 - **dévolution successorale**,
 - **liquidation de communauté** des biens entre époux,
 - **cession au conjoint** ou à un **ascendant** ou à un **descendant** ;
- les clauses d'agrément peuvent être imposées **en cas de cession entre actionnaires.**

En cas d'inobservation d'une clause d'agrément, **la société doit refuser de procéder au virement des actions du compte du cédant à celui du cessionnaire** ; la cession est alors **inopposable aux tiers.**

- les clauses d'agrément figurant dans les statuts d'une société doivent être **supprimées** si la société demande l'admission de ses actions aux négociations à la Bourse de Paris ou encore à celle du nouveau marché.

b. Procédure d'agrément

L'actionnaire cédant doit adresser à la société par acte extrajudiciaire ou par LRAR une demande d'agrément ; cette demande doit être formulée préalablement à la réalisation de l'opération entraînant le transfert, une demande présentée postérieurement est sans effet. Ce sont les statuts qui sont chargés de désigner l'organe compétent pour statuer sur l'agrément.

Le législateur a rigoureusement fixé les conditions dans lesquelles la demande d'agrément devait être faite, et les conditions de la réponse de la société. **Son souci a été de permettre à l'actionnaire qui voulait céder ses actions de quitter la société en dépit du refus d'agrément du cessionnaire.** Il a ainsi mis au point un mécanisme obligeant la société à racheter ou à faire acheter les actions que l'actionnaire cédant voulait vendre.

2. Clauses de préemption

La clause de préemption est celle par laquelle **un droit d'achat est reconnu à des actionnaires à l'occasion de la vente, par un autre, de ses actions.** Les bénéficiaires du droit de préemption ont ainsi la faculté de se mettre aux lieu et place de l'acquéreur et aux mêmes conditions que ce dernier. Ces clauses sont valables et sont autonomes par rapport aux clauses d'agrément. Ce type de clause peut être stipulée au sein des statuts mais également dans des actes extrastatutaires (pactes de familles ou d'actionnaires), elles ont vocation à s'appliquer même en cas de cession entre actionnaires.

3. *Clauses d'interdiction temporaire de cession*

Les statuts de la société peuvent stipuler qu'il sera interdit de céder ses actions avant l'expiration d'un certain délai, cette clause n'est valable que sous réserve que l'interdiction de cession soit limitée dans le temps et justifiée par un intérêt social légitime.

4. *Clause de rachat forcé*

Les statuts peuvent également stipuler le rachat forcé des titres d'un actionnaire, soit son exclusion de la société. Cette clause n'est valable que si elle est **acceptée à l'unanimité** soit lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale.

II. *Transmission par décès et liquidation de communauté*

Les actions sont **librement transmissibles aux héritiers** qui jusqu'au partage en sont les copropriétaires indivis. Elles sont aussi librement **partagées entre époux communs en biens en cas de partage de communauté entre époux**. Dans les deux cas, les **clauses d'agrément ne sont pas opposables aux héritiers et au conjoint survivant**, sauf dans certaines conditions, si la société réserve une partie de ses actions à ses salariés.

En cas de partage d'actions communes à la suite d'une liquidation de communauté, les actions peuvent être attribuées au conjoint.

III. *Souscription, achat ou prise en gage par une société de ses propres actions*

L'achat, de même que la détention de ses propres actions par une société est, **en principe**, autorisé mais exclusivement dans les conditions édictées par la loi (art. L. 225-206, II, al. 1 du C. com.). Cette règle comporte toutefois cinq exceptions expresses en vertu desquelles une société peut acheter ses propres actions :

- pour **réduire son capital social**, si la réduction n'est pas motivée par des pertes ;
- pour **attribuer des actions à ses salariés** ;
- pour **régulariser** le cours de Bourse de ses actions ;
- en cas de **refus d'agrément** d'une cession d'actions, **pour permettre à l'actionnaire cédant de se défaire de ses titres** ;
- pour éviter **la nullité d'une délibération fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un actionnaire**.

Les conditions du rachat par une société de ses actions ont été profondément modifiées par la loi du 30 décembre 1981 qui a mis **la législation française en harmonie avec la deuxième directive des communautés économiques européennes**.

La prise en gage par une société de ses propres actions, que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, est interdite (art. L. 225-215 al. 1 du C. com.).

Section 6. Les pactes d'actionnaires

De nombreux actionnaires de sociétés par actions concluent, en dehors des dispositions statutaires, des conventions dénommées soit **pacte de famille** soit **pacte d'actionnaire**, par lesquelles ils cherchent à régler, pour une longue période, le contrôle de la conduite des affaires sociales et de la composition et répartition du capital social de leur société.

I. Contenu du pacte d'actionnaires

Il est extrêmement variable en fonction du pacte consulté. On y trouve souvent des clauses qui auraient pu faire l'objet de **clauses statutaires** (droit de préemption, interdiction temporaire de cession, rachat forcé, clause de porte-fort, préalable à la transmission d'entreprise, clause financière etc.) mais ils peuvent aussi contenir des dispositions d'une autre nature (dispositions applicables à quelques actionnaires seulement, durée limitée de l'accord, souci de discrétion).

A. Clauses relatives à la gestion sociale

Les clauses les plus répandues concernent le **droit de vote** ; elles peuvent établir soit un **accord unanime** soit un droit de veto pour les décisions les plus importantes, en particulier toutes les modifications statutaires.

Parfois, ces pactes d'actionnaires sont d'une portée juridique plus limitée et ne contiennent que des **promesses de porte-fort** de certains actionnaires au profit d'autres sur la réalisation d'objectifs bien définis.

Enfin, certaines clauses peuvent simplement établir un **droit de consultation** préalable pour la désignation des administrateurs, des commissaires aux comptes, mettre en place une information ou un contrôle des minoritaires.

B. Clauses relatives à l'actionnariat

Ces clauses sont de deux espèces, soit elles affirment des **droits financiers**, soit elles établissent des **règles de sortie de la société**.

1. Clauses financières

Ces clauses ont pour objet **d'accorder un dividende aux minoritaires** en se **portant fort de procéder à des distributions chaque année** ou encore d'autoriser les minoritaires à procéder à un **prélèvement sur les bénéfices d'un montant donné**, ou leur accorder un droit prioritaire de souscription en cas d'augmentation de capital, ou leur accorder un droit de consolidation pour leurs participations inférieures au seuil de 20 %.

2. Clauses de sortie

La sortie d'un actionnaire est tout particulièrement observée par tout membre du pacte, ce dernier réglant cette éventualité de différentes façons par insertion de diverses clauses (préemption, agrément, inaliénabilité, introduction en Bourse, partage, limitation de participation, de rupture).

3. Clause de rupture

Ce type de clause va permettre à chaque membre du pacte de se retirer de la société par la cession de ses actions ou achat à la personne désignée à cet effet, ladite clause peut jouer au bénéfice de toutes les parties à l'accord ou seulement au bénéfice de l'une d'elles.

II. Les conséquences du pacte

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 89-531 du 2 août 1989, les pactes d'actionnaires qui portent sur des actions cotées doivent être **transmis à l'Autorité des marchés financiers** qui en assure la

publicité, cette obligation ne concerne que **les clauses des pactes de préférence portant sur 0,5 % au moins du capital social**.

III. Durée du pacte

Les membres du pacte doivent fixer une **durée au pacte** ; à défaut celui-ci est d'une **durée indéterminée**, ce qui ouvre le droit à chaque membre de le **résilier unilatéralement et à tout moment** sous réserve de **respecter un préavis** soit fixé au pacte, soit d'usage.

IV. Sanction de l'inobservation du pacte

Conformément aux règles du droit commun, la violation des règles du pacte d'actionnaires peut entraîner la condamnation de son auteur soit au versement de **dommages et intérêts** soit à la **résolution judiciaire** du pacte d'actionnaires.

Section 7. Actionnariat des salariés

Au cours des vingt-cinq dernières années, les mesures destinées à faciliter aux salariés l'accès à la qualité d'actionnaires de la société qui les emploie se sont multipliées.

Certaines de ces mesures sont liées à des dispositions tendant de manière plus générale à intéresser les travailleurs aux résultats de leur entreprise. Il s'agit des articles L. 441-1 à L. 443-9 du C. travail, qui regroupent les anciennes dispositions relatives à l'intéressement, à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et aux plans d'épargne entreprise.

D'autres mesures visent plus directement l'actionnariat en tant que tel et ont pour seul objet de favoriser la souscription ou l'acquisition par les salariés d'actions de leur société. Il s'agit des textes concernant :

- les **options de souscription ou d'achat d'actions** (loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970), encore appelées « stock-options plan » ;
- les **souscriptions ou achats d'actions réservés aux salariés** (loi n° 73-1196 du 27 décembre 1973) ;
- les **certificats d'investissement** (loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985) ;
- les **Fonds communs de placement** (ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986) ;
- les **plans d'épargne d'entreprise** (art. L. 443-1 et s. du C. travail) ;
- le **rachat d'une entreprise par ses salariés** ;
- l'**amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise** (loi 94-640 du 25 juillet 1994) ;
- les **bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (attribution aux salariés et dirigeants de certaines sociétés par actions des bons de souscription des parts de créateur d'entreprise assortis d'un régime fiscal et social avantageux)** ;
- les **plans d'épargne d'entreprise (c'est un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés d'une société la faculté de participer avec l'aide de celle-ci à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières)**.

L'ensemble de ces mesures fait l'objet d'une réglementation très étroite. Son exposé serait trop détaillé. Les étudiants qui pourraient avoir besoin d'une information sur ce sujet peuvent consulter MS n° 18700 et s.

CHAPITRE 3. LES OBLIGATIONS

Section 1. Caractéristiques des obligations

Les obligations émises par les sociétés sont **des valeurs mobilières, des titres négociables** qui, dans une même émission, confèrent les **mêmes droits de créance pour une même valeur nominale**. **Le porteur d'une ou de plusieurs obligations est donc un créancier de la société**. Le terme « obligation » désigne donc, d'une part, le **titre négociable** émis par la société pour constater l'existence contre elle d'une créance ; d'autre part, **cette créance elle-même**.

Seules les **sociétés par actions** peuvent émettre des **obligations**. Néanmoins, sous certaines conditions, **les SARL, les GIE, les associations et les sociétés d'assurances mutuelles** le peuvent aussi.

Les obligations peuvent comporter différentes modalités. Ce sont par exemple :

– Obligations à **prime**

On en rencontre deux types :

- les obligations émises **au-dessous du nominal fixé**, autrement dit au-dessous du pair, et **remboursable à leur montant nominal** : on parle ici de « prime d'émission » ;
- **les obligations émises au pair et remboursées à un taux plus élevé** : on parle ici de « prime de remboursement » ;

– Obligations à **lot**

Certaines obligations tirées au sort bénéficient **d'un lot plus ou moins important**. Ces obligations ne peuvent être émises qu'en vertu d'une loi.

– Obligations **participantes**

Le capital remboursé varie avec la marche de l'entreprise, par exemple avec le chiffre d'affaires, le volume de la production ou le montant des bénéfices bruts ou nets.

– Obligations **indexées**

Le capital à rembourser est fonction d'un élément variable déterminé qui, sous l'empire de la législation actuelle, doit obligatoirement être en relation directe avec l'activité de la société émettrice (par exemple, prix du kilomètre pour les emprunts de la SNCF).

– Obligations donnant accès au capital

Ces obligations sont de différente nature, remboursables en actions, convertibles, échangeables, à warrant.

– Obligations pouvant donner droit à l'attribution de titres de créance

Elles sont prévues par la loi à l'article L. 228-91 C. com., elles peuvent être des obligations à bons de souscription d'obligations, titre rare en pratique.

La valeur nominale de l'obligation est la **quote-part** du capital **de l'emprunt** représenté par cette obligation ; elle est **librement fixée par l'émetteur**, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit que les obligations d'une même émission aient des valeurs nominales différentes.

Section 2. Émission des obligations

I. Conditions préalables

En principe, seules les **sociétés par actions** peuvent émettre des obligations (art. L. 228-39 al. 1 du C. com.). Néanmoins, l'émission d'obligations est permise sous certaines conditions aux **SARL**, aux **GIE** et aux **associations**.

Encore faut-il que leur **capital social soit entièrement libéré** et que ces sociétés aient deux années d'existence, et qu'elles aient approuvé **deux bilans par leurs actionnaires, dans le cas ou la société n'a pas encore établi deux bilans régulièrement approuvés** par les actionnaires, elle peut tout de même procéder à une émission d'obligations à la condition expresse que celle-ci soit précédée d'une **vérification de sa situation financière** (art. L. 228-39 al. 1 du C. com.). Ces **deux années d'existence** doivent être calculées à partir de la date **d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés**.

Certaines émissions d'obligations doivent en outre être déclarées auprès du ministre des Finances direction du Trésor.

Les émissions d'obligations à lots doivent être autorisées par une loi (art. L. 213-6 C. mon. et fin.).

II. Réalisation de l'émission

Le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants ont **seuls compétence** pour décider ou autoriser l'émission d'obligations sauf si l'assemblée générale décide d'exercer ce pouvoir ou si par une stipulation expresse les statuts le lui réservent ; en principe, les sociétés émettrices fixent librement le montant de leurs emprunts obligataires. Mais, elle a la faculté de **déléguer au conseil d'administration**, au directoire ou aux gérants, le pouvoir de procéder à l'émission.

Si l'émission d'obligations est privée, elle n'est soumise à aucune publicité ; en revanche, s'il est fait publiquement appel à l'épargne, l'émission doit faire l'objet d'une **publicité**, une insertion au **BALO** et un document d'information avec **visa de l'AMF**.

La société émettrice des obligations peut offrir l'une quelconque des sûretés réelles prévues par le droit commun pour garantir l'emprunt obligataire : hypothèque, nantissement sur le fonds de commerce, gage ou sûretés personnelles, cautionnement donné par une autre société, paiement à première demande. En pratique, les émissions d'obligations sont très rarement assorties de garanties.

Les titres d'obligations peuvent, s'ils sont cotés sur un marché réglementé, **être émis soit au porteur soit nominatif. Au contraire les titres non cotés doivent être nominatifs**.

Section 3. Groupement des obligataires

Afin d'assurer la défense de leurs intérêts, les obligataires sont réunis en un groupement, dit « **masse** », **doté de la personnalité morale** (art. L. 228-46 al. 1 du C. com.).

La masse comprend les **porteurs d'obligations** offertes simultanément et **dotées de prérogatives identiques**. Si toutes les obligations offertes simultanément ne comportent pas les mêmes droits, il y a **autant de masses que de catégories d'obligations**. L'organisation de la masse suppose une pluralité d'obligataires.

I. Représentants de la masse des obligataires

A. Nomination des représentants de la masse

Les représentants de la masse des obligataires ne peuvent **pas être plus de trois** (art. L. 228-47 du C. com.). Il ne paraît pas interdit de désigner des suppléants de la masse des obligataires afin de pourvoir au remplacement des titulaires empêchés.

Certaines personnes ne peuvent pas être choisies comme représentants de la masse en raison d'incompatibilités édictées par la loi. Ex. : **la société débitrice, les sociétés garantes de tout ou partie des engagements de la société, les sociétés possédant au moins le dixième du capital de la société émettrice**, les personnes auxquelles **la profession de banquier est interdite** ou qui sont **déchues du droit de diriger, administrer ou gérer une société à titre quelconque**.

C'est l'**assemblée générale ordinaire** des obligataires qui, en principe, **désigne les représentants de la masse, et, en cas d'urgence, ces représentants de la masse peuvent être désignés par le président du tribunal de grande instance statuant en référé**. La nomination est l'objet d'une publicité. Les personnes morales (association ou société) peuvent être désignées comme représentant de la masse sous réserve que leur siège social soit implanté en France.

Toutefois, en cas d'émission avec appel public à l'épargne, les représentants de la masse peuvent être désignés dans le **contrat d'émission**.

B. Cessation de fonctions des représentants de la masse

Les représentants de la masse peuvent perdre leur fonction par **décès**, survenance d'une **incapacité**, d'une **incompatibilité, interdiction, déchéance, arrivée du terme, révocation** par l'assemblée générale ordinaire des obligataires ou **démission**.

C. Pouvoirs des représentants de la masse

Les représentants de la masse des obligataires ont, en principe, le pouvoir d'accomplir au nom de celle-ci **tous actes de gestion** pour la défense des intérêts communs des obligataires (art. L. 228-53 du C. com.).

Les représentants ont accès aux assemblées générales d'actionnaires mais sans voix délibérative. Toutefois, ils ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion de la société.

Ils sont seuls habilités à exercer **les actions en justice** au nom et pour le compte de la masse, ou à **convoquer les assemblées d'obligataires** (art. L. 228-55 al. 1 du C. com.). Ils ont droit, de plus, à **recevoir tout document dans les mêmes conditions que tout actionnaire**.

D. Rémunération des représentants de la masse

La rémunération des représentants de la masse est fixée par l'**assemblée générale ordinaire** des obligataires ou par le **contrat d'émission**, à défaut, par le **président du tribunal de grande instance, statuant sur requête**, à la demande soit de la société, soit du représentant de la masse intéressé. La rémunération des représentants de la masse des obligataires est une charge de la société débitrice (art. L. 228-56 al. 1 C. com.).

E. Responsabilité des représentants de la masse des obligataires

Ces représentants sont responsables selon le **droit commun** des **fautes** commises dans l'accomplissement de leur mission. (Responsabilité civile, pénale).

II. Assemblées d'obligataires

L'assemblée des obligataires **réunit les obligataires d'une même masse** en vue de délibérer et prendre **les décisions relatives à la défense de leurs intérêts communs**.

Dans une large mesure, le **régime** des assemblées d'obligataires est calqué sur celui des **assemblées d'actionnaires** auquel la loi fait de nombreuses références. Toutefois, contrairement aux actionnaires, **les obligataires ne peuvent pas voter par correspondance**, aucune disposition analogue à l'article L. 225-107 du C. com. ne leur permettant d'utiliser cette forme de vote dans leurs assemblées.

A. Convocation de l'assemblée des obligataires

1. *Époque des réunions*

L'assemblée générale des obligataires d'une même masse peut être réunie **à toute époque** (art. L. 228-57 du C. com.) ; **la loi n'impose aucune réunion périodique** (par exemple, une tous les ans) comme elle le fait pour les assemblées d'actionnaires (approbation des comptes annuels dans les six mois de la clôture de l'exercice social).

2. *Droit de convoquer l'assemblée générale des obligataires*

a. Convocation par les représentants de la société débitrice

L'assemblée générale des obligataires peut être convoquée par le **conseil d'administration, le directoire ou les gérants** (art. L. 228-58 al. 1 du C. com.). Ce droit est **exercé dans les mêmes conditions que pour la réunion des assemblées d'actionnaires**. Ce sont eux qui convoquent notamment la première assemblée pour nommer les représentants de la masse lorsque ceux-ci n'ont pas été désignés dans le contrat d'émission.

En période de liquidation, la convocation peut émaner des liquidateurs (art. L. 228-58 al. 1 du C. com.).

b. Convocation par les représentants de la masse

L'assemblée générale des obligataires peut aussi être convoquée par les représentants de la masse (art. L. 228-58 al. 1 du C. com.).

c. Convocation par les obligataires

Un ou plusieurs obligataires, **réunissant au moins le trentième des titres** d'une masse, peuvent adresser à la société débitrice et au représentant de la masse une demande tendant à la convocation de l'assemblée (art. L. 228-58 al. 2 du C. com.).

La demande doit être formulée par **acte extrajudiciaire** ou par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception**. Elle doit indiquer **l'ordre du jour** à soumettre à l'assemblée.

3. *Formes de la convocation*

a. Principes

La convocation des assemblées d'obligataires est faite dans les **mêmes conditions de forme** que celles prévues pour les **assemblées d'actionnaires** (art. L. 228-59 al. 1 du C. com.).

b. Mode de convocation

L'avis de convocation doit être inséré dans un **journal** habilité à recevoir les **annonces légales** dans le département du siège social. **Si la société fait publiquement appel à l'épargne, cette insertion doit être répétée au BALO** (art. R 228-67 al. 1 C. com.).

Si toutes les obligations émises par la société sont **nominatives** -que cette société fasse ou non publiquement appel à l'épargne- la ou les insertions prévues ci-dessus peuvent être remplacées par une **lettre** ordinaire ou recommandée adressée à chaque obligataire aux frais de la société (art. R 228-67 al. 2 du C. com. modifié par le décret n° 88-418 du 22 avril 1988).

c. Convocation verbale

Une telle convocation serait **annulable** puisqu'il est interdit de déroger aux règles de convocation par insertion ou lettres. Cette interdiction est prévue par l'article R 225-62 C. com. pour la convocation des assemblées d'actionnaires. **On doit l'étendre à la convocation des assemblées d'obligataires** puisque l'article L. 228-59 al. 1 du C. com. dispose que celle-ci est faite « dans les mêmes conditions de forme et de délai ». **La demande en nullité est irrecevable si tous les obligataires sont présents ou représentés.**

4. Contenu de l'avis de convocation

L'avis de convocation inséré dans un **journal d'annonces légales** et, le cas échéant, au **BALO** doit, à peine d'une amende de 1 500 € (10 000 F) (art. R 228-49 C. com.), contenir les indications suivantes (art. L. 228-59 du C. com., R 228-66 et R 225-66 du C. com.) :

- **la dénomination sociale, éventuellement suivie du sigle de la société ;**
- **la forme de la société ;**
- **le montant du capital social ;**
- **l'adresse du siège social ;**
- **les numéros d'immatriculation de la société au registre du commerce et à l'Insee ;**
- **les jour, heure et lieu de l'assemblée ;**
- **la nature de l'assemblée (ordinaire ou extraordinaire) ;**
- **l'ordre du jour de l'assemblée ;**
- **le cas échéant, le ou les lieux où doivent être déposés les obligations au porteur ou le certificat de dépôt de ces obligations (le certificat d'immobilisation établi par un intermédiaire financier, si les titres au porteur sont dématérialisés) pour ouvrir le droit de participer à l'assemblée, ainsi que la date avant laquelle ce dépôt doit être effectué ;**
- **l'indication de l'emprunt souscrit par les obligataires dont la masse est convoquée en assemblée ;**
- **le nom et le domicile de la personne qui a pris l'initiative de la convocation et la qualité en laquelle elle agit ;**
- **le cas échéant, la date de la décision de justice désignant le mandataire chargé de convoquer l'assemblée.**

5. Lieu de réunion

L'assemblée est réunie au **siège social de la société débitrice ou en tout autre lieu dans le même département**, sauf clause contraire portée au contrat d'émission (art. R 228-72 du C. com.).

6. Ordre du jour

Il sera arrêté par **l'auteur de la convocation** (art. L. 228-60 al. 1 du C. com.). Cependant, en cas de convocation par un mandataire de justice, l'ordre du jour est **fixé par le président du tribunal de grande instance** du lieu du siège social. L'assemblée ne peut délibérer que sur les questions inscrites à l'ordre du jour. **En outre si un ou plusieurs obligataires réunissant au moins le trentième des titres** présentent des demandes d'inscription à l'ordre du jour de projets de résolutions, ceux-ci doivent impérativement être inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée des obligataires.

B. Droit de communication des obligataires

Comme les actionnaires, les obligataires peuvent obtenir communication des documents qui seront présentés à l'assemblée pour laquelle ils sont convoqués. Il s'agit là d'un **droit de communication « préalable »** ou « **temporaire** » car il ne peut s'exercer que pendant un certain délai avant la réunion.

1. *Étendue du droit de communication temporaire*

Avant toute assemblée d'une masse d'obligataires, les obligataires de cette masse peuvent avoir communication des documents suivants (art. L. 228-69 al. 1 du C. com.) :

- **texte des résolutions** qui seront soumises au vote de l'assemblée ;
- **rapports** qui seront présentés à cette assemblée générale.

2. *Modalités d'exercice du droit de communication temporaire*

a. **Bénéficiaires**

Les bénéficiaires du droit de communication sont, au premier chef, les **obligataires de la masse dont la réunion est envisagée**. Chaque obligataire peut donc demander à consulter les documents énumérés ci-dessus. Lorsque l'obligation n'appartient pas en pleine propriété à une seule personne, il semble, dans le silence de la loi, que l'on peut, en raison de l'analogie des situations, appliquer les règles prévues pour les actions par l'article L. 225-118 du C. com.

Ainsi :

- en cas d'**obligations indivises, le droit appartient à chacun des copropriétaires indivis** ;
- en cas d'obligations grevées d'**usufruit**, le droit appartient tant à l'usufruitier qu'au nu-propriétaire.

L'obligataire peut exercer son droit de communication, **soit personnellement, soit par l'intermédiaire** de toute personne de son choix, sans qu'il soit nécessaire que ce **mandataire** ait lui-même la qualité d'obligataire (art. R 228-76 al. 1 du C. com.).

b. **Délai d'exercice**

Le droit de communication peut être exercé dans le délai de **quinze jours** qui précède la réunion de l'assemblée (art. R 228-76 al. 1 du C. com.). En cas de réunion d'une assemblée sur nouvelle convocation (défaut de quorum, ajournement, assemblée prorogée), les obligataires ont, à notre avis, la possibilité d'exercer à nouveau leur droit de consultation jusqu'à la date de la réunion.

c. **Lieu de communication**

La consultation des documents peut se faire au **siège social de la société** débitrice, au lieu de la **direction administrative** ou, le cas échéant, en tout autre **lieu fixé par la convocation** (art. R 228-76 al. 1 du C. com.).

d. **Copie**

L'obligataire ou son représentant est autorisé à disposer d'une copie de tout acte présenté.

C. Accès aux assemblées d'obligataires

1. *Droit d'accès des obligataires*

a. Principe

Tout obligataire d'une masse a le droit de participer aux **assemblées** des obligataires de la **même masse**.

S'il existe **plusieurs masses d'obligataires**, celles-ci **ne peuvent en aucun cas délibérer** au sein d'une **assemblée commune** (art. L. 308 al. 1 du C. com.).

Le **droit** de participer aux assemblées générales est **protégé pénalement**. En effet, l'article L. 242-9 du C. com. punit d'un emprisonnement de deux ans et/ou d'une amende de 9 000 € (60 000 F) « ceux qui, **sciemment, auront empêché un obligataire de participer à une assemblée générale d'obligataires** ».

b. Détermination de la qualité d'obligataire

Le droit de participer aux assemblées est reconnu, tout d'abord, aux titulaires ou porteurs d'**obligations non amorties**.

De même, les propriétaires d'**obligations amorties et non remboursées** par suite de la défaillance de la société débitrice ou en raison d'un litige portant sur les conditions de remboursement, peuvent participer aux assemblées (art. L. 228-61 al. 3 du C. com.).

2. *Représentation des obligataires*

a. Représentation légale

Les règles relatives à la **représentation légale des actionnaires** aux assemblées d'actionnaires sont **transposables** à la représentation des obligataires aux assemblées les concernant.

On notera cependant que **le représentant légal**, s'il ne peut assister à l'assemblée, pourra se faire **représenter par toute personne de son choix**, car, ainsi que nous le verrons, le mandataire d'un obligataire ne doit pas nécessairement avoir lui-même la qualité d'obligataire.

b. Représentation conventionnelle

L'obligataire en droit d'assister personnellement à l'assemblée peut donner mandat à autrui d'agir en son lieu et place à l'assemblée. Dans ce cas, les règles ci-après exposées doivent être suivies :

1. *Droit de donner mandat.* Tout obligataire a le droit de se faire représenter aux assemblées par **un mandataire de son choix** (art. L. 228-61 al. 2 du C. com.). Cette **disposition paraît impérative** : les statuts ou le contrat d'émission ne sauraient y déroger.

2. *Choix du mandataire.* Le choix du mandataire est **libre** en principe (art. L. 228-61 al. 2 du C. com.). Cette liberté ne saurait être restreinte par les statuts ou le contrat d'émission. Toutefois, certaines personnes liées à la société ou frappées de certaines déchéances sont exclues par la loi.

D. Réunion de l'assemblée des obligataires

1. Feuille de présence

À chaque assemblée générale d'obligataires, **il doit être tenu une feuille de présence** (art. L. 225-114 sur renvoi de l'article L. 228-60 al. 5 du C. com.).

Sur le **contenu**, les conditions d'**émargement** et de certification de la feuille de présence et les **pouvoirs** à y annexer, voir le régime applicable aux SA.

2. Bureau de l'assemblée

Composition du bureau

Le bureau de l'assemblée comprend obligatoirement **un président et deux scrutateurs**.

a. Président

L'assemblée est présidée par un **représentant de la masse** (art. L. 228-64 al. 1 du C. com.).

En cas d'absence des représentants ou en cas de désaccord entre eux, **l'assemblée désigne « une personne »** (c'est-à-dire l'un des obligataires présents) pour exercer les fonctions de président (art. L. 228-64 al. 1 du C. com.).

Si les représentants de la masse n'ont pas encore été désignés, l'assemblée est ouverte sous la présidence provisoire (jusqu'à ce que les représentants aient été nommés) du porteur détenant ou du mandataire représentant le plus grand nombre d'obligations (art. L. 228-64 al. 2 C. com.).

Cas particulier : En cas de convocation par un mandataire de justice, l'assemblée est présidée par ce dernier (art. L. 228-64 al. 1 C. com.).

b. Scrutateurs

« Sont scrutateurs les deux membres de ladite assemblée disposant du **plus grand nombre de voix** et acceptant cette fonction » (art. R 225-101 al. 1 du C. com. sur renvoi de l'article R 228-73 du C. com.).

Cette disposition appelle les remarques suivantes :

a. Pour la détermination du « plus grand nombre de voix », il faut tenir compte non seulement des voix attachées aux obligations appartenant à l'intéressé mais également de celles dont il dispose éventuellement en qualité de **mandataire** d'autres obligataires.

b. Les **personnes morales peuvent**, au même titre que les personnes physiques, **être désignées comme scrutateurs**. Elles agissent alors par l'intermédiaire de leur représentant à l'assemblée.

c. Ne peuvent être scrutateurs que les **personnes acceptant ces fonctions**. En cas de refus du titulaire du plus grand nombre de voix, la fonction est proposée à celui qui vient après lui dans l'ordre d'importance du nombre de voix et ainsi de suite jusqu'à acceptation.

Le bureau de l'assemblée en désigne le **secrétaire**. Sauf disposition contraire des statuts, celui-ci peut être **choisi en dehors des obligataires** (art. R 225-101 al. 2 du C. com. sur renvoi de l'article R 228-73 du C. com.). Il doit vérifier et certifier l'exactitude de la feuille de présence, veiller au bon déroulement de la réunion et contrôler le vote des résolutions, enfin signer le procès-verbal de la réunion.

3. *Quorum*

L'assemblée générale ne peut valablement délibérer **sur première convocation** que si les obligataires présents ou représentés possèdent au moins le **cinquième des obligations** ayant droit de vote. Sur **deuxième convocation, aucun quorum** n'est requis (art. L. 225-98 al. 2 du C. com. sur renvoi de l'article L. 228-65 al. 2 du C. com.).

Cette règle s'applique quelle que soit la nature des décisions à prendre et ces conditions de quorum revêtent un caractère impératif.

4. *Vote des résolutions*

a. **Limitation des débats aux questions figurant à leur ordre du jour**

Les assemblées d'obligataires ne peuvent délibérer que sur les questions figurant à leur ordre du jour (art. L. 228-60 al. 3 du C. com.). Toute violation de cette règle peut entraîner la **nullité** de l'assemblée pour violation d'une disposition impérative de la loi.

Le droit de vote est un **attribut essentiel de l'obligation** et seuls les obligataires jouissent de ce droit.

5. *Majorité*

Les décisions sont prises, dans tous les cas, à la majorité des deux tiers de voix dont disposent les obligataires présents ou représentés (art. L. 225-98 al. 3 du C. com. sur renvoi de l'article L. 228-65 II du C. com.).

6. *Procès-verbaux*

En l'espèce, les règles établies pour les sociétés anonymes sont transposables ici.

E. **Attributions des assemblées d'obligataires**

1. *Compétence*

a. **Décisions interdites**

Certaines décisions portant atteinte à des droits considérés comme essentiels ne peuvent pas être prises par les assemblées d'obligataires (art. L. 228-68 du C. com.) :

- **accroissement des charges** des obligataires ;
- établissement d'un **traitement inégal (respect de la règle de l'égalité)** entre les obligataires d'une même masse ;
- **conversion** des obligations ordinaires en actions.

Toute clause contraire est réputée non écrite (clause léonine).

b. **Exécution du contrat d'emprunt**

L'assemblée générale délibère sur toutes les mesures ayant pour objet d'assurer la **défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt** (art. L. 228-65 al. 1 du C. com.). **Elle doit aussi se prononcer sur la nomination des représentants de la masse.**

c. Modification du contrat d'émission

L'assemblée générale est autorisée à statuer sur toute proposition tendant à la **modification du contrat d'émission** autre que celles énumérées ci-dessus (art. L. 228-65 du C. com.). Mais, comme nous le verrons, la portée des décisions prises par l'assemblée des obligataires varie selon que les modifications proposées intéressent à la fois la société débitrice et les obligataires ou seulement les conditions de l'emprunt. Il convient donc de distinguer ces deux types de décisions.

- Décisions intéressant à la fois la société débitrice et les obligataires

Les obligataires sont appelés à donner leur avis sur des décisions prises par la société débitrice qui sont susceptibles de porter indirectement atteinte à leurs droits. Il en est ainsi dans les cas suivants :

- modification de l'**objet** ou de la **forme** de la société (art. L. 228-65-1° du C. com.) ;
- **fusion** ou **scission** (art. L. 228-65-3° du C. com.) auxquelles il faut, semble-t-il, assimiler les apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions (dans le même sens, Bull. COB avril 1980 p. 9) ;
- émission de nouvelles **obligations comportant un droit de préférence** par rapport à la créance des obligataires composant la masse (art. L. 228-65-4° du C. com.).

- Décisions concernant les conditions de l'emprunt

L'assemblée générale des obligataires est compétente pour approuver ou refuser les mesures suivantes :

- **abandon** total ou partiel des **garanties** conférées aux obligataires (art. L. 228-65-5° du C. com.) ;
- modification des **modalités d'amortissement** (art. L. 228-65-5° du C. com.) ;
- modification du **taux des intérêts** (art. L. 228-65-5° du C. com.) ;
- transaction ou compromis sur des droits litigieux ou ayant fait l'objet d'une décision de justice ;
- **report de l'échéance** du paiement des intérêts (art. L. 228-65-5° du C. com.).

L'énumération donnée ci-dessus n'est **pas limitative**. Toute modification directe ou indirecte du contrat d'émission doit aussi être soumise à l'assemblée générale des obligataires.

Section 4. Droits des obligataires

I. Droit d'information

À toute époque, chaque obligataire a le droit de se faire communiquer les **procès-verbaux** et les **feuilles de présence** des assemblées générales de la masse à laquelle il appartient (art. L. 228-69 al. 2 du C. com.).

Avant toute assemblée d'obligataires, ces derniers ont droit d'obtenir **communication du texte des résolutions proposées et des rapports** qui y seront présentés.

Les obligataires ne sont **pas** admis à exercer **individuellement** un contrôle sur les opérations de la société débitrice ou à demander communication des documents sociaux (art. L. 228-70 du C. com.). **Le contrôle étant exercé par les représentants de la masse des obligataires** qui disposent du même droit de communication que les actionnaires.

II. Droit au paiement des intérêts

Le taux des intérêts déterminé en principe au moment de l'émission peut être **fixe ou variable**. Les intérêts fixes sont calculés sur le montant nominal des obligations même si la valeur d'émission est inférieure au nominal. Cependant, l'assemblée générale des obligataires peut en cours de l'emprunt, sur la proposition de la société débitrice, **modifier le taux des intérêts établi dans le contrat d'émission**.

La date du paiement : la plupart des contrats d'émission ne prévoient qu'**une seule échéance de coupons par an**. Toutefois, les sociétés peuvent aussi verser les intérêts de leurs emprunts en **plusieurs fois au cours d'une même année**. Le lieu de paiement des intérêts est aussi fixé dans le contrat d'émission.

Les **intérêts non perçus** sont prescrits **au profit de l'État** à l'expiration d'un délai **de cinq ans** (art. 2277 du C. civ. ; art. L. 27 et R. 46 du Code du domaine de l'État).

III. Droit au remboursement des obligations

Les **conditions de remboursement de l'emprunt** doivent être **précisées dans le contrat d'émission**.

Le remboursement de l'emprunt peut se faire **en une seule fois au terme convenu, c'est la pratique courante aujourd'hui**. Mais, en général, les sociétés **procèdent par voie d'amortissement** annuel : elles désintéressent chaque année un certain nombre d'obligataires de la totalité des droits attachés à leurs titres. Le remboursement peut être effectué de deux manières, **la société peut soit rembourser chaque année un nombre égal de titres, soit procéder par annuités constantes**.

La société peut aussi décider **un remboursement anticipé** des obligations ou **un rachat de ces dernières**.

La société est libre d'acheter ses propres obligations. Elle doit alors les annuler ; il lui est interdit de les remettre en circulation (art. L. 228-74 du C. com.).

IV. Droit d'aliéner les obligations

Les obligations sont, comme les actions, des **titres négociables** (art. L. 213-5 du C. com.) ; en principe elles sont librement cessibles.

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la dématérialisation des valeurs mobilières, elles ne peuvent être cédées que par **virement de compte à compte** : chez la **société émettrice** s'il s'agit de titres nominatifs, chez **un intermédiaire financier habilité** s'il s'agit de titres au porteur.

Les obligations peuvent, comme les actions, être **données en gage** par leur propriétaire.

Section 5. Procédure collective d'apurement du passif de la société débitrice

L'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de la société émettrice des obligations, n'entraîne pas la possibilité pour les obligataires de convenir individuellement avec le **représentant des créanciers** des modalités de remboursement de leurs titres et éventuellement du paiement des intérêts de retard : **c'est le représentant de la masse qui doit agir pour leur compte et selon les indications de l'assemblée des obligataires**.

Les obligataires sont, en principe, **représentés par les représentants de la masse** (art. L. 228-83 du C. com.).

La sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires ne mettent pas fin au fonctionnement et au rôle de l'assemblée générale des obligataires (art. L. 228-88 du C. com.).

Le représentant des créanciers doit transmettre aux représentants de la masse les propositions qu'il a reçues de l'administrateur en ce qui concerne les modalités de **règlement des obligations**.

Tous les frais engagés par les représentants de la masse des obligataires au cours de la procédure sont supportés par la société (art. L. 228-87 du C. com.).

Section 6. Obligations avec bons de souscription d'actions

Depuis la loi du 3 janvier 1983, les sociétés peuvent émettre des obligations qui confèrent à leurs titulaires **le droit de souscrire**, à des époques et dans des conditions fixées dès l'émission de l'emprunt, **des actions** de la société émettrice.

Ces titres **se différencient des obligations convertibles ou échangeables en actions** car leurs titulaires **ne sont pas contraints d'opter entre la qualité d'actionnaire ou celle d'obligataire**.

Comme les bons de souscription sont détachables des obligations et négociables indépendamment de celles-ci, les épargnants peuvent :

- **céder les bons de souscription et conserver leurs obligations ;**
- **ou vendre leurs obligations et garder les bons en vue de profiter d'une hausse éventuelle du cours de l'action ;**
- **ou encore conserver simultanément les obligations et les bons.**

Le régime de ces obligations est, pour l'essentiel, calqué sur celui des obligations convertibles.

I. *Émission des obligations avec bons de souscription*

Ces obligations, appelées obligations avec bons de souscription d'actions, se distinguent des titres voisins que sont les obligations convertibles ou échangeables en ce que **leurs titulaires ne sont pas contraints d'opter entre la qualité d'obligataire et celle d'actionnaire**.

A. Sociétés pouvant émettre des obligations avec bons de souscription

Peuvent émettre ces obligations **toutes les sociétés par actions, cotées ou non**, relevant du **secteur public ou privé**, et répondant aux conditions générales d'émission des obligations. Ces obligations donnent le droit de souscrire aux actions d'une autre société qui détient, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital de la société émettrice, et seulement dans le sens filiale à mère.

B. Décision d'émission

Compétence

L'émission de ces obligations doit être autorisée par **l'assemblée générale extraordinaire** qui fixe notamment **le montant maximal des actions à souscrire et les modalités de calcul du ou des prix de souscription**. Au vu de cette autorisation, le conseil d'administration ou le directoire procède à la réalisation matérielle de l'opération (durée de l'emprunt, taux d'intérêt...).

C. Rapport du conseil d'administration ou du directoire

À peine de **nullité** de la délibération, la décision de l'assemblée générale extraordinaire doit être précédée d'un **rapport du conseil d'administration** ou du **directoire** contenant les motifs de l'émission, les modalités de calcul du ou des prix d'émission, les dates entre lesquelles peut être levée l'option (art. L. 225-150 al. 1 du C. com.).

D. Rapport des commissaires aux comptes

Les commissaires aux comptes doivent également présenter à l'**assemblée générale extraordinaire** un **rapport** donnant leur **avis sur le ou les prix de souscription des actions** à peine de nullité des décisions de l'assemblée.

E. Conditions de l'émission

1. Délai de réalisation

À peine de nullité de l'opération, l'émission des obligations avec bons de souscription doit être réalisée dans le **délai maximum de cinq ans** à compter de la décision de l'assemblée générale extraordinaire, réduit à **deux ans en cas de renonciation** des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription (prix, modalités de calcul, délai de levée de l'option...).

2. Droit préférentiel de souscription

Les actionnaires de la société appelée à émettre les actions auxquelles elles donnent vocation, jouissent d'un droit préférentiel à la souscription des obligations à bons. **L'assemblée générale extraordinaire peut supprimer ce droit préférentiel** à condition de respecter les dispositions protectrices de leurs intérêts (art. L. 225-135 du C. com.).

3. Publicité

Outre les formalités exigées pour toute émission d'obligations, **deux copies du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire** doivent être **déposées au greffe du tribunal de commerce du siège social de la société, dans le délai d'un mois à compter de la date de cette assemblée.**

II. Conséquences de l'émission d'obligations avec bons de souscription

Le législateur impose à la **société émettrice des actions** certaines contraintes visant à protéger les droits des titulaires de bons de souscription. **Cependant, aucune disposition soit légale soit réglementaire ne met en place une organisation collective des titulaires de bons de souscription, les statuts peuvent par des stipulations expresses y remédier.**

La violation de cette interdiction entraîne **la nullité de l'opération** et l'application de sanctions pénales pour les dirigeants.

A. Opérations interdites à la société

À dater du vote de l'assemblée générale extraordinaire, la société ne **peut plus réduire ou amortir** son capital social ni **modifier la répartition des bénéfices**. Elle peut, cependant, créer des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

La violation de cette interdiction entraîne **la nullité de l'opération** et l'application de sanctions pénales pour les dirigeants.

B. Opérations réglementées

À dater du vote de l'assemblée générale extraordinaire, sont réglementées **l'émission d'actions à souscrire en numéraire, l'incorporation au capital de réserves, la distribution de réserves en espèces ou en titres.**

C. Émission de nouvelles obligations donnant droit à des actions

Dans cette hypothèse, les titulaires de bons de souscription ne peuvent participer à l'opération que s'ils exercent leur droit de souscription et prennent d'abord la qualité d'actionnaire (art. L. 225-154 al. 3 du C. com.).

D. Information des titulaires de bons de souscription

Tant qu'il en existe, la société qui procède à une opération financière doit, si elle fait **appel public à l'épargne**, en informer les titulaires de bons de souscription par un **avis** inséré au Bulletin des annonces légales obligatoires (**BALO**), avant le début de l'opération, comportant un certain nombre de mentions.

E. Fusion ou scission

En cas de fusion ou de scission de la société émettrice des actions, **les titulaires de bons de souscription peuvent utiliser ces bons en vue de souscrire des actions** de la société absorbante ou nouvelle.

F. Réduction de capital

En cas de réduction de capital **motivée par les pertes**, les droits des titulaires de bons optant pour la souscription doivent être réduits dans la même proportion que s'ils avaient été actionnaires dès la date d'émission des obligations (art. L. 225-153 al. 3 du C. com.).

III. Droits attachés aux bons de souscription

A. Droit de souscription

Période de souscription

La souscription ne peut intervenir que pendant la ou les périodes **fixées par le contrat d'émission** des obligations. Cette période ne peut pas dépasser de **plus de trois mois** la dernière échéance d'amortissement de l'emprunt (art. L. 225-150 al. 1 du C. com.).

B. Prix de souscription

Il doit être au moins **égal à la valeur nominale des actions souscrites. Le contrat d'émission peut fixer plusieurs prix** en fonction du moment de la souscription au sein de la période d'amortissement de l'emprunt ou un prix variable calculé à l'ouverture de chaque période de souscription, en fonction d'un indice déterminé.

C. Réalisation de l'augmentation de capital

L'exercice du droit de souscription est soumis à des formalités simplifiées : ni **la publicité préalable** et le **dépôt des fonds** ne sont nécessaires, **ni l'intervention du commissaire aux comptes** en cas de libération des souscriptions par compensation de créance.

L'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de la **remise du bulletin de souscription** accompagné du **versement du prix** de souscription.

D. Droits attachés aux actions

Les actions souscrites au moyen de bons de souscription sont **immédiatement négociables** (art. L. 228-10 al. 1 du C. com.).

Les actions nouvelles donnent droit aux **dividendes** versés au titre de l'exercice social au cours duquel elles ont été souscrites. Les bons rachetés par la société émettrice ou utilisés doivent être annulés.

E. Droit d'information

En raison de leur qualité « d'actionnaire potentiel » de la société, les titulaires de bons de souscription, ont **droit à la communication de certains documents** relatifs aux trois derniers exercices de la société émettrice des actions (comptes annuels, consolidés, liste des administrateurs des membres du directoire ou du conseil de surveillance, ainsi que les rapports du conseil d'administration et des commissaires aux comptes...).

F. Cession des bons de souscription

Le bon de souscription peut être **détaché de l'obligation** et négocié indépendamment de celle-ci, sauf stipulation contraire. Le bon de souscription est alors, comme toute valeur mobilière, cessible par **virement de compte à compte** chez la société émettrice s'il est nominatif ou chez un intermédiaire habilité s'il est au porteur.

IV. Sanctions des règles relatives aux obligations avec bons de souscription

A. Sanctions civiles

Les décisions prises en violation des dispositions précédentes sont nulles (art. L. 225-157 du C. com.).

B. Sanctions pénales

Des sanctions pénales étaient prévues (art. L. 242-78 du C. com.) à l'encontre des dirigeants (président, administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire) qui, par exemple, n'auraient pas réservé les droits des titulaires de bons de souscription ou bien auraient amorti le capital (amende de 18 000 € (120 000 F)). Mais la loi 2003-706 du 1^{er} août 2003 **a supprimé ces sanctions pénales**.

Section 7. Obligations convertibles en actions

Les sociétés peuvent émettre des obligations assorties pour leurs titulaires du droit de **demander** à des époques et dans des conditions fixées dès l'émission de l'emprunt la **conversion des obligations en actions**.

Ces obligations n'ont eu aucun succès pratique et l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 les a supprimés. Leur régime ne sera donc pas exposé. Pour les étudiants qui seraient curieux de connaître cette catégorie de titres, voir MS n° 20 550 et s.

Section 8. Obligations échangeables contre des actions

Ces obligations peuvent, au gré de leurs titulaires, être échangées à tout moment contre des actions.

Cependant, cette faculté n'est plus réservée aux obligations échangeables depuis que la loi du 6 janvier 1969 a permis d'émettre des obligations convertibles à tout moment et l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 les a supprimés.

I. Émission des obligations échangeables contre des actions

A. Sociétés pouvant émettre des obligations échangeables

Seules les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé peuvent émettre des obligations échangeables contre des actions (art. L. 225-168 al. 1 du C. com.).

B. Décision d'émission

1. Compétence

Comme pour les obligations convertibles, l'émission d'obligations échangeables ne peut être autorisée que par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires (art. L. 225-169 al. 1 du C. com.).

La réalisation incombe, en fait, soit au conseil d'administration soit au directoire.

Lorsque l'échange ne doit pas se faire contre les actions déjà créées, cette assemblée décide simultanément une augmentation de capital et l'émission des actions devant être remises aux obligataires qui exerceront l'option (art. L. 225-169 al. 1 du C. com.).

La même assemblée doit approuver la convention conclue entre la société et les personnes qui s'obligent à assurer l'échange des obligations (art. L. 225-170 du C. com.).

L'inobservation de ces dispositions est sanctionnée par la nullité de la décision (art. L. 225-176 du C. com.).

2. Rapport du conseil d'administration ou du directoire

À peine de nullité de la décision (art. L. 225-176 du C. com.), le conseil d'administration ou le directoire doivent présenter à l'assemblée générale extraordinaire un rapport contenant les indications suivantes (art. L. 225-169 du C. com.) :

- le motif de l'émission ;
- les bases de l'échange.

S'il est demandé aux actionnaires de renoncer à leur droit référentiel de souscription aux obligations échangeables contre des actions, le rapport doit indiquer également (art. D. 174-7 bis al. 2) :

- les motifs invoqués à l'appui de cette demande ;
- le prix d'émission des obligations ou les modalités de détermination de celui-ci avec leurs justifications ;

- le **nom des souscripteurs auxquels l'émission est réservée et le nombre d'obligations souscrites par chacun d'eux**, ces mentions n'étant toutefois pas exigées s'il est fait publiquement appel à l'épargne pour la souscription des obligations échangeables.

3. *Rapport des commissaires aux comptes*

Les commissaires aux comptes **doivent également présenter à l'assemblée un rapport** dans lequel ils donnent leur avis sur **les bases de l'échange proposées** et, le cas échéant, sur la demande de suppression du droit préférentiel des actionnaires à la souscription des obligations échangeables (art. L. 225-169 du C. com.). Ce rapport doit aussi faire état de la *rémunération* prévue en faveur des personnes qui s'obligent à assurer l'échange des obligations (art. L. 225-170 du C. com.).

Le défaut de rapport ou la rédaction d'un rapport non conforme aux prescriptions légales et réglementaires est sanctionné par **la nullité de la décision de l'assemblée** (art. L. 225-176 du C. com.).

C. Conditions de l'émission

1. *Prix d'émission*

À peine de nullité de l'opération (art. L. 225-176 du C. com.), **le prix d'émission** des obligations échangeables **ne peut pas être inférieur à la valeur nominale des actions** que les obligataires recevront en cas d'échange (art. L. 225-171 al. 1 du C. com.).

2. *Contrat d'émission*

Le contrat d'émission doit notamment fixer les **conditions et les bases de l'échange** des obligations (art. L. 225-171 al. 2 du C. com.). Il doit préciser également si les obligations seront échangées contre des actions déjà émises et détenues par des tiers ou contre des actions créées lors d'une augmentation du capital à décider en même temps que l'émission des obligations (art. L. 225-169 al. 1 du C. com.).

D. Tiers échangiste

1. *Qui peut être tiers échangiste ?*

Si l'échange doit se faire avec des actions déjà créées au moment de l'émission des obligations, **aucune qualité particulière** n'est exigée de la ou des personnes qui s'obligent à assurer l'échange.

En revanche, *si les actions* doivent être **émises en même temps que les obligations**, les tiers échangistes (tiers souscripteurs) doivent, à peine de nullité de l'opération, être des *banques* ou des personnes ayant obtenu la caution de banques (art. L. 225-169 al. 1 du C. com.).

2. *Rôle du tiers échangiste*

Indépendamment de l'obligation de *souscrire les actions émises* lors de l'augmentation du capital en même temps que l'émission des obligations (art. L. 225-169 al. 1 du C. com.), les personnes qui se sont engagées à assurer l'échange doivent :

- **remettre aux obligataires qui le demandent les actions** qu'elles détiennent en échange des obligations (art. L. 225-170 du C. com.) ;
- **exercer tous les droits de souscription à titre irréductible et d'attribution attachés aux actions** réservées aux obligataires et ce pendant toute la période comprise entre la date d'émission des obligations échangeables et celle prévue pour l'expiration du délai d'option (art. L. 225-172 du C. com.).

3. *Rémunération*

La rémunération du tiers échangeiste est fixée dans la convention passée avec la société. Rappelons que cette rémunération doit être mentionnée dans le rapport présenté par les commissaires aux comptes à l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires appelée à statuer sur l'autorisation d'émission des obligations échangeables.

4. *Régime des actions réservées aux obligataires*

Les actions nécessaires pour assurer l'échange des obligations doivent, jusqu'à la réalisation de cet échange, revêtir la forme **nominative** et sont **inaliénables et insaisissables**. Leur transfert ne peut être effectué que sur justification de l'échange (art. L. 225-173 al. 1 du C. com.).

Il en est de même pour les actions souscrites à titre irréductible ou reçues gratuitement à la suite d'une augmentation de capital (art. L. 225-173 al. 2 du C. com.).

Ces actions garantissent à titre de gage, à l'égard des obligataires, l'exécution des engagements des personnes qui se sont obligées à assurer l'échange (art. L. 225-173 al. 2 du C. com.).

E. **Droit préférentiel de souscription des actionnaires**

Les actionnaires jouissent d'un droit préférentiel pour souscrire aux obligations échangeables émises par la société, mais *l'assemblée* générale extraordinaire **peut supprimer ce droit préférentiel**.

Les modalités d'exercice du droit préférentiel, comme les conditions de validité de sa suppression, obéissent aux mêmes règles qu'en cas d'augmentation du capital (art. L. 225-169 al. 3 du C. com.).

F. **Publicité**

Indépendamment des mesures de publicité prescrites à l'occasion de toute émission d'obligations au cas où la société fait publiquement appel à l'épargne et de celles relatives à toute augmentation de capital, **deux copies du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire** ayant autorisé l'émission d'obligations échangeables doivent être **déposées au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social**, dans le **délai d'un mois** à compter de la date de l'assemblée (art. 52 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984).

II. **Conséquences de l'émission d'obligations échangeables contre des actions**

Pour préserver les droits des obligataires qui opteront pour l'échange, certaines opérations sont interdites à la société, d'autres sont soumises à des formalités particulières.

A. **Opérations interdites à la société**

À dater du vote de l'assemblée autorisant l'émission d'obligations échangeables, il est interdit à la société jusqu'à ce que toutes les obligations émises soient échangées ou remboursables (art. L. 225-174 al. 1 du C. com.).

- **d'amortir son capital social ou de le réduire** par voie de remboursement ;
- **de modifier la répartition des bénéfices**, sauf s'il s'agit de créer des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

La violation de cette interdiction est sanctionnée par la **nullité de l'opération** (art. L. 225-176 du C. com.).

B. Opérations soumises à des formalités spéciales

1. *Augmentation de capital*

Nous avons vu plus haut que les personnes qui se sont engagées à assurer l'échange doivent suivre toutes les augmentations de capital.

Les actions nouvelles ainsi obtenues doivent être **offertes**, au moment de l'échange, aux **obligataires**. Ces derniers sont alors tenus de rembourser au tiers échangiste le montant des sommes versées par lui pour libérer les actions nouvelles ou pour acheter les droits supplémentaires nécessaires à l'effet de compléter le nombre de droits attachés aux actions anciennes, ainsi que l'intérêt de ces sommes, si la convention entre la société et le tiers échangiste prévoit un tel intérêt (art. L. 225-172 du C. com.).

En **cas de rompus**, l'obligataire a droit au versement en espèces de la valeur desdits rompus, cette valeur étant appréciée à la date de l'échange (art. L. 225-172 du C. com.).

2. *Distribution de réserves en titres*

Si la société distribue des réserves en titres, les dispositions ci-dessous doivent être respectées, à peine de nullité de la distribution (art. L. 225-176 du C. com.) :

- Les titres attribués du chef des actions nécessaires à l'échange sont **nominatifs, inaliénables et insaisissables** (art. L. 225-174 al. 2 du C. com.).
- **Ces titres doivent être remis aux obligataires en cas d'échange**, à concurrence du nombre de titres correspondant aux actions auxquelles ils ont droit. Les rompus éventuels font l'objet d'un versement en espèces calculé d'après la valeur des titres à la date de l'échange (art. L. 225-174 al. 3 du C. com.).

3. *Distribution des réserves en espèces*

Si la société **distribue des réserves en espèces**, les obligataires ont droit, lors de l'échange de leurs titres, à une somme égale à celle qu'ils auraient perçue s'ils avaient été actionnaires au moment de la distribution (art. L. 225-174 al. 4 du C. com.).

4. *Fusion de la société émettrice*

Jusqu'à ce que toutes les obligations aient été échangées ou remboursées, la fusion de la société émettrice est, à peine de nullité, subordonnée à une **approbation** préalable par **l'assemblée générale extraordinaire des obligataires** intéressés (art. L. 225-175 al. 1 du C. com. et L. 225-176 du C. com.).

Si cette assemblée rejette la fusion, la société émettrice doit dans ce cas s'incliner, elle ne peut passer outre.

III. *Échange des obligations contre des actions*

A. *Époque de l'échange*

L'échange ne peut avoir lieu qu'**au gré des obligataires**. Il est effectué dans les conditions et selon les bases fixées par le contrat d'émission et par la convention conclue avec la ou les personnes qui se sont obligées à assurer cet échange (art. L. 225-171 al. 2 du C. com.).

Il peut être demandé à tout moment et jusqu'à l'expiration du délai de **trois mois** qui suit la date à laquelle l'obligation est remboursable (art. L. 225-171 al. 2 du C. com.), le tout à peine de nullité des conventions contraires (art. L. 225-176 du C. com.).

B. Modalités de l'échange

Contre remise de ses titres, l'obligataire reçoit le nombre d'actions convenu au moment de l'émission des obligations, ainsi que, éventuellement, les actions ou sommes d'argent auxquelles il peut prétendre à la suite des augmentations de capital ou des distributions de réserves intervenues depuis l'émission.

IV. Sanctions des règles relatives aux obligations échangeables contre des actions

A. Sanctions civiles

Les **décisions prises en violation** des articles L. 225-169, L. 225-170, L. 225-171, L. 225-174, L. 225-175 du C. com. sont **nulles, ces dispositions sont abrogées par l'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004.**

B. Sanctions pénales

Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme (ou les membres du directoire) qui, « en cas d'émission antérieure d'obligations échangeables contre des actions, auront, avant que toutes ces obligations aient été échangées ou appelées au remboursement, amorti le capital, ou réduit le capital par voie de remboursement, ou modifié la répartition des bénéfices », s'exposent à une amende de 18 000 € (120 000 F) (art. L. 242-18-6° du C. com.).

Si ces infractions ont été commises en vue de priver les titulaires ou porteurs d'obligations échangeables, ou certains d'entre eux, de leurs droits dans le patrimoine de la société, la sanction est plus lourde : emprisonnement d'un à cinq ans et amende de 300 € à 75 000 € (2 000 F à 500 000 F) (art. L. 242-19 du C. com.).

Ces sanctions pénales ont été supprimées par la loi 2003-706 du 1^{er} avril 2003.

Section 9. Obligations émises par des sociétés étrangères

Les obligations émises par les sociétés étrangères sont soumises à un régime particulier lorsqu'elles sont offertes à la souscription ou lorsqu'elles sont exposées, mises en vente ou introduites sur le marché français par voie d'offre au public (art. 1^{er} al. 1 et art. 6 du décret-loi du 30 octobre 1935 modifié par la loi n° 87-416 du 17 juin 1987).

L'émission, le placement ou la vente en France d'obligations de sociétés étrangères sont soumis à l'autorisation préalable du ministre de l'Économie et des Finances.

Enfin, les sociétés étrangères doivent désigner, avant l'émission, un ou plusieurs mandataires de nationalité française et ayant leur domicile en France.

CHAPITRE 4. LES PARTS DE FONDATEUR (OU PARTS BÉNÉFICIAIRES)

Depuis le **1^{er} avril 1967**, date d'entrée en vigueur de la réforme des sociétés commerciales, **l'émission des parts bénéficiaires ou de fondateur est interdite** (art. L. 228-4 du C. com.) dans les sociétés anonymes, en revanche cette émission de parts de fondateurs est possible pour les SARL.

Cette interdiction laisse subsister les parts émises avant le 1^{er} avril 1967. Mais le législateur a édicté certaines mesures en vue de faciliter leur disparition par achat ou conversion des actions.

Compte tenu du caractère très restreint, en pratique, de ces parts de fondateur, l'exposé de leur régime ne sera pas présenté ici.

CHAPITRE 5. LES CERTIFICATS D'INVESTISSEMENT

Les certificats d'investissement résultent d'un fractionnement des droits attachés aux actions ; ils correspondent aux **droits pécuniaires** (droits aux dividendes, aux réserves et au boni de liquidation), l'ensemble des **autres droits** (notamment le droit de vote) étant représenté par les **certificats de droit de vote**.

Les certificats d'investissement sont des **valeurs mobilières**, des **titres négociables**, leur **valeur nominale doit être égale à celle des actions** de la société émettrice.

Issu de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, ce nouveau produit financier doit permettre aux entreprises, publiques ou privées, de développer leurs fonds propres en faisant appel à des capitaux extérieurs sans influence sur le contrôle même de la société.

Section 1. Caractéristiques des certificats

Définition

Les certificats d'investissement sont des **valeurs mobilières issues du fractionnement d'actions** et représentant les **droits pécuniaires** attachés à celles-ci.

I. Forme des titres

Les certificats d'investissement sont des **meubles**, des **titres négociables** (art. L. 228-30 al. 5 du C. com.), c'est-à-dire, depuis l'entrée en vigueur de la dématérialisation des valeurs mobilières, des titres inscrits dans des comptes ouverts au nom de leurs titulaires, soit chez la société émettrice (s'il s'agit de titres nominatifs), soit chez un intermédiaire financier habilité (s'il s'agit de titres au porteur).

II. Valeur nominale

La valeur nominale des certificats d'investissement doit être égale à celle des actions de la société émettrice (art. L. 228-30-1 al. 5 du C. com.).

Lorsque les **actions** sont **divisées**, les certificats d'investissement doivent l'être également.

III. Certificats de droit de vote

Ils représentent les droits autres que pécuniaires attachés aux actions. Ils doivent être émis en nombre égal à celui des certificats d'investissement. Ils doivent obligatoirement revêtir la forme nominative (art. L. 228-30 al. 4 du C. com.).

Section 2. Émission des certificats d'investissement

I. Généralités

Seules les sociétés par actions SA, SCA, SAS, cotées ou non, publiques ou privées, peuvent émettre des certificats d'investissement. Ceux-ci ne doivent pas représenter **plus du quart** du capital social (art. L. 228-30 al. 1 du C. com.).

Les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote peuvent être **créés** soit à l'occasion d'une **augmentation de capital**, soit par **fractionnement d'actions existantes**.

II. Décision d'émission

L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider de l'émission des certificats d'investissement et, corrélativement, des certificats de droit de vote correspondants, et ce, uniquement au cours de la vie sociale. Elle **peut déléguer** au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de réalisation de l'émission.

III. Rapport du conseil d'administration ou du directoire

Le conseil d'administration ou le directoire doivent présenter à l'assemblée générale extraordinaire un rapport contenant les **motifs de la création des certificats** et le **nombre de certificats émis**. Si l'assemblée décide cette création elle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire ou au gérant le pouvoir de réaliser cette émission.

IV. Rapport des commissaires aux comptes

La décision de l'assemblée générale extraordinaire doit être précédée d'un **rapport du commissaire aux comptes** qui apprécie l'étendue des informations à fournir.

V. Publicité

Deux copies du procès-verbal de l'assemblée ayant autorisé l'émission des certificats d'investissement doivent être **déposées au greffe** du tribunal de commerce du lieu du siège social.

VI. Émission de certificats d'investissement par voie d'augmentation de capital

Les certificats d'investissement sont, **le plus souvent**, émis à l'occasion d'une **augmentation de capital en numéraire**. Mais ils peuvent aussi résulter d'un apport en nature ou d'une **incorporation de réserves** au capital.

Bien que la loi ait prévu qu'en cas d'augmentation de capital les actionnaires ont un droit préférentiel à la souscription des certificats d'investissement, sans préciser que ce droit est lié aux seules émissions en numéraire -ce qui nous avait conduit, dans les précédentes éditions, à soutenir que les apports en nature et les capitalisations de réserves devaient être écartés au motif que le droit préférentiel ne peut pas être exercé à l'occasion de ces opérations- cette interprétation nous paraît aujourd'hui erronée car elle est contraire à la règle fondamentale selon laquelle, la liberté étant de principe, on ne saurait déduire une interdiction d'une interprétation a contrario : les interdictions doivent être expresses.

VII. Réalisation de l'émission

La procédure à suivre pour l'émission des certificats d'investissement est la même que celle applicable en cas d'augmentation de capital par émission d'actions de numéraire :

A. Sort des certificats de droit de vote

Les certificats de droit de vote correspondant aux nouveaux certificats d'investissement doivent être répartis entre les anciens actionnaires et, s'il en existe, les titulaires **des anciens certificats de droit de vote**, au prorata de leurs droits. Il ne peut être attribué de certificats représentant moins d'un droit de vote (art. L. 228-30 al. 2 du C. com.).

B. Création de certificats d'investissement par fractionnement d'actions existantes

Dans les dispositions nouvelles de la loi, celle-ci impose la reconstitution immédiate et de plein droit des actions dès qu'une personne détient à la fois des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en nombre identique, **ce qui, de fait, rend impossible la création de certificats d'investissement par le fractionnement d'actions existantes.**

Section 3. Droits des titulaires de certificats d'investissement

I. Droits pécuniaires

Les titulaires de certificats d'investissement ont droit à **toutes les sommes** que l'assemblée des actionnaires **décide de distribuer : dividendes, réserves, primes d'émission, remboursement de la valeur nominale de leur certificat, boni de liquidation...**

Aucune disposition ne prévoit le sort des certificats d'investissement en cas de réduction de capital ou d'absorption de la société émettrice par une autre société.

Le produit des certificats d'investissement est soumis au même régime fiscal que les produits des actions.

A. Augmentation de capital par apport en numéraire

En cas d'augmentation de capital par apport en numéraire, de nouveaux certificats d'investissement doivent être émis en nombre tel que la **proportion** qui existait avant l'augmentation entre actions ordinaires et certificats de droit de vote soit **maintenue** après l'augmentation (art. L. 228-34 al 1 du C. com.).

La réalisation de l'augmentation de capital doit s'apprécier sur la fraction de celle-ci correspondant à l'émission d'actions.

B. Augmentation de capital par incorporation de réserves

En cas d'augmentation de capital par **incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission**, les titulaires de certificats d'investissement existant lors de cette augmentation, doivent recevoir **gratuitement des nouveaux certificats d'investissement** dans la même proportion que celle des actions nouvelles attribuées aux propriétaires des actions anciennes.

II. Assemblées spéciales

A. Compétence

Les titulaires de certificats d'investissement ne doivent être réunis en assemblée générale spéciale qu'en vue de statuer sur la **renonciation** à leur **droit préférentiel de souscription** des nouveaux certificats d'investissement créés, donc seulement dans des cas exceptionnels. **Ils ne sont pas groupés de plein droit dans une masse.**

B. Convocation

L'assemblée spéciale des titulaires de certificats d'investissement doit être convoquée **en même temps que l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires** appelée à délibérer sur l'augmentation de capital ou l'émission d'obligations convertibles ou avec bons de souscription (art. R 228-33 al. 1 du C. com.).

Les titulaires de certificats d'investissement peuvent, comme les actionnaires, **obtenir communication**, avant la tenue de l'assemblée, **des documents qui seront présentés à l'assemblée.**

Les titulaires de certificats d'investissement **peuvent y assister personnellement** ou se faire représenter uniquement par leur conjoint ou un autre titulaire possesseur de mêmes titres.

L'assemblée générale spéciale doit statuer selon les règles prévues par l'assemblée générale extraordinaire, aux mêmes conditions de quorum et de majorité.

III. Autres droits

A. Droit d'information

Les titulaires de certificats d'investissement peuvent obtenir **communication des documents sociaux** dans les mêmes conditions que les actionnaires. En revanche, ils **ne peuvent** participer **aux assemblées générales d'actionnaires, ni par voie de conséquence, déposer des projets de résolution.**

B. Cession des certificats d'investissement

Étant des **titres négociables**, ils peuvent donc être cédés par **simple virement dans les comptes tenus par la société émettrice s'il s'agit de titres nominatifs et par un intermédiaire habilité s'il s'agit de titres au porteur.**

Il ne nous paraît toutefois pas interdit de prévoir dans les statuts, des **clauses d'agrément** pour les certificats d'investissement nominatifs.

Section 4. Droits des titulaires de certificats de droit de vote

Ils disposent de tous les **droits** attachés aux actions **autres que** les droits **pécuniaires**. Ils peuvent **prendre part aux assemblées** et **y voter**. De même, ils ont droit à **communication des divers documents** sur la gestion des affaires sociales et peuvent demander en justice la nomination **d'un expert chargé de faire un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion**.

I. Éligibilité aux fonctions sociales

À notre avis, ils ne peuvent pas être nommés administrateurs ou membres du conseil de surveillance, cette qualité exigeant la qualité d'actionnaire. En revanche, ils pourront être désignés comme membres du directoire ou commissaire aux comptes sous réserve de remplir toutes les conditions requises.

II. Action en justice

Ils peuvent exercer **toute action** en justice pour la **défense de leurs droits personnels** à l'encontre des organes sociaux (administrateurs, membre du directoire ou du conseil de surveillance, commissaires aux comptes, liquidateurs) **mais ne peuvent pas exercer l'action sociale à la place des dirigeants sociaux**.

III. Émission de nouveaux certificats d'investissement

En cas d'émission de nouveaux certificats d'investissement, la société doit créer corrélativement un nombre égal de nouveaux certificats de droit de vote qui doivent être attribués aux titulaires des anciens certificats de droit de vote en proportion de leurs droits.

IV. Cession des certificats de droit de vote

En principe, ils sont inaliénables, sauf en cas de succession, donation-partage ou de liquidation de communauté entre époux.

Ils ne peuvent être cédés que s'ils sont **réunis à un certificat d'investissement**, l'action étant ainsi « définitivement reconstituée ».

CHAPITRE 6. LES VALEURS MOBILIÈRES COMPOSÉES

Il existe sur le marché, indépendamment des valeurs mobilières « simples » que sont les actions, les obligations, les certificats d'investissement et les titres participatifs, des valeurs mobilières « complexes » ou « hybrides » qui donnent droit à l'attribution ou à la souscription d'autres valeurs mobilières : tel est le cas des obligations convertibles en actions, des obligations échangeables contre des actions et, depuis la loi du 3 janvier 1983, des obligations avec bons de souscription d'actions. Ces valeurs mobilières composées ayant connu un grand succès, la pratique en a imaginé de nouvelles : obligations avec bons de souscription de certificats d'investissement, obligations remboursables en certificats d'investissement privilégiés, titres subordonnés à durée indéterminée (TSDI) avec bons de souscription de titres participatifs ou avec bons d'acquisition de certificats d'investissement, etc.

Plutôt que de réglementer après coup chaque nouveau produit financier inventé par la pratique, le **législateur** a estimé préférable de **fixer un certain nombre de principes fondamentaux** pour toutes les émissions qui peuvent avoir des répercussions sur le capital de la société émettrice.

L'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004 entrée en vigueur le 27 juin 2004 a soumis toutes les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance à **un régime juridique unique et simplifié** qui est prévu aux articles L. 228-91 à L. 228-97 du C. com.

Le régime juridique des valeurs mobilières composées a été fixé antérieurement, par la loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985, dans les articles L. 228-91 à L. 228-97 du C. com. Cette loi doit être complétée par un décret d'application en cours d'élaboration actuellement.

Toutefois, cette réglementation ne s'applique *pas* aux valeurs mobilières composées qui étaient déjà soumises à un régime particulier avant la loi du 14 décembre 1985, c'est-à-dire les *obligations avec bons* de souscription d'actions, les obligations *convertibles* en actions et les obligations *échangeables* contre des actions. Celles-ci restent soumises à la réglementation qui leur est propre.

Section 1. Règles générales

I. Caractéristiques des valeurs mobilières

A. Définition

Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de capital ou de créance, il s'ensuit un principe de liberté dans la création de ces valeurs soumises à la nouvelle réglementation (**art. L. 228-91 al. 1 du C. com.**).

Titres auxquels donnent droit les valeurs mobilières — Ces titres ne peuvent être que des *actions ou des certificats d'investissement* ; ne sont donc visées que les émissions conduisant à l'attribution de titres de capital.

B. Modalités d'attribution des titres

L'attribution des titres (actions ou certificats d'investissement) auxquels donnent droit les valeurs mobilières peut se faire *d'une manière quelconque* : conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon, etc. (art. L. 228-91 al. 1 du C. com.).

Elle peut **intervenir à tout moment ou à date fixe** (art. L. 228-91 al. 1 du C. com.).

Elle peut être réalisée **gratuitement ou moyennant un prix déterminé**.

II. Émission de valeurs mobilières

A. Généralités

1. Sociétés pouvant émettre des valeurs mobilières

Les valeurs mobilières **peuvent être émises par toutes les sociétés par actions** (SA, SCA, SAS) (art. L. 228-91 al. 1 du C. com.), qu'elles soient **cotées ou non, qu'elles fassent ou non publiquement appel à l'épargne**.

2. *Groupes de sociétés*

Une société par actions peut émettre des valeurs mobilières donnant droit à l'attribution des titres de capital (actions ou certificats d'investissement) qui sont ou seront *émis par une autre société*, mais seulement si cette société détient directement ou indirectement plus de la moitié de son capital ou de la société dont elle possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital (art. L. 228-93 al. 1 du C. com.).

B. **Décision d'émission**

1. *Compétence*

L'émission des valeurs mobilières doit être autorisée par l'*assemblée générale extraordinaire* des actionnaires (art. L. 228-92 al. 1 du C. com.) ou déléguée par elle au conseil d'administration ou au directoire.

2. *Rapport du conseil d'administration ou du directoire*

L'**assemblée générale extraordinaire** ne peut prendre sa décision qu'après présentation par le conseil d'administration ou du directoire d'un rapport sur l'opération envisagée (art. L. 228-92 al. 1 du C. com.).

Les mentions qui doivent figurer dans ce rapport sont identiques à celles exigées pour l'émission d'actions de numéraire avec suppression du droit préférentiel de souscription.

3. *Rapport du commissaire aux comptes*

Les commissaires aux comptes doivent, eux aussi, présenter à l'assemblée générale extraordinaire **un rapport** (art. L. 228-92 al. 1 du C. com.) dans lequel il doit donner son avis sur l'émission projetée.

4. *Groupe de sociétés*

En cas d'émission par une filiale de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres de la société mère, *l'opération doit être autorisée* :

- par l'**assemblée générale extraordinaire des actionnaires** de la *filiale* pour l'émission des valeurs mobilières (art. L. 228-92 al. 1 du C. com.) ;
- par l'**assemblée générale extraordinaire des actionnaires** de la *société mère* pour l'émission des actions ou certificats d'investissement auxquels donneront droit ces valeurs mobilières (art. L. 228-93 al. 2 du C. com.).

La décision de l'assemblée générale extraordinaire de la société mère emporte de plein droit renonciation des actionnaires de cette société à leur droit préférentiel de souscription à ces actions ou certificats d'investissement (art. L. 228-93 al. 2 du C. com.).

Malgré le silence des textes à cet égard, nous pensons que cette décision doit être prise sur *rapport* du conseil d'administration ou du directoire et du commissaire aux comptes.

C. **Droit préférentiel de souscription**

Les actionnaires de la société émettrice des valeurs mobilières jouissent d'un droit préférentiel à la souscription de ces valeurs mobilières (art. L. 228-91 al. 2 du C. com.).

Ce droit préférentiel s'exerce dans les mêmes conditions que pour une augmentation de capital en numéraire (art. L. 228-91 al. 3 du C. com.) : publicité préalable, délai minimal de vingt jours pour souscrire, souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible, etc.

III. *Conséquences de l'émission de valeurs mobilières*

Contrairement au régime applicable aux obligations avec bons de souscription appelées à disparaître, aucune disposition légale ou réglementaire ne précise les conditions dans lesquelles doit être assurée la **protection des droits des titulaires** de valeurs mobilières composées notamment lorsque, postérieurement à l'assemblée générale extraordinaire ayant autorisé l'émission de ces valeurs, la société émettrice procède à de nouvelles opérations financières.

Le législateur s'est borné à étendre aux valeurs mobilières les *sanctions civiles de la nullité des décisions prises en violation de la loi* (art. L. 228-95 al. 5 du C. com.).

De cette curieuse manière de légiférer, il ressort que la société émettrice des actions auxquels donnent vocation les valeurs mobilières (la société mère en cas d'émission par une filiale de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres de la société mère) ne peut, tant qu'il existe des droits à ces actions :

- ni procéder à une **distribution de réserves** ;
- ni *amortir son capital social* ;
- ni le réduire par voie de *remboursement* ;
- ni *modifier la répartition des bénéfices* ;
- ni **augmenter son capital** par émission d'actions nouvelles ou par incorporation de réserves.

Par ailleurs, en cas d'*augmentation de capital* par émission d'actions nouvelles ou par incorporation de réserves ou encore en cas de *distribution de réserves*, des mesures doivent être prises pour préserver les droits des titulaires des valeurs mobilières composées qui exerceraient les droits de souscription ou d'attribution attachés à ces valeurs.

IV. *Droits attachés aux valeurs mobilières*

A. **Droit d'attribution**

L'exercice, par les titulaires de valeurs mobilières, des droits d'attribution ou de souscription attachés à leurs titres entraîne une augmentation du capital de la société émettrice. Toutefois, un certain nombre de règles de droit commun relatives aux augmentations de capital sont écartées (art. L. 228-96 du C. com.).

1. *Période d'exercice des droits*

Le droit d'attribution ou de souscription peut être exercé pendant la ou les périodes déterminées lors de l'émission des valeurs mobilières. Il peut aussi être exercé à tout moment (art. L. 228-91 al. 1 du C. com.).

2. *Libération du capital social*

Conformément au droit commun, le capital social doit être **libéré intégralement** avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en capital avant que s'ouvre la période pendant laquelle les titulaires de valeurs mobilières peuvent souscrire les actions auxquelles donnent droit ces valeurs (cf. art. L. 225-131 al. 1 du C. com.).

L'inobservation de cette règle est **sanctionnée pénalement d'une amende de 9 000 € et d'un emprisonnement d'un an**.

3. *Émission des nouveaux titres*

Les émissions des actions nouvelles auxquels donnent droit les valeurs mobilières sont réalisées au fur et à mesure des demandes d'attribution (ou de souscription) accompagnées du versement du prix s'il en a été convenu un (art. L. 225-149 al. 4 du C. com.).

Les augmentations de capital qui en résultent sont soumises à des *formalités simplifiées* (art. L. 225-149 al. 1 du C. com.) :

- pas de publicité préalable ;
- pas de publication de l'avis d'information ;
- pas de constatation des souscriptions ;
- pas de versements et de libération d'actions par compensation ;
- pas de dépôt des fonds.

B. **Droits attachés aux nouveaux titres**

Les actions émises en contrepartie de bons de souscription détachés de valeurs mobilières sont **immédiatement négociables** à compter de la réalisation de l'augmentation de capital (art. L. 228-10 al. 1 du C. com.).

Section 2. **Bons de souscription autonomes**

Depuis la loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985, toutes les sociétés par actions peuvent émettre des bons autonomes, *non rattachés à une autre valeur mobilière* (comme c'est le cas, par exemple, pour les bons de souscription d'actions liées à des obligations), soumis au régime des valeurs mobilières et donnant *le droit de souscrire* -mais *non d'acquérir*- des titres (actions ou certificats d'investissement) représentant une quote-part du capital de la société émettrice (art. L. 228-95 du C. com.).

I. *Émission des bons autonomes*

A. **Généralités**

1. *Sociétés pouvant émettre des bons de souscription autonomes*

Toutes les *sociétés par actions*, qu'elles soient cotées ou non, qu'elles fassent ou non publiquement appel à l'épargne **peuvent émettre des bons de souscription autonomes**.

2. *Groupe de société*

Aucune disposition analogue à l'article L. 228-93 du C. com. **relatif aux émissions de valeurs mobilières ne prévoit la possibilité pour une société d'émettre des bons autonomes donnant le droit de souscrire à des actions d'une autre société**.

B. Décision d'émission

1. Compétence

L'émission de bons de souscription autonomes doit être autorisée par **l'assemblée générale extraordinaire** des actionnaires (art. L. 228-95 al. 1 du C. com.).

Les actionnaires doivent **se prononcer** non seulement sur l'émission des bons autonomes mais aussi **sur l'émission des titres** (actions ou certificats d'investissement) auxquels ces bons permettront de souscrire. Ils doivent aussi **renoncer** expressément **au droit préférentiel** de souscription qu'ils ont sur ces titres conformément au droit commun (art. L. 228-95 al. 2 du C. com.).

2. Rapport du conseil d'administration ou du directoire

L'assemblée générale extraordinaire ne peut prendre sa décision sur l'émission des bons comme sur l'émission des titres **qu'après rapport du conseil d'administration ou du directoire à peine de nullité de la décision** (art. L. 228-95 al. 1 du C. com.).

3. Rapport du commissaire aux comptes

Le commissaire aux comptes doit lui aussi présenter à l'assemblée un rapport (art. L. 228-95 al. 1 du C. com.) sur l'opération envisagée, sous peine également de nullité de la décision.

C. Conditions de l'émission

1. Délai de réalisation

Seules les émissions de bons autonomes avec **suppression du droit préférentiel** de souscription doivent être réalisées dans un certain délai. Dans ce cas en effet (art. L. 228-95 al. 3 du C. com.)

- les **bons** doivent être émis dans le délai maximum **d'un an** à compter de la date de l'assemblée qui les a autorisés ;
- les **titres** (actions ou certificats d'investissement) auxquels les bons donnent le droit de souscrire doivent être émis dans un délai maximal de **cinq ans** à compter de l'émission de ces bons.

En revanche, **aucun délai** n'est imparti ni pour l'émission des bons, ni pour l'émission des titres, **lorsque** les actionnaires peuvent exercer leur **droit préférentiel** de souscription ou d'attribution des bons à émettre.

2. Droit préférentiel de souscription

Les actionnaires de la société émettrice des bons autonomes ont un droit préférentiel à la souscription de ces bons.

II. Conséquences de l'émission des bons autonomes

Les mesures à prendre par la société émettrice en vue de protéger les titulaires de bons autonomes lorsqu'elle procède à des opérations financières susceptibles de porter atteinte à leurs droits ne font l'objet que de **dispositions pénales qui ont été supprimées par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003** (art. L. 228-95 al. 5 du C. com.).

Ces dispositions sont les mêmes que celles applicables aux valeurs mobilières composées et appellent donc les mêmes remarques.

III. Droits attachés aux bons autonomes

A. Transmission des bons

Les bons autonomes sont soumis aux dispositions qui régissent les valeurs mobilières (art. L. 228-95 al. 1 du C. com.). Ils doivent donc être **inscrits en compte chez la société émettrice** s'il s'agit de titres nominatifs, chez un intermédiaire financier habilité s'il s'agit de titres au porteur et ne peuvent être **cédés que par virement de compte à compte**.

B. Droit de souscription

Les modalités d'exercice des droits de souscription d'actions ou de certificats d'investissement auxquels les bons autonomes donnent vocation doivent être fixées lors de l'émission de ces bons.

Les actions ou les certificats d'investissement sont émis au fur et à mesure des demandes de souscription accompagnées du versement du prix de souscription.

CHAPITRE 7. LES TITRES PARTICIPATIFS

Ce nouveau type de valeurs mobilières a été créé par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 en vue de permettre aux **entreprises du secteur public** et aux **sociétés coopératives d'améliorer leurs fonds propres** en faisant appel à l'épargne sans modifier la structure de leur capital ni porter atteinte à leur contrôle.

Voisins des obligations, ils ne sont toutefois pas amortissables.

Section 1. Émission des titres participatifs

I. Sociétés concernées

En principe seules les sociétés par actions appartenant au **secteur public** (selon le Conseil d'État, les entreprises publiques ou celles dont le capital appartient pour plus de 50 % à l'État) et les **sociétés anonymes coopératives** et les **établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial** et les **coopératives agricoles** peuvent en émettre. Cette possibilité est offerte également **aux sociétés d'assurances mutuelles**, aux sociétés caisses d'assurances et de réassurances, mutuelles agricoles.

II. Réalisation de l'émission

Seule **l'assemblée générale ordinaire** a compétence pour décider de leur émission : elle peut cependant déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration, au directoire ou aux gérants.

La valeur nominale des titres participatifs est la quote-part du capital de l'emprunt représenté par ce titre. La loi ne fixe, pour ces titres, **aucune valeur nominale minimale**. Les titres sont inscrits comme toutes les valeurs mobilières dans des comptes.

Une **publicité** n'est requise que pour les **sociétés faisant appel public à l'épargne**. Elle impose une insertion au **BALO** et l'établissement dans les conditions fixées par l'AMF d'une note d'information.

Section 2. Groupement des porteurs de titres participatifs

Afin d'assurer la défense de leurs intérêts communs, les porteurs de titres participatifs peuvent, comme les obligataires, se grouper dans une **masse dotée de la personnalité morale**. Il existe **une masse par émission de titres**.

Les représentants de la masse, dont le régime est calqué sur ceux des obligataires, peuvent assister, sans voix délibérative, aux **assemblées générales d'actionnaires** et doivent être consultés sur toutes les questions inscrites à l'ordre du jour.

Les porteurs de titres participatifs dans une même masse **doivent être réunis au moins une fois par an**, en assemblée générale au cours de laquelle les dirigeants présentent un rapport sur l'activité et l'exercice écoulé.

Section 3. Droits des porteurs de titres participatifs

I. Rémunération des titres

La rémunération des titres participatifs doit être déterminée dans le contrat d'émission, elle comprend :

- une **partie fixe** portant **sur au moins 60 %** du montant **nominal** du titre ;
- une **partie variable**, calculée par référence aux résultats de la société.

Leurs revenus sont soumis au même **régime fiscal** que ceux des **obligations à taux fixe**.

II. Droit d'information

Avant toute assemblée des titulaires de titres participatifs, ces derniers ont le droit d'obtenir communication du **texte des résolutions et des rapports** qui seront soumis à cette assemblée (art. L. 228-69 al. 1 du C. com. sur renvoi de l'article L. 228-37 al. 2 du C. com.).

Par ailleurs, à toute époque, ils peuvent se faire communiquer les **procès-verbaux** et les feuilles de présence des assemblées de la masse à laquelle ils appartiennent (art. L. 228-69 al. 2 du C. com. sur renvoi de l'article L. 225-37 al. 2 du C. com.).

Enfin, ils peuvent, comme les actionnaires, obtenir communication des **documents sociaux** (inventaire, bilans et comptes, etc.) concernant les trois derniers exercices sociaux.

Les porteurs de titres participatifs **peuvent obtenir communication des documents sociaux**, feuilles de présence et procès-verbaux des assemblées relatifs aux trois derniers exercices sociaux.

III. Cession des titres participatifs

Les titres participatifs sont des titres **négociables** (art. L. 228-36 al. 3 du C. com.).

En conséquence, depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la dématérialisation des valeurs mobilières, ils peuvent être **cédés par simple virement de compte à compte** (art. 2 du décret 83-359 du 2 mai 1983).

Section 4. Remboursement ou rachat des titres participatifs

I. Remboursement des titres

En principe, ils ne sont remboursables qu'**en cas de liquidation** de la société et seulement après paiement complet des créanciers. Toutefois, la société peut prévoir, dans le contrat d'émission, leur remboursement anticipé **en cours de vie sociale** qui ne peut intervenir **avant sept ans** à compter de la date d'émission (art. L. 228-36 al. 1 du C. com.).

Ce remboursement est décidé par l'assemblée générale ordinaire qui peut déléguer son pouvoir soit au conseil d'administration, au directoire ou au gérant de la société émettrice (art. L. 228-37 al. 1 du C. com.).

II. Rachat des titres

La société **peut racheter en Bourse** les titres participatifs qu'elle a émis pour les attribuer à ses salariés au titre de la participation aux fruits de l'expansion de l'entreprise ou en vue de la régularisation des cours.

Ces titres doivent être **cédés** dans le **délai d'un an**. Passé ce délai, ils doivent être annulés (art. R 228-55 du C. com.).

Aucune disposition légale ou réglementaire ne fixe de limite pour l'achat par une société de ses propres titres participatifs.

EXERCICE D'ENTRAÎNEMENT

1. Énoncé

CAS PRATIQUE

La SNC Carreau du Temple, créée le 15 septembre 2000, est une société spécialisée dans le commerce de vêtements pour la famille (homme, femme, enfant), elle a son siège social au numéro 10 de la rue du Faubourg-du-Temple à Paris (75010), son capital social est de 110 000 euros (par apports en numéraire) divisé en 110 parts sociales de 1 000 euros chacune ; elle emploie 70 personnes et exploite 10 fonds de commerce dans le monde.

Le capital social est réparti de la façon suivante :

- M^{me} Pantalon Jacqueline : 60 parts sociales
- M. Veste Henry : 50 parts sociales

Le gérant non-associé est M^{me} BLAZER Catherine qui a été désignée lors de la création de la société le 15 septembre 2000 avec un mandat social de 1 an.

1. M^{me} BLAZER Catherine vient d'apprendre par un appel téléphonique que M. VESTE Henry souhaite céder ses parts sociales à M. CHAUSSETTE. Que doit-on faire ? Les statuts disposent qu'il n'y a pas lieu d'agréer les nouveaux associés.
2. M^{me} PANTALON Jacqueline ne souhaite pas que M. CHAUSSETTE soit associé de la SNC Carreau du Temple, et est disposée à racheter les parts sociales de M. VESTE Henry, est-ce possible ? M. VESTE Henry y est favorable.
3. La cession des parts sociales étant intervenue, M^{me} PANTALON Jacqueline est seule détentrice de toutes les parts sociales de la SNC Carreau du Temple. Est-ce possible et pendant quelle durée ?
4. M^{me} BLAZER Catherine, diplômée de l'École supérieure de commerce de Paris, peut-elle également être salariée de la SNC et à quelles conditions ?
5. Le comptable de la société, M. FERMETURE ÉCLAIR, vient de remettre les comptes sociaux de la société SNC Carreau du Temple pour l'exercice social clos le 31 décembre 2001 et le chiffre d'affaires hors taxes est de 4 000 000 €. Que doit-on faire ?
6. M^{me} PANTALON Jacqueline souhaite rester seule dans la SNC Carreau du Temple, est-ce possible ou quels conseils pouvez-vous lui donner ?
7. M^{me} PANTALON Jacqueline souhaite transformer la SNC en SASU. Quelles procédures sont à mettre en œuvre ? Quelles règles sont à respecter ?
8. M^{me} PANTALON Jacqueline souhaite être présidente de la SAS, elle a 40 ans et ne fait l'objet d'aucune interdiction, incompatibilité, déchéance, est-ce réalisable ?

QUESTIONNAIRE À CHOIX MULTIPLE

1. Quel est le nombre minimum de commandités dans la SCA ?

- a. 1
- b. 3
- c. 5
- d. 7

2. Un associé commanditaire peut-il faire un apport en industrie pour la constitution d'une SCA ?

- a. Oui.
- b. Non.
- c. Oui, sous certaines conditions.

3. À quelle limite d'âge sont soumis les gérants de SCA ?

- a. 60 ans.
- b. 70 ans.
- c. 65 ans.

4. Quelle est la durée du mandat des membres du conseil de surveillance des SCA ?

- a. Librement fixée par les statuts.
- b. 2 ans.
- c. 4 ans.

5. Une SAS peut-elle faire publiquement appel à l'épargne ?

- a. Oui.
- b. Non.
- c. Oui, seulement dans certaines conditions.

6. Quel est le rôle du président de la SAS ?

- a. Il représente la société vis-à-vis des tiers.
- b. Il représente les actionnaires.
- c. Il assiste les commissaires aux comptes.

7. Le transfert du siège social de la SAS est de la compétence :

- a. des associés.
- b. du président, sauf clause contraire des statuts.
- c. du conseil d'administration.

8. Quelles sont les causes de dissolution spéciales à la SAS ?

- a. Réduction du capital social à un montant inférieur au minimum légal.
- b. Perte de la moitié du capital social et absence de régularisation.
- c. a + b.

9. Quels sont les droits attachés sur des actions faisant l'objet d'un usufruit ?

- a. L'usage de l'action.
- b. Les fruits de l'action.
- c. L'usage et les fruits de l'action.

10. La cession d'action est en principe un acte :

- a. civil.
- b. commercial.
- c. mixte.

11. Quels sont les pouvoirs des représentants de la masse des obligataires ?

- a. Tous les actes de disposition.
- b. Tous les actes de gestion pour la défense des intérêts communs des obligataires.
- c. Tous les actes.

12. Que représente le certificat d'investissement ?

- a. Les droits pécuniaires attachés à l'action.
- b. Les droits de participation à la vie sociale attachés à l'action.
- c. a + b.

13. Qui peut émettre des titres participatifs ?

- a. Les entreprises du secteur public.
- b. Les sociétés coopératives.
- c. Tous les groupements.

14. Le titulaire d'un certificat de droit de vote peut-il agir en justice ?

- a. Oui, pour toute action.
- b. Non, toute action est interdite.
- c. Oui, afin seulement de défendre ses droits personnels.

15. Quelles sont les sociétés qui peuvent émettre des valeurs mobilières composées ?

- a. Les SA qui ne font pas un appel public à l'épargne.
- b. Les SA qui font un appel public à l'épargne.
- c. Les sociétés cotées ou non.

d. a + b + c.

2. Corrigé**CAS PRATIQUE****1. Cession des parts sociales de M. VESTE Henry à M. CHAUSSETTE Jean, non associé de la SNC Carreau du Temple**

Conformément à l'article L. 221-13 du Code de commerce, toute cession (cession proprement dite, donation, échange) doit, nonobstant toute clause contraire des statuts, être autorisée par les associés statuant à l'unanimité.

En conséquence, les dispositions du Code de commerce étant d'ordre public, la disposition statutaire dispensant de l'agrément est nulle de nul effet.

En outre, la cession de parts sociales d'une SNC doit être constatée par un acte sous seing privé ou notarié (art. L. 221-14 al. 1 Code de commerce). Cette cession doit être notifiée à la société ; cette notification pouvant résulter (art. L. 221-14 al. 1 Code de commerce) :

- soit du dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt ;
- soit d'une signification par huissier ou d'une acceptation de la société par l'intermédiaire de son gérant dans un acte authentique.

Cette formalité, qui rend la cession opposable à la société, est indépendante de l'agrément du cessionnaire que doivent donner les associés.

Pour être opposable aux tiers, la cession doit, outre la formalité ci-dessus, faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés (art. L. 221-14 al. 2 Code de commerce).

À cet effet, il convient de déposer au greffe du tribunal de commerce de Paris deux expéditions de l'acte de cession s'il a été établi en la forme notariée, ou deux originaux s'il est sous seing privé (art. D. 1.4). Ces formalités s'imposent pour toute cession, même entre associés.

L'accomplissement des formalités susvisées suffit à rendre la cession opposable aux tiers et il importe peu, à cet égard, que les statuts aient été modifiés ou non.

Lorsque la cession entraîne, soit le retrait d'un associé, soit l'entrée d'un nouvel associé, ce qui serait le cas en l'espèce, trois formalités de publicité supplémentaires doivent être effectuées :

- insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social (art. D. 287) ;
- inscription modificative au registre du commerce et des sociétés (art. 22 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984) ; nous avons vu l'importance de cette formalité, surtout s'il s'agit de retrait d'associé, au regard de l'obligation aux dettes sociales (n° 4232 s.) ;
- insertion dans le BODACC, cette insertion étant effectuée à la diligence du greffier.

Lorsque l'acte de cession fait état d'une modification des statuts, il convient également de déposer au greffe du tribunal de commerce de Paris deux exemplaires de la décision des associés ayant modifié les statuts pour tenir compte de la cession intervenue -cette décision pouvant, croyons-nous, figurer dans l'acte de cession- ainsi que deux exemplaires des statuts mis à jour.

2. Rachat des parts sociales par M^{me} PANTALON Jacqueline

Cette cession est possible, elle est soumise à agrément (voir question 1) et de ce fait M^{me} PANTALON va détenir les 110 parts sociales de la société, elle sera la seule associée de la SNC Carreau du Temple.

3. M^{me} PANTALON seule associée de la SNC

Elle dispose d'un délai de un an pour régulariser la situation : soit la société à deux associés minimum comme la loi l'exige pour la SNC, soit transformer la société en une autre forme sociale.

4. M^{me} BLAZER Catherine peut-elle être salariée de la SNC Carreau du Temple ? M^{me} BLAZER est gérante non associée de la SNC.

Aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit au gérant d'une société en nom collectif de cumuler ses fonctions avec un contrat de travail dès lors que l'intéressé occupe un emploi effectif, ici directeur des ventes, et se trouve, pour l'exercice de ses fonctions salariées, dans un état de subordination à l'égard de la société. **N'étant pas associée**, M^{me} BLAZER Catherine est bien en état de subordination.

Mais cette solution ne vaut que si le gérant n'est pas associé. Elle est écartée lorsque le gérant est associé puisque, selon la Cour de cassation, cette qualité est incompatible avec celle de salarié (Cas. soc. 5 avril 1974, Bull. V n° 220).

5. Remise des comptes sociaux

La société emploie 70 personnes, son chiffre d'affaires hors taxes est de 4 000 000 €.

Les associés des sociétés en nom collectif sont tenus de désigner un commissaire aux comptes si, à la clôture d'un exercice social, leur société dépasse deux au moins des trois seuils suivants (art. L. 221-9 al. 2 Code de commerce ; art. D. 12) :

- total du bilan (actif ou passif) : 1 550 000 € ;
- chiffre d'affaires hors taxes : 3 100 000 € ;
- nombre moyen de salariés : 50.

Deux des trois seuils étant observés, il y a lieu pour assurer le contrôle de la gestion de désigner un commissaire aux comptes titulaire et un suppléant.

Cette obligation disparaît si, à la clôture des deux exercices sociaux précédant l'expiration du mandat des commissaires aux comptes, la société ne répond plus aux conditions indiquées ci-dessus (art. D. 12 al. 2).

6. M^{me} PANTALON Jacqueline seule associée de la SNC

Le nombre minimum d'associés dans la SNC étant de deux, on ne peut rester seul associé que pendant le délai de régularisation de un an maximum.

Cependant, si M^{me} PANTALON Jacqueline souhaite rester seule dans la société Carreau du Temple, il faut lui conseiller de transformer la SNC :

- soit en SARL unipersonnelle, c'est-à-dire en EURL ;
- soit en SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle).

Car, en effet, dans ces deux formes sociales, il est possible d'être seul associé soit personne physique soit personne morale.

Cette transformation pour l'une de ces deux formes sociales est soumise aux règles prescrites par la loi et les statuts de la société, et il faut de plus que la situation de la société soit compatible avec le régime juridique choisi, soit la SARL unipersonnelle (EURL), soit la SASU.

7. Transformation de la SNC Carreau du Temple en SASU

La transformation d'une SNC en une société d'une autre forme est soumise aux règles générales et particulières suivantes :

A. Règles générales

Définition. La transformation d'une société est l'opération consistant à changer sa forme juridique : par exemple, transformation de SNC en SASU.

Elle n'entraîne pas création en principe d'un être moral nouveau mais constitue une simple modification des statuts (art. L. 210-6 al. 1 Code de commerce), sous réserve qu'elle soit régulière.

Conditions de la transformation. La transformation d'une société est soumise aux règles prescrites par la loi et les statuts pour la modification de ceux-ci et, plus spécialement, à celles visant expressément le cas de la transformation.

Outre les règles propres à la transformation proprement dite, il faut respecter toujours les conditions requises pour la validité de la société sous sa nouvelle forme (capital, nombre d'associés, etc., art. 1108 et 1832 du Code civil).

Ces conditions doivent, à notre avis, être appréciées au moment de la transformation de la société.

Maintien de la personnalité morale. La personnalité morale de la société subsiste même si la transformation est accompagnée de modifications statutaires qui ne sont pas nécessitées par la forme nouvelle adoptée (Cass. com. 7 mars 1984, Rev. soc. 1984.804 note Jeantin ; Cass. com. 16 octobre 1984, Bull. IV n° 263 ; Cass. com. 4 mars 1986, Bull. IV n° 40).

L'article 1844-3 du Code civil et l'article L. 210-6 du Code de commerce n'imposent, en effet, pour le maintien de la personne morale, aucune autre condition que la régularité de la transformation.

Sanctions. Comme pour toute autre modification des statuts, les irrégularités commises lors de la transformation d'une société ne peuvent entraîner la nullité de l'opération que dans les cas expressément prévus par la loi (art. L. 235-1 al. 1 Code de commerce).

Publicité de la transformation. Comme toute modification des statuts, la décision de transformation est soumise aux formalités de publicité suivantes :

1. Insertion dans un journal habilité à recevoir les annonces légales pour le département du siège social, soit Paris.
2. Dépôt au greffe du tribunal de commerce de Paris de deux exemplaires du procès-verbal de l'assemblée ayant décidé la transformation :
 - du procès-verbal de la décision ayant désigné les membres des nouveaux organes sociaux ;
 - des nouveaux statuts.
3. Inscription modificative, au registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social et, éventuellement, des succursales (Paris).
4. Insertion au BODACC à la diligence du greffier du tribunal de commerce du lieu du siège social (Paris).

Effets de la transformation. Date d'effet. La transformation prend effet à compter du jour où elle a été décidée. Toutefois, elle ne devient opposable aux tiers qu'après l'achèvement des formalités de publicité.

B. Règles spéciales à la SASU

La transformation d'une société en nom collectif en société par actions simplifiée ne peut être réalisée que si le capital social est au moins de 37 000 € ce qui est le cas en l'espèce, le capital social étant de 110 000 €.

En outre, la décision de transformation doit être prise à l'unanimité des associés (art. L. 227-3 du Code de commerce).

De plus, il y a lieu de faire intervenir un commissaire à la transformation dans les mêmes conditions que pour les transformations en société anonyme.

- Il faut transformer les parts sociales en actions.
- Il faut rédiger les statuts sous seing privé ou notarié.
- Respecter leur contenu.

Contenu des statuts. Les mentions suivantes sont obligatoires (art. L. 210-2, L. 225-14, L. 225-16, L. 227-5 et L. 227-9 Code de commerce ; art. D. 55) :

- l'identité de toutes les personnes physiques ou morales qui ont signé ou au nom de qui ont été signés les statuts ;
- la forme juridique adoptée (au cas particulier : société par actions simplifiée) ;
- la durée de la société, qui ne peut être supérieure à 99 ans ;
- la dénomination sociale ;
- le siège social ;
- l'objet social ;
- le montant du capital social ;
- pour chaque catégorie d'actions émises, le nombre d'actions de cette catégorie et, selon le cas, la part du capital social qu'elle représente ou la valeur nominale des actions qui la composent ;
- la forme des actions, laquelle ne peut être que nominative, s'agissant d'une société non cotée ;
- l'identité des apporteurs en nature, l'évaluation de l'apport effectué par chacun de ceux-ci et le nombre d'actions remises en contrepartie de l'apport ;
- l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- les stipulations relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs des organes dirigeants ; sur l'indication du nom des premiers dirigeants ;
- les formes et conditions des décisions prises collectivement par les associés ;
- l'identité des premiers commissaires aux comptes ;
- les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation.

Les statuts doivent également préciser l'organe social auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent les droits qui leur sont reconnus par l'article L. 432-6 du Code du travail, ce qui recouvre en particulier le droit d'assister avec voix consultative aux séances de cet organe et le droit d'information.

Et puis, compte tenu de la liberté rédactionnelle, les statuts doivent être complétés par des clauses choisies par l'associé unique et en relation directe avec l'objet social.

8. M^{me} PANTALON Jacqueline, présidente de la Sasu

Elle est majeure, capable, puisqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incompatibilité ou déchéance. Elle peut se désigner comme présidente de la Sasu et ainsi représenter la société à l'égard des tiers (art. L. 227-6 al. 1 du Code de commerce).

QUESTIONNAIRE À CHOIX MULTIPLE

- | | | |
|------|-------|-----------|
| 1. a | 6. a | 11. b |
| 2. b | 7. b | 12. a |
| 3. c | 8. c | 13. a + b |
| 4. a | 9. c | 14. c |
| 5. b | 10. a | 15. D |