

# Actualités M&A / Droit Boursier

## Novembre 2013

### 1. DEVELOPPEMENTS LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES, CONSULTATIONS ET RECOMMANDATIONS

#### 1.1 Sociétés : généralités

##### 1.1.1 Projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire : adoption par le Sénat

Le Sénat a adopté le 7 novembre 2013 en première lecture le projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire. Les articles intéressant plus particulièrement le droit des sociétés sont les suivants :

- **Article 11 A (nouveau) Information sur la reprise d'entreprise :** article adopté sans modification ;
- **Article 11 (articles L. 141-23 à L. 141-30 [nouveaux] du code du commerce) Information des salariés préalable à la cession d'un fonds de commerce :** article adopté avec plusieurs amendements ;
  - ✓ Amendement proposant de prévoir que le délai de deux mois avant l'expiration duquel la cession du fonds de commerce ne peut pas intervenir (délai destiné à laisser aux salariés intéressés la possibilité de présenter une offre) en cas de notification directe aux salariés, court à compter de la date de cette notification.
  - ✓ Amendement visant à clarifier le fait que la décision de ne pas présenter d'offre (i) appartient à chaque salarié individuellement et (ii) n'est pas une décision collective, ce que laisse entendre la rédaction du projet de loi avec la notion de « *décision unanime* » des salariés.
    - Sous-amendement visant à supprimer l'introduction par un amendement de la nécessité de la publication d'un décret. En effet, il n'est pas opportun d'imposer par décret la façon dont les salariés pourront informer le cédant de leur décision de ne pas présenter l'offre. Il convient au contraire de permettre une souplesse et de laisser la pratique déterminer, selon chaque situation (taille de l'entreprise, fonctionnement au quotidien, présence d'institution représentative du personnel ou non, etc.) la meilleure manière d'informer le cédant.

### Sommaire

1. Développements législatifs et réglementaires, consultations et recommandations.....	1
2. Avis de la CNCC .....	12
3. Jurisprudence.....	14

---

#### Vos contacts chez Clifford Chance :

**Catherine Astor-Veyres :** 01 44 05 53 25  
[catherine.astor-veyres@cliffordchance.com](mailto:catherine.astor-veyres@cliffordchance.com)

**Aline Cardin** 01 44 05 52 22  
[aline.cardin@cliffordchance.com](mailto:aline.cardin@cliffordchance.com)

**Gilles Lebreton :** 01 44 05 53 05  
[gilles.lebreton@cliffordchance.com](mailto:gilles.lebreton@cliffordchance.com)

**Mathieu Remy** 01 44 05 53 00  
[mathieu.remy@cliffordchance.com](mailto:mathieu.remy@cliffordchance.com)

**Thierry Schoen** 01 44 05 52 47  
[thierry.schoen@cliffordchance.com](mailto:thierry.schoen@cliffordchance.com)

**Laurent Schoenstein** 01 44 05 54 67  
[laurent.schoenstein@cliffordchance.com](mailto:laurent.schoenstein@cliffordchance.com)

Pour tout renseignement sur la présente veille, vous pouvez contacter :

**Cécile Duval :** 01 44 05 52 58  
[cecile.duval@cliffordchance.com](mailto:cecile.duval@cliffordchance.com)

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS 50018, 75038 Paris Cedex 01, France  
[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

- ✓ Amendement disposant que l'action en nullité de la cession du fonds de commerce, en cas de méconnaissance de l'obligation d'information préalable des salariés, peut être engagée par « *tout salarié* » et non par « *des salariés* ». Chaque salarié individuellement peut souhaiter engager une telle action, dans la mesure où l'obligation d'information préalable des salariés, peut être engagée par « *tout salarié* » et non par « *des salariés* ». Chaque salarié individuellement peut souhaiter engager une telle action, dans la mesure où il peut avoir été lésé de ne pas avoir pu présenter une offre, indépendamment des intentions de ses collègues. En outre, il n'y a pas lieu d'indiquer dans la loi que l'action peut être introduite devant « *la juridiction civile commerciale compétente* ».
- ✓ Amendement visant à renforcer l'obligation de discrétion des salariés quant aux informations relatives à l'intention de cession du fonds de commerce, en en faisant une obligation de confidentialité.
  - Sous-amendement prévoyant de se référer à l'obligation de discrétion qui s'applique aux informations revêtant un caractère confidentiel en application de l'article L. 2325-5 du code de travail, plutôt qu'à une obligation de confidentialité dont les contours et les sanctions demeurent incertains.
- ✓ Amendement instaurant un délai de deux mois en cas de carence du comité d'entreprise, coïncidant avec une absence de délégués du personnel, en reprenant ainsi la règle prévue dans les entreprises employant moins de cinquante salariés. En effet, le texte actuel de l'article 11 ne prévoit aucun délai précis pour l'information préalable des salariés en cas de cession d'un fonds de commerce dans les entreprises employant entre cinquante et deux-cent quarante-neuf salariés.
- ✓ Amendement ayant pour objectif de sécuriser juridiquement le dispositif en remplaçant l'intention par la volonté de céder. En effet, dans la rédaction initiale du projet de loi, le point de départ de la procédure d'information préalable des salariés reposait sur « *l'intention de céder* », qui est une notion juridiquement floue et donc sujette à interprétation.
  - Sous-amendement visant à rendre plus lisible le champ d'application du dispositif d'information préalable des salariés en cas d'intention de cession du fonds de commerce dans les entreprises de 50 salariés et plus mais de moins de 250 salariés, en le mentionnant dès le premier article du code de commerce qui l'instaure.
- **Article 12 (articles L. 240-1 à L. 240-10 [nouveaux] du code du commerce) Information des salariés en cas de cession de parts sociales, actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital** : article adopté avec plusieurs amendements de cohérence et les amendements suivants :
  - ✓ Amendement visant à clarifier le fait que la décision de ne pas présenter d'offre appartient à chaque salarié individuellement et n'est pas une décision collective, ce que laisse entendre la rédaction du projet de loi avec la notion de « *décision unanime* » des salariés.
    - Sous-amendement visant à supprimer l'introduction par amendement d'un décret. En effet, il n'est pas opportun d'imposer par décret la façon dont les salariés pourront informer le cédant de leur décision de ne pas présenter l'offre. Il convient au contraire de permettre une souplesse et de laisser la pratique déterminer, selon chaque situation (taille de l'entreprise, fonctionnement au quotidien, présence d'institution représentative du personnel ou non, etc.) la meilleure manière d'informer le cédant.
  - ✓ Amendement visant à renforcer l'obligation de discrétion des salariés quant aux informations relatives à l'intention de cession du fonds de commerce, en en faisant une obligation de confidentialité.
    - Sous-amendement prévoyant de se référer à l'obligation de discrétion qui s'applique aux informations revêtant un caractère confidentiel en application de l'article L. 2325-5 du code de travail, plutôt qu'à une obligation de confidentialité dont les contours et les sanctions demeurent incertains.

- ✓ Amendement instaurant un délai de deux mois en cas de carence du comité d'entreprise coïncidant avec une absence de délégués du personnel, en reprenant ainsi la règle prévue dans les sociétés employant moins de cinquante salariés.
- ✓ Amendement ayant pour objectif de sécuriser juridiquement le dispositif en remplaçant l'intention par la volonté de céder. En effet, dans la rédaction initiale du projet de loi, le point de départ de la procédure d'information préalable des salariés reposait sur « *l'intention de céder* », qui est une notion juridiquement floue et donc sujette à interprétation.
  - Sous-amendement visant à intégrer la fixation du champ d'application du dispositif d'information préalable des salariés dans les entreprises de 50 salariés et plus et moins de 250 salariés dès le premier article du code de commerce qui l'institue, dans un souci de lisibilité.

La date du nouvel examen de ce texte par l'Assemblée nationale n'est pas encore connue.

[Petite loi / Amendements / Benoît HAMON - Projet de loi Economie Sociale et Solidaire : Adoption par le Sénat de la disposition créant le droit d'information préalable des salariés dans les PME en cas de cession](#)

### 1.1.2 Registre du commerce et des sociétés (RCS) : quelques avis du comité

Le ministre de la Justice et des Libertés a publié le 18 novembre plusieurs avis rendus pas le Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés (CCRCS) qui s'est réuni en juillet et octobre 2013. Parmi ceux-ci, certains sont particulièrement intéressants.

[L'avis 2013-022](#) porte sur la question de savoir si un contrat de location gérance qui a fait l'objet d'une signature électronique peut être admis à titre de pièce justificative ou si le greffier peut exiger une signature manuscrite. Le Comité a indiqué que le contrat de location gérance pouvait être établi sous forme électronique et être revêtu d'une signature de même nature. Le locataire gérant doit alors produire à titre de pièce justificative une copie électronique de ce contrat sous forme électronique.

[L'avis 2013-023](#) est relatif aux pouvoirs du directeur général de SAS. Le Comité a considéré que dans une SAS, un directeur général ou directeur général délégué mentionné au RCS qui a reçu aux termes des statuts déposés en annexe dudit registre les pouvoirs de représentation conférés au Président, peut certifier conforme une copie d'acte ou de pièce déposée en annexe du registre et le greffier doit accepter ce dépôt.

[L'avis 2013-024](#) concerne les références de l'agrément préfectoral que les sociétés doivent préciser pour justifier de la réalité de leur siège social en cas d'occupation en commun. Le Comité a précisé que l'indication des références de l'agrément préfectoral dans un contrat de domiciliation s'entend du numéro de l'arrêté autorisant la société de domiciliation à exercer son activité.

[L'avis 2013-027](#) porte sur la question de savoir si une SAS peut prétendre à la désignation de deux présidents et à leur mention en tant que tels au RCS. Le Comité a répondu par la négative en indiquant qu'une SAS ne peut ni désigner deux présidents ni les déclarer en tant que tels au RCS, en relevant que la loi n'a pas envisagé la possibilité de confier en même temps la fonction de président à plusieurs personnes alors qu'elle l'a expressément fait pour la SARL ou la SNC<sup>1</sup>.

Enfin, [l'avis 2013-029](#) se pose la question de la validité de l'avis n°01-35 de 2001 du CCRCS en matière de formalités simultanément effectuées pour le transfert de parts sociales d'une même société à plusieurs cessionnaires différents. Le Comité a indiqué qu'un seul et même dépôt, effectué par une même personne en annexe au RCS, peut simultanément porter sur plusieurs actes de cession de parts sociales d'une même société, pour autant que les actes soient intervenus dans le délai d'un mois. Cet avis remplace l'avis de 2001.

<sup>1</sup> En effet, les articles L.223-28 et L.211-4 du code de commerce envisagent expressément la pluralité de gérants, tandis que les articles L.227-1 et suivants ne visent que le président de SAS.

### 1.1.3 **Projet de loi de finances pour 2014 (PLF 2014) : adoption par l'Assemblée nationale (AN) en 1<sup>ère</sup> lecture**

L'AN a adopté le 19 novembre en première lecture l'ensemble du PLF 2014.

A noter plus particulièrement, les dispositions suivantes :

- **Article 9 : Taxe exceptionnelle de solidarité sur les hautes rémunérations versées par les entreprises** : institution d'une taxe exceptionnelle sur les hautes rémunérations attribuées en 2013 et 2014 par les entreprises, égale à 50% de la fraction des rémunérations annuelles versées à leurs salariés ou dirigeants qui excède 1 million €. La taxe serait plafonnée à 5% du chiffre d'affaire (CA) réalisé l'année au titre de laquelle elle est due. Elle serait non déductible fiscalement.
- **Article 10 : Augmentation de 5% à 10,7% du taux de la contribution exceptionnelle sur l'IS** (contribution due par les entreprises réalisant un CA supérieur à 250 millions d'euros). Cette augmentation s'appliquerait aux exercices clos à compter du 31 décembre 2013. Le taux effectif d'imposition pour les sociétés soumises à la contribution sociale de 3,3% et à cette contribution exceptionnelle sur l'impôt sur les sociétés (IS) de 10,70% s'établirait à 38%. A noter que cette augmentation de la contribution exceptionnelle de l'IS s'est substituée à la contribution de 1% sur l'excédent brut d'exploitation pour les entreprises réalisant un CA supérieur à 50 M€ initialement prévue par cet article du projet de loi.
- **Article 14 : Lutte contre l'optimisation fiscale au titre des produits hybrides et de l'endettement artificiel** : institution d'une nouvelle limitation à la déductibilité des intérêts afférents aux prêts consentis par les entreprises liées directement ou indirectement à l'emprunteur. La déduction de ces intérêts serait subordonnée à la condition que l'entreprise emprunteuse démontre, à la demande de l'administration, que l'entreprise prêteuse est assujettie à raison de ces intérêts au titre de l'exercice à un impôt sur les bénéfices d'un montant au moins égal au quart de l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun. L'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun s'entendrait dans le cas d'une l'entreprise prêteuse domiciliée ou établie à l'étranger de celui dont elle aurait été redevable en France sur les intérêts reçus si elle y avait été domiciliée ou établie. Cette disposition s'appliquerait aux exercices clos à compter du 25 septembre 2013.
- Article 23 : Relèvement du taux de la taxe de risque systémique de 0,5% à 0,539%.
- Article 53 : Réforme du plan d'épargne en actions (PEA) en vue du financement des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire.
- **Article 58 : Octroi aux départements d'une faculté temporaire de relèvement du taux des droits de mutation à titre onéreux (DMTO)** : Cette disposition autorise les départements à relever les droits d'enregistrement /taxe de publicité foncière qu'ils perçoivent sur les transactions immobilières de 3,8% à 4,5% pour les actes et les conventions conclues entre le 1<sup>er</sup> mars 2014 et le 29 février 2016. Si les départements usent de cette possibilité (décision du conseil général), le nouveau taux global des droits de mutation sur cession d'immeubles s'élèvera à 5,80665% à compter du 1<sup>er</sup> mars 2014 et ce pour au moins 2 ans.
- Article 58 bis (nouveau) : Institution d'un prélèvement de solidarité égal à 0,35 % de l'assiette des DMTO perçus par les départements en 2013, avec un plafond de 12 % du montant des DMTO de l'année précédente. Ces ressources seraient réparties entre les différents départements dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Cette disposition qui résulte d'un amendement du gouvernement vise à inciter les départements à relever les DMTO de 3,8% à 4,5% comme les y autorise l'article 58 du projet de loi, certains départements importants (notamment Paris) ayant indiqué publiquement avoir décidé de ne pas augmenter les DMTO.
- **Article 60 sexies (nouveau) : Modification de la pénalité pour manquement à l'obligation documentaire des prix de transfert prévue à l'article L 13 AA du LPF**. Cette pénalité serait

désormais égale au maximum à 0,5% du CA de chaque exercice vérifié au lieu de la pénalité actuelle de 5% du montant de l'éventuelle rectification.

- **Article 60 septies (nouveau) : Ajout à la liste des documents devant être présentés à l'administration fiscale française dans le cadre de l'obligation documentaire des prix de transfert prévue à l'article L 13 AA du LPF des rulings fiscaux** bénéficiant, dans d'autres États, à des entités liées à l'entreprise française soumise à l'obligation documentaire au sens de l'article 39-12 du CGI.
- Article 60 octies (nouveau) : Disposition ayant pour objet de rendre obligatoire pour les grandes entreprises dépassant certains seuils la communication à l'administration fiscale de leur comptabilité analytique et des comptes consolidés lors des opérations de contrôle sur place. Ces dispositions s'appliqueraient aux avis de vérification adressés à compter de l'entrée en vigueur de la loi.
- **Article 60 nonies (nouveau) : Modification du texte de l'article L 64 du LPF qui définit l'abus de droit pour prévoir que relèvent de l'abus de droit les actes inspiré par un motif principal fiscal en lieu et place de l'actuel condition de motif exclusivement fiscal.** Cette disposition s'appliquerait aux rectifications notifiées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016.
- Article 60 decies (nouveau) : Disposition abrogeant l'article L189 A du LPF qui permet à une entreprise ayant demandé l'élimination d'une double imposition entre deux pays ("procédure amiable") de suspendre le paiement de son impôt jusqu'à l'issue des négociations entre Etats. Cette disposition s'appliquerait aux procédures amiables ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014.
- **Article 60 sexdecies (nouveau) : Modification des règles relatives aux prix de transfert (art. 57 du CGI) pour prévoir qu'en cas de transfert de fonctions ou de risques à une entreprise liée, se traduisant par une réduction de plus de 20% de l'EBE de l'entreprise ayant procédé au transfert, celle-ci doit justifier qu'elle a bénéficié d'une contrepartie financière équivalente à celle qui aurait été convenue entre des entreprises n'ayant pas de lien de dépendance.** Cette disposition s'appliquerait aux exercices clos à compter du 31 décembre 2013.

Le texte a ensuite été transmis au Sénat qui a rejeté le 27 novembre la première partie du projet de loi de finances pour 2014, et par conséquent, l'ensemble du texte.<sup>2</sup>

[Projet de loi de finances pour 2014, adopté en 1<sup>ère</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 19 novembre 2013, TA n° 239 / Texte n° 40 \(2013-2014\) rejeté par le Sénat le 27 novembre 2013](#)

#### 1.1.4 **Projet de loi de finances rectificative pour 2013 (PLFR 2013) : examen par la Commission des finances de l'AN**

Le [PLFR 2013](#) a été présenté en conseil des ministres le 12 novembre et déposé à l'AN le même jour. La Commission des finances de l'AN a examiné le 27 novembre les articles du PLFR 2013 et adopté les articles suivants à noter plus particulièrement :

- Article 18 : Aménagement du régime des SIIC qui (i) prévoit une augmentation des obligations de distribution sous certaines conditions, (ii) une pérennisation de l'exonération temporaire (au titre de l'année 2013) et (iii) un aménagement des conditions d'exonération de la retenue à la source : article adopté sans modification.
- Article 20 : Aménagement de l'imposition des plus-values latentes, des compléments de prix et des plus-values en report lors du transfert par une personne physique de son domicile fiscal hors de France : La Commission des finances a adopté cet article avec les amendements suivants :
  - ✓ Amendement proposant de supprimer l'alinéa excluant de l'assiette de l'*exit tax* les plus-values latentes constatées sur les parts d'organismes de placement collectifs ou les fonds communs de placement.
  - ✓ Amendement visant à réintroduire un seuil d'imposition exprimé en pourcentage de participation dans

<sup>2</sup> Le texte est reparti en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale qui l'a adopté dans sa totalité le 13 décembre dernier.

une société afin que l'*exit tax* demeure applicable aux contribuables détenant une participation majoritaire dans une société pour lesquels le transfert du domicile fiscal peut occasionner un allègement substantiel de leur imposition, bien que la valeur de leur participation soit inférieure à 1,3 million d'euros.

- ✓ Amendement visant à abaisser de 1,3 million d'euros à 800 000 euros le seuil d'imposition à l'*exit tax* exprimé en valeur des participations détenues par le contribuable lors du transfert de son domicile fiscal hors de France.
- ✓ Amendement allongeant de huit ans à quinze ans la durée de domiciliation à l'étranger donnant droit à un dégrèvement ou à une restitution d'office, lorsque le contribuable a conservé les titres entrant dans le champ de l'*exit tax*.

[Dossier de presse](#) / [Rapport n° 1590 déposé le 27 novembre 2013 par M. Christian Eckert](#) / [Amendements déposés en commission sur le texte n° 1547](#) / [Projet de loi de finances rectificative 2013 : Les reprises d'entreprises par les salariés encouragées par des mesures fiscales \(Communiqué de presse du Minefi du 14 novembre\)](#)<sup>3</sup>

## 1.2 Gouvernement d'entreprise / Rémunération des dirigeants

### 1.2.1 Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale

Comme elle l'avait déjà fait en décembre 2010, l'AMF a publié le 5 novembre 2013 sous forme de recommandation, un rapport sur l'information en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale publiée par un échantillon de 60 sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur le marché réglementé de NYSE Euronext dans le cadre des documents de référence 2012. Afin de disposer d'une vision plus représentative de la cote, l'échantillon a été élargi à certaines PME-ETI pour l'ensemble des critères analysés, alors qu'en 2010 l'analyse relative aux PME-ETI ne portait que sur quelques éléments particuliers.

Le document montre que les efforts accomplis par les sociétés françaises en matière de RSE ont été considérables (en termes de temps, de moyens, de développement de nouveaux outils et de coûts) aussi bien dans les grandes entreprises que dans les valeurs moyennes et petites (PME-ETI). L'AMF relève cependant que les sociétés doivent encore se familiariser avec la liste des informations requises par le décret « Grenelle II » afin de les intégrer dans leurs propres circuits opérationnels et, le cas échéant, les différents risques identifiés, notamment à travers leur cartographie des risques. Elle note également que les sociétés doivent adopter une approche pragmatique en la matière qui leur permettra ainsi de hiérarchiser les informations à fournir.

L'AMF précise qu'elle n'envisage pas de réaliser un rapport de ce type chaque année.

[Communiqué de presse de l'AMF du 5 novembre 2013](#) / [Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale](#)

### 1.2.2 Etude de l'AMF relative aux rapports des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques pour l'exercice 2012

L'AMF a publié le 8 novembre 2013 une étude relative aux rapports des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques pour l'exercice 2012. L'AMF a analysé les rapports publiés par tous les émetteurs du compartiment A, à l'exception des sociétés étrangères, des établissements de crédits et des entreprises d'assurances.

Le régulateur a constaté que les pratiques en matière d'information sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques sont globalement stables et que peu de nouveautés apparaissent dans ces rapports depuis plusieurs années. Les bonnes pratiques identifiées par l'AMF dans le précédent rapport ont été suivies partiellement. L'AMF a, par conséquent, invité les émetteurs à poursuivre l'application des recommandations

<sup>3</sup> A noter, le rejet du texte a été voté par le Sénat le 13 décembre dernier. Les discussions devant l'Assemblée nationale ont repris le 17 décembre.

formulées dans ses précédents rapports annuels sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques.

Elle a consacré un développement particulier sur les missions du comité d'audit, qui même si elles ne relèvent pas de l'information à faire figurer dans les rapports du président, sont un sujet d'importance pour le régulateur en matière de gouvernance. L'AMF a adressé un questionnaire spécifique aux émetteurs autour de cette thématique afin de mieux cerner la façon dont était appréhendée la recommandation AMF n° 2010-19 sur le comité d'audit. L'analyse des réponses au questionnaire montre que cette recommandation s'avère globalement correctement appliquée.

Enfin, l'AMF a attiré l'attention des émetteurs sur les possibles évolutions attendues dans le cadre de la réforme de l'audit légal qui pourront avoir des conséquences directes sur la recommandation relative au comité d'audit. De même, les évolutions récentes du référentiel COSO 2013 pourront conduire à revoir le cadre de référence AMF.

Par ailleurs, afin de faciliter l'application pour les émetteurs des recommandations contenues dans les rapports annuels de l'AMF en matière de procédures de contrôle interne et de gestion des risques, l'AMF a mis en ligne un document regroupant les recommandations publiées depuis la mise en oeuvre du cadre de référence de l'AMF et figurant dans les documents suivants : Etude annuelle 2012 de l'AMF sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques ; Rapport 2011 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants (Recommandation AMF n° 2011-17) ; Rapport 2010 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne ; Rapport 2009 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne et Rapport 2008 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne.

[Communiqué de presse de l'AMF du 8 novembre 2013 / Etude relative aux rapports des Présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques pour l'exercice 2012 / Rapports des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques - Présentation consolidée des recommandations contenues dans les rapports annuels de l'AMF](#)

### **1.2.3 Rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des valeurs moyennes et petites**

L'AMF a publié le 18 novembre [son rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des valeurs moyennes et petites](#). Ce rapport constitue un complément au rapport annuel 2013 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des grandes entreprises (GE) se référant au code AFEP-MEDEF, publié le 10 octobre 2013<sup>4</sup>. Afin de donner une meilleure lisibilité à ce rapport, les recommandations et les pistes de réflexion applicables ont été consolidées dans ce document.

Ce rapport a été élaboré à partir d'un échantillon de 50 sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur le marché réglementé de NYSE Euronext et dont la capitalisation boursière était inférieure à un milliard d'euros au 31 décembre 2012. Parmi ces sociétés, 40 se réfèrent au code MIDDLENEXT et 10 ne se réfèrent à aucun code de gouvernement d'entreprise.

La première partie du rapport est consacrée à la méthodologie utilisée ainsi qu'au rappel des lois et réglementations en vigueur. L'analyse de l'information publiée par les sociétés a permis ensuite d'établir des constats en matière de gouvernement d'entreprise d'une part et de rémunération des dirigeants d'autre part. Ces constats ont servi de base à l'élaboration de recommandations à l'attention des valeurs moyennes et petites visant à améliorer l'information communiquée sur ces sujets, et, le cas échéant, de pistes de réflexion destinées aux associations professionnelles.

D'une manière générale, l'AMF a relevé cette année certaines améliorations, et notamment par rapport à 2011, s'agissant de la transparence de l'information donnée et de l'évolution des pratiques des sociétés se référant au code élaboré par MIDDLENEXT.

En matière de gouvernement d'entreprise, le rapport relève une diversification accrue de la composition des conseils. S'agissant de la rémunération des dirigeants, l'AMF constate notamment des améliorations sur la

<sup>4</sup> Voir Actualité M&A Droit Boursier Octobre 2013 p.1.2.2

présentation des informations.

Mais l'AMF souligne que certaines améliorations doivent encore être réalisées. L'AMF retient une appréciation stricte du principe « *appliquer ou expliquer* » et recommande à nouveau aux sociétés de communiquer de manière précise toute l'information sur les recommandations du code de gouvernement d'entreprise auquel elles se réfèrent dans leur document de référence ou dans leur rapport annuel.

[Communiqué de presse de l'AMF du 18 novembre 2013](#)

#### **1.2.4 Place des femmes aux sièges des conseils d'administration : adoption d'une proposition de directive**

Le Parlement européen a adopté le 20 novembre 2013 une proposition de directive contraignant les sociétés cotées en bourse dans l'Union Européenne à appliquer des procédures de sélection transparentes pour que, d'ici 2020, au moins 40% de leurs administrateurs non exécutifs soient des femmes. Le texte de la proposition de la directive prévoit de sanctionner les entreprises qui n'introduisent pas de telles procédures.

Pour entrer en vigueur, cette directive devra après adoption par le Conseil des ministres européen, être publiée au JOUE.

[Communiqué de presse du Parlement européen du 20 novembre 2013](#) / [Fiche de procédure de la proposition de directive](#)

### **1.3 Emetteurs et information financière**

#### **1.3.1 Publication de la nouvelle directive "Transparence"**

La [directive 2013/50/UE](#) du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive de 2004<sup>5</sup> relative aux obligations de transparence des sociétés dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché, à des fins de réduction des charges administratives des petites et moyennes valeurs a été publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) le 6 novembre.

Les modifications portent notamment sur les points suivants :

- la publication de rapports financiers trimestriels par les sociétés cotées, et notamment les petites et moyennes entreprises, n'est plus obligatoire. Toutefois la directive laisse la possibilité, aux États membres, d'imposer aux émetteurs de publier des informations financières périodiques complémentaires sur une base plus fréquente que les rapports annuels et semestriels, à la double condition qu'elles ne constituent pas une charge financière disproportionnée et qu'elles soient proportionnées aux facteurs qui contribuent à la prise de décisions par les investisseurs ;
- le rapport financier annuel ainsi que celui semestriel doivent rester à la disposition du public pendant au moins dix ans (au lieu de cinq ans) ;
- le rapport financier semestriel, couvrant les six premiers mois de l'exercice, devra être publié au plus tard dans les trois mois après la fin de ce semestre, et non plus dans les deux mois.

La directive révisée impose, en outre, aux investisseurs de procéder désormais à la notification de tous les instruments financiers ayant un effet économique similaire à la détention d'actions et de droits d'acquérir des actions.

Cette directive, dont l'entrée en vigueur est fixée au 26 novembre 2013, devra être transposée au plus tard le 26 novembre 2015 par les États membres. La transposition de ces dispositions en droit français devrait aboutir à l'allègement de certaines obligations en matière de publication.

<sup>5</sup> Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE.

### 1.3.2 Arrêté des comptes 2013 : publication des recommandations de l'AMF

L'AMF a publié le 13 novembre 2013 ses recommandations pour l'arrêté des comptes 2013, en complément des priorités fixées par l'ESMA le 11 novembre auxquelles l'AMF recommande aux sociétés de se référer en raison de leur importance.

L'AMF attire plus particulièrement l'attention des émetteurs sur les nouvelles normes relatives à la consolidation qui peuvent être appliquées par anticipation dès 2013 ainsi que sur les éléments présentés au titre de l'impôt, dont la compréhension est particulièrement utile aux analystes financiers dans le contexte actuel.

Sur la question du volume d'informations figurant dans les rapports financiers annuels et documents de référence qui est un sujet d'inquiétude pour beaucoup, l'AMF rappelle qu'une réponse à cette difficulté consiste à recentrer l'information produite sur les éléments spécifiques à l'entreprise et pertinents à la compréhension de sa situation et des risques qu'elle encourt et ne relève pas d'un exercice mécanique de conformité.

Les recommandations formulées par l'AMF portent sur les thèmes suivants : (i) Informations en annexe : pertinence et spécificité, (ii) Nouveaux textes applicables en 2013, (iii) Suivi de sujets évoqués dans des recommandations antérieures de l'AMF, (iv) Impôts et taxes et (v) Normes sur la consolidation (IFRS 10, 11, 12).

[Communiqué de presse de l'AMF du 13 novembre 2013 / Arrêté des comptes 2013](#)

## 1.4 Autorités de régulation

### 1.4.1 Signature de l'accord FATCA<sup>6</sup> entre la France et les Etats-Unis

L'accord franco-américain sur l'application de la loi américaine FATCA contre l'évasion fiscale a été signé le 14 novembre 2013 à Bercy par le ministre de l'Economie Pierre Moscovici et l'ambassadeur américain Charles Rivkin.

L'enjeu de FATCA est le développement de l'échange automatique d'informations comme nouveau standard mondial pour lutter contre la fraude fiscale internationale. L'accord FATCA fixe un cadre pour la mise en œuvre de l'échange automatique entre la France et les Etats-Unis et précise à cette fin l'ensemble des définitions et procédures en vue de mettre en œuvre le dispositif de manière homogène. Il décrit les informations qui doivent être obtenues et échangées d'une part par la France, d'autre part par les Etats-Unis, ainsi que le calendrier et les modalités pratiques.

La disposition principale de cette loi prévoit que les établissements financiers étrangers auront une obligation d'information sur leurs clients imposables aux Etats-Unis sous peine d'un prélèvement obligatoire de 30% à la source sur leurs revenus américains.

[Communiqué de presse du Minofi du 14 novembre 2013 / Accord en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi FATCA / déclaration d'intention de la France et des Etats-Unis](#)

### 1.4.2 Rapport 2013 de la Commission européenne sur le « *Small Business Act* »

Dans le cadre du suivi de la mise en œuvre du « *Small Business Act* » (SBA) dans les pays de l'Union européenne, la Commission européenne dresse chaque année un panorama des petites et moyennes entreprises en Europe. Le SBA informe les pays membres des orientations des mesures prises pour améliorer l'environnement des affaires. Dans les rapports annuels de mise en œuvre du SBA, les pays membres présentent les informations sur les mesures concrètes visant à réduire la charge administrative pour les entreprises, simplifier la création d'entreprise et améliorer l'accès au financement.

[La dernière édition](#) publiée le 26 novembre analyse l'évolution de l'environnement économique des PME depuis la crise ainsi que les perspectives de développement de leur activité à court terme. Elle fournit une information

<sup>6</sup> Foreign Account Tax Compliance Act

complète sur la situation des PME dans les États membres de l'UE et 9 autres pays partenaires et analyse l'évolution de l'environnement économique des PME depuis la crise, ainsi que les perspectives de développement de leur activité à court terme. En 2013, des signes de reprise économique encourageants mais fragiles sont apparus. Si l'héritage de la crise de 2008-2009 pèse encore sur la croissance et l'emploi dans les PME européennes, la situation s'améliore dans un nombre croissant de pays. Des fiches établies par pays publiées le même jour détaillent les progrès accomplis par les États membres dans la mise en œuvre du SBA.

[Communiqué de presse de la Commission européenne IP/13/1156 du 26 novembre 2013](#)

#### **1.4.3 Dixième anniversaire de l'AMF à l'occasion de ses Entretiens et orientations stratégiques pour 2013-2016**

La dixième édition des Entretiens de l'Autorité des marchés financiers sur le thème « *Comment redonner du sens à la finance ?* » s'est tenue le 28 novembre 2013. A cette occasion, l'AMF a fêté son dixième anniversaire. Lors de son discours d'introduction, Gérard Rameix, président de l'AMF a souligné le chemin parcouru par l'Autorité. Les échanges se sont concentrés sur les priorités en matière de régulation financière, cinq ans après le G20 de Washington, et sur la manière dont concilier financement de l'économie et intérêt des épargnants.

Le thème des Entretiens a constitué également le fil conducteur des réflexions stratégiques de l'AMF pour son plan 2013-2016, dont la version définitive a été publiée le même jour. Soumis à consultation en juin dernier, celui-ci a recueilli un large soutien de la place. Conçu autour d'une vision, « *redonner du sens à la finance* », le plan stratégique définit les grandes orientations pour les années à venir autour de trois axes : s'investir pour des marchés européens sûrs et transparents, rétablir la confiance des épargnants et agir pour le financement de l'économie.

[Communiqué de presse de l'AMF du 28 novembre 2013 / Les Entretiens 2013 de l'AMF - Comment redonner du sens à la finance ? - Discours de Gérard Rameix, Président de l'Autorité des marchés financiers / 2003-2013 : une décennie de régulation financière - Dossier de presse / Stratégie de l'Autorité des marchés financiers 2013-2016 \(document définitif\)](#)

#### **1.5 Prestataires et infrastructures de marché**

##### **1.5.1 Rachat de NYSE-Euronext par ICE <sup>7</sup>**

Après l'accord des actionnaires, régulateurs nationaux et des gouvernements, les deux opérateurs boursiers, NYSE Euronext et ICE ont finalisé le 13 novembre 2013 leur projet de rapprochement. Le Ministre de l'Economie et des Finances, Pierre Moscovici, avait donné son aval à cette acquisition le 12 novembre en s'appuyant sur un [rapport de mission](#) commandé en juin dernier à Thierry Francq auquel il avait confié une mission de réflexion sur l'avenir des activités de marché et de post-marché à Paris<sup>8</sup>.

ICE prévoit de se séparer d'Euronext qui gère les bourses de Paris, Amsterdam, Bruxelles et Lisbonne, par le biais d'une introduction en bourse qui interviendrait dans le courant du premier semestre 2014. Dominique Cerutti, actuellement directeur général adjoint de NYSE Euronext devrait prendre, selon ICE, la direction générale d'Euronext.

Gérard MESTRALLET, Président de Paris EUROPLACE, a présenté le 12 novembre les conclusions des travaux menés par le Comité « Utilisateurs » de Paris EUROPLACE, rassemblant émetteurs, investisseurs et intermédiaires, en liaison avec les acteurs des places d'Amsterdam, Bruxelles et Lisbonne, sur l'avenir et les perspectives de la plateforme Euronext.

<sup>7</sup> Intercontinental Exchange, Inc.

<sup>8</sup> Le [rapport de mission](#) de Thierry Francq sur l'évolution d'Euronext et l'avenir des activités de marché et de post-marché en Europe a été remis au Ministre de l'Économie et des Finances le 13 novembre. Ce rapport lui avait été demandé le 30 avril dernier par le ministre dans le contexte de l'acquisition de NYSE Euronext par la société américaine ICE. Cette mission a été menée avec l'appui de la direction générale du Trésor, et en étroite concertation avec l'AMF et la Banque de France. Plus précisément, il lui était demandé : (i) d'analyser l'utilité et l'importance de disposer d'une infrastructure de marché en France, notamment eu égard au financement de l'économie, (ii) d'analyser le contexte concurrentiel, réglementaire et fiscal européen dans lequel évoluent ces infrastructures, (iii) de tenter de réunir un consensus des acteurs de la place sur l'évolution à venir d'Euronext et (iv) de définir les conditions à réunir pour autoriser l'opération projetée par ICE, afin d'assurer que les évolutions ultérieures d'Euronext soient compatibles avec l'intérêt de l'économie française.

[Communiqué de presse du Minefi du 12 novembre 2013](#) / [Communiqué de presse de Paris Europlace du 12 novembre 2013](#)

### 1.5.2 Début des travaux préparatoires de l'ESMA sur le nouveau Règlement abus de marché<sup>9</sup>

L'ESMA a publié le 14 novembre 2013 un document consultatif exposant son point de vue initial sur les mesures d'application qu'elle va être conduite à mettre en œuvre en relation avec le nouveau Règlement abus de marché. Le nouveau Règlement vise à renforcer l'intégrité du marché et la protection des investisseurs en actualisant et renforçant le référentiel actuellement en place, en étendant son application à de nouveaux marchés et en introduisant de nouvelles règles. Le document couvre dix sections du Règlement et est mis en consultation jusqu'au 27 janvier 2014.

[Communiqué de presse de l'ESMA du 14 novembre 2013](#) / [Discussion paper](#)

### 1.5.3 Agences de notation de crédit

L'ESMA a publié le 21 novembre 2013 [son avis technique](#) sur la faisabilité d'un réseau de petites et moyennes agences de notation qui permettrait d'accroître la concurrence sur le marché. Son avis technique, à destination de la Commission européenne, apporte des informations quantitatives et qualitatives sur les agences de notation de petite et moyenne taille dans l'Union européenne, sur la base de l'analyse des obligations de rapport périodique auxquelles se soumettent ces agences, par l'intermédiaire du CEREP (*Central Rating Repository*), qui réunit l'ensemble des informations sur les notations de crédit émises par les agences de notation enregistrées ou agréées au sein de l'Union européenne. L'avis couvre également des informations sur les éventuels obstacles à l'entrée de sociétés désireuses d'effectuer des activités de notation dans l'Union.

Les collèges de surveillance pour Standard & Poor's, Moody's et Fitch ont pour leur part, tenu leur première réunion les 5 et 6 novembre à New York. La mise en place de ces collèges suit les recommandations faites par IOSCO dans son rapport final de juillet 2013 sur les collèges de surveillance des agences de notation de crédit. Ces collèges ont créé un mécanisme visant à permettre le partage et l'échange d'informations notamment relatives au respect par les agences de notation des normes réglementaires et légales locales ou régionales, à la mise en place et au respect par celles-ci du code de conduite élaboré par IOSCO à destination des agences de notation de crédit, à la mise en place et au fonctionnement de méthodologies et modèles de notation, au contrôle interne ainsi qu'aux procédures de gestion des conflits d'intérêt dans le but de promouvoir une meilleure compréhension des risques auxquels sont confrontés ces agences.

[Communiqué de presse du 27 novembre 2013](#)

## 1.6 Lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme

L'AMF a publié le 22 novembre 2013 [ses lignes directrices](#) sur la notion de personne politiquement exposée en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Celles-ci ont pour objet de détailler les conditions de mise en œuvre des dispositions légales et réglementaires relatives à la notion de personnes politiquement exposées en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme auxquelles les établissements visés au 6° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier soumis au contrôle de l'AMF doivent se conformer.

Ces lignes directrices, qui ont fait l'objet d'une concertation avec les associations professionnelles concernées, doivent être lues en conjonction avec les lignes directrices déjà disponibles sur le site de l'AMF et, s'agissant des conseillers en investissements financiers, avec le guide établi par l'AMF à leur intention également disponible sur le site précité.

Les points abordés dans ce document concernent notamment les textes qui encadrent la notion de personne politiquement exposée, la définition d'une personne politiquement exposée, les fonctions, exercées ou ayant été

<sup>9</sup> Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 juillet 2012 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

exercées, impliquant de classer le client en personne politiquement exposée, les moyens de déterminer si le client est une personne politiquement exposée.

## 2. AVIS DE LA CNCC

### 2.1 Augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription et utilisation par le conseil d'administration (ou le directoire) d'une délégation de compétence : quels rapports doit-on faire établir?

Interrogée sur la question de savoir quels sont les rapports à établir en cas d'utilisation par le conseil d'administration de sa délégation de compétence d'augmenter le capital avec maintien du droit préférentiel de souscription, la Commission des études juridiques de la CNCC a répondu que (i) le conseil d'administration (ou le directoire, selon le cas) doit établir un rapport complémentaire au moment où il est fait usage de la délégation (ii) mais qu'en revanche, en l'absence de texte, le commissaire aux comptes n'a pour sa part, pas à établir de rapport en cas d'émission d'actions ordinaires. La situation en cas d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance est, à l'inverse, différente puisque le texte ne fait pas de différence entre la procédure d'augmentation de capital avec maintien de droit préférentiel de souscription et celle avec suppression droit préférentiel. (Bull. CNCC n°171 septembre 2013, p.475)

Pour arriver à ces conclusions, la CNCC a procédé à l'analyse des textes applicables.

- **S'agissant du rapport complémentaire du conseil d'administration (ou du directoire, selon le cas)**, elle relève que L.225.129-5 du code de commerce <sup>10</sup> qui prévoit l'établissement de rapports complémentaires lors de l'usage par le conseil d'administration (ou le directoire, selon le cas) des délégations prévues aux articles L.225-129-1 et L.225-129-2 du code, ne fait pas de différence entre les augmentations de capital faites avec maintien et celles faites avec suppression du droit préférentiel de souscription (DPS). En revanche, l'article R.225-116 du code auquel cet article renvoie, paraît, pour sa part, faire une distinction entre les deux types d'augmentation de capital et contient pour certaines de ces mentions, des dispositions qui ne peuvent viser que les augmentations de capital avec suppression du DPS. Pour autant, la CNCC considère que compte tenu de la mention faite par le texte de l'article L.225-129-5 précité, l'établissement du rapport s'impose et que ce rapport doit comporter au moins parmi les dispositions de l'article R.225-116 celles prévoyant (i) la description des conditions définitives de l'opération établie conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée et (ii) les délais de mise à disposition de ces rapports aux actionnaires. Elle ajoute que cette analyse est conforme à celle retenue par l'ANSA dans son avis n° 08-009 du 6 février 2008.
- **S'agissant du rapport complémentaire du commissaire aux comptes** : la Commission note que les dispositions législatives n'exigent un rapport complémentaire de la part du commissaire aux comptes qu'en cas d'augmentation de capital avec suppression du DPS ; il s'agit de l'article L.225-135 du code de commerce. De ce fait, la Commission considère que le commissaire n'a à établir ni rapport initial, ni rapport complémentaire en cas d'émission d'actions ordinaires avec maintien du DPS. Elle relève cependant que la situation est autre en matière d'émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance pour lesquelles l'article L.228-92 du code de commerce <sup>11</sup> (et l'article R.225-117 qui le complète) ne fait pas de distinction entre le maintien et la suppression du DPS.

<sup>10</sup> **Article L.225-129-5 du code de commerce** : "Lorsqu'il est fait usage des délégations prévues aux articles L. 225-129-1 et L. 225-129-2, le conseil d'administration ou le directoire établit un rapport complémentaire à l'assemblée générale ordinaire suivante dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat."

<sup>11</sup> **Article L.228-92 du code de commerce** : "Les émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance régies par l'article L. 228-91 sont autorisées par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires conformément aux articles L. 225-129 à L. 225-129-6. Celle-ci se prononce sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes."

## 2.2 Défaut d'établissement de comptes : délit – SA et SAS

La Commission a été amenée à se pencher sur la question relative à la date de constitution du délit de non-établissement des comptes annuels dans les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées à la suite de certaines mesures de dépenalisation introduites par la loi de simplification du droit du 22 mars 2012. (Bull. CNCC n°171 septembre 2013, p.479)

- **Dans les sociétés anonymes:** compte tenu de la nouvelle rédaction de l'article L.242-10 du code de commerce <sup>12</sup> (de laquelle a notamment été supprimée la sanction pénale afférente au défaut de réunion de l'assemblée générale appelée à statuer sur les comptes annuels dans les 6 mois de la clôture de l'exercice), il n'existe plus dans le texte de mention du délai au terme duquel l'absence de soumission de comptes à l'AGOA est susceptible d'être sanctionnée. Certes, le non-établissement de comptes reste passible de sanctions pénales en application de l'article L.242-8 du code de commerce <sup>13</sup> s'agissant de SA à conseil d'administration et de l'article L.242-30 du même code s'agissant de SA à directoire et conseil de surveillance. En l'absence de délai (eu égard à la suppression opérée à l'article L.242-10 précité), c'est dans l'article L.225-100 du code qu'il faut rechercher la solution. Cet article prévoit, en effet, qu'à défaut de tenue de l'AGOA une fois l'an dans les 6 mois de la clôture de l'exercice et sauf prolongation par décision de justice, le ministère public ou tout actionnaire peut saisir le président du tribunal compétent statuant en référé aux fins de voir délivrer une injonction aux dirigeants de convoquer une assemblée ou de désigner un mandataire à cette fin, si besoin est, sous astreinte,

Compte tenu de ces textes, la Commission est d'avis que si une injonction a été délivrée pour la convocation de l'AGOA et en même temps pour l'établissement des comptes annuels, cette injonction n'ayant pas été suivie d'effet, les tribunaux pourront retenir le non-respect de cette injonction (de non convocation et de non-établissement des comptes annuels) comme constituant l'élément caractérisant la constitution des délits tant de non-soumission des comptes annuels à l'approbation de l'AGOA (article L.242-10) que celui de non-établissement des comptes annuels (article L.242-8).

Par ailleurs, le commissaire aux comptes pourrait être soumis à l'obligation de révélation de faits délictueux au Procureur de la République selon l'appréciation qu'il porterait lui-même de la situation; par ailleurs, et indépendamment des éventuelles sanctions pénales, le commissaire aux comptes sera tenu de procéder au signalement de ces irrégularités conformément aux dispositions des articles L.823-16 3° et L.823-12 du code.

- **Dans les sociétés par actions simplifiées:** le délai au terme duquel ces sociétés doivent établir leurs comptes annuels n'est pas prévu par l'article L.242-8 applicable sur renvoi de l'article L.244-1, ce texte indiquant simplement que les comptes annuels doivent être établis pour chaque exercice. Pour autant, la Commission rappelle qu'elle a eu l'occasion dans le passé de se prononcer sur le délai d'approbation des comptes applicables aux SAS et de recommander l'application d'un délai raisonnable de 6 mois <sup>14</sup>. S'agissant de l'attitude à retenir par le commissaire aux comptes, la solution retenue en la matière est identique à celle retenue pour les sociétés anonymes : il appartiendra au commissaire aux comptes d'apprécier si les faits en cause déclenchent l'obligation de révélation de faits délictueux et en tout état de cause, il devra procéder au signalement des irrégularités découlant du non-respect des obligations légales le cas échéant.

Figure ensuite un tableau récapitulatif des textes et des divers délais applicables en matière d'établissement de comptes annuels et de réunion d'AGOA dans les sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées.

<sup>12</sup> **Article L.242-10 du code de commerce** : "Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas soumettre à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire les comptes annuels et le rapport de gestion prévus à l'article L. 232-1."

<sup>13</sup> **Article L.242-8 du code de commerce** : "Est puni d'une amende de 9000 euros le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, de ne pas, pour chaque exercice, dresser l'inventaire et établir des comptes annuels et un rapport de gestion."

<sup>14</sup> Bulletin CNCC n°147 p.484

### 3. JURISPRUDENCE

#### 3.1 Options de souscription d'actions et compétence juridictionnelle

**A l'occasion d'un litige survenu entre une société et l'un de ses anciens salariés avec lequel elle avait signé un protocole transactionnel prévoyant notamment la levée d'options de souscriptions d'actions, la Cour de cassation a jugé que les différends pouvant s'élever dans les relations entre la société et le salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence de la juridiction commerciale. (Cass. soc. 24 septembre 2013 n°12-15.678 (n°1420 F-D) le Normand c/ Blériot ès qual.)**

Cette décision est intéressante car elle pose quelques principes utiles en matière de compétence juridictionnelle dans une matière parfois confuse.

Les faits opposaient une personne physique, membre du directoire d'une société holding d'un groupe de sociétés, nommée quelques mois après courant 2002 directeur administratif et financier de cette même société. Ayant fait l'objet d'un licenciement en juillet 2005, les parties signèrent une transaction aux termes de laquelle le droit d'exercer les options de souscription fut, notamment, maintenu au profit de l'ancien salarié. Courant décembre 2007, l'intéressé leva la totalité de ses options puis en avril et juin 2009, *alors que le cours de l'action avait chuté et que sa cotation avait été suspendue*, vendit ses actions. Estimant qu'il aurait dû tirer un profit plus important de la vente de ses titres et que son ancien employeur devait être tenu responsable de ce chef, l'intéressé saisit le conseil des prud'hommes *pour obtenir la communication par la société de divers documents sociaux et comptables et la condamnation de celle-ci à lui payer des dommages et intérêts au titre de la perte de chance de n'avoir pas bénéficié du potentiel des stocks-options.*

En cause d'appel, son contredit<sup>15</sup> fut rejeté et le conseil de prud'hommes déclaré matériellement incompétent pour connaître de ces demandes, le tribunal de commerce étant désigné compétent et l'affaire renvoyée devant cette juridiction.

La Cour de cassation pour confirmer la compétence de la juridiction commerciale, énonce tout d'abord une règle en la forme d'un attendu de principe tant son libellé est rédigé en des termes généraux : *les différends pouvant s'élever dans les relations entre la société et le salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence de la juridiction commerciale.* Puis dans un deuxième temps, comme pour coller plus précisément aux faits de la cause, les juges relèvent que les reproches adressés par le demandeur à la société en matière de communication trompeuse sur la situation financière de la société (communication qui l'aurait induit en erreur et poussé à vendre à un moment inopportun) *sont pour partie antérieurs à la cession des actions et postérieurs à la cessation des relations contractuelles et donc sans lien avec la transaction* à laquelle le demandeur tentaient de les rattacher pour justifier, selon lui, la compétence prud'homale.

En d'autres termes, quand bien même les options de souscription ayant permis au salarié de devenir propriétaire d'actions lui auraient été attribuées dans le cadre de son contrat de travail et à l'occasion de l'exécution de celui-ci, voire même de la cessation de celui-ci, tout différend pouvant s'élever du fait de l'acquisition par l'ancien salarié de la qualité d'actionnaire est de la compétence du tribunal de commerce. C'est comme si la juridiction commerciale exerçait une force d'attraction liée à l'acquisition de la qualité d'actionnaire qui dès lors supplante la qualité d'ancien salarié. A dire vrai, ceci est compréhensible, car l'on ne voit pas à quel titre, le conseil des prud'hommes aurait à connaître de différends sur lesquels il a peu de chance d'avoir grand expérience (compte tenu de sa composition) alors que la réglementation en droit des sociétés se fait année après année de plus en plus complexe.

Cet arrêt permet donc de tracer une ligne de partage entre les solutions retenues lorsque le litige intéresse par

<sup>15</sup> Le contredit est une décision ne portant que sur la compétence juridictionnelle. Voir article 80 du code de procédure civile reproduit ci-dessous.

**Article 80 du code de procédure civile** : "Lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence.

Sous réserve des règles particulières à l'expertise, la décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par la voie du contredit lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire."

exemple, les conditions d'exercice des options qui relèvent de la compétence du conseil des prud'hommes en ce qu'elles touchent à l'octroi-même des options au salarié entendu comme accessoire du contrat de travail. A l'accessoire du contrat de travail, il faut opposer les litiges pouvant intervenir lorsque le salarié est pleinement investi de ses droits d'actionnaire comme ayant levé ses options et exercé celles-ci et alors ce n'est plus en qualité de salarié qu'il agit à l'encontre de la société mais en sa qualité d'actionnaire doté de l'ensemble de ses droits et obligations.

### 3.2 Clause de non-concurrence et cession de droits sociaux : conditions de validité

**Une clause de non-concurrence prévue à l'occasion de la cession de droits sociaux est licite à l'égard des actionnaires qui la souscrivent si elle est limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger; sa validité n'est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière que dans le cas où ces associés ou actionnaires avaient, à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'ils se sont engagés à ne pas concurrencer. (Cass. com. 8 octobre 2013, n°12-25984 (n°941 F-D) Sté Crédit agricole Touraine-Poitou immobilier c/ Gautard)**

Cette décision permet de faire un point d'étape sur l'état de la jurisprudence en matière de validité des clauses de non-concurrence. On sait que traditionnellement, il était enseigné que deux conditions étaient nécessaires à la validité de la clause (limitation dans le temps et l'espace), conditions à laquelle s'était rajoutée l'idée que la clause ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'objet du contrat ou nécessaire à la protection des intérêts légitimes du cédant.

Lorsque le débiteur de la clause est en plus salarié, les conditions de validité de la clause sont encore plus strictes car ce qui alors en jeu, c'est la possibilité pour l'intéressé d'exercer librement une activité professionnelle et c'est pourquoi une rémunération sous la forme de contrepartie financière est exigée dans ce cas. Or il n'est pas rare que la qualité de cédant de titres sociaux se superpose à celle de salarié créant potentiellement un chevauchement des deux régimes comme cela aurait pu être le cas dans l'arrêt ici en cause. On se souviendra peut-être que dans un arrêt en date du 15 mars 2011, la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur la validité d'une clause de non-concurrence incluse dans un pacte d'actionnaires conclu entre une personne physique (à la fois salarié de la société contrôlant la société employeuse et associé de cette dernière société) et la société, et qu'elle avait considéré à cette occasion, qu'une telle clause n'est licite que si elle indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière<sup>16</sup>.

Les faits de l'espèce ici en cause intéressent précisément le cas d'un cédant également salarié et permettent de jeter un nouvel éclairage sur les principes dégagés par la jurisprudence citée plus haut.

Courant février 2007, la société CATP signe avec divers cédants, dont le défendeur au pourvoi (Monsieur G.), un protocole portant sur la cession à son profit de la totalité du capital social d'une société (la société G) dans lequel figure une clause de non-concurrence. Puis devenu salarié quelques mois plus tard de la société cédée qu'il accompagne donc dans son développement auprès des nouveaux investisseurs, Monsieur G. signe une seconde clause de non-concurrence, moyennant le versement d'une indemnité. En novembre 2010, l'intéressé quitte son emploi après avoir été libéré de son obligation de non-concurrence prévue dans son contrat de travail et crée moins de trois mois après une société exerçant une activité identique à celle de la société cédée et l'ayant employé par ailleurs. Se prévalant de la violation de la clause de non-concurrence contenue dans le protocole, la société cessionnaire assigne Monsieur G. et la nouvelle société qui l'a créée *en vue d'obtenir la cessation de son activité et l'indemnisation du préjudice subi*.

Devant la Cour d'appel, la société cessionnaire est déboutée de sa demande et se voit condamnée à payer à la société nouvellement créée et à son cédant des dommages et intérêts au motif que la clause de non-concurrence serait nulle dans la mesure où les fonctions salariées de l'intéressé au sein de la société cédée étaient prises en considération pour apprécier la durée de la validité de la clause et que celle-ci avait nécessairement pour effet d'entraver la liberté de se rétablir de sorte qu'une compensation financière devait lui être offerte. Pour la Cour d'appel, même insérée dans un protocole de cession de titres sociaux, dès lors que les fonctions salariées étaient en quelque sorte entrées dans le champ contractuel, il aurait fallu appliquer à la clause l'ensemble du régime

<sup>16</sup> Cass. com. 15 mars 2011, F-P+B, n°10-13.824. Voir Actualités M&A/Droit Boursier Mars 2011, p.2.1.

applicable aux clauses de non-concurrence faisant intervenir un salarié, peu important que la clause ait été insérée dans un protocole de cession de titres.

C'est sans compter la censure de la Cour de cassation qui relève qu'à la date à laquelle le protocole avait été signé et la clause insérée, Monsieur G. n'avait pas encore la qualité de salarié puisqu'il ne l'était devenu que postérieurement. En effet, à la date du protocole de cession, Monsieur G. n'était qu'associé et à ce titre, la clause de non-concurrence n'exigeait pas pour être valable qu'une compensation financière lui fût attachée.

C'est pourquoi, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et l'annule dans toutes ses dispositions et renvoie les parties devant la Cour d'appel autrement composée.

Ce faisant, cet arrêt permet d'éclaircir un courant jurisprudentiel que l'arrêt du 15 mars 2011 précité menaçait d'obscurcir. L'exigence de contrepartie financière n'est requise que dans les circonstances où le statut de salarié se cumule avec celui d'associé lors de la conclusion de la clause de non-concurrence dont la mise en œuvre est invoquée.

---

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS 50018, 75038 Paris Cedex 01, France

© Clifford Chance Europe LLP 2013

Clifford Chance Europe LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC323571

Registered office: 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

We use the word 'partner' to refer to a member of Clifford Chance LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

---

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh\* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

\*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.