

Actualités M&A / Droit Boursier

Avril 2014

1. DEVELOPPEMENTS LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES, CONSULTATIONS ET RECOMMANDATIONS

Sommaire

1.1 Sociétés : généralités

1.1.1 Prime de partage des profits liée à l'accroissement du dividende – Réponse du Directeur général du travail

L'ANSA a publié le 18 avril 2014 sur son site ANSANET une information indiquant que le Directeur général du travail, dans une réponse au Directeur général de l'AFEP en date du 8 avril 2014, estime que les dispositions législatives relatives à la prime de partage des profits ¹ demeurent en vigueur (au-delà du 31 décembre 2013).

Or, l'ANSA considérerait sur la base du texte ayant instauré la prime de partage des profits que celle-ci n'avait plus lieu d'être versée depuis le 1^{er} janvier 2014, son argument étant que le régime ayant mis en place cette prime aurait pris fin de plein droit le 31 décembre 2013 faute de loi avant cette date conformément à sa lecture de l'article 1^{er} XIV de la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011. Le Directeur général du travail est donc d'avis contraire. Ce régime se poursuit et selon lui, même les dispositions relatives aux exonérations sociales resteraient applicables ².

A noter sur ce dernier point, l'ANSA mentionne avoir consulté l'URSSAF et précise que certaines URSSAF régionales ont indiqué que même si le Ministère du Travail considère que le régime perdure, cette décision ne pourrait concerner le maintien au-delà du 31 décembre 2013 des exonérations sociales. Pour l'ANSA cependant, le régime forme un tout, ce compris les exonérations.

Compte tenu de ces différentes positions et des termes ambigus du texte légal, la question de la pérennité du dispositif de la prime de partage des profits lors de l'approbation des comptes de l'exercice clos au 31 décembre 2013 devra être examinée avec la plus grande attention en cas de distribution d'un dividende dont le montant par action serait supérieur à la moyenne des dividendes versés par action au titre des deux exercices précédents (2011 et 2012).

1. Développements législatifs et réglementaires, consultations et recommandations.....	1
2. Avis de la CNCC	10
3. Jurisprudence.....	14

Vos contacts chez Clifford Chance :

Catherine Astor-Veyres 01 44 05 53 25
catherine.astor-veyres@cliffordchance.com

Aline Cardin 01 44 05 52 22
aline.cardin@cliffordchance.com

Gilles Lebreton 01 44 05 53 05
gilles.lebreton@cliffordchance.com

Mathieu Remy 01 44 05 53 00
mathieu.remy@cliffordchance.com

Thierry Schoen 01 44 05 52 47
thierry.schoen@cliffordchance.com

Laurent Schoenstein 01 44 05 54 67
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

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS 50018, 75038 Paris Cedex 01, France
www.cliffordchance.com

¹ Pour mémoire, la prime de partage des profits a été introduite par l'article 1^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011. Selon les dispositions de cet article, les sociétés commerciales d'au moins 50 salariés qui distribuent un dividende en augmentation (par rapport à la moyenne distribuée par action lors des 2 exercices précédents) doivent verser une prime à leurs salariés. Des dérogations sont prévues pour les entreprises appartenant à un groupe. Une circulaire interministérielle en date du 29 juillet 2011 en a précisé le régime.

² A relever, l'interprétation de la Direction générale du travail est conforme aux débats parlementaires dans la mesure où le rapporteur au Sénat avait précisé : "**nous avons posé un terme, le 31 décembre 2013, à la négociation interprofessionnelle sur le partage de la valeur ajoutée à la suite de laquelle une nouvelle loi devra intervenir**". Il ne s'agissait donc pas d'encadrer dans le temps la prime de partage des profits, mais seulement la négociation interprofessionnelle qui devait intervenir.

1.1.2 Projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire : rapport de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale (AN)

La Commission des affaires économiques de l'AN a adopté le 16 avril 2014 le projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire qui avait été adopté par le Sénat le 7 novembre 2013. Les articles ci-dessous du projet de loi intéressant plus particulièrement le droit des sociétés ont été adoptés sans modification ³.

- Article 11 A (nouveau) Information sur la reprise d'entreprise
- 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 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.

Les discussions en séance publique à l'AN ont commencé le mardi 13 mai pour se terminer le 20 mai.

[Dossier législatif AN](#) / [Texte de la Commission](#)

1.1.3 Bonne pratique professionnelle relative à la révélation des faits délictueux

L'article L. 823-12 du code de commerce prévoit que les commissaires aux comptes révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation.

Ayant relevé des pratiques divergentes dans la mise en œuvre par les commissaires aux comptes de leur obligation de révélation des faits délictueux, des travaux ont été menés au sein d'un groupe de travail réunissant des représentants de la Chancellerie et le Haut Conseil, la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes. A la suite de ceux-ci, [la circulaire du 18 avril 2014 du Ministère de la Justice](#) a été élaborée ainsi qu'une pratique professionnelle relative à l'application de ces dispositions annexée à celle-ci. La circulaire précise les contours de l'obligation de révélation des faits délictueux, rappelle son articulation avec l'obligation de soupçon auprès de TRACFIN et entend définir des bonnes pratiques permettant aux commissaires aux comptes de trouver un relais auprès de l'autorité judiciaire dans la mise en œuvre de cette disposition.

Le Haut Conseil a identifié cette pratique comme bonne pratique professionnelle dans [une décision](#) du 14 avril 2014 publiée le 30 avril.

1.1.4 Mesures de simplification en faveur des entreprises

Les deux présidents du Conseil de la simplification, Thierry Mandon et Guillaume Poitral, ont identifié et proposé au Président de la République, qui les a validées, [cinquante premières mesures de simplification à destination des entreprises](#). Celles-ci ont été publiées le 14 avril. Elles ont pour objet de sécuriser et simplifier concrètement la vie des entreprises ainsi que de faciliter l'embauche et la formation et seraient applicables au plus vite ou pour la plupart au 31 décembre 2014.

S'agissant des mesures concrètes pour faciliter la vie des entreprises, on peut notamment relever les suivantes :

- Créer son entreprise avec un seul document en un seul lieu ;
- Réduire de 7 à 2 le nombre minimum d'actionnaires pour les SA non cotées et adapter en conséquence le nombre minimum d'administrateurs ;

³ Pour plus de détails sur ces dispositions se reporter aux Actualités M&A/Droit boursier de novembre 2013. Pour mémoire, et de manière très schématique, le texte prévoit notamment d'organiser dans les TPE et PME employant moins de 249 salariés un processus d'information préalable des salariés en cas de cession d'un fonds de commerce et de cession d'une participation majoritaire dans une SARL ou une société par actions, afin de permettre à ceux-ci de présenter une offre de rachat. Toute cession intervenue en violation des dispositions relatives à la procédure d'information préalable pourrait être annulée, l'action étant prescrite deux mois à compter de la date de publication de l'avis de cession du fonds (en cas de cession de fonds) ou de la date de publication de la cession de la participation ou de la date à laquelle tous les salariés en ont été informés (en cas de cession de participation).

- Simplifier le transfert du siège d'une SARL dans le même département ou dans un département limitrophe ;
- Supprimer la déclaration de conformité en cas de fusion pour les sociétés autres que les SA ;
- Supprimer dans les SARL l'obligation de convocation à l'AG par lettre recommandée ;
- Supprimer le double archivage des comptes à l'INPI et le coût correspondant facturé lors du dépôt au greffe ;
- Créer une procédure de liquidation amiable simplifiée ;
- Uniformiser sur tout le territoire le modèle de déclaration de cessation des paiements.

[Communiqué du Minefi du 15 avril 2014](#)

1.1.5 Guide du MEDEF « Construire ensemble »

Le MEDEF a publié le 3 avril 2014, en partenariat avec Le RAMEAU ⁴, un nouveau guide intitulé "[Construire ensemble](#)" qui a pour ambition d'accompagner les entreprises qui souhaitent nouer des partenariats avec le monde associatif. Illustré par des expériences de terrain, des études scientifiques et une analyse prospective, l'objectif de ce guide est de permettre aux entreprises de s'inspirer de nouvelles pratiques et aux territoires de considérer le tissu entrepreneurial comme un partenaire efficace et légitime, pour tenter de leur donner les outils pour répondre aux défis économiques, sociaux, sociétaux et environnementaux auxquels ils sont confrontés.

Ce guide a donc pour vocation d'éclairer les entreprises sur le potentiel de ces partenariats en proposant une vision globale afin de répondre à leurs interrogations sur le sujet : (i) qu'est-il possible pour une association et une entreprise de faire ensemble ?, (ii) à quels enjeux de l'entreprise les partenariats répondent-ils ?, (iii) qui sont les associations en France ? et (iv) comment faire pour construire un partenariat équilibré et durable ?

Ce guide pratique comprend des repères en quatre pages pour comprendre l'essentiel, des synthèses par thématiques étayées d'exemples concrets et des fiches outils.

1.1.6 Résultats des contrôles des auditeurs : deuxième étude internationale menée par l'IFIAR ⁵

L'IFIAR, forum international des régulateurs de l'audit, a publié le 10 avril 2014 [la deuxième étude](#) des résultats des contrôles réalisés par ses membres auprès des auditeurs de sociétés cotées et des institutions financières. L'étude permet de mettre en exergue l'intensité des opérations de contrôle réalisées par les membres de l'IFIAR et les résultats communs relevés dans le cadre du contrôle des comptes de sociétés cotées. Elle répond également à une demande d'informations du Financial Stability Board qui porte sur les résultats des contrôles relatifs à l'audit des principales institutions financières.

Cette étude présente les constats effectués par 30 régulateurs membres de l'IFIAR au travers des audits réalisés dans des sociétés cotées ainsi que des institutions financières. Elle fait également état de faiblesses semblables à celles relevées lors de l'étude précédente dans la conduite des audits. S'agissant de l'audit des sociétés cotées, les points relevés visent essentiellement les diligences sur les évaluations à la juste valeur, sur le contrôle interne et sur le contrôle de l'information financière. Concernant les principales institutions financières, les constats portent sur l'audit de la dépréciation des prêts, les diligences sur le contrôle interne et l'audit de l'évaluation des titres et participations.

D'une manière générale, l'IFIAR recommande une intensification des efforts pour améliorer la qualité de l'audit au

⁴ LE RAMEAU est un laboratoire de recherche appliquée dont la vocation est d'analyser et de concevoir des solutions concrètes de co-construction du bien commun entre entreprises et associations d'intérêt général. Dans le cadre de ses travaux, cette association d'intérêt général agit en partenariat avec les acteurs de référence (AVISE, Caisse des dépôts, CJD, CGPME, MEDEF, Syntec Conseil en Management notamment). (Source – Plaquette de présentation)

⁵ L'International Forum of Independent Audit Regulators, ou IFIAR, a été constitué en septembre 2006 par des régulateurs indépendants de l'audit de 18 juridictions autour de 3 missions : (1) le partage de connaissance et d'expérience (2) la promotion de la collaboration en matière de réglementation et (3) un lieu d'échange et de contact pour les autres organismes internationaux intéressés par l'audit.

niveau mondial.

[Communiqué de presse du 10 avril 2014](#)

1.2 Gouvernement d'entreprise / Rémunération des dirigeants

1.2.1 Qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise : publication d'une recommandation de la Commission européenne

Une [recommandation de la Commission européenne du 9 avril 2014 sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise \(«appliquer ou expliquer»\)](#) a été publiée au JOUE du 12 avril 2014.

Cette recommandation a pour objet de fournir des orientations aux États membres, aux organismes chargés des codes nationaux de gouvernement d'entreprise, aux sociétés et aux autres parties concernées. Ces orientations visent à améliorer la qualité globale des déclarations sur le gouvernement d'entreprise publiées par les entreprises en application de l'article 20 de la directive 2013/34/ UE ⁶ et, en particulier, la qualité des explications fournies par les entreprises en cas de dérogation aux recommandations du code de gouvernement d'entreprise applicable. Il est recommandé que, le cas échéant, le code de gouvernement d'entreprise établisse une distinction claire entre les parties de ce code auxquelles il ne peut pas être dérogé, celles qui s'appliquent selon le principe «appliquer ou expliquer» et celles qui s'appliquent sur une base purement volontaire.

La recommandation suggère en particulier que les sociétés précisent de manière claire à quelles recommandations spécifiques elles ont dérogé et que pour chaque dérogation à une recommandation particulière, elles apportent des explications spécifiques portant notamment sur (i) la manière dont la société a dérogé à la recommandation en cause (ii) décrive les raisons de cette dérogation, (iii) décrive comment la décision de déroger à la recommandation a été prise au sein de la société, (iv) si la dérogation est limitée dans le temps, que la société indique quand elle envisage de se conformer à cette recommandation particulière et (v) éventuellement, que la société décrive la mesure prise au lieu de respecter la recommandation et qu'elle explique la manière dont cette mesure permet d'atteindre l'objectif sous-jacent de la recommandation en question ou du code dans son ensemble, ou de clarifier la manière dont elle contribue à la qualité de la gouvernance de la société.

Il est précisé que les informations ainsi données doivent être suffisamment claires et précises de telle sorte que les actionnaires, investisseurs et autres parties prenantes puissent apprécier les conséquences de la dérogation à la recommandation particulière. Ces informations, en outre, ne doivent pas être abstraites et dégagées des affaires sociales mais au contraire doivent *se rapporter aux caractéristiques et à la situation spécifiques de la société, telles que sa taille, sa structure ou son actionnariat ou tout autre aspect pertinent.*

Des suggestions sont ensuite données quant à la méthode de présentation de ces dérogations, le souci exprimé étant que le lecteur (actionnaires, investisseurs ou toute partie intéressée) en prenne facilement connaissance : elles peuvent soit suivre l'ordre des recommandations figurant dans le code applicable, soit être regroupées dans une même section de la déclaration sur le gouvernement d'entreprise. En tout état de cause, la méthode retenue devra être clairement expliquée.

La recommandation invite les Etats à mettre en place un contrôle efficace au niveau national dans le cadre existants des dispositifs de contrôle ⁷. Les Etats membres sont invités à informer la Commission des mesures prises en application de la présente recommandation d'ici au 13 avril 2015 afin de permettre à la Commission de suivre et d'évaluer la situation.

Cette recommandation pourrait rendre nécessaire une nouvelle modification du code AFEP/MEDEF. En effet, dans sa rédaction actuelle, les développements consacrés à la mise en œuvre des préconisations contenues au paragraphe 25 du code ne sont pas aussi précis que ceux qui figurent dans la recommandation précitée.

⁶ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁷ Pour la France, en l'état actuel du code AFEP-MEDEF, ce contrôle revient déjà au Haut comité du gouvernement d'entreprise.

1.2.2 Gouvernance d'entreprise : présentation par la Commission européenne de plusieurs textes

En même temps qu'elle a rendu publique la Recommandation sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise visée ci-dessus, la Commission européenne a présenté le 9 avril 2014 [une proposition de révision de la Directive sur les droits des actionnaires](#) ainsi qu'[une proposition de Directive relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée](#). Ces propositions s'inscrivent dans le contexte du plan d'action de 2012 sur le droit européen des sociétés et de la gouvernance d'entreprise ⁸.

La proposition de révision de la Directive sur les droits des actionnaires traite de certaines lacunes en matière de gouvernance relatives au comportement des entreprises et de leurs conseils, des actionnaires (investisseurs institutionnels et gestionnaires d'actifs), des intermédiaires et des sociétés de conseil en vote (c'est-à-dire les entreprises fournissant certains services aux actionnaires, parmi lesquels des conseils concernant leur vote). La proposition prévoit ainsi notamment que les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs se montrent plus transparents quant à leurs politiques d'investissement et d'engagement à l'égard des sociétés dont ils sont actionnaires et que l'identification des actionnaires soit facilitée afin que ceux-ci puissent plus facilement exercer leurs droits en particulier à l'international. Les agences de conseil en vote devront également mieux expliciter comment elles établissent leurs recommandations de vote et comment elles gèrent les conflits d'intérêts. Sur la question des rémunérations, la proposition introduit une nouveauté en prévoyant pour la première fois un droit de regard des actionnaires sur celles-ci : il est proposé que les entreprises soient obligées de publier des informations claires, comparables et complètes sur leur politique de rémunération et sur la manière dont celle-ci est appliquée. Il n'est pas prévu qu'un plafond contraignant de rémunération soit imposé au niveau de l'Union européenne mais plutôt que chaque entreprise soumette sa politique de rémunération à un vote contraignant des actionnaires. Cette politique devra prévoir un plafond de rémunération pour les dirigeants et expliciter comment elle contribue aux intérêts et à la viabilité à long terme de l'entreprise. Enfin, les règles et les droits d'information des actionnaires sur les transactions conclues avec des parties liées seraient renforcés.

La proposition de Directive sur les sociétés unipersonnelles vise à faciliter au sein de l'UE la création d'entreprises avec un associé unique; cette directive devrait aider les entreprises à établir des filiales dans d'autres États membres dans la mesure où les filiales n'ont, dans la plupart des cas, qu'un seul actionnaire - une société mère. Dans cette perspective, la proposition prévoit que les États membres seraient tenus de prévoir dans leur droit national, une forme juridique pour les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée dont les exigences seraient harmonisées au niveau européen et dont la dénomination commune serait la *Societas unius personae* ou SUP. Ces États seraient tenus d'autoriser l'immatriculation directe en ligne de cette société sans exiger du fondateur qu'il se rende dans le pays concerné. La proposition de directive prévoit l'élaboration d'un modèle de statuts qui serait disponible dans toutes les langues de l'Union européenne et qui contiendrait les éléments nécessaires à l'exploitation de la SUP. Le capital minimal de cette société serait d'un euro et cette société n'émettrait pas plus d'une part sociale. La protection des créanciers serait assurée par un test de bilan et un certificat de solvabilité délivré par l'organe de direction ⁹.

D'un point de vue procédural, ces propositions de directives devront chacune être soumises pour examen et approbation finale au Conseil et au Parlement européen ¹⁰. Une fois adoptées, elles devront chacune être transposées dans les droits nationaux des États membres de l'Union européenne.

[Communiqué de la Commission](#) / [Discours du Commissaire Barnier](#) / [Questions fréquemment posées](#) / [Questions fréquemment posées](#)

⁸ Voir Actualités M&A/Droit Boursier Décembre 2012, p.1.1.3.

⁹ En application de l'article 18, paragraphe 3 de la proposition, la SUP ne procéderait à une distribution que si l'organe de direction peut certifier par écrit qu'à l'issue d'une analyse approfondie de la situation et des perspectives de la SUP, il est parvenu à la conclusion raisonnable que la SUP sera en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles viendront à échéance dans le cours normal des activités pendant un an à compter de la date de distribution proposée : cette certification constitue le certificat de solvabilité. Le test de bilan fait l'objet du paragraphe 2 du même article.

¹⁰ Pour l'heure, aucune date n'est disponible, la commission parlementaire du Parlement ayant été saisie des textes le 16 avril et n'ayant à ce jour pas communiqué de date pour l'examen de ces textes.

1.2.3 Politique de l'Union européenne (UE) en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) pour la période 2011-2014 : consultation de la Commission européenne

La Commission européenne a lancé le 29 avril 2014 une consultation sur sa politique en matière de RSE. L'objectif de cette consultation publique est de recueillir des avis sur les résultats, les lacunes et les futurs enjeux des activités de la Commission en matière de RSE, exposées dans la communication de la Commission intitulée "[Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014](#)"¹¹.

Les résultats de cette consultation seront résumés dans un rapport technique et contribueront à préparer la réunion plénière du forum plurilatéral sur la RSE, prévue pour novembre 2014. Ces deux événements constitueront la base essentielle des travaux de la Commission sur l'orientation de sa politique en matière de RSE après 2014.

Les questions posées concernent notamment le rôle de la Commission en matière de RSE, ses activités en la matière, les principaux objectifs de la future politique de l'UE en matière de RSE, son impact sur la compétitivité de l'économie européenne à moyen/long terme et sur la viabilité de l'économie de l'UE dans son ensemble, les raisons de son importance pour les entreprises et la société.

Les contributions doivent être soumises avant le 15 août 2014 au moyen d'un [questionnaire](#) en ligne.

1.3 Emetteurs et information financière

1.3.1 Prospectus : note d'information de l'ESMA sur les langues acceptées et les règles en matière de traduction

L'ESMA a publié le 1^{er} avril 2014 [une note d'information](#) relative aux langues acceptées par les différents Etats membres pour l'établissement des prospectus ainsi que les règles régissant la traduction du résumé au prospectus.

Ce document constitué sous forme de tableau comprend les informations suivantes : les langues acceptées pour l'examen du prospectus, les langues acceptées par l'autorité compétente du pays d'accueil et les obligations en matière de traduction du résumé du prospectus.

Ce document sera mis à jour si nécessaire sur la base des nouvelles informations fournies par les autorités nationales compétentes.

1.3.2 Publication de suppléments au prospectus : règlement délégué

Un [règlement délégué n° 382/2014 de la Commission européenne du 7 mars 2014 complétant la directive 2003/71/CE](#)¹² du Parlement européen et du Conseil a été publié au JOUE du 15 avril 2014¹³. Il établit des normes techniques de réglementation précisant les situations dans lesquelles la publication d'un supplément au prospectus est obligatoire. Il se fonde sur les projets de normes techniques de réglementation soumis à la Commission par l'ESMA qui a procédé à des consultations publiques ouvertes sur ces projets.

Sont notamment visées les situations suivantes que le règlement détaille : la publication par certains émetteurs de nouveaux états financiers annuels audités ou de la modification d'une prévision de bénéfice ou d'une estimation de bénéfice déjà incluse dans le prospectus ou encore en cas de changement de contrôle de l'émetteur. Est également visée l'hypothèse de nouvelle offre publique d'acquisition par des tiers ou du résultat d'une offre publique d'acquisition, ou encore celle du changement dans la déclaration sur le fonds de roulement net figurant dans le prospectus ou de la prise d'un nouvel engagement financier important susceptible de donner lieu à une modification significative de certaines valeurs.

¹¹ Pour plus de détails sur ce rapport, se reporter aux Actualités M&A/Droit Boursier Octobre 2011, p. 1.2.4.

¹² Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE.

¹³ Voir Actualités M&A/Droit Boursier Mars 2014 p. 1.3.2.

Ce texte entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au JOUE.

1.3.3 Guide AMF : S'informer sur...voter en toute connaissance de cause aux assemblées générales des sociétés cotées

L'AMF a publié le 4 avril 2014 la deuxième édition de [son guide pédagogique](#) à l'attention des actionnaires individuels sur le vote en assemblée générale. Ce guide s'adresse principalement aux actionnaires individuels de sociétés françaises cotées à Paris. Il recense les résolutions les plus fréquemment présentées en assemblée générale, les explique et propose des critères à considérer pour déterminer le choix du vote. Dans son rapport sur les assemblées générales publié le 2 juillet 2012, l'AMF avait demandé aux entreprises cotées de faire preuve de pédagogie dans la présentation des projets de résolution. L'AMF complète cette démarche didactique en publiant ce guide.

1.3.4 Programme de l'Union européenne visant à soutenir des activités spécifiques dans le domaine de l'information financière et du contrôle des comptes pour la période 2014-2020

Un [règlement n° 258/2014 du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 établissant un programme de l'Union visant à soutenir des activités spécifiques dans le domaine de l'information financière et du contrôle des comptes pour la période 2014-2020, et abrogeant la décision n° 716/2009/CE](#)¹⁴ a été publié au JOUE du 8 avril 2014. Il a pour objectif la création d'un programme de l'Union pour la période du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2020 afin de soutenir les activités d'organismes qui contribuent à la réalisation des objectifs politiques de l'Union en matière d'information financière et de contrôle des comptes.

Le programme couvre les activités relatives à l'élaboration de normes ou à la fourniture d'informations utilisées pour leur élaboration, les activités relatives à l'application, à l'évaluation ou au suivi de normes, ou au contrôle des processus d'élaboration de normes, en appui à la mise en oeuvre des politiques de l'Union dans le domaine de l'information financière et du contrôle des comptes réalisés par la Fondation IFRS, l'EFRAG ou le PIOB.

Ce règlement établit l'enveloppe financière pour la durée totale du programme pour le Parlement européen et le Conseil au cours de la procédure budgétaire annuelle. Il prévoit la possibilité de cofinancer les activités de certains organismes poursuivant un objectif qui s'inscrit dans le cadre de la politique de l'Union en matière d'élaboration de normes, d'approbation de normes ou de surveillance des processus d'élaboration de normes liées à l'information financière et au contrôle des comptes.

Ce texte entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au JOUE et est applicable à partir du 1^{er} janvier 2014 jusqu'au 31 décembre 2020.

1.3.5 Indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers : avis de la BCE

Un [avis de la BCE du 7 janvier 2014 sur une proposition de règlement concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers](#) a été publié au JOUE du 15 avril 2014 à la suite des demandes de consultation que lui avaient adressées les 18 et 28 octobre 2013 le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen.

Le règlement proposé instaure un cadre européen commun de réglementation des indices publiés utilisés comme indices de référence pour des instruments et des contrats financiers (tels que des contrats de crédit hypothécaire) ou comme mesures de la performance de fonds d'investissement, afin de garantir leur intégrité et leur exactitude et, ce faisant, de contribuer au fonctionnement du marché intérieur, tout en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs et des investisseurs.

D'une manière générale, la BCE approuve l'objectif du règlement proposé, à savoir l'instauration, au niveau de l'Union, d'un ensemble commun de règles applicables au processus de calcul des indices de référence utilisés pour les instruments financiers et les contrats financiers, dans un souci d'intégrité et de fiabilité des indices de référence financiers et, plus largement, de protection des investisseurs et des consommateurs. Elle estime que la

¹⁴ **Décision n° 716/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009** établissant un programme communautaire de soutien à des activités spécifiques dans le domaine des services financiers, de l'information financière et du contrôle des comptes.

réponse réglementaire est justifiée et proportionnée aux déficiences constatées dans le processus de calcul des indices de référence.

Une annexe à l'avis contient une suggestion de rédaction spécifique, accompagnée d'une explication, lorsque la BCE recommande de modifier le règlement proposé.

1.4 Autorités de régulation

1.4.1 Directive et nouveau règlement sur l'audit : Acte final

Le Parlement européen a adopté en session plénière le 3 avril 2014 le texte de la directive et le nouveau règlement sur l'audit¹⁵. Les nouvelles règles vont renforcer la qualité de l'audit légal, consolider l'indépendance des contrôleurs légaux des comptes, et améliorer la supervision. L'audit légal des comptes des entités d'intérêt public sera soumis à des exigences plus strictes.

[Communiqué du Parlement européen du 3 avril 2014](#) / [Déclaration du Commissaire Barnier](#) / [Questions fréquemment posées](#)

Le Conseil des ministres européen a approuvé les textes le 14 avril. La procédure étant terminée¹⁶, la publication au Journal officiel de l'Union européenne est donc maintenant attendue.

[Communiqué du Conseil du 14 avril 2014](#)

1.4.2 Projet européen de taxe sur les transactions financières (TTF) : communiqué de presse commun BDI/MEDEF/Paris Europlace

Ulrich Grillo, président du BDI, Pierre Gattaz, président du MEDEF et Gérard Mestrallet, président de Paris Europlace, ont réaffirmé par [un communiqué commun](#) en date du 24 avril 2014 leur préoccupation concernant le projet européen de TTF, actuellement discuté par onze Etats membres de l'Union Européenne dans le cadre de la procédure de coopération renforcée¹⁷.

Leurs préoccupations portent notamment sur l'impact négatif de la TTF sur l'économie européenne, la dégradation des conditions de financement des entreprises non financières qu'engendrerait la TTF et le risque d'inclusion des contrats sur produits dérivés dans le champ de la TTF.

1.4.3 Règlement sur les abus de marché et directive sur les sanctions pénales applicables : adoption par le Conseil de l'Union européenne

Le Conseil de l'Union européenne a officiellement adopté le règlement sur les abus de marché et la directive sur les sanctions pénales applicables à ces mêmes abus le 14 avril 2014, à la suite du vote favorable du Parlement européen du 4 février 2014¹⁸.

La directive prévoit d'obliger les Etats membres à insérer dans leur législation nationale des sanctions pénales en matière de délits d'initiés, de manipulations de marché et de diffusion illégale d'information privilégiée. La directive sera appliquée en prenant en compte le cadre légal établi par le règlement remplaçant la directive sur les abus de marché¹⁹.

Après publication de la Directive au JOUE prévue pour juin prochain, les Etats membres disposeront de 2 ans pour prendre les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la

¹⁵ Voir Actualités M&A/Droit Boursier Janvier 2014 p. 1.4.4.

¹⁶ L'acte final a été signé le 16 avril 2014.

¹⁷ A relever, la déclaration commune des ministres lors du Conseil ECOFIN le 6 mai 2014 selon laquelle "Les dix pays participant à une coopération renforcée sur ce sujet se sont, pour la première fois, engagés sur un calendrier ambitieux, puisque d'ici la fin de l'année les travaux techniques devront avoir défini des solutions concrètes et que la première étape de la taxe devra être effective au plus tard au 1^{er} janvier 2016."

¹⁸ Voir Actualités M&A/Droit Boursier Février 2014 p. 1.4.1.

¹⁹ **Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003** sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

directive.

[Communiqué de la Commission européenne du 14 avril 2014](#)

1.4.4 Informations à communiquer aux investisseurs particuliers : nouveau règlement européen

Le Parlement européen a adopté le 15 avril 2014 un nouveau règlement européen PRIIPS (produits d'investissement de détail packagés), sur les informations à communiquer aux investisseurs particuliers avant la signature d'un contrat. Ces informations seront fournies dans un document d'informations clés (ou *Kid, Key Information Document*) obligatoire, de trois pages en format A4.

L'objectif de ce nouveau règlement est de créer un standard unique d'information pré-contractuelle pour une large palette de produits financiers. Le champ d'application n'inclut pas les actions, les obligations, ni certains contrats d'assurance, produits de retraite et dépôts non-structurés. Le règlement impose aux créateurs de produits d'investissement « packagés » l'obligation de rédiger un document d'information clé, similaire au DICI²⁰ des OPCVMs, afin de permettre aux clients de détail d'obtenir une information rapide et concise sur les principales caractéristiques du produit. Ce document devra fournir des informations relatives aux coûts et aux risques associés au produit, ainsi que sur les performances passées du produit, une « alerte de compréhension », ou les informations sur les objectifs sociaux et environnementaux du produit, selon le cas. Il sera fourni gratuitement et mis à jour par le créateur du produit. Les OPVCMS disposant déjà du DICI seront exonérés de la production de ce document pendant une période de 5 ans.

Ce document fera l'objet d'une adoption formelle par le Conseil prochainement.

[Communiqué du Parlement européen du 15 avril 2014](#)

1.4.5 Directive sur la publication de rapports non-financiers : adoption par le Parlement européen

A la suite de l'accord de compromis auquel le Parlement européen et le Conseil étaient parvenus courant février dernier sur un texte²¹, le Parlement européen a adopté en séance plénière, le 15 Avril 2014, la directive sur la publication d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes. Les entreprises concernées devront communiquer des informations sur leurs politiques, les risques et les résultats en ce qui concerne les questions environnementales, les aspects sociaux et liés au personnel, le respect des droits de l'homme, les questions de la lutte contre la corruption, et la diversité dans leur conseil d'administration. Les nouvelles règles s'appliqueront seulement à certaines grandes entreprises avec plus de 500 salariés. En particulier, les grandes entités d'intérêt public avec plus de 500 salariés seront tenues de publier certaines informations extra-financières dans leur rapport de gestion. Cela comprend les sociétés cotées ainsi que certaines sociétés non-cotées, comme les banques, les compagnies d'assurance, et d'autres entreprises qui sont ainsi désignées par les États membres en raison de leurs activités, leur taille ou leur nombre de salariés.

La directive prévoit que la Commission poursuivra des travaux pour élaborer des lignes directrices afin de faciliter la publication d'informations extra-financières par les entreprises, en tenant compte des meilleures pratiques actuelles, des développements internationaux et d'autres initiatives de l'Union Européenne.

La directive entrera en vigueur une fois adoptée par le Conseil et publiée au JOUE.

[Communiqué de la Commission européenne du 15 avril 2014](#) / [Foire aux questions](#)

1.5 Prestataires et infrastructures de marché

1.5.1 Agences de notations de crédit

La Commission a adopté le 28 avril 2014 des décisions d'exécution sur la reconnaissance du cadre juridique et

²⁰ Document d'information clé pour l'investisseur

²¹ Voir Actualités M&A/Droit Boursier Février 2014 p. 1.3.2. pour plus de détails sur le contenu de ce texte

du dispositif de surveillance de cinq juridictions comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit. Ces décisions concernent l'[Argentine](#), le [Brésil](#), [Hong-Kong](#), le [Mexique](#) et [Singapour](#).

[Communiqué de presse de la Commission du 28 avril 2014](#)

2. AVIS DE LA CNCC

2.1 Conventions réglementées : dans son Bulletin de décembre 2013, la CNCC a diffusé diverses positions prises par la Commission des études juridiques sur des questions intéressant les conventions réglementées. (Bulletin CNCC n°172, paragraphes 127 à 129)

2.1.1 Un accord de résiliation donne-t-il lieu à nouvelle convention soumise à la réglementation des conventions réglementées? La Commission a répondu par l'affirmative en se fondant sur ce point sur un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 février 1996²² rendu sous l'empire de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, la rédaction des articles L.225-38 et suivants n'ayant en effet pas été modifiée sur ce point lors de la codification en 2000.

En effet, cet arrêt de 1996 avait déjà considéré que la résiliation d'un commun accord, tout comme la conclusion et la modification de conventions entrent dans le champ d'application de la réglementation et doivent être soumises, à ce titre, à autorisation du conseil d'administration.

L'accord de volonté qui tend à éteindre des obligations n'est pas un contrat mais une convention; or, comme le relève la Commission, le contrat n'est qu'une variété de convention et les dispositions des articles L.225-38 et suivants (tout comme celles des articles 101 de la loi précitée avant elles) visent bien les conventions et non les contrats.

2.1.2 Dans quelle mesure le renouvellement par tacite reconduction d'une convention initialement conclue pour une durée d'un (1) an à compter du 1^{er} février 2007 ensuite renouvelable par tacite reconduction, (sauf notification contraire d'une des parties faite par LRAR adressée au moins 3 mois avant l'expiration de la période annuelle en cours) s'assimile-t-il à une nouvelle convention nécessitant une nouvelle autorisation préalable et une nouvelle approbation de l'assemblée générale des actionnaires? La Commission répond par l'affirmative puisqu'il s'agit d'une convention à durée déterminée d'une durée d'un an se renouvelant par tacite reconduction d'année en année.

Cette question a été posée car le conseil de la société en cause s'opposait au commissaire aux comptes qui lui, se fondant sur une position précédemment publiée par la Commission²³, était d'avis que dans le cas de contrat tacitement reconduit, une nouvelle autorisation préalable du conseil d'administration serait requise, position que le conseil juridique de la société ne partageait pas, invoquant pour sa part, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 février 2001²⁴. Or, pour la Commission, l'arrêt de la Chambre commerciale de février 2001 n'est pas applicable en l'espèce car la situation juridique est différente : il s'agissait en l'espèce d'un contrat verbal qualifié par la Cour d'appel et la Cour de cassation de convention à durée indéterminée dont on avait relevé qu'elle ne nécessitait pas de nouvelles autorisations annuelles.

A l'appui de la position reprise aujourd'hui et qui vient confirmer la position prise précédemment²⁵, la Commission cite le Professeur Bénabent sur la tacite reconduction : *la tacite reconduction s'effectue sans nouvel accord et*

²² Cass. com. 27 février 1996, Bulletin civil IV, n° 69, p.55

²³ Bulletin CNCC n°163 EJ 2011-46 – voir Actualités M&A/Droit Boursier Décembre 2011- Janvier 2012 p.2.2.

²⁴ Cass. com. 27 février 2001 Bulletin civil IV, n° 47, p.43

²⁵ Voir note 18 ci-dessus

*résulte de la poursuite matérielle du contrat. Quels sont les effets de cette reconduction? Comme le terme extinctif a fait son œuvre, ce n'est pas le contrat initial qui continue, mais un nouveau contrat qui lui fait suite, aux mêmes conditions*²⁶.

La Commission précise que s'agissant d'une nouvelle convention, la procédure d'autorisation préalable par le conseil d'administration suivie de l'approbation par l'assemblée doit être suivie lors de chaque reconduction annuelle.

2.1.3 Lorsque l'application de la réglementation des conventions réglementées est uniquement liée à la présence d'un dirigeant commun entre les deux sociétés cocontractantes, dans quelle mesure le changement de ce dirigeant influe-t-il sur le sort de la convention en cause²⁷? Le changement du dirigeant ayant été à l'origine de l'application de la procédure d'autorisation préalable en cours de convention est sans incidence sur la suite de la convention et de la procédure applicable à cette procédure estime la Commission.

On suppose qu'en l'espèce seules les fonctions occupées par l'intéressé au sein des deux sociétés ont déterminé la qualification de la convention, qu'il n'y a pas de situation particulière pour le dirigeant intéressé qui ne tire aucun bénéfice de la convention en cause et qu'enfin il n'existe aucun intérêt direct ou indirect : la convention n'a en conséquence été qualifiée de convention réglementée que parce que lors de sa conclusion, une personne était à la fois directeur général d'une société anonyme A et siégeait au conseil d'administration de la société B cocontractante.

Or, le caractère réglementé d'une convention s'apprécie au moment de sa conclusion. Par ailleurs, l'article L.225-38 du code de commerce vise les fonctions au sein des sociétés, indépendamment de la personne physique qui les occupe : dès lors, dans la mesure où c'est la personne prise *ès-qualités* de directeur général de A et d'administrateur de B qui est visée par l'article L.225-38 précitée du code de commerce, le changement de personne occupant les fonctions dans A et dans B n'a aucune incidence sur la convention puisque la personne remplaçante conserve les mêmes fonctions que celle qu'elle remplace au sein des sociétés A et B : directeur général de la société A et administrateur de la société B.

Le remplacement de la personne physique par une autre n'emporte donc pas de modification de la convention, les signataires de la convention restant les mêmes et le directeur général de A étant toujours administrateur de B. Par conséquent, la convention signée entre les sociétés A et B se poursuit et continue à être traitée comme une convention réglementée sans qu'il soit nécessaire de la traiter comme une convention nouvelle²⁸.

²⁶ A. Bénabent, Droit civil, les obligations, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n°311 dans lequel on relève notamment, la mention suivante extraite des références jurisprudentielles citées : *la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat.*

²⁷ Au moment de la conclusion d'une convention conclue entre une société A et une société B, celle-ci a été qualifiée de convention réglementée car le directeur général de la société A était également administrateur de la société B, la convention n'ayant pas par ailleurs été considérée comme courante.

²⁸ La Commission rappelle que dans un communiqué de décembre 2012 relatif à l'établissement du rapport spécial, la CNCC a précisé que la mention des personnes visées par les conventions s'agissant des conventions qui se poursuivent, n'est pas à strictement parler, requise par la loi, mais peut être utile pour les actionnaires. Si cette recommandation est suivie, la mention du nouveau "dirigeant commun" concerné par la convention en cause pourrait alors utilement figurer dans la partie du rapport sur ce point.

Par ailleurs, si la société choisit d'autoriser cette convention en tant que nouvelle convention du fait du changement de dirigeant commun, ainsi que de la faire approuver par l'assemblée générale des actionnaires, la Commission suggère que le conseil d'administration en avise le commissaire aux comptes qui relaterait alors la nouvelle autorisation (à défaut de nouvelle convention en tant que telle) dans la partie du rapport informatif relative aux conventions autorisées au titre de l'exercice antérieur, la convention figurant ensuite également à titre informatif dans la partie du rapport relative aux conventions s'étant poursuivies du fait de la présence de l'ancien administrateur sur une partie de l'exercice.

2.2 Transfert de siège social : dans ce même Bulletin de décembre 2013, la CNCC a publié diverses positions prises par la Commission des études juridiques sur des questions intéressant le transfert de siège social. (Bulletin CNCC n°172, paragraphes 131 et 132)

2.2.1 Transfert de siège social d'une SAS ayant son siège social en France (Moselle) dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Quelles conséquences ce transfert de siège social a-t-il sur la mission du commissaire aux comptes et à quelle date le commissaire aux comptes cesse-t-il d'exercer son mandat?

La question soumise à la Commission faisait intervenir une société par actions simplifiée immatriculée en Moselle, holding d'un groupe familial détenant des participations dans différents pays de l'Union et devant adopter la forme SOPARFI (Sociétés de Participations Financières) au Luxembourg. Si le transfert de siège est effectif au plan opérationnel, il n'a toujours pas été réalisé sur le plan juridique car la société n'a pas encore été radiée du registre du commerce mosellan auprès duquel elle est immatriculée.

Après avoir rappelé les conditions de réalisation d'un transfert transfrontalier de siège social²⁹, la Commission relève que dès que le transfert du siège social aura été réalisé au Grand Duché de Luxembourg, la société sera soumise au droit de ce nouvel Etat. La mission légale de certification des comptes des commissaires aux comptes régie par les dispositions légales et réglementaires du droit français et spécifiques à celui-ci sera alors sans objet. La Commission est donc d'avis qu'en l'état actuel du droit français, le transfert du siège social dans un autre Etat emporte ainsi cessation du mandat du commissaire aux comptes à la date effective du transfert à savoir à la date d'immatriculation dans le nouvel Etat et de radiation en France (article R. 123-127 du code de commerce³⁰).

Dans ce cas précis où le transfert opérationnel a été effectué mais non le transfert juridique, la mission du commissaire aux comptes se poursuivant donc, la Commission rappelle que le commissaire doit continuer à exercer sa mission jusqu'à réalisation effective du transfert dans les conditions visées ci-dessus. A ce titre, il reste tenu de son obligation de révéler les faits délictueux dont il peut avoir connaissance et de ses devoirs au titre de la procédure d'alerte. S'il est encore en fonctions lors de la réunion de l'assemblée générale appelée à statuer sur les comptes de l'exercice, il devra rendre compte de sa mission de certification au titre de l'exercice concerné.

2.2.2 Transfert de siège social d'une société européenne (SE) ayant son siège social en France dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Quelles conséquences ce transfert de siège social a-t-il sur la mission du commissaire aux comptes et à quelle date le commissaire aux comptes cesse-t-il d'exercer son mandat?

Après avoir rappelé les règles applicables aux sociétés européennes³¹ et relevé que le siège social de la SE peut être transféré dans un autre Etat membre de l'Union européenne, sans entraîner la dissolution de l'entité et la création d'une personne morale nouvelle, la Commission, se fondant sur les termes de l'article L.229-2 du code de commerce³², précise que la décision de transfert du siège social qui s'accompagne nécessairement d'une

²⁹ Au nom de la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne des personnes physiques et morales, une société peut transférer son siège dans un autre Etat, sous réserve de respecter la législation du pays d'accueil. La Commission des études juridiques rappelle à cet égard que la Commission européenne a lancé courant janvier dernier un plan d'action pour faciliter au niveau européen les transferts de sièges. (Voir Actualités M&A/ Droit Boursier Janvier 2013 p. 1.4.2.)

Lorsqu'une société transfère son siège social à l'étranger, ce transfert entraîne un changement de nationalité qui pour les sociétés par actions simplifiées, exige une décision unanime des associés, sauf stipulations contraires des statuts.

Ayant relevé l'absence de disposition spécifique en droit français (loi applicable à la société comme *lex societatis* en vertu de son lieu d'immatriculation) destinée à faciliter les transferts transfrontaliers de sièges sociaux au sein de l'Union européenne, la Commission estime que la décision de transfert prise par les actionnaires de la SAS se traduit par une dissolution de l'entité française et la création d'une nouvelle entité de droit luxembourgeois, cette opération s'accompagnant de la perte de la personnalité morale en France.

³⁰ **Article R. 123-127 du code de commerce** : "En cas de transfert dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen du siège d'une société européenne immatriculée en France, le greffier de l'ancien siège social procède d'office à la radiation, dès la notification de la nouvelle immatriculation par l'autorité chargée de la nouvelle immatriculation dans l'Etat où le siège a été transféré.

Cette radiation est notifiée à l'autorité chargée de la nouvelle immatriculation dans l'Etat où le siège a été transféré."

³¹ En application de l'article 9 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil en date du 8 octobre 2001 (le "Règlement"), la société européenne (la "SE") est régie par les dispositions du Règlement, lorsque les dispositions du Règlement l'autorise, par les dispositions des statuts de la SE et pour les aspects non traités par le Règlement, par les dispositions qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

³² **Article L.229-2 du code de commerce** : "Toute société européenne régulièrement immatriculée au registre du commerce et des

modification des statuts pour les mettre en harmonie avec la législation du pays d'accueil, relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire et doit être ratifiée par les assemblées spéciales d'actionnaires. Par ailleurs, les actionnaires ayant voté contre cette décision peuvent obtenir le rachat de leurs actions dans les conditions de l'article R. 229-7 du code de commerce³³.

Une fois la décision de transfert votée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires et ratifiée par les assemblées spéciales d'actionnaires et le cas échéant les conditions suspensives levées (comme le coût de rachat des actionnaires ayant voté contre le transfert), celle-ci prend effet à la date d'immatriculation au registre du lieu du nouveau siège social et de radiation de la société en France.

C'est à la date effective de ce transfert que cessera le mandat des commissaires aux comptes nommés en application de loi française et que rentrera en fonctions conformément aux dispositions législatives de l'Etat membre d'accueil, un professionnel en charge du contrôle légal des comptes.

Ainsi, de même que l'assemblée générale des actionnaires appelée à statuer sur le transfert de siège social, devra procéder à la nomination des membres qui composeront le conseil d'administration de la SE dans son pays d'accueil selon les dispositions des statuts mis en conformité, celle-ci devra (i) prendre acte de la cessation du mandat des commissaires aux comptes (à la date d'immatriculation dans le pays d'accueil et de radiation en France) et (ii) désigner conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Belgique, un professionnel chargé du contrôle légal des comptes.

Comme à l'occasion de la question précédemment évoquée, la Commission rappelle que le commissaire aux comptes quand bien même il n'aurait pas à certifier les comptes de l'exercice, reste tenu jusqu'à la date de cessation de ses fonctions, de ses obligations en termes de révélation des faits délictueux, de signalement des irrégularités et au titre de la mise en œuvre de la procédure d'alerte.

sociétés peut transférer son siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne. Elle établit un projet de transfert. Ce projet est déposé au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le transfert de siège est décidé par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues à l'article L. 225-96 et est soumis à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6.

En cas d'opposition à l'opération, les actionnaires peuvent obtenir le rachat de leurs actions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le projet de transfert de siège est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société n'acquière ces titres sur simple demande de leur part et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. L'offre d'acquisition est soumise à publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout porteur de certificats d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat le demeure sous réserve d'un échange de ces certificats d'investissement et de droit de vote contre des actions.

Le projet de transfert est soumis à l'assemblée d'obligataires de la société, à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert auxdits obligataires. L'offre de remboursement est soumise à publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout obligataire qui n'a pas demandé le remboursement dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat conserve sa qualité dans la société aux conditions fixées dans le projet de transfert.

Les créanciers non obligataires de la société transférant son siège et dont la créance est antérieure au transfert du siège peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société transférant son siège en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, le transfert de siège est inopposable à ces créanciers. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de transfert. Les dispositions du présent alinéa ne mettent pas obstacle à l'application des conventions autorisant le créancier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de transfert de siège.

Un notaire délivre un certificat attestant de manière concluante l'accomplissement des actes et formalités préalables au transfert."

³³ **Article R.229-7 du code de commerce** : "La société adresse à chacun des actionnaires mentionnés à l'article précédent, dans un délai de quinze jours suivant la réception de sa demande, une offre de rachat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le prix proposé par la société aux actionnaires détenant des actions d'une même catégorie doit être identique.

Cette offre comporte le prix offert par action et le mode de paiement proposé ainsi que le délai pendant lequel l'offre est maintenue et le lieu où elle peut être acceptée.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent ne peut être inférieur à vingt jours.

Lorsque les titres de la société européenne sont admis aux négociations sur un marché réglementé, leur évaluation est faite conformément au II de l'article L. 433-4 du code monétaire et financier."

3. JURISPRUDENCE

3.1 SARL : cession de parts sociales en violation d'une clause de préemption statutaire : quelle sanction?

La violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés (Cass.com. 11 mars 2014, n°13-10.366, S. c/ A et a., F-P+B)

Cette décision est intéressante car elle tranche en des termes très clairs la question de la violation d'une clause de préemption statutaire dans le cadre d'une cession entre associés.

Les faits sont les suivants : une SARL a pour associés trois personnes physiques. Le 21 avril 2009, un des associés cède à l'un des deux autres, la totalité de ses parts. Arguant du non-respect de la procédure de la préemption, le troisième associé assigne en annulation de la cession ce que les premiers juges lui accordent en assortissant leur décision de l'exécution provisoire. Sur la base de cette décision, l'associé cédant originaire (ayant donc récupéré ses parts) cède le 14 janvier 2011 deux-tiers de sa participation à l'associé écarté de la première vente en respectant semble-t-il la procédure de préemption.

En cause d'appel, chacune des parties au litige maintient ses positions initiales, l'associé écarté de la première cession concluant à la confirmation de l'annulation de la cession intervenue en violation de la préemption, tandis que le second associé (écarté de la seconde cession) et appelant développe des arguments tendant à l'infirmité du jugement de première instance et à la confirmation de la première cession opérée à son profit et à l'annulation de la seconde dont il a été écarté. Par un arrêt en date du 18 octobre 2012, la Cour d'appel d'Aix en Provence confirma le jugement attaqué dans toutes ses dispositions et débouta le second associé écarté de la seconde cession de son action en annulation de cette cession formée en cause d'appel.

Le second associé évincé de la seconde cession forma pourvoi contre l'arrêt d'appel qu'il critiqua sur deux points: d'une part, sur l'annulation de la première cession et d'autre part sur le refus d'annulation de la seconde.

Dans ce contexte, il était notamment demandé à la Cour de cassation de se pencher sur la différence entre droit de préférence et droit de préemption³⁴, ce que la Haute juridiction refusa de faire estimant, entre autres raisons, que l'argumentation ainsi développée étant incompatible avec la position prise par le requérant devant les juges de fond. Mais pour autant à l'examen de ce moyen, la Cour apporte une précision utile en relevant que le droit de préemption lorsqu'il s'applique aux cessions entre associés, ne porte pas atteinte à la libre négociabilité³⁵ des parts sociales affirmée par l'article L.223-16 du code de commerce³⁶ même si elle y apporte une restriction. Elle rappelle également combien la rédaction précise de la clause statutaire est importante, au-delà de l'intitulé que les parties ont donné à la clause.

Mais l'apport majeur de cette décision réside dans la consécration du principe selon lequel la violation d'une clause de préemption statutaire n'est pas sanctionnée par la nullité de la cession. Certes, sont ici en cause des statuts de sociétés à responsabilité limitée mais si la solution ne peut pas être transposée aux sociétés par actions simplifiées compte tenu de l'existence de dispositions spécifiques à ces sociétés, elle peut sans doute l'être à d'autres formes sociales, sauf encore autres dispositions spécifiques. De la même manière, la solution dégagée vise la cession entre associés ; à ce titre, elle est applicable à fortiori pour les cessions consenties au profit de tiers.

Si la nullité de la cession ne peut pas être obtenue par le bénéficiaire de la préemption, celui-ci peut néanmoins solliciter des dommages-intérêts comme en témoigne la référence faite par la Cour de cassation à l'article 1142

³⁴ Pour mémoire, certains auteurs opposent le droit de préemption au droit de priorité ou de préférence : pour ceux-ci, alors que le droit de préemption permet au bénéficiaire de la préemption de se substituer à l'acquéreur dans les droits et obligations d'un contrat de vente déjà formé, le droit de priorité ou le droit de préférence donnerait à son bénéficiaire le droit de se voir proposer la vente par préférence ou priorité avant la formation du contrat de cession.

³⁵ Ce sont les termes employés même s'il faut relever que les parts sociales ne sont pas négociables (car leur transfert est soumis à un formalisme et à restriction)

³⁶ **Article L.223-16 du code de commerce** : "Les parts sont librement cessibles entre les associés.

Si les statuts contiennent une clause limitant la cessibilité, les dispositions de l'article L. 223-14 sont applicables. Toutefois, les statuts peuvent, dans ce cas, réduire la majorité ou abréger les délais prévus audit article."

du code civil³⁷, la préemption ou la préférence s'analysant comme une obligation de faire ou de ne pas faire.

Il faut enfin relever que tout en écartant la nullité, la Cour de cassation semble réserver le cas de l'existence d'une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire³⁸ ce qui pourrait vouloir dire qu'en présence d'une telle fraude, la nullité pourrait être prononcée.

3.2 Abus de minorité : le juge des référés ne peut imposer au mandataire ad hoc qu'il nomme le sens de son vote

Vu l'article 873 du code de procédure civile³⁹, le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire ad hoc désigné par lui (Cass. com. 4 février 2014, 12-29.348, Sté Holding financière Seguy c/ Sté Franval)

Cette décision rappelle les limites posées par la Cour de cassation à la volonté d'immixtion des juges du fond dans la gestion de la société.

Les faits de l'espèce ont trait à la résiliation d'un accord de partenariat commercial conclu entre un fournisseur de produits de boulangerie-pâtisserie et un distributeur, cet accord prenant la forme d'une part, de l'adhésion au réseau de distribution par le distributeur, et de la constitution d'une société d'autre part, société à laquelle le distributeur et le fournisseur participaient et à l'occasion de laquelle le contentieux ayant donné lieu à l'arrêt commenté s'est déroulé.

En effet, lors du dénouement de cet accord, le distributeur qui détenait la majorité du capital au sein de la société constituée entre lui-même, les membres de sa famille et le fournisseur a souhaité que soit modifié l'objet social de la société pour que cet objet soit mis en conformité avec l'activité réelle de la société désormais déconnecté de la diffusion de la marque attachée au réseau de distribution des produits précédemment distribués. Or, le fournisseur qui détenait une fraction minoritaire du capital de la société s'était abstenu de participer à une assemblée générale extraordinaire tenue courant mai 2006 destinée à modifier cet objet. Par un arrêt devenu irrévocable, il avait été jugé que le fournisseur avait commis un abus de minorité en refusant de participer à cette assemblée. Ultérieurement, le distributeur avait fait assigner en référé le fournisseur afin que soit désigné un mandataire ad hoc avec pour mission d'exercer le droit de vote en lieu et place de celui-ci à l'occasion d'une nouvelle assemblée extraordinaire à réunir dans les meilleurs délais et de voter en faveur de la modification de l'objet social.

Tant la juridiction du fond que les juges d'appel (statuant en référé) avaient accueilli la demande de désignation d'un mandataire ad hoc dans les termes de la mission confiée à celui-ci : à ce titre ils avaient donné mission à celui-ci de voter en faveur de la modification de l'objet social voulue par le distributeur.

Pour la Cour de cassation, ce faisant, en donnant au mandataire ad hoc mission de voter en faveur de la modification de l'objet de la société, la Cour d'appel a violé l'article 873 précité, le juge ne pouvant en effet pas fixer le sens du vote du mandataire ad hoc désigné par lui. Si cette décision rendue en matière de référés est conforme à la position adoptée au fond en matière de sanction de l'abus de minorité⁴⁰, elle trouve néanmoins ses limites : comment un mandataire nommé après, comme en l'espèce, constatation de l'existence d'un abus, peut-il voter sans prendre en compte l'existence de la décision à l'origine de sa désignation? Pour un commentateur⁴¹, le visa fait par la Cour de cassation à l'article 873 du code de procédure civile serait particulièrement inapproprié et le vrai motif de cassation serait plutôt à rechercher dans la règle prétorienne selon laquelle le juge n'a pas à se substituer aux organes sociaux. Ce même auteur relève que sur ce point, l'application que les tribunaux font de

³⁷ **Article 1142 du code civil** : "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur."

³⁸ Plus précisément, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir violé les articles 1134 et 1142 du code civil en prononçant la nullité de la cession tout en constatant l'absence de collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire

³⁹ **Article 873 du code de procédure civile** : "Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire."

⁴⁰ Un mandataire est désigné par le juge qui sera appelé à représenter les minoritaires défaillants et à voter en leur nom à une nouvelle assemblée, sans pour autant que le juge ne puisse fixer le sens de son vote

⁴¹ Dominique Schmidt dans Bulletin Joly Sociétés 1^{er} mai 2014, n°5 p.302

cette règle laisse perplexe tant il existe bon nombre d'hypothèses où ceux-ci se réservent le pouvoir d'apprécier l'intérêt social, s'immisçant par là-même dans le gouvernement de la société.

La règle posée par cet arrêt devra néanmoins être gardée en mémoire car elle a pour conséquence d'affaiblir un peu plus encore les possibilités offertes aux parties en cas de différends entre actionnaires ou associés.

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 2014

Clifford Chance Europe LLP est un cabinet de sollicitors inscrit au barreau de Paris en application de la directive 98/5/CE, et un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC312404, dont l'adresse du siège social est 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ.

www.cliffordchance.com

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

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.