

NEWS

CORPORATE M&A

Janvier 2018

2018

En ce début d'année, nous vous proposons de prendre dès maintenant vos bonnes résolutions 2018 :

- Se simplifier la vie : dématérialisation de vos AG, actes électroniques... toutes nos astuces sont dans le focus !
- Consulter notre FAQ avant de déposer votre déclaration de bénéficiaire effectif ;
- Utiliser les retours d'expérience pour toujours s'améliorer ;
- Et aussi...mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle et suivre la réforme de la réforme du droit des contrats !

**Toute l'équipe ADAMAS CORPORATE vous souhaite une belle année!**

« L'homme devrait mettre autant d'ardeur à simplifier sa vie qu'il en met à la compliquer. »  
Henri Bergson

## FOCUS : SE SIMPLIFIER LA VIE

*Organiser les assemblées générales et déposer des documents au greffe : les sociétés ne peuvent échapper à cette routine annuelle et fastidieuse qui demande beaucoup de temps et engendre des coûts. Le droit français s'adapte néanmoins progressivement aux nouvelles technologies pour permettre aux sociétés de simplifier leur vie sociétaire.*

*Ainsi, il existe des mesures simples et rapides à mettre en place pour dématérialiser certaines formalités. En revanche, il est vrai que la participation et le vote des actionnaires aux assemblées par des moyens électroniques restent un processus lourd à mettre en place.*

### ➤ Dématérialisez vos AG

#### *Des mesures simples et rapides à mettre en place*

- ✓ **Convocations**: A l'exception de celles adressées au Commissaire aux comptes, il est tout à fait possible, en SA, SARL et SAS (si les statuts de la SAS le permettent) d'adresser les convocations par courrier électronique. A cet effet, il sera simplement nécessaire (pour les SA et SARL) de recueillir au préalable l'accord individuel de chaque actionnaire.
- ✓ **Exercice du droit d'information** : Conformément à leur droit d'information, les actionnaires d'une SA peuvent demander que leur soient adressés certains documents. Comme pour les convocations, ces documents peuvent être adressés à l'actionnaire par e-mail, dès lors que celui-ci a donné son consentement à l'utilisation des courriers électroniques, au plus tard 35 jours avant la date de l'assemblée générale concernée (R.225-63 du Code de commerce).
- ✓ **Transmission des procurations par email** : Dans les sociétés cotées, la notification de la désignation du mandataire doit pouvoir être faite par voie électronique (R. 225-79 alinéa 6 du Code de Commerce). Ainsi, en pratique, la procuration signée peut être simplement "scannée" et transmise par e-mail à la société. Cette pratique, qui est acceptable dans les sociétés non cotées, permet à la société de se dispenser de la collecte systématique des originaux des procurations (en cas de difficulté il sera néanmoins nécessaire de produire le document papier comportant la signature manuscrite de l'actionnaire).

## La participation et le vote aux assemblées par des moyens électroniques : un processus lourd

- ✓ **Participation et vote par des moyens électroniques (SA et SARL) :** Dès lors que cette faculté est prévue par les statuts, les actionnaires peuvent participer à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication transmettant à minima la voix des participants et permettant une retransmission continue et simultanée des délibérations. Cependant, pour des raisons d'identification des actionnaires, les sociétés souhaitant permettre ce mode de participation et de vote doivent aménager un site internet dédié (*R.225-61 du Code de commerce*) auquel les actionnaires ne peuvent accéder qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement. Dans la plupart des cas il faudra donc faire appel à des prestataires extérieurs pour mettre en place le site internet dédié.  
A noter que les formulaires de vote électroniques permettant aux actionnaires de voter par voie électronique en amont de l'assemblée ne sont également possibles qu'à condition que la société dispose d'un site internet dédié sécurisé.
- ✓ **Et dans les SAS ?** Les dispositions imposant la mise en place d'un site internet dédié ne sont pas applicables aux SAS. Celles-ci devraient donc pouvoir librement permettre la participation et le vote de leurs associés aux assemblées par des moyens électroniques. Cependant, dans la mesure où l'exigence d'un site internet dédié prévue pour les SA et SARL vise à assurer l'identification certaine des actionnaires en vue d'éviter les fraudes, l'organisation d'assemblées par des moyens électroniques "libres" devrait être réservée aux SAS comptant un nombre restreint d'associés dans lesquelles leur identification ne soulève pas de difficulté.

### ➤ Dématématisez vos formalités

- ✓ **E-GREFFE:** Constitution de sociétés, dépôt des comptes... de plus en plus de formalités peuvent être réalisées en ligne (via les sites électroniques dédiés des greffes). Deux solutions s'offrent à vous :
  - Soit préparer votre documentation, comme auparavant, en imprimant vos statuts et vos procès-verbaux avant de les signer et de les scanner ;
  - Soit signer électroniquement ces documents, en utilisant un système de signature électronique.



## PANORAMA DE JURISPRUDENCES

### La démission du dirigeant prend effet dès sa communication à la société

*Cass. com. 20-9-2017 n°15-28.262 F-D, SCP BTSG c/C*

Un dirigeant (et associé) d'une société conclut avec un acquéreur un acte de cession portant sur la majorité de ses actions, un contrat d'option de vente lui permettant de céder le solde de ses actions dans les trois mois suivant la cessation de son mandat social et un contrat de dirigeant prévoyant un préavis de quatre mois en cas de démission. Une architecture contractuelle classique dans le cadre d'une cession par un dirigeant et de l'accompagnement du nouvel actionnaire.

Le dirigeant démissionne sans préavis et exerce l'option de vente. L'acquéreur refuse de payer au motif que l'exercice de l'option de vente sans que le préavis ait été effectué, est invalide, les parties ayant entendu, par le préavis, reporter les effets de la démission. Cet argument est rejeté par la Cour de cassation qui rappelle que la démission d'un dirigeant constitue un acte juridique unilatéral qui produit ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société, l'existence d'un préavis ne permettant de déroger à cette règle que si les parties ont lié la date d'effet de la démission à la fin du préavis. La cessation du mandat social intervient donc dès la notification à la société, sauf dérogation conventionnelle dans les statuts ou par un acte séparé. En revanche, le non-respect du préavis ouvre droit à l'octroi de dommages et intérêts pour la société. **Il convient donc d'être vigilant dès lors que l'effet juridique d'un acte (en l'espèce une promesse d'achat par le bénéficiaire) est lié à la démission du dirigeant.**

**Une décision approuvant des comptes sociaux « faussés » ne peut pas être annulée** - *Cass. com. 20-9-2017 n°15-22.735 F-D*

### QUE PEUT-ON FAIRE POUR VOUS ?

#### Besoin de constituer rapidement une société ?



Vous pouvez désormais signer par **acte d'avocat électronique** vos documents sociaux (statuts, procès-verbaux) pour un dépôt rapide et dématérialisé auprès du Greffe.

Vous pouvez également déposer dans un premier temps votre **capital social auprès de la CARPA**, la Caisse des Avocats, qui vous délivrera sans délai un certificat de dépôt. Une fois la société constituée, vous aurez alors tout le temps d'ouvrir un compte dans la banque de votre choix.

Un associé de SCI demande l'annulation de plusieurs décisions collectives des associés donnant quitus de sa gestion à la gérante et approuvant les comptes sociaux. Il considère que les comptes étaient faussés du fait de manques à gagner importants pour la société imputables à la gérante. La Cour d'appel fait droit à sa demande en retenant que les comptes étaient « totalement faussés » et que, dans ces conditions, l'associé n'avait jamais entendu exprimer son accord.

La Cour de cassation censure pour défaut de fondement et méconnaissance de l'article 1844-10 du Code civil : la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société civile ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du Code civil ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

Cette solution est applicable aux sociétés commerciales en raison de l'identité des dispositions régissant la nullité des actes et délibérations des organes de ces sociétés.

#### **Rappelons que :**

- **le quitus ne fait pas obstacle à une action en responsabilité ultérieure;**
- **une décision d'approbation des comptes est susceptible d'annulation si l'associé établit avoir été victime d'un abus de majorité ou d'un vice du consentement au moment du vote ou si elle est prise en fraude des droits des associés minoritaires ;**
- **si la décision d'approbation des comptes n'est pas susceptible d'annulation, une action en responsabilité contre le dirigeant pour faute de gestion ou, le cas échéant, une demande de révocation pour cause légitime peut être introduite devant le juge.**

## Une distribution de bénéfices à des cédants de parts sociales jugée inopposable à l'acquéreur - CA Aix-en-Provence 20-07-2017 n°15/06423

Trois semaines après la cession par des associés de leurs parts dans une SARL pour un montant de 150.000 €, l'assemblée générale de la société, sous la présidence du gérant démissionnaire, décide la distribution aux associés cédants des bénéfices réalisés à la date de la cession, à hauteur de 170.000 €. L'acquéreur conteste cette décision en justice. Les cédants se défendent en invoquant notamment des sms et emails ainsi que la date tardive d'accomplissement des formalités et d'encaissement du chèque de l'acquéreur pour soutenir que la date de cession des parts était en réalité postérieure à l'assemblée générale litigieuse. Mais surtout, selon eux, l'acquéreur ne pouvait pas soutenir avoir acquis pour 150.000 € des parts donnant droit à plus de 170.000 € de bénéfices.

La Cour d'appel écarte ces arguments: selon elle, le fait que le prix de cession ait été fixé à un prix inférieur à celui de l'actif net ne suffit pas à démontrer que la cession n'était pas intervenue avant la distribution de bénéfices litigieuse. Les cédants n'avaient donc aucun droit sur ces bénéfices..

**Application d'une jurisprudence constante selon laquelle l'associé qui cède ses parts ou actions avant la décision de distribution des bénéfices perd tout droit sur ceux-ci. Il convient donc de régler soigneusement le sort des bénéfices distribuables à la date de cession dans le contrat de cession de titres.**

## Les management package sous les projecteurs de l'administration sociale

CA Paris 06-07-2017 n°14/02741

Alors que le fonds Colony Capital entre au capital de la société Groupe Lucien Barrière, six managers co-investissent et souscrivent à des BSA (pour 0,9 millions d'euros) exerçables lors de la sortie du fonds.

Lors de la sortie de Colony Capital les managers exercent leurs bons, réalisant une plus-value de 2,7 millions d'euros.

Lors d'un contrôle, l'Urssaf a considéré que cette plus-value constituait un avantage octroyé à raison des fonctions des managers et qu'elle devait être soumise à cotisations sociales sur l'intégralité de son montant (donnant lieu à un redressement d'environ 900.000 euros à la charge de la société). Le redressement a été confirmé par le Tribunal des affaires de sécurité sociale et la Cour d'appel. Les principaux éléments retenus par les juges sont les suivants :

- L'attribution du droit de souscrire aux BSA à un nombre réduit de personnes constitue un avantage ;
- L'existence d'une clause de leaver aux termes de laquelle les managers s'engageaient à vendre leurs BSA en cas de départ de sorte que l'avantage doit être considéré avoir été octroyé en contrepartie d'un travail ;
- L'avantage n'est appréciable qu'à la sortie de sorte qu'il correspond à la plus-value réalisée sur la cession des actions attachées aux BSA.

**Un certain nombre d'observations peuvent être formulées à ce stade :**

- la Cour d'appel n'a à aucun moment considéré le fait que les managers aient pu intervenir en qualité d'investisseurs et aient ainsi pu prendre un risque financier en souscrivant aux BSA
- les juges n'ont pas recherché si les managers ont bénéficié d'un avantage en souscrivant les BSA à des conditions préférentielles (analyse à laquelle se serait livrée le Comité de l'abus de droit en matière fiscale) et ont ainsi considéré que l'avantage se matérialise à la cession des actions et non lors de l'attribution des BSA.

**Le monde du private equity attend désormais fébrilement de savoir quelle sera la position de la Cour de cassation pour déterminer s'il convient de faire évoluer définitivement les pratiques.**



## FAQ : LE REGISTRE DES BENEFICIAIRES EFFECTIFS

Suite à la Newsletter de Septembre, vous avez été nombreux à nous interroger sur le nouveau registre des bénéficiaires effectifs.

Nous avons regroupés vos questions les plus fréquentes.

<b>Les SARL et les SCI sont-elles dispensées de cette déclaration, le nom des associés apparaissant dans leurs statuts ?</b>	Non, les SARL et les sociétés civiles sont également soumises à l'obligation de déclaration.
<b>Les sociétés cotées n'ont pas à déposer de déclaration. Mais qu'en est-il si l'associé majoritaire d'une société non cotée se trouve lui-même être une société cotée ?</b>	En l'absence de dérogation explicitement prévue par la loi, le bénéficiaire effectif devra également être identifié et déclaré dans ce cas.
<b>Que faire s'il est impossible d'identifier un bénéficiaire effectif ?</b>	S'il n'existe pas de bénéficiaire effectif, ou s'ils ne peuvent être identifiés, c'est le représentant légal de la société (Président, Gérant...) qui sera déclaré bénéficiaire effectif.



## RETOUR D'EXPERIENCE : MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 109 DE LA TECV

Les articles 109 et suivants de la Loi de Transition Énergétique pour la Croissance Verte (TECV) n° 2015-992 du 17 août 2015 donnent la possibilité aux communes et leurs groupements ainsi qu'aux départements et régions de participer au capital de sociétés locales sous forme de sociétés anonymes (SA) et de sociétés par actions simplifiées (SAS) dont l'objet social est la production d'énergie renouvelable par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire.

Exception de taille au principe selon lequel les collectivités ne peuvent prendre de participation dans des sociétés commerciales, hormis au travers de sociétés d'économie mixte locales (SEML) dont elles conservent le contrôle, cette réforme entrée en vigueur le 17 août 2015 a ouvert de nouvelles perspectives aux partenariats public / privé dans le domaine des ENR.

Des incertitudes demeurent néanmoins sur l'application de ces textes :

- L'objet social de ces sociétés peut-il être plus large que la seule production d'ENR ?
- La production d'ENR peut-elle être interprétée comme incluant le développement de projets et leur construction ?
- Dans quelle limite géographique les installations doivent-elles être situées ?
- Quel régime juridique s'applique aux apports en compte courant et en quasi-fonds propres effectués par les collectivités ?

Malgré ces hésitations, cette nouvelle faculté semble avoir été largement utilisée. Un premier retour d'expérience conduit à attirer l'attention sur les points de vigilance suivants :

- Le recours à ce type de véhicule ne permet pas nécessairement d'écarter l'application des règles de la commande publique, notamment l'obligation de mise en concurrence. Celles-ci s'appliqueront notamment si une ou plusieurs collectivités exercent au travers de leur participation une influence déterminante sur la société en question. Une attention toute particulière doit être portée lors de la structuration du projet au niveau de participation ainsi qu'aux pouvoirs et rôle dévolus aux collectivités dans la gouvernance de la structure.
- Les collectivités ne pouvant prendre d'engagement dont la portée financière n'est pas déterminée avec précision et préalablement budgétée, une attention particulière doit être portée à cette question lors de la rédaction de la documentation contractuelle, notamment dans les pactes d'actionnaires (par exemple promesses de vente et d'achat, clause d'ajustement de prix et clause anti-dilution) et la documentation de financement (par exemple engagements d'apports en fonds propres/quasi-fonds propres complémentaires, garanties).
- Le processus délibératif, que les collectivités sont tenues de respecter pour s'engager valablement est lourd et s'inscrit dans un espace-temps souvent peu compatible avec les contraintes liées à la mise en œuvre des projets d'ENR. Une forte anticipation est donc indispensable pour ne pas accumuler des retards et les coûts liés à la nécessité d'organiser des consultations non prévues.

Ces contraintes ne doivent pas être sous estimées par les partenaires industriels ou financiers qui s'associent aux collectivités, car elles sont susceptibles d'entraîner la remise en cause des engagements pris par les collectivités ainsi que de l'équilibre financier de ce type de projets.

Ceci étant, la participation directe des collectivités accroît indéniablement l'acceptabilité des projets, notamment en matière de méthanisation et d'éolien, et contribue à faciliter l'engagement irréversible des collectivités dans la transition énergétique.



## ET AUSSI

### DISPOSITIF D'ALERTE PROFESSIONNELLE – LOI SAPIN 2

En application des articles 8 et suivants de la loi SAPIN 2, certaines entités devront avoir mis en place un dispositif d'alerte professionnelle pour le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

#### ➤ Qui est concerné ?

- ✓ Sociétés de plus de 50 agents ou salariés
- ✓ Communes de plus de 10.000 habitants, départements, régions et établissements publics de coopération intercommunale

#### ➤ Que faut-il faire ?

- ✓ Mettre en place une procédure d'alerte ouverte aux salariés et collaborateurs extérieurs, en nommant un référent interne ou en faisant appel à un prestataire, et en déterminant les moyens de signalement et les modalités de vérifications respectueux de l'obligation de confidentialité
- ✓ Diffuser la procédure adoptée

**Besoin d'assistance ? Contactez-nous !**

### REFORME DE LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS

Nous vous parlions lors de notre dernière Newsletter de la ratification attendue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

Cette ratification devrait finalement opérer quelques modifications afin de répondre à certaines critiques :

- Clarification de la définition du contrat d'adhésion ;
- Effet du décès du destinataire sur l'offre de contrat ;
- Limitation du nouvel article 1162 du Code civil sur la représentation aux seules personnes physiques ;
- Suppression du pouvoir judiciaire de révision en cas d'imprévision, etc...

Affaire à suivre !



[www.adamas-lawfirm.com](http://www.adamas-lawfirm.com)

Lyon +33 (0)4 72 41 15 75

Paris +33 (0)1 53 45 92 22

Bordeaux : +33 (0)5 57 83 73 16

Denis SANTY – Associé – [denis.santy@adamas-lawfirm.com](mailto:denis.santy@adamas-lawfirm.com)

Jean-Marie TOCCHIO – Associé – [jean-marie.tocchio@adamas-lawfirm.com](mailto:jean-marie.tocchio@adamas-lawfirm.com)

Hervé LE BLANC – Associé – [hervé.leblanc@adamas-lawfirm.com](mailto:hervé.leblanc@adamas-lawfirm.com)

Marie-Christine COMBES – Associée – [marie-christine.combes@adamas-lawfirm.com](mailto:marie-christine.combes@adamas-lawfirm.com)