

« Les longues lois sont des calamités publiques » Saint-Just

## AU SOMMAIRE

Focus : Loi Sapin 2 et droit des sociétés

\*

Quelques jurisprudences

\*

Et aussi...

\*

Notre prochaine Matinale

Dans ce numéro des "News Corporate / M&A", vous trouverez les jurisprudences significatives du premier semestre 2017, mais aussi... tout ce que vous devez savoir en pratique sur la modernisation du droit des sociétés à la suite de la loi Sapin 2.

Notre prochaine Matinale sera consacrée à la « Compliance », recouvrant les obligations de plus en plus nombreuses à la charge des acteurs économiques en matière de programmes anti-corruption et autres procédures internes. Rendez-vous en fin de ce numéro où vous trouverez notre invitation.

## FOCUS : LOI SAPIN 2 ET DROIT DES SOCIÉTÉS

La loi Sapin 2 du 8 décembre 2016 prévoit de nombreuses mesures nouvelles visant à moderniser notre droit des sociétés. Les décrets d'application\* sont parus ce printemps et le gouvernement sortant a adopté, le 4 mai dernier, l'ordonnance\* attendue sur les décisions et la participation des actionnaires au sein des sociétés. Toutes ces nouvelles mesures sont désormais en vigueur.

### ➤ Mesures visant à faciliter la prise de décision et la participation des actionnaires

#### \*Les décrets d'application et l'ordonnance :

- Décret n° 2017-340 du 16 mars 2017 sur les modalités de fixation des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées
- Décret n° 2017-630 du 25 avril 2017 relatif aux sociétés et à l'EIRL
- Ordonnance n°2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés

- ✓ **Tenue dématérialisée des assemblées** : les statuts des SA non cotées pourront prévoir la tenue des assemblées générales d'actionnaires par recours exclusif à la visioconférence (ou autre moyen de télécommunication permettant l'identification des actionnaires). Les SA non cotées peuvent donc désormais éviter de tenir physiquement les assemblées. Il s'agit d'une vraie simplification. En effet, s'il était déjà possible (pour les sociétés anonymes, cotées ou non) d'organiser la participation des actionnaires aux assemblées par des moyens de télétransmission, la tenue physique des assemblées générales restait jusqu'à présent obligatoire. A noter : des actionnaires détenant au moins 5% du capital pourront, pour chaque assemblée, exiger la tenue physique de celle-ci. Un décret d'application précisant les conditions d'application du texte est attendu.

- ✓ **Inscription de points à l'ordre du jour par les associés de SARL** : à l'instar de ce qui est prévu pour les sociétés anonymes, les associés de SARL représentant au moins 5% des parts sociales pourront désormais requérir l'inscription à l'ordre du jour des assemblées de points ou de projets de résolution. Un décret d'application est attendu pour préciser les modalités d'exercice de ce droit par les associés et la façon dont les points et/ou projets de résolution seront portés à la connaissance des autres associés.
- ✓ **Clauses d'agrément dans les SAS – Fin de la règle d'unanimité** : l'ordonnance supprime l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification des clauses d'agrément dans les SAS. Celles-ci pourront désormais être adoptées ou modifiées à la majorité librement fixée par les statuts. Rappelons que dans les SA l'adoption ou la modification des clauses d'agrément requiert la majorité des 2/3.

#### ET LA REFORME DE LA REPRESENTATION DES OBLIGATAIRES?

La loi Sapin 2 avait habilité le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures visant à simplifier le droit des émissions obligataires et à moderniser leur représentation. En effet, les modalités actuelles de représentation (par le représentant de la masse) seraient un frein au développement des émissions obligataires à destination d'investisseurs institutionnels.

L'ordonnance est parue le 10 mai 2017. Elle modifie le principe de regroupement obligatoire des porteurs en une masse et leur représentation par le représentant de la masse. Ainsi, lorsque la valeur nominale des émissions dépasse un montant qui doit encore être fixé par décret (dont on comprend qu'il sera de 100.000 euros) il est possible de déroger à la constitution d'une masse des obligataires et leur représentation peut être organisée contractuellement.

### ➤ AUTRES MESURES : 5 objectifs de la loi Sapin 2 en droit des sociétés

#### # 1 Contrôler les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées

Elles sont désormais soumises à l'approbation préalable de l'assemblée des actionnaires à laquelle le conseil d'administration soumet annuellement la politique de détermination de la rémunération totale et des avantages de toute nature attribuables aux dirigeants (système du "vote ex-ante"). De plus, les éléments de rémunération variables et exceptionnels ne pourront être versés qu'après que l'assemblée des actionnaires ait approuvé l'ensemble des éléments de rémunération attribués au titre de l'exercice antérieur (système du "vote ex-ante").

La France se dote ainsi d'un système plus sévère que ce qui figure dans le projet de directive européenne sur les droits des actionnaires. En effet, celui-ci prévoit que la politique de rémunération doit être soumise au vote des actionnaires mais indique que les Etats membres peuvent prévoir que ces votes resteront consultatifs.

#### # 2 Faciliter la mise en société des entreprises individuelles

Les apports de fonds de commerce à une société unipersonnelle (EURL ou SASU) ne devront plus faire l'objet d'une publicité au BODACC et, corrélativement, les créanciers de l'apporteur ne pourront plus exiger que la société bénéficiaire de l'apport reste solidaire de l'apporteur. Autre mesure de simplification : la loi dispense de commissariat aux apports les apports faits à une EURL ou une SASU par un entrepreneur d'un bien figurant au dernier exercice du bilan de l'apporteur.

#### # 3 Simplifier les apports en nature de faible montant lors de la constitution d'une SAS

Comme c'est le cas pour les SARL, les futurs associés de la SAS peuvent désormais décider de ne pas désigner de commissaire aux apports à la double condition que la valeur d'aucun apport n'excède 30.000 euros et que les apports en nature ne représentent pas globalement plus de la moitié du capital.

#### # 4 Supprimer le régime spécifique des autorisations préalables dans les SA à directoire et conseil de surveillance

La loi supprime l'exigence, dans les SA à directoire et conseil de surveillance, d'une autorisation préalable par le conseil de surveillance des cessions d'immeubles, cessions de participation et constitutions de sûretés. Ainsi, comme dans les SA à conseil d'administration seuls les avals et garanties nécessitent une autorisation préalable.

#### # 5 Exclure l'action en comblement de passif en cas de simple négligence du dirigeant

La loi atténue le principe de responsabilité des dirigeants pour faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif en excluant la « simple négligence du dirigeant de droit ou de fait ».

## **Déloyauté du dirigeant lors du rachat de titres d'un minoritaire - Préjudice**

*Cass. Com. 15 mars 2017 N°15-14.419*

Le dirigeant qui acquiert des titres de la société auprès d'un associé minoritaire sans l'informer de l'existence de discussions avec un tiers sur l'acquisition d'une participation manque à son obligation de loyauté. En cas de revente des titres par le dirigeant au tiers à un prix supérieur, le minoritaire est fondé à obtenir réparation de son préjudice consistant en la perte de chance de cession à un meilleur prix. Comment évaluer ce préjudice de perte de chance ? Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, celui-ci ne saurait représenter 100% de la différence de prix. Dans son arrêt du 15 mars 2017 elle approuve la Cour d'appel qui a estimé le montant du préjudice à 5% de la différence de prix. En l'occurrence, selon la Cour d'appel, la perte de chance était très limitée dans la mesure où le tiers acquéreur n'avait acquis qu'une participation minoritaire (20%) auprès du dirigeant et ne souhaitait pas acquérir spécifiquement les actions du minoritaire (représentant 10%). Le minoritaire aurait très certainement obtenu une indemnisation supérieure si le tiers acquéreur avait acquis 100% du capital (en effet dans ce cas la chance perdue est quasiment "certaine").

## **Transformation en SAS et perte de la qualité d'administrateur**

*Cass. Com. 25 janvier 2017 N°14-28.792*

Le protocole de cession d'actions d'une SA prévoyait une diminution du prix en cas de baisse du chiffre d'affaires, sous réserve du maintien du cédant à son poste d'administrateur. Postérieurement à la cession, la société est transformée en SAS, tout en conservant dans les faits un conseil d'administration, sans le préciser dans les statuts.

La Cour de cassation refuse d'appliquer la clause de réduction de prix, considérant que le cédant n'a pas conservé sa qualité d'administrateur puisque « *seuls les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ».

Cet arrêt rappelle le soin à apporter à la rédaction des clauses d'earn-out, et tout particulièrement lorsque celles-ci font référence à des éléments factuels : ici, il aurait fallu conditionner la clause au maintien du cédant à son poste d'administrateur, ou à défaut à tout poste lui permettant d'exercer un droit de regard effectif sur la société.

## **Garantie d'actif et de passif – Non-respect du délai d'information**

*Cass. Com. 25 janvier 2017 N°15-17.137*

Les conventions de garantie prévoient en général l'obligation pour le bénéficiaire de notifier au garant les faits susceptibles d'entraîner la mise en jeu de la garantie dans un certain délai. Il est parfois précisé que tout retard entraînera la déchéance de la garantie et, dans ce cas, cette clause "couperet" (validée par la Cour de cassation) produira son effet. Il arrive au contraire que la convention ne précise pas de sanction en cas de non-respect du délai de

notification. La Cour de cassation confirme ici que, dans le silence du contrat, les juges du fond apprécient souverainement la sanction à appliquer : déchéance de la garantie ou maintien de celle-ci (l'indemnisation étant le cas échéant diminuée du préjudice subi par le garant du fait du retard de notification). En l'occurrence la Cour d'appel de Metz avait décidé de maintenir le bénéfice de la garantie.

Il est donc recommandé, si l'on souhaite échapper à l'aléa jurisprudentiel, de préciser clairement dans l'acte la sanction applicable en cas de retard de notification.

## **Coup d'accordéon et fraude aux droits des minoritaires**

*Cass. Com. 11 janvier 2017 N°14-27.052*

Lorsque les pertes excèdent le montant du capital, la reconstitution des capitaux propres peut intervenir par un "coup d'accordéon" consistant à réduire le capital à zéro (par annulation de la totalité des actions) afin d'apurer les pertes et à augmenter immédiatement ensuite le capital restaurer ses fonds propres. Cette opération peut aboutir (du fait de l'annulation de la totalité des actions) à l'exclusion des anciens associés ou de ceux d'entre eux qui ne peuvent ou ne veulent pas souscrire à l'augmentation de capital. La Cour de cassation a cependant validé de longue date le coup d'accordéon dès lors qu'il permet d'assurer la survie de la société qui, autrement, serait vouée au dépôt de bilan.

Dans l'arrêt du 11 janvier 2017 les capitaux propres étaient devenus négatifs et une assemblée d'actionnaires avait été convoquée pour décider la réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation de capital réservée à l'actionnaire majoritaire. Les minoritaires avaient obtenu de la Cour d'appel l'annulation de l'assemblée générale pour fraude à leurs droits. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel. En l'occurrence, elle déduit la fraude d'un faisceau d'indices, notamment le fait que l'assemblée a été convoquée en pleine période estivale (ne permettant pas aux actionnaires minoritaires d'être tous présents même si la convocation avait été effectuée dans les délais légaux) et ce alors même que les difficultés de la société - bien que réelles- ne mettaient pas en jeu sa survie. La Cour de cassation relève également que la souscription de l'actionnaire majoritaire a été libérée en totalité par compensation avec des créances en compte courant de sorte qu'elle ne s'est pas traduite par un apport de trésorerie, ce qui démontre la précipitation de l'actionnaire majoritaire pour réaliser une opération qui n'était pas justifiée par la survie de la société.

Cet arrêt rappelle, ce que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer, que le coup d'accordéon ne doit pas être réalisé aux fins d'évincer les actionnaires minoritaires. Il apporte également deux enseignements. D'une part il semble que le seul fait que les capitaux propres soient négatifs ne suffit pas à justifier le coup d'accordéon (il faut que la survie de la société soit en jeu). D'autre part, la Cour de cassation indique que l'opération doit être considérée comme frauduleuse dès lors qu'elle a pour objectif "essentiel" la fraude des droits des minoritaires alors que sont généralement sanctionnées les pratiques ayant un objectif exclusivement frauduleux.

## ET AUSSI

### LA DECLARATION DES BENEFICIAIRES EFFECTIFS

La Directive anti blanchiment et financement du terrorisme impose aux Etats membres de mettre en place un registre des bénéficiaires effectifs des sociétés. La loi Sapin du 8 décembre 2016 a donc prévu que les sociétés et groupements ayant leur siège en France et tenus de s'immatriculer au RCS devront détenir des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs et les transmettre au greffe. La notion de "bénéficiaire effectif" s'entend, au sens du Code Monétaire et Financier, de la / les personnes physiques contrôlant en dernier lieu l'entité considérée.

Ce dispositif devait entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2017 mais le décret d'application n'est pas paru à ce jour. Il devrait notamment préciser les informations qui seront accessibles au public et celles qui ne seront accessibles qu'aux autorités compétentes en matière de lutte contre le blanchiment et de fraude fiscale.

Affaire à suivre ...

### PRÊTS OCTROYES PAR DES FONDS D'INVESTISSEMENT

Les coups de canif dans le monopole bancaire se font de plus en plus nombreux. Dernier en date, un décret du 26 novembre 2016 permet aux fonds professionnel spécialisé (FPS) et aux fonds professionnel de capital investissement (FPCI) ne bénéficiant pas du label FEILT (fonds d'investissement européen de long terme), jusqu'ici obligatoire, d'octroyer des prêts aux entreprises.

Les formalités restent cependant compliquées, avec notamment la nécessité d'obtenir l'agrément de l'AMF. Par ailleurs une ordonnance prise en application de la loi Sapin 2 est attendue d'ici la fin de l'année pour créer un nouveau véhicule juridique reprenant une partie des caractéristiques des organismes de titrisation, qui pourra bénéficier de cette possibilité d'octroi de prêts.

## NOTRE PROCHAINE MATINALE

Programme anti-corruption et dispositif d'alerte professionnelle instaurés par la loi Sapin 2, obligation de vigilance des sociétés mères et donneur d'ordre : le législateur a fait de la conformité une priorité. Nous vous proposons de faire un point sur ce mouvement général vers la "Compliance" lors de notre Matinale :



Date : 4 juillet 2017



Horaire : 8h30 – 10h30



Lieu : ADAMAS, 55 Bvd des Brotteaux, 69006 LYON

## CONTACTEZ L'EQUIPE CORPORATE



### CONTACTS :

[denis.santy@adamas-lawfirm.com](mailto:denis.santy@adamas-lawfirm.com)

[jean-marie.tocchio@adamas-lawfirm.com](mailto:jean-marie.tocchio@adamas-lawfirm.com)

[herve.lebanc@adamas-lawfirm.com](mailto:herve.lebanc@adamas-lawfirm.com)

[marie-christine.combes@adamas-lawfirm.com](mailto:marie-christine.combes@adamas-lawfirm.com)

N'hésitez pas à consulter notre brochure disponible sur le site [www.adamas-lawfirm.com](http://www.adamas-lawfirm.com)