



# Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris

Tél. : 01.47.63.66.41 Fax : 01.42.27.13.58 Internet : <http://www.ansa.asso.fr> E-mail : [ansa@ansa.asso.fr](mailto:ansa@ansa.asso.fr)

## Comité juridique

Réunion du 9 mai 2007

n° 07-019

### **OFFRE DE STOCK OPTIONS ET ATTRIBUTION GRATUITES D' ACTIONS AUX MANDATAIRES SOCIAUX EN ABSENCE DES MESURES RESTRICTIVES REQUISES – SANCTION : UNITE OU DUALITE DU REGIME DE NULLITE SELON QU'IL S' AGIT D' ACTIONS NOUVELLES OU EXISTANTES**

*Attribution gratuite d' actions – option de souscription ou d' achat d' actions – condition – compétence du conseil d' administration – compétence du conseil de surveillance – sanction – nullité – régularisation – actions autodétenues – actions nouvelles*

La question plus générale des sanctions applicables dans ce cas fait l' objet d' un premier avis du Comité juridique du 7 mars 2007.

**Rappel** : en application des articles L 225-185 et L 225-197-1 du code de commerce, en cas d' options de souscription ou d' achat d' actions ou d' attribution gratuite d' actions consenties aux mandataires sociaux (à compter du 31/12/2006, loi n° 2006-1770 du 30/12/2006, art. 62), le conseil d' administration ou le conseil de surveillance doit adopter des mesures restrictives concernant ces options ou ces actions. L' une des deux mesures prévues, celle qui vraisemblablement devrait être majoritairement choisie en pratique, consiste à fixer la quantité des actions issues de levées d' options ou attribuées gratuitement **que les mandataires sociaux sont tenus de conserver au nominatif jusqu' à la fin de leurs fonctions**

Ainsi, l' article L 225-185 (4<sup>ème</sup> alinéa, 2<sup>ème</sup> phrase) dispose que « *le conseil d' administration ou, selon le cas, le conseil de surveillance soit décide que les options ne peuvent être levées par les intéressés avant la cessation de leurs fonctions, soit fixe la quantité des actions issues de levées d' options qu' ils sont tenus de conserver au nominatif jusqu' à la cessation de leurs fonctions. L' information correspondante est publiée dans le rapport mentionné à l' article L. 225-102-1* » (l' article L 225-197-1 prévoit un dispositif quasiment identique en cas d' attribution gratuites d' actions)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Art. L 225-185**

*Des options donnant droit à la souscription d' actions peuvent être consenties pendant une durée de deux ans à compter de l' immatriculation de la société, aux mandataires sociaux personnes physiques qui participent avec des salariés à la constitution d' une société.*

*De telles options peuvent également être consenties, pendant une durée de deux ans à compter du rachat, aux mandataires sociaux personnes physiques d' une société qui acquièrent avec des salariés la majorité des droits de vote en vue d' assurer la continuation de la société.*

**Quelle serait la sanction si le conseil n'imposait aucune contrainte aux options consenties ou aux actions attribuées aux mandataires sociaux contrairement aux dispositions des articles L 225-185 et L 225-197-1 ?**

Certes, ces deux textes ne prévoient expressément aucune sanction mais le code de commerce institue un régime général des nullités.

---

*En cas d'attribution d'options, dans un délai de deux ans après la création d'une société ou le rachat de la majorité du capital d'une société par ses salariés ou ses mandataires sociaux, le maximum prévu au dernier alinéa de l'article L. 225-182 est porté au tiers du capital.*

*Le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou le gérant d'une société par actions peuvent se voir attribuer par cette société des options donnant droit à la souscription ou à l'achat d'actions dans les conditions prévues aux articles L. 225-177 à L. 225-184. Toutefois, par dérogation à ces dispositions, le conseil d'administration ou, selon le cas, le conseil de surveillance soit décide que les options ne peuvent être levées par les intéressés avant la cessation de leurs fonctions, soit fixe la quantité des actions issues de levées d'options qu'ils sont tenus de conserver au nominatif jusqu'à la cessation de leurs fonctions. L'information correspondante est publiée dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102-1.*

*Ils peuvent également se voir attribuer, dans les mêmes conditions, des options donnant droit à la souscription ou à l'achat d'actions d'une société qui est liée dans les conditions prévues à l'article L. 225-180, sous réserve que les actions de cette dernière soient admises aux négociations sur un marché réglementé.*

Art. L 225-197-1 (extr.)

*I - L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre.*

*L'assemblée générale extraordinaire fixe le pourcentage maximal du capital social pouvant être attribué dans les conditions définies au premier alinéa. Le nombre total des actions attribuées gratuitement ne peut excéder 10 % du capital social à la date de la décision de leur attribution par le conseil d'administration ou le directoire.*

.....  
*L'attribution des actions à leurs bénéficiaires est définitive au terme d'une période d'acquisition dont la durée minimale, qui ne peut être inférieure à deux ans, est déterminée par l'assemblée générale extraordinaire. Toutefois, l'assemblée peut prévoir l'attribution définitive des actions avant le terme de la période d'acquisition en cas d'invalidité du bénéficiaire correspondant au classement dans la deuxième ou la troisième des catégories prévues à l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale.*

*L'assemblée générale extraordinaire fixe également la durée minimale de l'obligation de conservation des actions par les bénéficiaires. Cette durée court à compter de l'attribution définitive des actions, mais ne peut être inférieure à deux ans. Toutefois, les actions sont librement cessibles en cas d'invalidité des bénéficiaires correspondant à leur classement dans les catégories précitées du code de la sécurité sociale.*

*Si l'assemblée générale extraordinaire a retenu pour la période d'acquisition mentionnée au cinquième alinéa une durée au moins égale à quatre ans pour tout ou partie des actions attribuées, elle peut réduire ou supprimer la durée de l'obligation de conservation, mentionnée au sixième alinéa, de ces actions.*

.....  
*II. - Le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou le gérant d'une société par actions peuvent se voir attribuer des actions de la société dans les mêmes conditions que les membres du personnel salarié.*

*Ils peuvent également se voir attribuer des actions d'une société liée dans les conditions prévues à l'article L. 225-197-2, sous réserve que les actions de cette dernière soient admises aux négociations sur un marché réglementé.*

.....  
*Par dérogation aux dispositions précédentes, pour les actions ainsi attribuées au président du conseil d'administration, au directeur général, aux directeurs généraux délégués, aux membres du directoire ou au gérant d'une société par actions, le conseil d'administration ou, selon le cas, le conseil de surveillance soit décide que ces actions ne peuvent être cédées par les intéressés avant la cessation de leurs fonctions, soit fixe la quantité de ces actions qu'il sont tenus de conserver au nominatif jusqu'à la cessation de leurs fonctions. L'information correspondante est publiée dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102-1.*

.....

L'article L 235-1 du code de commerce relatif aux nullités prévoit un régime différent selon qu'un acte modifie ou non les statuts. Ainsi, selon le premier alinéa, « *la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats* ».

Au contraire, le deuxième alinéa précise que « *la nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats* »<sup>2</sup>

Ce texte résulte sans changement de la loi du 24 juillet 1966, modifiée par l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 (transposant la directive n° 68/151 du 9/03/1968)<sup>3</sup>.

### **La décision d'attribuer des actions ou des options relève-t-elle du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L 235-1 (actes modifiant les statuts) ou du 2<sup>ème</sup> alinéa (actes ou délibération ne modifiant pas les statuts) ?**

Si le premier alinéa est applicable, la nullité de la décision requiert soit une disposition expresse, qui n'existe pas en l'occurrence, soit la violation des règles régissant la nullité des contrats (selon l'article 1108 du code civil, la nullité des conventions est encourue en cas d'absence de consentement, de capacité à contracter ou d'objet certain ou en cas de cause illicite)<sup>4</sup>. En pratique, on ne voit pas en quoi l'omission des mesures restrictives prévues par les textes relèverait des causes de nullité des contrats.

---

#### <sup>2</sup> **Art. L 235-1**

*La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil.*

*La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats.*

<sup>3</sup> Cette directive a notamment voulu réduire au maximum les risques de nullité (« *considérant qu'il est nécessaire, en vue d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés, de limiter les cas de nullité ainsi que l'effet rétroactif de la déclaration de nullité et de fixer un délai bref pour la tierce opposition à cette déclaration* »),

#### <sup>4</sup> **Art. 1108**

*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

*Le consentement de la partie qui s'oblige ;*

*Sa capacité de contracter ;*

*Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;*

*Une cause licite dans l'obligation*

#### **Article 1109**

*Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.*

#### **Article 1110**

*L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.*

*Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.*

#### **Article 1116**

*Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.*

*Il ne se présume pas et doit être prouvé.*

#### **Article 1117**

En revanche, s'il s'agit d'une délibération ne modifiant pas les statuts, le non respect d'une disposition impérative prévue par le code de commerce entraîne la nullité<sup>5</sup>.

**Analyse** – Selon *une première interprétation*, il faut avant tout distinguer, d'une part, les options de souscription et les attributions d'actions à émettre et, d'autre part, les options d'achat et les attributions d'actions existantes. Pour la première catégorie, il s'agit d'une modification potentielle des statuts (en raison de l'augmentation de capital possible) et c'est donc le premier alinéa de l'article L 235-1 qui est applicable. En effet, ce texte régleme toutes les décisions autorisant les modifications des statuts, non pas uniquement les décisions d'AGE, mais également les décisions prises par le conseil sur délégation, par exemple, la décision du conseil décidant la réalisation d'une augmentation de capital sur délégation de l'AGE<sup>6</sup>. Ainsi, la décision d'émettre des BSA relève bien de l'article L 235-1, 1<sup>er</sup> alinéa, bien que la modification des statuts ne soit qu'éventuelle ; il en est de même en cas d'offre d'options. Au demeurant, en cas d'attributions gratuite d'actions à émettre, l'augmentation de capital est bien certaine (sauf clauses conditionnelles).

Selon cette *première interprétation*, la décision du conseil impliquant une *émission d'actions* nouvelles ne pourrait être annulée, faute d'une disposition expresse, malgré l'absence d'une mesure contraignante s'appliquant aux mandataires sociaux. En revanche, l'administration pourrait remettre en cause l'application du régime fiscal et social spécifique, une disposition du code de commerce n'étant pas respectée (v. séance du 7 mars précitée).

En revanche, si l'on estime que c'est le deuxième alinéa de l'article L 235-1 qui est applicable en cas d'actions à émettre, une augmentation de capital pourrait être rétroactivement annulée en l'absence de disposition expresse, ce qui est contraire au régime des nullités prévu par cet article.

S'agissant des options d'achat et des attributions d'actions existantes, seul le deuxième alinéa de l'article L 235-1 serait applicable (v. PVCJ du 7 mars 2007 et la question de la violation d'une disposition impérative).

D'après une *deuxième interprétation*, il existerait une unité du régime de la nullité qui reposerait sur le caractère également unique de la règle de fond. Que l'offre d'options ou l'attribution gratuite d'actions porte sur des actions existantes ou à émettre, la délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance devrait être soumise au même texte et aux mêmes contraintes. Par cohérence, le mécanisme de la sanction doit donc être aussi unique. Or, une telle délibération, sans que soit prise une décision concernant les mesures requises, ne constitue pas en soi une modification des statuts. L'acte doit être considéré tel qu'il est. En conséquence, le deuxième alinéa de l'article L 235-1 serait seul applicable aux deux situations.

---

*La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre.*

<sup>5</sup> Sur le régime des nullités, v. notamment, E. Evrard, *Nullité des actes et/ou des décisions des organes délibérants*, Com. ANSA, mai 2003, n° 3209. ;D. Grillet-Ponton, *La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société*, Rev. des soc. 1984, p. 259 ; J.P. Legros, *La nullité des décisions de sociétés*, Rev. des soc. 1991, p. 275 ; E. Le Dolley, *Emission de titres et nullités dans les sociétés par actions*, Rev. dr. bancaire et fin. nov-déc. 2005, p. 48.

<sup>6</sup> En ce sens, Mémento F. Lefebvre, soc. com., n° 28260.

**Réponse** – Pour la *majorité du Comité juridique*, on doit constater que l’obligation de prévoir une mesure restrictive concernant les options ou les actions attribuées aux mandataires sociaux relève de la compétence propre, soit du conseil de surveillance, soit du conseil d’administration qui ne dépend pas d’une autorisation de modifier les statuts votée par l’AGE<sup>7</sup>. Ainsi, que les actions soient à émettre ou non, la décision irrégulière en cause n’implique pas une modification des statuts, par conséquent seul le 2<sup>ème</sup> alinéa de l’article L 235-1 du code de commerce (acte ne modifiant pas les statuts) est applicable (sur la sanction de la nullité et notamment sa portée et la possibilité d’une régularisation, v. PVCJ du 7 mars 2007)<sup>8</sup>.

Au demeurant, il ne serait pas logique que le régime de la sanction d’une obligation identique pour toutes actions acquises varie selon qu’il s’agisse ou non d’actions à émettre.

---

---

<sup>7</sup> En l’occurrence, l’autorisation d’augmenter le capital a bien été donnée initialement par l’AGE.

<sup>8</sup> On peut rappeler que seule l’offre d’options ou d’actions faite aux mandataires sociaux risque l’annulation (dans les sociétés duales cette décision est prise par le directoire).