



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris

Tél. 01 47 63 66 41

<http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.fr

2018 – III
Octobre 2018

NOTE POUR VOUS

n° 18-046

Projet de loi portant suppression de sur-transposition de directives européennes en droit français

Mesures de droit des sociétés et de droit financier

Le projet de loi enregistré au Sénat le 3 octobre 2018 entend réduire l'excès de normes en supprimant certaines « sur-transpositions » de directives européennes, lesquelles sont entendues au sens large puisqu'il s'agit autant d'hypothèses dans lesquelles le droit français excède les exigences européennes que de cas où la France n'a pas levé des options ouvertes par le droit européen.

Le projet de loi comprend différentes mesures relatives au droit des sociétés et au droit financier.

1.- « Dé-surtransposition » en droit des sociétés

Fusion – Déclaration de conformité (art. 3)

Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, l'article L. 236-6 du code de commerce imposait à toutes les sociétés participant à une fusion de déposer au greffe une déclaration de conformité. Le champ de cette exigence, qui incluait donc les SARL, SAS et SCA, excédant celui prévu par les textes européens, la loi de 2014 a modifié l'article L. 236-6 qui ne vise plus désormais que les sociétés anonymes et les sociétés européennes ainsi que les sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne¹.

Toutefois, si la volonté du législateur en 2014 consistait à restreindre le champ de cette disposition aux seules SA et SE, ainsi qu'aux sociétés participant à une fusion transfrontière², les renvois opérés aux articles L. 226-1 et L. 227-1 ont conduit à considérer que les SCA et les SAS demeuraient soumises à

¹ Article L. 236-6 du code de commerce :

« Toutes les sociétés qui participent à l'une des opérations mentionnées à l'article L. 236-1 établissent un projet de fusion ou de scission.

Ce projet est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège desdites sociétés et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

A peine de nullité, les sociétés anonymes et les sociétés européennes participant à l'une des opérations mentionnées au premier et au deuxième alinéa de l'article L. 236-1 ainsi que les sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements. Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la conformité de la déclaration aux dispositions du présent article ».

² Rapport du Sénat sur le projet de loi : « Le quatrième volet de l'habilitation vise à supprimer l'exigence de déclaration de conformité dans les fusions et scissions de sociétés lorsqu'elle n'est pas exigée par les textes européens. Cette exigence demeurerait dans les seuls cas prévus par ces textes, c'est-à-dire en cas de fusion ou de scission de sociétés anonymes ou de sociétés européennes ainsi qu'en cas de fusion transfrontalière de sociétés au sein de l'Union européenne.

Déposée au greffe du tribunal du commerce, la déclaration doit relater tous les actes effectués en vue de procéder à l'opération et indiquer que celle-ci a été réalisée en conformité des lois et règlements, de façon à permettre le contrôle de l'opération par le greffier. L'utilité d'une telle formalité n'est aujourd'hui plus avérée dans la plupart des cas.

Souscrivant pleinement à cette simplification ponctuelle, qui permet de corriger une « sur-transposition » en droit français, votre commission a adopté, à l'initiative de son rapporteur, un **amendement** visant à convertir l'habilitation en modification directe de l'article L. 236-6 du code de commerce. Ainsi, en cas de fusion entre sociétés à responsabilité limitée ou entre sociétés par actions simplifiées, la formalité de la déclaration de conformité sera supprimée ».

l’obligation de déposer une déclaration de conformité, seules les SARL ayant été en réalité exclues du dispositif³.

Le projet de loi modifie en conséquence les articles L. 226-1 et L. 227-1 du code de commerce afin d’exclure explicitement le troisième alinéa de l’article L. 236-6 des textes applicables aux SCA et SAS.

Fusion – Délégation de compétence (art. 4)

L’article L. 236-9 du code de commerce donne compétence à l’AGE de chacune des sociétés participant à l’opération pour décider de la fusion, sans prévoir de faculté de délégation de compétence ou de pouvoirs au bénéfice du conseil d’administration ou du directoire. L’article 94 de la directive 2017-1132 prévoit toutefois les Etats membres peuvent, à certaines conditions, ne pas imposer l’approbation de la fusion par l’assemblée générale de la société absorbante⁴.

Le projet de loi prévoit de compléter l’article L. 236-9 sur le modèle du régime applicable aux augmentations de capital pour introduire la possibilité pour l’AGE :

- de déléguer sa compétence au conseil d’administration ou au directoire pour décider d’une fusion par absorption pendant une durée qu’elle fixe et qui ne peut excéder 26 mois ;
- lorsqu’elle a décidé d’une fusion par absorption, de déléguer au conseil d’administration ou au directoire le pouvoir de déterminer les modalités définitives du projet de fusion pour une durée qu’elle fixe dans la limite de 5 ans.

Il est toutefois prévu, en application de la directive précitée, qu’un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peuvent demander en justice la désignation d’un mandataire aux fins de convoquer l’AGE de cette société pour qu’elle se prononce sur le projet de fusion.

L’usage de l’une des deux facultés de délégation emporte obligation pour l’AGE de déléguer également, par une résolution particulière et dans les conditions de droit commun (art. L. 225-129 à L. 225-129-5), sa compétence ou son pouvoir pour réaliser l’augmentation de capital⁵.

³ Le Comité juridique de l’ANSA a ainsi considéré « que le 3ème alinéa de l’article L 236-6 prescrivant l’établissement de la déclaration de conformité en cas de fusion vise précisément les sociétés anonymes ; or l’article L 227-1 rend applicables aux SAS toutes les règles que les SA sont tenues de mettre en œuvre, à l’exception des articles qui sont expressément écartés ou des dispositions qui seraient incompatibles avec les règles spéciales propres aux SAS. Comme on ne peut limiter la portée de ce renvoi aux textes applicables aux SA, faute d’indication en ce sens dans le texte de l’article L 227-1, il en résulte que ce 3ème alinéa de l’article L 236-6 concerne également les SAS ». V. également Mémento Lefebvre Soc. Com. 2018, n°83373.

⁴ Article 94 de la directive 2017-1132

Dérogation à l’obligation d’approbation de l’assemblée générale de la société absorbante

« La législation d’un État membre peut ne pas imposer l’approbation de la fusion par l’assemblée générale de la société absorbante si les conditions suivantes sont remplies :

a) la publicité prescrite à l’article 92 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l’assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelée à se prononcer sur le projet de fusion;

b) tous les actionnaires de la société absorbante ont le droit, un mois au moins avant la date indiquée au point a), de prendre connaissance, au siège social de cette société, des documents visés à l’article 97, paragraphe 1;

c) un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante disposant d’actions pour un pourcentage minimal du capital souscrit doivent avoir le droit d’obtenir la convocation d’une assemblée générale de la société absorbante appelée à se prononcer sur l’approbation de la fusion; ce pourcentage minimal ne peut être fixé à plus de 5 %. Toutefois, les États membres peuvent prévoir que les actions sans droit de vote sont exclues du calcul de ce pourcentage ».

Aux fins du premier alinéa, point b), l’article 97, paragraphes 2, 3 et 4, est applicable.

⁵ Article L. 225-129, al. 1 :

« L’assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d’administration ou du directoire, une augmentation de capital immédiate ou à terme. Elle peut déléguer cette compétence au conseil d’administration ou au directoire dans les conditions fixées à l’article L. 225-129-2 ».

Article L. 225-129-1 :

« Lorsque l’assemblée générale extraordinaire décide l’augmentation de capital, elle peut déléguer au conseil d’administration ou au directoire le pouvoir de fixer les modalités de l’émission des titres ».

Article L. 225-129-2 :

« Lorsque l’assemblée générale extraordinaire délègue au conseil d’administration ou au directoire sa compétence pour décider de l’augmentation de capital, elle fixe la durée, qui ne peut excéder vingt-six mois, durant laquelle cette délégation peut être utilisée et le plafond global de cette augmentation.

Cette délégation prive d’effet toute délégation antérieure ayant le même objet.

Le projet de loi précise que lorsque le conseil d'administration ou le directoire sollicite l'une de ces délégations, il établit un rapport écrit mis à la disposition des actionnaires.

L'article L. 236-10, II serait en outre complété pour prévoir que la décision de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion, qui est prise, à l'unanimité, par les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération, résulte d'une consultation des actionnaires avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise de ce rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ou, le cas échéant, à la décision du conseil d'administration ou du directoire de la société absorbante.

Moyennes entreprises – Présentation simplifiée du compte de résultat (art. 5)

Le projet de loi prévoit d'autoriser les moyennes entreprises⁶ :

- à adopter, dans les conditions prévues par un règlement de l'ANC, une présentation simplifiée de leur compte de résultat⁷ ;
- à ne rendre publique qu'une présentation simplifiée de leurs bilan et annexe (les sociétés mentionnées à l'article L. 123-16-2 et les sociétés appartenant à un groupe ne peuvent toutefois faire usage de cette faculté). Dans ce cas, la présentation simplifiée n'a pas à être accompagnée du rapport du CAC mais doivent être mentionnés son caractère abrégé, le greffe auprès duquel les comptes annuels ont été déposés ainsi que la teneur de l'avis des CAC⁸.

Une mesure identique a été introduite par voie d'amendement lors de l'examen du projet de loi PACTE par l'Assemblée nationale.

2.- « Dé-surtransposition » en droit financier

Afin de renforcer l'attractivité de la Place de Paris, le projet de loi propose en outre deux mesures en matière financière :

- Constatant que la directive CRD IV n'impose que l'identification de la population des preneurs de risques, le projet de loi prévoit la suppression de la consultation annuelle de l'assemblée générale des établissements de crédit et des sociétés de financement sur l'enveloppe globale des rémunérations qui leur sont versées (art. 8)⁹.
- Le projet de loi propose de préciser que l'obligation qui est faite aux sociétés de gestion de portefeuille des FIA et aux sociétés de gestion de portefeuille d'OPCVM de déterminer les politiques et pratiques de rémunération ne vise que les personnes dont les activités ont une incidence « significative » sur les profils de risques des sociétés de gestion de portefeuille ou des FIA ou OPCVM qu'elles gèrent (art. 9)¹⁰.

Les émissions mentionnées aux articles L. 225-135 à L. 225-138-1 et L. 225-177 à L. 225-186, L. 225-197-1 à L. 225-197-3 ainsi que les émissions d'actions de préférence mentionnées aux articles L. 228-11 à L. 228-20 doivent faire l'objet de résolutions particulières.

Dans la limite de la délégation donnée par l'assemblée générale, le conseil d'administration ou le directoire dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer les conditions d'émission, constater la réalisation des augmentations de capital qui en résultent et procéder à la modification corrélative des statuts ».

⁶ Aux termes de l'article 3.3 de la directive 2013-34 : « Une moyenne entreprise est une entreprise qui n'est pas une micro-entreprise ou une petite entreprise et qui, à la date de clôture du bilan, ne dépasse pas les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants: a) total du bilan: 20 000 000 EUR; b) chiffre d'affaires net: 40 000 000 EUR; c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice: 250 ».

⁷ Modification de l'article L. 123-16 du code de commerce.

⁸ Modification de l'article L. 232-25 du code de commerce.

⁹ Article L511-73 du COMOFI :

« L'assemblée générale ordinaire des établissements de crédit et des sociétés de financement est consultée annuellement sur l'enveloppe globale des rémunérations de toutes natures versées durant l'exercice écoulé aux personnes mentionnées à l'article L. 511-71 ».

¹⁰ Article L. 533-22-2 du COMOFI, al. 1^{er}:

« Les sociétés de gestion de portefeuille des FIA mentionnés aux 1^o et 2^o du II du présent article et les sociétés de gestion de portefeuille d'OPCVM déterminent les politiques et pratiques de rémunération des personnes suivantes, lorsque leurs activités professionnelles ont une incidence sur les profils de risques des sociétés de gestion de portefeuille ou des FIA ou OPCVM qu'ils gèrent : [...] ».

oOo

En BREF :

- ***Recommandations de l'AMF sur les assemblées générales (guide méthodologique sur le traitement des votes)***

La Commission consultative Epargnants de l'AMF a présenté, en janvier 2017, un rapport intitulé « *Pour un vote transparent et effectif en assemblée générale à l'ère du numérique* » comprenant différentes propositions de modifications réglementaires ou d'adaptation des pratiques. Ce rapport a été soumis à consultation par le Collège de l'AMF. Le Collège de l'AMF¹¹ a choisi en octobre 2017 d'intégrer certaines des propositions de la Commission consultative Epargnants à sa doctrine, en actualisant la recommandation n° 2012-05 sur les assemblées générales de sociétés cotées, les autres propositions étant soit écartées, soit soumises à l'examen d'un groupe de travail dédié.

La recommandation précitée de l'AMF a fait l'objet d'une nouvelle actualisation en octobre 2018, afin d'intégrer les propositions issues des travaux de ce groupe de travail. Celles-ci comprennent des recommandations à destination des émetteurs et des teneurs de compte (prise en compte des formulaires de vote répondant aux exigences légales, encadrement du recours à un huissier, attribution le cas échéant de plusieurs boîtiers de vote, encadrement des frais facturés...) ainsi que des propositions de modifications législatives ou réglementaires (mention du siège ou du domicile du mandataire sur les formulaires de vote par procuration, confirmation des votes reçus, conservation des formulaires irréguliers ou hors délai, publication des votes rejetés...)¹².

L'AMF recommande en outre l'élaboration, aussi rapidement que possible, dans le cadre d'un travail commun de représentants de l'ensemble des professionnels, émetteurs et actionnaires concernés, d'un guide méthodologique de traitement des votes en assemblée générale pour les établissements centralisateurs, teneurs de compte- conservateurs et émetteurs assurant tout ou partie de ce traitement. Ce guide, mis à la disposition du public, devrait notamment :

- rappeler les exigences légales et réglementaires, ainsi que les principales règles professionnelles ou principes déontologiques, susceptibles d'être appliqués par les intervenants précités ;
- décrire les procédures mises en œuvre pour le traitement des votes en assemblée générale des émetteurs et les pratiques permettant de résoudre les difficultés opérationnelles les plus fréquemment rencontrées avant, pendant et après la tenue de ces assemblées ;
- recommander que le mandat confié à l'établissement centralisateur détaille la nature des prestations demandées et précise les limites de celles-ci.

En revanche, le guide ne prohibera pas la transmission d'information par le centralisateur à l'émetteur¹³.

L'ANSA et l'AFTI constituent le groupe de travail qui sera chargé de l'élaboration de ce guide méthodologique, qui doit servir lors des AG 2019.

¹¹ V. le communiqué de presse de l'AMF du 24 octobre 2017.

¹² V. le communiqué de presse de l'AMF du 5 octobre 2018.

¹³ La Commission consultative Epargnants proposait d'établir, en concertation avec les associations professionnelles concernées, les représentants des émetteurs et des actionnaires, un guide de bonne conduite de l'établissement centralisateur intervenant dans le cadre des assemblées générales. La Commission recommandait également que ce guide de bonne conduite contienne des préconisations sur la gestion des conflits d'intérêts des établissements centralisateurs en assemblée générale, et prohibe toute transmission à l'émetteur - en amont de l'assemblée générale – d'informations, même partielles ou provisoires, sur le résultat anticipé des votes à distance et le nombre de procurations données au président. L'ANSA s'était très fermement opposée à la prohibition de la transmission d'informations par le centralisateur à l'émetteur en soulignant :

- que le principe d'égalité d'information vaut entre les actionnaires et ne s'oppose pas à ce que l'émetteur dispose d'informations qui ne seraient pas mises à la disposition des actionnaires, à charge pour lui de gérer le cas échéant une information privilégiée si cette qualification devait être retenue dans certains cas, sans doute exceptionnels ;
- qu'aucune raison ne justifiait que l'émetteur soit privé de ces informations pour la seule raison qu'il a fait appel aux services d'un centralisateur, alors qu'en l'absence d'intervention de ce dernier, ces mêmes informations lui parviennent directement.

- **Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude**

L'article 20 de la loi du 23 octobre 2018 complète la déclaration de performance extra-financière que doivent établir les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé en prévoyant que doivent également être mentionnés, « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité* », les effets de leur activité quant à la lutte contre l'évasion fiscale (art. L. 225-102-1 du code de commerce). Aucune disposition transitoire n'étant prévue, cette information devra figurer dans les rapports de gestion afférents à l'exercice 2018.

La mise en œuvre de cette disposition de la loi de 2018 pourrait soulever des difficultés dans la mesure où l'article R. 225-105, I du code de commerce prévoit que la déclaration de performance extra-financière doit comprendre pour chaque catégorie d'information, ce qui inclut désormais la lutte contre l'évasion fiscale, non seulement une description de la politique appliquée, mais également les résultats de celle-ci, incluant des indicateurs clés de performance, ainsi qu'une description des principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services.

En outre, le II du même texte, qui décline les différentes données à faire figurer dans la déclaration de performance extra-financière ne prévoit à ce stade, à défaut d'avoir été modifié, aucune mention de la lutte contre l'évasion fiscale.
