

# Actualités M&A / Droit Boursier

## Avril 2012

### 1. DEVELOPPEMENTS LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES, CONSULTATIONS ET RECOMMANDATIONS

### Sommaire

#### 1.1 Sociétés : généralités

##### 1.1.1 Avis du Comité de coordination du Registre du Commerce et des Sociétés (RCS)

1. Développements législatifs et réglementaires, consultations et recommandations.....	1
2. Jurisprudence.....	8

Les avis du comité de coordination du registre du commerce et des sociétés (RCS) réuni le 16 février 2012 viennent faire l'objet d'une publication. Parmi ceux-ci, l'on peut relever les suivants :

- Article 2 : [Avis rcs 2012-001: sociétés, commissaires aux comptes, pièces justificatives](#) selon lequel le commissaire nommé doit produire sa lettre d'acceptation assortie, le cas échéant, de l'attestation de son inscription sur la liste des commissaires aux comptes, si son nom n'y figure pas encore ;
- [Avis rcs 2012-002 : dépôt d'actes et pièces en annexe au RCS, modifications statutaires, statuts mis à jour qui fait le point sur les mentions requises en matière de mise à jour des statuts ;](#)
- [Avis rcs 2012-003 : pièces justificatives, attestation de parution dans un journal d'annonces légales](#) qui rappelle le rôle respectif de la société éditrice du JAL et de l'intermédiaire en charge de réunir les annonces à paraître ;
- [Avis rcs 2012-004 : inscriptions d'office, cession complète d'activité à l'adresse indiquée, lettre recommandée retournée avec la mention que la personne immatriculée ne se trouve plus à l'adresse indiquée, abandon par La Poste de la mention "NPAI" sur la portée des mentions figurant sur les courriers postaux ;](#)
- [Avis rcs 2012-007 : sociétés, transfert de siège social dans le ressort d'un autre tribunal, pièces justificatives, publicité dans un journal d'annonces légales](#) rappelant les mentions devant figurer sur les avis de transfert.

-----  
**Vos contacts chez Clifford Chance :**

**Catherine Astor-Veyres :** 01 44 05 53 25  
[catherine.astor-veyres@cliffordchance.com](mailto:catherine.astor-veyres@cliffordchance.com)

**Gilles Lebreton :** 01 44 05 53 05  
[gilles.lebreton@cliffordchance.com](mailto:gilles.lebreton@cliffordchance.com)

Pour tout renseignement sur la présente veille, vous pouvez contacter :

**Cécile Duval :** 01 44 05 52 58  
[cecile.duval@cliffordchance.com](mailto:cecile.duval@cliffordchance.com)

**Caroline Jambut :** 01 44 31 87 14  
[caroline.jambut@cliffordchance.com](mailto:caroline.jambut@cliffordchance.com)

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS  
50018, 75038 Paris Cedex 01, France  
[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

### 1.1.2 Charte de l'Investissement Responsable : bilan 2009-2011

Les acteurs de la Place de Paris s'étaient engagés en 2009 en faveur du développement durable en signant une Charte de l'Investissement Responsable qui s'articulait autour de trois objectifs : développer l'Investissement Socialement Responsable (ISR), développer l'information extra-financière des entreprises et favoriser le dialogue entre émetteurs et investisseurs ainsi que favoriser la finance de long terme.

Paris Europlace a publié le 5 avril 2012 [le bilan des années 2009 à 2011](#) des actions engagées dans ce sens par les signataires de la charte.

Au regard du premier de ces objectifs : des bonnes pratiques et des méthodes d'application ont été diffusées auprès des acteurs de l'ISR. Une très large communication a été mise en place afin de les sensibiliser à ce problème. Parallèlement à leur action en France, les signataires ont également été présents au niveau européen pour faire valoir les positions de la Place de Paris sur ces questions. S'agissant du deuxième objectif relatif à l'information extra-financière, un guide de 6 bonnes pratiques pour la notation extra-financière a été publié par le MEDEF. Plusieurs actions visant à favoriser le dialogue entre émetteurs et investisseurs ont également été menées (lancement d'un outil de dialogue, ateliers...). Enfin, les signataires ont contribué aux travaux sur la finance de long terme (3<sup>ème</sup> objectif) : ainsi, un dialogue permanent avec les syndicats membres du Comité intersyndical de l'épargne salariale a été instauré afin de développer l'ISR dans le cadre de l'épargne salariale et de l'épargne retraite.

### 1.1.3 Règlement de l'Autorité des Normes Comptables (ANC) relatif à l'application de l'article L.233-24 du code de commerce

[Le règlement de l'ANC n° 2012-02 du 7 mars 2012 relatif à l'application de l'article L. 233-24 du code de commerce](#) est en cours d'homologation.

L'article L. 233-24 du code de commerce issu de l'ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004 offre la possibilité aux sociétés commerciales dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé d'utiliser les normes comptables internationales pour l'établissement et la publication de leurs comptes consolidés<sup>1</sup>.

Dans l'hypothèse où ces mêmes sociétés décideraient de revenir sur cette option, l'ANC a été saisie pour préciser les modalités de retour aux normes françaises. Tel est l'objet du règlement visé ci-dessous. A noter, ses dispositions reprennent en grande partie les dispositions du règlement de l'ANC n°2010-01.

[Note de présentation du règlement](#)

### 1.1.4 Création d'association en ligne

Un nouveau service de création d'association en ligne, [téléservice e-creation](#), a été mis en place. Ce service permet de déclarer la création d'une association à l'administration, de joindre les pièces justificatives en ligne, suivre l'avancement du dossier tout au long du traitement et recevoir dans leur porte-documents, le récépissé de déclaration dématérialisé ainsi que de demander la publication obligatoire au Journal Officiel des associations.

### 1.1.5 Décret relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale

Le [décret n° 2012-557](#) du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale a été publié au Journal Officiel (JO) du 26 avril 2012.

Il détermine les sociétés soumises à l'obligation d'inclure dans leur rapport de gestion des informations à

<sup>1</sup> Article L.233-24 du code de commerce

Lorsqu'elles utilisent les normes comptables internationales adoptées par règlement de la Commission européenne, les sociétés commerciales qui établissent et publient des comptes consolidés au sens de l'article L. 233-16 sont dispensées de se conformer aux règles comptables prévues par les articles L.233-18 à L.233-23 pour l'établissement et la publication de leurs comptes consolidés.

caractère social et environnemental et la liste de ces informations ainsi que les conditions de vérification des informations par un organisme tiers indépendant.

L'obligation, pour les sociétés cotées, d'inclure des informations sociales, environnementales et sociétales dans le rapport annuel du conseil d'administration ou du directoire a été instituée par la [loi n° 2001-420 du 15 mai 2001](#) relative aux nouvelles régulations économique dite « NRE ». La [loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010](#) portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle 2 » a étendu cette obligation à certaines sociétés non cotées, dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils

Le décret prévoit des seuils de 100 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et de 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice dont l'application se fera à compter des exercices ouverts après le 31 décembre 2013 (voir ci-dessous).

Il fixe la liste des informations exigées de toutes les entreprises concernées et prévoit une liste d'informations supplémentaires demandées aux seules sociétés cotées.

Il précise enfin que l'organisme tiers indépendant chargé de vérifier les informations est désigné, selon le cas, par le directeur général ou le président du directoire, pour une durée qui ne peut excéder six exercices, parmi les organismes accrédités par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou par tout autre organisme d'accréditation signataire de l'accord de reconnaissance multilatéral établi par la coordination européenne des organismes d'accréditation.

S'agissant des informations à mentionner dans le rapport de gestion, le décret est applicable (i) pour les sociétés cotées, aux exercices ouverts après le 31 décembre 2011, (ii) pour les sociétés non cotées dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 1 milliard d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est supérieur à 5 000, aux exercices ouverts après le 31 décembre 2011, (iii) pour les sociétés non cotées dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 400 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est supérieur à 2 000, aux exercices ouverts après le 31 décembre 2012, (iv) pour les sociétés non cotées dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 100 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est supérieur à 500, aux exercices ouverts après le 31 décembre 2013. *A noter, donc que l'entrée en vigueur de cette obligation se fait de manière progressive et touche au fil des années des sociétés non cotées de taille moindre (toutes proportions gardées).*

S'agissant de l'obligation de vérification des informations par un organisme tiers indépendant, le décret est applicable (i) pour les sociétés cotées, à partir de l'exercice ouvert après le 31 décembre 2011 et (ii) pour les sociétés non cotées, à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2016.

*A noter également, que le décret prévoit pour l'exercice en cours, une obligation à la charge des sociétés cotées de s'expliquer sur les raisons pour lesquelles la société n'a pu fournir certaines des informations requises par le texte.*

## 1.2 Gouvernement d'entreprise

### 1.2.1 Guide de l'ICSA<sup>2</sup> sur les procédures de vote aux assemblées générales

L'ICSA Group a publié le 16 avril 2012 [un guide](#) sur les questions pratiques qui se posent en matière de vote au cours des assemblées générales. Ce guide a vocation à lever les malentendus qui peuvent exister sur le marché autour de l'exercice du vote en assemblée au Royaume Uni et faire profiter la place de l'expérience acquise par cet acteur dans ce cadre, s'assurant ainsi que l'ensemble du marché a une compréhension commune des procédures.

Ce document aborde les points suivants : l'avis de réunion en assemblée, le délai pour donner procuration et la

<sup>2</sup> Institute of Chartered Secretaries and Administrators. En son sein, the Institute of Chartered Secretaries and Administrators Registrars Group qui représente la très grande majorité des teneurs de comptes (d'instruments financiers) pour les sociétés cotées au Royaume-Uni, est en charge d'émettre des recommandations et bonnes pratiques dans toutes matières intéressant la tenue desdits comptes.

date d'enregistrement, le moment du vote et ce qui se passe une fois la date pour donner procuration passée.

### 1.2.2 Consultations du FRC sur le code de gouvernance britannique, le code d'intendance et les standards en matière d'audit

Le FRC<sup>3</sup> a lancé le 20 avril 2012, une consultation publique sur des propositions de révision du code de gouvernement d'entreprise britannique et des standards internationaux en matière d'audit (Royaume-Uni et Irlande). Le FRC consulte également sur une mise à jour du code d'intendance (UK Stewardship Code).

[Consultation Document: Revisions to the UK Corporate Governance Code and Guidance on Audit Committees / Appendix to Consultation Document: Draft Revised UK Corporate Governance Code / Appendix to Consultation Document: Draft Revised Guidance on Audit Committees / Consultation Document: Revisions to the UK Stewardship Code / Appendix to Consultation Document: Draft Revised UK Stewardship Code / Consultation Paper: Proposed Revisions to International Standards on Auditing \(UK and Ireland\)](#)

### 1.3 Petites et moyennes entreprises (PME)

#### 1.3.1 Rapport de l'Institut Français des Administrateurs (IFA) à destination des entreprises de taille intermédiaire (ETI) : Rôle du conseil en matière de stratégie et de risques

L'IFA a publié le 3 avril 2012, un nouveau [rapport sur le rôle du conseil d'administration en matière de stratégie et de risques au sein des ETI](#). Les travaux de l'IFA ont consisté à trouver les moyens d'assurer le développement et la pérennité d'une ETI<sup>4</sup>, en arrêtant une stratégie, tout à la fois conforme à la vocation donnée à l'entreprise par ses actionnaires familiaux, et mobilisatrice pour l'équipe dirigeante et l'entreprise dans son ensemble, tout en identifiant les principaux risques encourus et en s'assurant de leur gestion lors de la mise en oeuvre.

Ce rapport présente plusieurs propositions, résultat de nombreux entretiens avec des dirigeants d'ETI, à la taille, l'activité, la structure patrimoniale et la culture familiale très différente. Il analyse pour chaque thème, les bonnes pratiques observées et celles moins bonnes rencontrées au fil des entretiens.

Le document est structuré en plusieurs parties : (i) le conseil accompagne et soutient le management, (ii) il aide à prendre du recul, (iii) démultiplie la capacité stratégique du management, (iv) prend en compte les attentes de tous les actionnaires, (v) gagne en efficacité par la diversité des compétences et des expériences de ses membres, (vi) les ETI familiales instaurent des règles adaptées aux besoins spécifiques de leurs actionnaires, (vii) le conseil s'implique dans le suivi des risques et (viii) il peut exercer sa mission dans une grande variété d'environnements juridiques.

### 1.4 Emetteurs et information financière

#### 1.4.1 Réponses à la consultation de l'ESMA sur les considérations de l'importance relative dans la publication d'informations financières

L'ESMA a publié début avril 2012 [les réponses](#) à sa [consultation](#) concernant le principe d'importance relative (matérialité) dans les états financiers. Afin de contribuer à une application cohérente de cet important concept dans la publication d'information financière, l'ESMA avait en effet décidé de consulter les parties intéressées afin d'obtenir leurs avis sur la compréhension qu'ils ont des différents aspects de l'importance relative.

L'EFRAG pour sa part accueille favorablement le débat concernant l'importance relative et son application mais estime que c'est à l'IASB d'apporter la clarification nécessaire. Il ajoute que les jugements professionnels pour l'application de ce principe ne doivent pas être faits de manière isolée, et qu'il est important que les circonstances

<sup>3</sup> Financial Reporting Council

<sup>4</sup> Selon l'INSEE, l'ETI est une entreprise ayant entre 250 et 4999 salariés et soit un CA n'excédant pas 1,5 milliards d'euros, soit un total de bilan n'excédant pas 2 milliards d'euros. A noter, une entreprise qui a moins de 250 salariés mais dont le CA est supérieur à 50 millions d'euros et le total de bilan est supérieur à 43 millions est également considérée comme une ETI (ces derniers seuils étant ceux figurant dans la définition des PME européennes en application de l'article 2 de l'annexe 2 à la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises au niveau européen).

qui entourent l'élément soient toujours prises en considération.

#### **1.4.2 Synthèse des réponses à la consultation publique de l'AMF du 9 décembre 2011 portant sur des propositions de modification de certaines dispositions relatives aux offres publiques d'acquisition**

L'AMF avait mis en consultation publique du 9 décembre 2011 au 31 janvier 2012 une série de propositions de modifications de son règlement général sur les offres publiques d'acquisition. Elle a publié le 24 avril 2012 [un document](#) faisant une synthèse des 29 réponses reçues et décrivant les options retenues par le Collège de l'AMF compte tenu de ces réponses.

Concernant le seuil de caducité automatique pour toute offre de prise de contrôle, la grande majorité des participants favorables à cette mesure estime que l'AMF devrait étendre le seuil de caducité aux offres obligatoires. Le Collège a considéré que la réforme du seuil de caducité nécessite une réflexion plus approfondie qui devrait inclure à la fois les offres publiques volontaires et obligatoires et le quantum de la vitesse maximale d'acquisition autorisée entre 30% et 50%. Cette réflexion sera menée dans les prochains mois par l'AMF en lien avec la Place, selon des modalités à définir.

Concernant la condition suspensive liée aux procédures de contrôle des concentrations, les participants sont unanimement favorables à l'extension de la condition suspensive antitrust aux contrôles des concentrations d'Etats autres que l'Union Européenne et les Etats-Unis mais ils sont mitigés concernant le test de matérialité, la définition posant problème. Le Collège a décidé de retenir l'extension des procédures et de conditionner cette faculté au fait que ladite procédure soit encadrée par des délais compatibles avec une durée de dix semaines à compter de l'ouverture de l'offre publique, sauf accord de l'AMF pour proroger le calendrier de l'offre.

Concernant l'introduction de nouveaux cas de dérogations sur Alternext pour le dépôt d'une offre publique obligatoire, l'AMF a décidé de modifier son règlement général pour lui permettre de l'appliquer aux offres volontaires visant les titres d'une société cotée sur le marché Alternext, si l'entreprise de marché lui en fait la demande. En matière d'augmentation de capital réservée, l'AMF a décidé de retenir la mesure proposée dans la consultation en la reformulant.

Enfin, concernant la poursuite d'un programme de rachat d'actions en offre publique d'échange, à une exception près, tous sont favorables à ce que l'initiateur d'une offre libellée en titres puisse poursuivre son programme de rachat d'actions, quelle que soit la procédure dont relève son offre. L'AMF a donc décidé d'adopter cette mesure.

#### **1.4.3 Publication par l'ESMA d'une mise à jour des questions/réponses sur la directive transparence**

L'ESMA a publié le 2 avril 2012 [une mise à jour de sa liste de questions/réponses sur la directive transparence](#)<sup>5</sup>. Deux questions ont été ajoutées au document : la première est relative à la détermination de l'Etat membre d'origine pour les pays tiers émetteurs en cas de désinscription à la cote officielle et de l'admission à la Bourse dans un autre Etat membre. La seconde concerne la désignation d'un agent pour l'exercice des droits financiers.

### **1.5 Agences de notation**

#### **1.5.1 Consultation du Sénat sur les agences de notation**

La mission commune d'information du Sénat sur le fonctionnement, la méthodologie et la crédibilité des agences de notation a lancé le 11 avril 2012 une consultation en ligne. Trois questionnaires en direction [des investisseurs](#), [des émetteurs](#) et [des analystes des agences](#) ont été mis en ligne à l'adresse suivante : [http://blogs.senat.fr/agences\\_de\\_notation](http://blogs.senat.fr/agences_de_notation).

<sup>5</sup> Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE.

## 1.6 Prestataires et infrastructures de marché

### 1.6.1 Application par l'AMF des guidelines de l'ESMA relatives au trading automatisé

Par [un communiqué de presse en date du 5 avril 2012](#), l'AMF fait savoir qu'elle a intégré les guidelines de l'ESMA relatives au trading automatisé dans [sa position n° 2012-03](#) publiée ce même jour et dont les dispositions seront applicables à compter du 7 mai 2012.

Les orientations de l'ESMA exposent sa vision sur la façon dont il convient d'appliquer la législation de l'Union européenne dans le domaine particulier des systèmes de négociation automatisé, notamment du trading haute fréquence. Elles sont organisées autour de 4 thématiques : l'organisation des systèmes électroniques de négociation, le maintien d'une négociation équitable et ordonnée dans un environnement de négociation automatisée, la prévention des abus de marché dans le cadre du trading automatisé et l'encadrement de l'accès direct au marché et de l'accès sponsorisé.

## 1.7 Lutte contre le blanchiment des capitaux

### 1.7.1 Rapport de la Commission européenne sur l'application de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment

La Commission européenne a publié le 11 avril 2012 [un rapport concernant l'application de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme](#) qui a notamment pour objectif de fournir un retour d'information concernant le processus de réexamen lancé par la Commission sur l'application de la directive et d'examiner la nécessité de modifier éventuellement le cadre, compte tenu des conclusions de la Commission et des nouvelles normes internationales récemment adoptées.

Ce document s'articule autour d'un certain nombre de grands thèmes (criminalisation du blanchiment des capitaux, son champ d'application, les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle, les personnes politiquement exposées...) pour lesquels l'application des règles existantes a été examinée, de même que les facteurs pouvant être à l'origine de changements et les options envisageables pour modifier les règles de l'Union européenne existantes. L'annexe du rapport est consacrée à la question des virements électroniques transfrontaliers.

La Commission invite toutes les parties intéressées à donner leur avis sur ce rapport après son adoption. Elle compte commencer la préparation des textes législatifs en vue d'une adoption à l'automne 2012.

[Communiqué de presse de la Commission européenne du 11 avril 2012 - Lutte contre le blanchiment d'argent : créer dans l'Union un cadre moderne permettant de faire face aux nouvelles menaces](#)

[Frequently asked questions](#)

### 1.7.2 Rapports de l'ESMA, l'EIOPA et l'EBA sur la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment

Les autorités de supervision européennes, l'EBA, l'ESMA et l'EIOPA ont publié deux rapports quant à la mise en oeuvre de la 3<sup>ème</sup> directive européenne sur la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Le premier rapport, "[Report on the legal, regulatory and supervisory implementation across EU Member States in relation to the Beneficial Owners Customer Due Diligence requirements](#)", analyse la mise en oeuvre de la directive dans chaque Etat membre de l'Union Européenne, ainsi que l'application des mesures de Customers due diligence (CDD) par les établissements financiers et de crédit. Il cherche à identifier les différences mises en oeuvre et à déterminer si ces différences créent une faille exploitable par les criminels.

Le second rapport, "[Report on the legal and regulatory provisions and supervisory expectations across EU Member States of Simplified Due Diligence requirements where the customers are credit and financial institutions](#)", fournit quant à lui, un état des lieux quant aux exigences d'application de la SDD (Simplified Due Diligence) de la directive.



## 1.8 Abus de marché, opérations d'initiés et manipulations de marché

### 1.8.1 Propositions sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché

Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont présenté en 2011, une proposition de règlement sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché et une proposition de directive relative aux sanctions pénales applicables à ces mêmes opérations.

Le Parlement européen a publié le 10 avril 2012 [un communiqué de presse](#) indiquant que la commission des affaires économiques a estimé lors d'un débat le 5 avril que ces propositions "*ne doivent pas fragmenter les marchés, car il serait encore plus difficile de détecter de tels abus*".

Lors de ce débat, l'idée visant à exempter les PME de la législation sur l'abus des marchés afin de réduire leurs charges administratives a également fait l'objet de critiques. Les députés considèrent ensuite qu'une coopération transfrontalière et un échange de données entre les autorités compétentes devraient être obligatoires afin de détecter plus facilement les manipulations de marché. Les sanctions doivent quant-à elles être dissuasives et en corrélation avec les abus constatés.

### 1.8.2 Rapport de l'ESMA sur la sanction des abus de marché

L'ESMA a publié le 26 avril 2012 [un rapport](#) sur les divergences dans les sanctions utilisées par les régulateurs de l'Union européenne dans le cadre de la directive Abus de marché. Ce rapport fournit une comparaison des sanctions administratives des abus de marché par 29 Etats membres de 2008 à 2010.

Le rapport a comparé le régime des abus de marché dans les Etats membres à travers plusieurs catégories : le type de sanction disponible pour les autorités compétentes et l'auteur et l'infraction visés, les ressources attribuées par les autorités compétentes et l'utilisation actuelle des pouvoirs de sanction (la décision de sanction, les sanctions administratives et pénales ainsi que leur publication).

## 1.9 Capital investissement

### 1.9.1 Publication par l'Association Française des Investisseurs en Capital (AFIC) de son Livre blanc du capital investissement

L'AFIC a présenté le 11 avril 2012 le [Livre blanc du Capital Investissement](#) en faveur du développement de la croissance et de l'emploi des PME et ETI en France, et de la compétitivité économique du pays.

La première partie du document est consacrée à la description du capital investissement en France, de son impact et ambitions, tandis que la seconde partie passe en revue consacrée les dix propositions de l'AFIC: mettre en place un fonds de garantie mutuelle visant à favoriser le développement du capital investissement auprès des institutionnels, orienter l'épargne longue vers le financement des entreprises, financer l'innovation et les industries de demain, soutenir les partenariats entre les secteurs public et privé dans une perspective d'investissement de long terme, partager la création de valeurs avec les salariés, desserrer le frein à la croissance des PME, développer la relation entre les pôles de compétitivité et le capital investissement, soutenir l'innovation et les start-up, favoriser l'émergence d'investisseurs de long terme et financer le développement d'entreprises régionales.

[Communiqué de presse de l'AFIC - 10 propositions pour renforcer les PME et ETI en France](#)

## 2. JURISPRUDENCE

### 2.1 Dirigeants : révocation et indemnité

#### 2.1.1 Transformation et versement d'une indemnité de révocation

Dans le cas d'une direction générale de société anonyme assumée par une même personne occupant les fonctions de président du conseil et directeur général, celle-ci est révocable à tout moment par le conseil, sans qu'il soit nécessaire que sa révocation soit fondée sur un juste motif. Ayant constaté d'une part qu'un même individu exerçait ces fonctions au sein de la société Sud panification lorsqu'a été conclue la convention le 22 février 2002 et d'autre part, que l'engagement qui y était souscrit à son profit, en cas de cessation de ses fonctions, était d'une ampleur susceptible de porter une atteinte majeure à l'équilibre de la société, en dépit du cantonnement de l'indemnité à l'absence de faute grave, ce dont il résultait que la clause invoquée par l'intéressé était illicite en ce qu'elle portait atteinte à la révocabilité ad nutum de ce mandataire, c'est sans reconnaître la règle selon laquelle les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à la société qui les a conclues même après l'adoption de celle-ci d'une forme juridique nouvelle que la cour d'appel s'est prononcée comme elle l'a fait. (Cass. com. 15 novembre 2011, F-D, n°09-10.893, Bouchot c/ Sud panification)

Cet arrêt, bien que non publié au Bulletin, a donné lieu à de multiples commentaires <sup>6</sup> tant les questions qu'il soulève sont intéressantes.

Les faits sont simples : une société de forme anonyme a pour actionnaire majoritaire, une personne physique qui, occupant les fonctions de président du conseil d'administration et directeur général, en cède le contrôle. Postérieurement à la cession, l'intéressé en garde la direction en signant avec cette même société une convention dite de mandat social de directeur général selon laquelle il percevrait une somme égale à deux années de rémunération en cas de cessation des fonctions de mandataire social exercées par lui-même en qualité de directeur général à l'initiative de la société et sauf cas de faute grave. Peu de temps après la signature de la convention, la société est transformée de société anonyme en société par actions simplifiée puis 4 mois après la transformation, l'intéressé est révoqué de ses fonctions de président et de directeur général, sans que ne lui soit versée son indemnité.

En cause d'appel, sa demande en paiement de l'indemnité contractuelle est rejetée au motif notamment que celle-ci, d'un montant égal à plus de la moitié du capital social, les pertes au titre de l'exercice s'élevant à un montant quasiment identique, l'engagement souscrit par la société Sud panification, d'une ampleur susceptible de porter une atteinte majeure à l'équilibre financier de la société, nonobstant le cantonnement de l'indemnité à l'absence de faute grave, apparaît ainsi de nature à priver le conseil d'administration du pouvoir de libre révocation qu'il tient de la loi comme des statuts sociaux, de sorte que cette clause est réputée non écrite en application des dispositions du dernier alinéa de l'article L.225-47 susvisé <sup>7</sup>. Pour le demandeur au pourvoi (le dirigeant révoqué), la référence faite par la Cour d'appel à l'article L.225-47 du code de commerce ne pouvait qu'être erronée, la société ayant été transformée en SAS, et il construit l'une de ses branches de son moyen de cassation sur ce point. Mais comme le relève l'un des commentateurs de cet arrêt, la Cour de cassation ne répond pas expressément sur ce point car à deux reprises, elle semble vouloir écarter tout débat sur l'application de ce texte aux questions ici en cause. Il est vrai que le point de savoir si le principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux est un principe qui s'applique indépendamment de toute disposition statutaire aux dirigeants de SAS fait l'objet de discussion. L'arrêt en cause ne nous renseigne pas véritablement sur ce point.

L'enseignement de cet arrêt est ailleurs : dans tous les cas de dirigeants révocables ad nutum c'est-à-dire pour

<sup>6</sup> BRDA 23/11, n°6; JCP E 2012, 1001, note A. Viandier; Bull. July 2012, note A. Couret; Revue des sociétés avril 2012, 234, note B. Dondero

<sup>7</sup> Article L.225-47 du code de commerce

Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération.

Le président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite



ceux dont la révocation peut être faite à tout moment et sans que la preuve d'un juste motif n'ait à être rapportée, (à savoir le président du conseil d'administration et le directeur général qui occupe également cette fonction dans une société anonyme, voire même le dirigeant de SAS sauf stipulations statutaires particulières<sup>8</sup>), et même pour les autres dirigeants (ceux pour lesquels le juste motif doit être caractérisé) la mise en œuvre de l'indemnité contractuelle ne doit pas avoir pour conséquence d'interdire en pratique à la société de procéder à la révocation, alors qu'elle le souhaiterait, *dans une situation dangereuse pour l'intérêt social*.<sup>9</sup> Reste ensuite à apprécier le montant acceptable: le commentaire du professeur Viandier donne des illustrations jurisprudentielles des méthodes d'appréciation retenues. Voir en outre l'arrêt visé ci-dessous.

### 2.1.2 Versement d'une indemnité de révocation et SAS

**En confirmant un jugement du tribunal de commerce de Vienne par lequel le versement par une SAS d'une indemnité transactionnelle spécifique en cas de perte de mandat social correspondant à 24 mois de rémunération brute et non soumise à cotisations a été ordonné au profit d'une ancienne directrice générale dont le mandat avait été résilié par la société, la Cour d'appel de Grenoble a fait droit aux arguments développés par la demanderesse initiale. Pour autant, certains éléments ne sont pas clairs ainsi que le relèvent les commentateurs<sup>10</sup>. (CA Grenoble, ch. com. 6 octobre 2011, RG n°09/008803; SAS Société Wincanton c/Duroussaud)**

Cette décision est à rapprocher de la précédente car comme elle, elle vise un mandataire social dans une société transformée en SAS entre le moment de la signature de la convention initiale comprenant la clause d'indemnisation litigieuse et sa mise en œuvre, les faits étant toutefois plus complexes du fait de l'existence, d'une part, d'un contrat de travail suspendu entre la société et l'intéressé ainsi que, d'autre part, d'une opération de cession de titres aboutissant à une réorganisation du capital de la société.

En tout cas, l'apport de cet arrêt réside dans le rappel fait sur la méthode à retenir pour apprécier la juste valeur du montant de l'indemnité au regard de la préservation de l'intérêt social, à savoir, le montant du capital social, le chiffres d'affaires réalisés sur l'année en cours ainsi que la surface financière de la société débitrice selon les juges, de l'indemnité.

Même si pour l'un des commentateurs de cet arrêt, ce rappel n'a pas lieu d'être comme étant destiné à justifier l'absence de nullité sur le terrain de l'atteinte à la révocation ad nutum (laquelle n'aurait pas sa place comme étant appliquée à un dirigeant de SAS non soumis à cet règle de révocabilité ad nutum<sup>11</sup>), il n'en reste pas moins intéressant. Plus critiquable est en revanche la méthode suivie pour déterminer précisément le débiteur de l'indemnité, tant sont imprécis les motifs de l'arrêt sur la partie débitrice de l'engagement. Il n'est pas exclu que l'arrêt fasse l'objet d'un pourvoi.

## 2.2 Dirigeants : pouvoirs et théorie de l'apparence

**Le seul fait qu'un directeur administrateur et financier ait signé deux plus tôt un autre avenant et trois ans plus tôt le bail, ne dispensait pas le cocontractant, professionnel de l'immobilier, de la vérification élémentaire, de son pouvoir d'engager la société locataire. (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>. 15 juin 2011, F-D, n° 10-21.085, Sté Archipel Aps c/ Sté Snef)**

Saluée par les commentateurs comme s'inscrivant dans une tendance rigoriste de la jurisprudence faisant application de la théorie du mandat apparent, cette décision donne l'occasion de faire quelques rappels en la matière.

<sup>8</sup> B. Dondero dans Revue des sociétés avril 2012, p.234 qui explique ainsi la formulation que retient l'arrêt.

<sup>9</sup> Voir note ci-dessus.

<sup>10</sup> Dorothee Gallois-Gochet, Droit des sociétés mars 2012, p.21

<sup>11</sup> Voir l'arrêt ci-dessus et les commentaires cités. Pour mémoire, certains auteurs considèrent que la règle posée par l'article L.225-47 précité n'est pas applicable à la SAS comme étant expressément exclue en vertu de l'article L.227-1 alinéa 3 alors que pour d'autres, l'exclusion ne serait pas aussi claire, la jurisprudence exigeant en toute hypothèse que les conventions d'indemnisation soient conformes à l'intérêt social. De ce fait, le critère imposé par la conformité à l'intérêt social viendrait introduire une limite là où la loi, voire les statuts resteraient muets.

Les faits de l'espèce sont simples. Monsieur Berger, directeur administratif et financier de la société Snef signe 3 baux d'une durée de 9 ans avec la société Archipel Aps, le bailleur. Comme le relève l'arrêt, l'intéressé n'est titulaire à l'époque d'aucun mandat, ni de pouvoir spécial ou général d'engager la société. Deux ans plus tard, deux avenants sont signés dans les mêmes conditions qui visent à modifier des emplacements de parkings; puis viennent deux ans après, deux nouveaux avenants qui modifient la durée du bail ainsi que les dates de congé triennal. Lors de la délivrance du congé par le preneur, la société Snef, celle-ci se fonde sur le bail initial sans tenir compte des derniers avenants, ce que la société bailleuse conteste en soulevant l'irrégularité du congé ainsi délivré. La société Snef assigne alors le bailleur pour voir reconnaître la validité de son congé et l'inopposabilité des avenants signés par son DAF. Elle est entendue en appel et l'arrêt confirmé. C'est à tort que le bailleur représenté par un professionnel de l'immobilier n'a pas procédé à *la vérification élémentaire* du pouvoir du DAF d'engager la société locataire.

Par une note publiée à la Revue des sociétés d'avril 2012, un commentateur de cet arrêt <sup>12</sup> fait un rappel opportun de l'utilité et des limites de la théorie de l'apparence en soulignant que l'apparence est créatrice de droit seulement lorsque l'erreur du contractant est *légitime*, c'est à dire *lorsque les circonstances l'autorisent à ne pas vérifier les pouvoirs du mandataire apparent*. Ces circonstances sont établies par la voie du faisceau d'indices, ainsi l'existence de relations d'affaires constantes. En revanche, tel n'est pas le cas et la croyance est illégitime en présence d'une relation commerciale nouvelle ou une commande anormalement élevée. L'auteur relève une sévérité croissante des tribunaux et un recul général de la théorie du mandat apparent.

Dans l'arrêt ici en cause, la Cour impose même un devoir actif de vigilance au contractant auquel elle réclame de procéder à une vérification des pouvoirs de contracter du signataire. Ce devoir est d'autant plus grand que le contractant était un professionnel de l'immobilier dont on peut penser que par son activité, il était rompu au formalisme notarial et aux vérifications qui s'y attachent. Le commentateur relève la sévérité de la décision pour le bailleur.

### 2.3 Formalités : injonction et intérêt à agir

**Il n'est pas besoin de justifier d'un intérêt particulier pour solliciter du président du tribunal de commerce saisi par voie de référé qu'il enjoigne les dirigeants d'une société de procéder au dépôt des comptes annuels et autres documents prescrits par la loi et les règlements. (Cass. com. 3 avril 2012 n° 11-17.130 Sté Groupe Duclot c/ Fréret)**

Cette décision est intéressante car elle rappelle opportunément qu'il n'est pas nécessaire de justifier de l'existence d'un intérêt légitime au sens de l'article 31 du code de procédure civile <sup>13</sup> pour mettre en œuvre les dispositions de l'article L.123-5-1 du code de commerce <sup>14</sup> lorsqu'il s'agit d'obtenir communication des comptes annuels et documents qui les accompagnent, visés à l'article L.232-23 1° du même code <sup>15</sup> relatif à une société

<sup>12</sup> Arnaud Latil, Docteur en droit, ATER Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

<sup>13</sup> **Article 31 du code de procédure civile**

L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

<sup>14</sup> **Article L.123-5-1 du code de commerce**

A la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires.

Le président peut, dans les mêmes conditions et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités.

<sup>15</sup> **Article L.232-23 du code de commerce** (dans sa rédaction antérieure à la loi n°2012-387 du 22 mars 2012)

I. - Toute société par actions est tenue de déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale des actionnaires :

1° Les comptes annuels, le rapport de gestion, le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes annuels, éventuellement complété de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée aux comptes annuels qui ont été soumis à cette dernière ainsi que, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes consolidés et le rapport du conseil de surveillance ;

2° La proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée et la résolution d'affectation votée.

Lorsque l'associé unique, personne physique, d'une société par actions simplifiée assume personnellement la présidence de la société, il est fait exception à l'obligation de déposer le rapport de gestion qui doit toutefois être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande.

par actions simplifiée. La même solution serait d'ailleurs transposable à une autre forme sociale.

Comme le relève la Cour, l'action tendant à assurer l'accomplissement des formalités de publicité incombant aux sociétés commerciales en application des dispositions de l'article L.232-23 précité est, *sauf abus, ouverte à toute personne, sans condition tenant à l'existence d'un intérêt particulier.*

C'est semble-t-il la première fois que la Cour de cassation applique à la demande d'injonction de l'article L.123-5-1 précité, la solution qu'elle avait retenue pour la désignation d'un mandataire fondée sur l'article R.210-18 du même code (cf. Cass. com. 6 décembre 2005 n° 1588, RJD 3/06 n°293). La seule limite posée est donc l'exercice abusif du droit d'agir.

*A noter, la solution n'aurait pas été fondamentalement différente depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Warsmann II du 22 mars 2012. Si ce n'est qu'en application de l'article L.232-23 modifié (i) le dépôt peut être fait en un seul exemplaire et dans les 2 mois lorsqu'il intervient par voie électronique et (ii) s'agissant des sociétés non cotées, le rapport de gestion n'a plus à être déposé mais reste soumis à l'obligation d'être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande dans des conditions définies par décret.*

---

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, 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

© Clifford Chance LLP 2012

Clifford Chance LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC323571

Registered office: 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

We use the word 'partner' to refer to a member of Clifford Chance LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

If you do not wish to receive further information from Clifford Chance about events or legal developments which we believe may be of interest to you, please either send an email to [nomorecontact@cliffordchance.com](mailto:nomorecontact@cliffordchance.com) or by post at Clifford Chance LLP, 10 Upper Bank Street, Canary Wharf, London E14 5JJ

---

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

---

Il. En cas de refus d'approbation des comptes annuels, une copie de la délibération de l'assemblée est déposée dans le même délai.  
\*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.