

Sociétés et dirigeants

Loi Attractivité : focus sur le volet « Droit des sociétés »

La loi du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France comprend plusieurs mesures en droit des sociétés visant à dématérialiser le processus de décision, à assouplir les modalités de gouvernance des SA et à faciliter certaines augmentations de capital.

En 2 mois à peine, la proposition de loi déposée le 12 mars 2024 a conduit à l'adoption de la loi du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France (ci-après « loi Attractivité ») (L. n° 2024-537, 13 juin 2024 : JO, 14 juin). Le texte contient un grand nombre de dispositions, bienvenues quoique disparates. Parmi les plus remarquées, il est possible de mentionner celles assurant le développement des actions à droit de vote multiples visant à faciliter les introductions en bourse (L., art. 1^{er}), l'assouplissement des règles d'éligibilité des titres des entreprises au plan d'épargne en actions et des règles d'investissement des fonds communs de placement d'entreprise (L., art. 3), la spécialisation de la cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage commercial international (L., art. 25), voire encore la consécration des « titres transférables » (L., art. 14 à 17). Le présent commentaire aborde les principaux apports de la loi en droit des sociétés.

Remarque : la dématérialisation des titres transférables sera étudiée dans un prochain article.

Dématérialisation des décisions sociales

Les dispositions de l'article 18 de la loi Attractivité, qui entreront en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'État (non encore publié), et au plus tard le 13 septembre 2024 (L., art. 29, II), procèdent à de nombreuses modifications des textes en vigueur, afin d'assurer la dématérialisation de la vie des sociétés (sur lesquelles, v. J. Devallée, « Loi attractivité : dématérialisation accrue des décisions sociales », Lettre CREDA-Sociétés 2024-09, 26 juin 2024).

A titre liminaire, il peut être relevé que la loi Attractivité rationalise la rédaction des textes en vigueur en supprimant toute référence à la « visioconférence » pour ne garder que l'expression, générique, de « moyen de télécommunication » (C. com., art. L. 223-27, al. 3 mod., L. 225-37, al. 3 mod., L. 225-82, al. 3 mod., L. 225-103-1 mod., L. 228-61, al. 5 mod. et L. 22-10-38 mod.). Au-delà de ce toilettage bienvenu, les principales modifications de la loi Attractivité concernent non seulement les décisions collectivement adoptées par l'assemblée des associés mais également celles qui sont adoptées par les différents conseils, conseil d'administration et conseil de surveillance, des sociétés anonymes (SA) et des sociétés en commandite par actions (SCA). Il pourra ici être regretté avec d'autres que le législateur n'ait pas entendu réformer les textes applicables aux sociétés par actions simplifiées, qui demeurent gouvernées en la matière par le principe de liberté contractuelle.

Dématérialisation des décisions collectives

Pour ce qui concerne la dématérialisation des décisions collectives, une distinction doit être opérée.

D'une part, pour les sociétés dites « de personnes », la loi Attractivité vient expressément autoriser la consultation écrite par voie électronique. Il en sera ainsi pour les sociétés civiles (C. civ., art. 1853 mod.), les sociétés en nom collectif (C. com., art. L. 221-6 mod.), les sociétés en commandite simple (*ibid.*, applicable par renvoi de l'article L. 222-2) et les sociétés à responsabilité limitée (C. com., art. L. 223-27, al. 1^{er} mod.), pour lesquelles deux autres nouveautés doivent être relevées. La première est que le législateur a supprimé les restrictions aux décisions collectives susceptibles d'être prises par voie de consultation écrite ou d'acte unanime, même par voie électronique. La seconde est que les statuts de SARL pourront désormais autoriser le vote par correspondance au moyen d'un formulaire dont les mentions seront déterminées par décret (C. com., art. L. 223-27, al. 1^{er} mod.).

D'autre part, pour les sociétés par actions, le législateur a entrepris de réformer les dispositions applicables aux assemblées des sociétés cotées et non cotées.

Pour les premières, si la réforme n'autorise pas la tenue d'assemblées générales exclusivement par un moyen de télécommunication, ces dernières seront toutefois soumises à une nouvelle obligation de retransmission en direct des débats et d'enregistrement de l'assemblée (C. com., art. L. 22-10-38-1 nouv.).

Pour ce qui est des sociétés non cotées, la loi Attractivité modifie, de manière assez profonde, la rédaction de l'article L. 225-103-1 du code de commerce afin de généraliser la dématérialisation du fonctionnement des assemblées d'actionnaires.

Premièrement, l'assemblée spéciale de l'article L. 225-99 du même code pourra désormais, tout comme les assemblées générales, ordinaire ou extraordinaire, se tenir par un moyen de télécommunication permettant l'identification des actionnaires (C. com., art. L. 225-203-1, al. 1^{er} mod.). Le recours à un moyen de télécommunication pour la tenue de l'assemblée générale ou de l'assemblée spéciale devra être indiqué dans l'avis de convocation. Les actionnaires qui participent à l'assemblée par des moyens de télécommunication permettant leur identification seront réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité (C. com., art. L. 225-203-1, al. 2 mod.), sans qu'une clause des statuts n'ait à prévoir cette possibilité, l'article L. 225-107, II étant supprimé par la loi Attractivité. La consultation hybride deviendra ainsi la norme supplétive en la matière.

Deuxièmement, sans préjudice de l'article L. 225-107, les statuts pourront prévoir que l'assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire, ainsi que l'assemblée spéciale seront tenues exclusivement par un moyen de télécommunication permettant l'identification des actionnaires (C. com., L. 225-103-1, al. 3 mod.). Le législateur reconnaît toutefois la possibilité, pour un ou plusieurs actionnaires détenant, avant la réforme au moins 5 %, désormais au moins 25 % du capital de la société, de s'opposer à la tenue d'une assemblée générale extraordinaire entièrement dématérialisée (C. com., art. L. 225-203-1, al. 4 mod.).

Dématérialisation des réunions des conseils d'administration et de surveillance

Pour ce qui concerne la dématérialisation des décisions relevant d'autres organes que l'assemblée générale, seules les dispositions encadrant les conseils d'administration et de surveillance des SA et des SCA sont modifiées.

Première innovation à relever : sous réserve de prévoir que tout membre du conseil peut s'opposer à ce qu'il soit recouru à cette modalité, les statuts pourront désormais prévoir que les décisions du conseil d'administration ou de surveillance ou certaines d'entre elles pourront être prises par consultation écrite de leurs membres, y compris par voie électronique, selon les délais et les modalités qu'ils devront définir. Les statuts pourront admettre le vote par correspondance au moyen d'un formulaire dont les mentions seront déterminées par décret (C. com., art. L. 225-37, al. 3 mod., L. 225-82, al. 3 mod. et L. 226-4, al. 5 nouv.).

Deuxième innovation digne d'intérêt, la modification des troisièmes alinéas des articles L. 225-37 et L. 225-82 du code de commerce inverse la logique retenue en matière de consultation des conseils tenue exclusivement par un moyen de télécommunication. Antérieurement à la réforme, la règle était que la tenue d'un conseil entièrement dématérialisé n'était possible que si les statuts ne l'interdisaient pas et que le règlement intérieur le prévoyait expressément. Désormais, sauf disposition contraire des statuts ou du règlement intérieur, seront réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion par un moyen de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application seront déterminées par décret.

La loi précise, toutefois, que dans les sociétés cotées, nonobstant toute disposition contraire des statuts, les membres du conseil d'administration (C. com., art. L. 22-10-3-1 nouv.) ou du conseil de surveillance (C. com., art. L. 22-10-21-1 nouv.) qui participent à la réunion par un moyen de télécommunication permettant leur identification seront réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité. Les statuts ou le règlement intérieur pourront prévoir que certaines décisions ne pourront pas être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions.

Renforcement des pouvoirs des associés minoritaires

L'article 19 de la loi Attractivité contient une innovation visant à renforcer l'effectivité des droits des associés minoritaires de SA.

L'article L. 225-105 du code de commerce prévoit en effet que, par principe, « l'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation ». Il autorise, toutefois, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital (ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 du même code) « à requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution ». Le texte poursuit en affirmant que, dans cette hypothèse, « ces points ou ces projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée et portés à la connaissance des actionnaires », le présent de l'indicatif ayant ici valeur d'impératif. La question qui se posait alors était de savoir quelles étaient les conséquences que les minoritaires pouvaient tirer, sur le plan procédural, du refus d'inscription de leurs points ou projets de résolution (v. HCJP, Rapport sur les résolutions climatiques « Say on Climate », 15 déc. 2022). Les contentieux naissants, largement commentés, impliquant TotalEnergies et Vinci ont remis en lumière l'enseignement de l'arrêt Motte, selon lequel : « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration » (Cass. civ., 4 juin 1946 : S. 1947, I, 153, note P. Barbry ; v. en faveur de la limitation de la portée de la solution de l'arrêt : A. Gaudemet, « L'arrêt Motte et le climat », BJS, janv. 2022, p. 1). Les dernières décisions rendues en la matière (v. notamment T. com. Nanterre, ord. réf., 23 mai 2024, n° 2024R00551) avaient conduit à fermer la voie du référé aux minoritaires éconduits, au motif qu'une telle inscription empiéterait sur les pouvoirs du conseil d'administration, les laissant alors dépourvus d'un accès au juge.

Il est donc bienvenu que l'article 19 de la loi Attractivité complète l'article L. 225-105, alinéa 2 du code de commerce, qui prévoit, depuis le 15 juin 2024, que « En cas de contestation du refus d'inscription de ces points ou de ces projets de résolution, le tribunal de commerce compétent statue selon la procédure accélérée au fond ».

Mesures relatives aux augmentations de capital des SA

Différentes mesures de la loi Attractivité permettent de faciliter la réalisation d'augmentations de capital par voie d'offre au public avec suppression du droit préférentiel de souscription.

Assouplissement des modalités d'émission d'actions sans droit préférentiel de souscription

Un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital est légalement attaché aux actions. L'émission d'actions sans droit préférentiel de souscription par une offre au public est, par principe, soumise à une double condition (C. com., art. L. 225-132 et L. 225-136).

La première est que le prix d'émission ou les conditions de fixation de ce prix soient déterminés par l'assemblée générale extraordinaire sur rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur rapport spécial du commissaire aux comptes de la société ou, s'il n'en a pas été désigné, d'un commissaire aux comptes désigné à cet effet (C. com., art. L. 225-136, 1^o). Par dérogation, dans les sociétés dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé et dans la mesure où les titres de capital à émettre de manière immédiate ou différée leur sont assimilables, le prix d'émission de titres de capital sans droit préférentiel de souscription par une offre au public ou par une offre mentionnée à l'article L. 411-2, 2^o du code monétaire et financier devait, jusqu'alors, être fixé selon des modalités prévues par décret (C. com., art. L. 22-20-52 et R. 22-20-32). Ce prix pourra désormais être librement fixé par le conseil d'administration ou le directoire sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire (C. com., art. L. 22-20-52, mod. par L., art. 9, 3^o). La nouvelle rédaction du texte entrera en vigueur le 13 septembre 2024 (L., art. 29, I), étant précisé que « les modalités de fixation du prix d'émission déterminées par l'assemblée générale des actionnaires avant cette date par référence aux dispositions légales et réglementaires demeurent applicables, le cas échéant dans leur rédaction en vigueur à la date de ladite assemblée ».

La seconde condition à respecter afin de pouvoir émettre des titres de capital sans droit préférentiel de souscription par une offre au public, qui ne concerne que les offres réservées à un cercle restreint d'investisseurs ou à des investisseurs qualifiés (C. mon. fin., art. L. 411-2, 1^o), est que l'émission soit limitée à 20 % du capital. Depuis le 15 juin 2024, ce seuil est rehaussé à 30 % du capital (C. com., art. L. 225-136, 2^o, mod. par L., art. 9, 1^o).

Autres délégations de l'assemblée générale extraordinaire de sociétés cotées

Au sein des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation organisé, lorsque l'augmentation de capital est réservée à une ou à plusieurs personnes nommément désignées, l'assemblée générale extraordinaire pourra, dans certaines conditions, déléguer au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de désigner cette ou ces personnes, dans la limite de 30 % du capital social par an. Cette nouveauté est consacrée au nouvel article L. 22-10-52-1 du code de commerce, qui entrera en vigueur à une date fixée par décret (non encore publié), et au plus tard le 13 septembre 2024 (L., art. 29, II).

Par ailleurs, la réforme modifie les conditions dans lesquelles l'assemblée générale extraordinaire d'une SA dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire les pouvoirs nécessaires à l'effet de procéder à une augmentation de capital, en vue de rémunérer des apports en nature constitués de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital. Avant la réforme, ces pouvoirs pouvaient être délégués dans la limite de 10 % du capital social. Depuis le 15 juin 2024, ce seuil est rehaussé à 20 % de son capital social (C. com., art. L. 22-10-53, mod. par L., art. 9, 4^o).

Dispositions diverses

L'article 21 de la loi Attractivité supprime l'exigence d'une délégation de l'assemblée générale pour que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance (C. com., art. L. 225-36, al. 2 mod. et L. 225-65, al. 2 mod.) puisse apporter les modifications nécessaires aux statuts afin de les mettre en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires, sous réserve de ratification de ces modifications par la prochaine assemblée générale extraordinaire.

Par ailleurs, au sein des SA dualistes, le montant du capital social en dessous duquel les fonctions dévolues au directoire peuvent être exercées par une seule personne est désormais fixé par décret (non encore paru) (C. com., art. L. 225-58, al. 2 mod.). Est également consacrée la possibilité de désigner plusieurs vice-présidents au sein du conseil de surveillance de la SA (C. com., art. L. 225-81 mod. et L. 22-10-25 mod.).

Enfin, la loi Attractivité apporte des innovations, loin d'être marginales, relatives aux assemblées des masses obligataires. Elle prévoit qu'au sein d'une masse obligataire, les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention ne sont plus considérés comme des votes « négatifs » mais ne sont tout simplement pas considérés comme des votes « exprimés » (C. com., art. L. 228-61 mod.). Elle modifie de plus la règle de vote au sein de l'assemblée générale de la masse des obligataires, qui statuera désormais non plus à la majorité des deux tiers des voix « dont disposent » les porteurs présents ou représentés mais aux deux tiers des voix « exprimées » par ces derniers (C. com., art. L. 228-65 mod.). Le législateur précise à cette fin que « Les voix exprimées ne comprennent pas celles attachées aux obligations pour lesquelles l'obligataire n'a pas pris part au vote, s'est abstenu ou a voté blanc ou nul ».

Ces modifications sont entrées en vigueur le 15 juin 2024.

Habilitation à réformer le régime des nullités

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, l'article 26, I de la loi Attractivité habilite le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, d'ici le 13 mars 2025, des mesures permettant de simplifier et de clarifier le régime des nullités en matière de droit des sociétés, afin de renforcer la sécurité juridique de la constitution des sociétés, de leurs actes et délibérations ainsi que des règles qui y sont exposées. L'habilitation est bienvenue tant on sait que le régime des nullités en droit des sociétés se révèle complexe (v. E. Guégan, « La nullité des décisions sociales », Dalloz, 2020, préf. R. Mortier ; HCJP, Rapport sur les nullités en droit des sociétés, 27 mars 2020).

Adrien Bézert
Maître de conférences en droit privé
Université Jean Moulin Lyon 3