

N° 4187 – Préparer et tenir une AGE

Date de fraîcheur : 29 Juillet 2019

Bastien BRIGNON

Maître de conférences à l'université d'Aix-Marseille (Institut de droit des affaires)

Directeur du master professionnel ingénierie des sociétés

Membre du Centre de droit économique (EA 4224)

Georges-Albert LUCCIARDI

Avocat honoraire au Barreau d'Aix-en-Provence

Chargé d'enseignement à l'université d'Aix-Marseille (Institut de droit des affaires)

APERÇU RAPIDE

1. Éléments clés

La compétence spécifique de l'assemblée générale extraordinaire d'une SA réside dans la modification des statuts, dans toutes leurs dispositions.

Aucune autre modalité de prise des décisions collectives n'est possible, comme un acte signé par tous les actionnaires par exemple.

Chaque actionnaire a le droit de participer à une AGE. Aucune détention minimum d'action ne peut être imposée par les statuts. C'est le nu-propriétaire qui doit en principe être convoqué à l'AGE, en cas de démembrement des titres. En cas de location c'est le bailleur qui prend part à l'AGE.

Les règles de fonctionnement de l'AGE sont identiques à celles d'une AGO, mais en certaines dispositions spéciales visent le quorum et la majorité requis pour la validité de ses délibérations.

Une minorité de blocage (un tiers des actions, plus une) permet aux actionnaires détenteurs de s'opposer à une décision.

L'actionnaire, non présent physiquement à l'assemblée ou virtuellement, par visioconférence, peut s'y faire représenter ou encore voter à distance, par visioconférence ou d'autres moyens de télécommunication.

Il convient également de souligner l'influence de La Loi du 22 Mai 2019 , dite Loi Pacte, sur le droit des sociétés notamment les sociétés anonymes. Ainsi même pour les sociétés anonymes, la désignation d'un commissaire aux comptes n'est obligatoire que dans la mesure où la société dépassera deux des trois seuils prévus par le décret du 23 mai 2019.

2. Textes

- C. com., art. L. 123-17 (obligations comptables applicables à tous les commerçants)
- C. com., art. L. 225-21-1, L. 225-23, L. 225-35, L. 225-38 et L. 225-39 (direction et administration des sociétés anonymes – conseil d'administration de la direction générale)
- C. com., art. L. 225-21, L. 225-22, L. 225-23, L. 225-27-1 et L. 225-28 (administrateurs représentant les salariés)
- C. com., art. L. 225-40 et L. 225-40-1 (procédures à suivre pour les conventions)
- C. com., art. L. 225-41 et L. 225-42 (responsabilité des administrateurs dans les conventions désapprouvées)
- C. com., art. L. 225-43 (conventions interdites)

- C. com., art. L. 225-44, L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53 (rémunérations des administrateurs, dirigeants et mandataires spéciaux)
- C. com., art. L. 225-64, L. 225-68 et L. 225-82 (direction et administration des sociétés anonymes – directoire et conseil de surveillance)
- C. com., art. L. 225-66 et R. 225-73 (publication avis préalable aux AG)
- C. com., art. L. 225-96 et L. 225-97 (compétence générale AGO, AGE)
- C. com., art. L. 225-98 (règles de quorum et de majorité des AGO)
- C. com., art. L. 225-100 à L. 225-117 (sociétés anonymes – assemblées d'actionnaires)
- C. com., art. L. 225-103-1 (tenue des AG par visioconférence ou par moyens télécom)
- C. com., art. L. 225-123, L. 225-125 (règles de limitation ou d'augmentation des voix par les statuts)
- C. com., art. L. 225-129-5 et L. 225-129-6 (modification du capital social et de l'actionnariat des salariés – augmentation du capital)
- C. com., art. L. 225-181, L. 225-184 et L. 225-185 (souscription et achat d'actions par les salariés – option de souscription ou d'achat d'actions)
- C. com., art. L. 225-197-1 et L. 225-197-4 (souscription et achat d'actions par les salariés – attribution d'actions gratuites)
- C. com., art. L. 225-198 (amortissement du capital par les bénéfices)
- C. com., art. L. 225-208, L. 225-209 et L. 225-211 (modification du capital social et de l'actionnariat des salariés – souscription, achat ou prise en gage par les sociétés de leurs propres actions)
- C. com., art. L. 225-253 (actions en responsabilité contre les dirigeants)
- C. com., art. L. 228-40 (compétence en matière d'émission d'obligations)
- C. com., art. L. 232-1 et R. 232-1 (documents destinés aux CAC)
- C. com., art. L. 232-23 (publication au greffe TC du refus d'approbation des comptes annuels)
- C. com., art. L. 233-6 (prise de participations significatives, mentions au rapport du CAC)
- C. com., art. L. 242-8 et L. 242-10 (infractions concernant les sociétés anonymes)
- C. com., art. L. 823-1 à L. 823-17 (nomination et missions des commissaires aux comptes)
- C. trav., art. 2331-1, L. 2122-1 et L. 2122-4, art. L. 2351-1 et L. 2352-16 (désignation des administrateurs par les organisations représentatives du personnel)
- C. trav., art. L. 2323-8 (information et consultation sur l'organisation et la marche de l'entreprise – communication des documents comptables et financiers)
- C. trav., art. L. 2323-62 et L. 2323-68 (comité d'entreprise – participation aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés)
- C. trav., art. L. 2323-70 à L. 2323-74 (comité d'entreprise – bilan social)
- CGI, art. 223 quater (impôt sur les bénéfices des sociétés et autres personnes morales – obligations des personnes morales)
- A. 13 mai 2013, déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission : JO 14 juin 2013, p. 9861

- L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, art. 9 : JO 16 juin 2013, p. 9958
- L. n° 2014-1, 2 janv. 2014, habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises : JO 3 janv. 2014
- Ord. n° 2014-86, 30 janv. 2014, allégeant les obligations comptables des micro-entreprises et petites entreprises : JO 1er févr. 2014, p. 1915
- D. n° 2014-136, 17 févr. 2014, fixant les seuils prévus aux articles L. 123-16 et L. 123-16-1 du Code de commerce : JO 19 févr. 2014, p. 2851
- L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation : JO 18 mars 2014
- L. n° 2014-384, 29 mars 2014, visant à reconquérir l'économie réelle (la loi Florange) : JO 1er avr. 2014
- D. n° 2014-543, 26 mai 2014, pris pour application de l'article L. 225-209-2 du Code de commerce : JO 28 mai 2014
- Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014, relative au droit des sociétés : JO 2 août 2014
- L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : JO 5 août 2014
- D. n° 2014-1063, 18 sept. 2014, relatif à la simplification de certaines obligations comptables applicables aux commerçants et de diverses mesures de droit des sociétés : JO 20 sept. 2014
- D. n° 2014-1189, 15 oct. 2014 : JO 17 oct. 2014
- D. n° 2014-1466, 8 déc. 2014, modifiant la date et les modalités d'établissement de la liste des personnes habilitées à participer aux assemblées d'actionnaires et d'obligataires des sociétés commerciales : JO 10 déc. 2014
- L. n° 2014-1554, 22 déc. 2014, de financement de la sécurité sociale pour 2015 : JO 24 déc. 2014
- D. n° 2015-545, 18 mai 2015, pris pour application de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises : JO 20 mai 2015
- D. n° 2015-606, 3 juin 2015, relatif à la formation des administrateurs désignés par les salariés
- Ord. n° 2015-900, 23 juill. 2015, relative aux obligations comptables des commerçants
- Ord. n° 2015-1127, 10 sept. 2015, portant réduction du nombre d'actionnaires dans les sociétés non cotées
- L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (la loi Macron)
- L. n° 2015-992, 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte
- L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi
- D. n° 2015-1553, 27 nov. 2015, pris pour l'application de l'article L. 441-6-1 du Code de commerce
- L. n° 2016-138, 11 févr. 2016, relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire
- L. n° 2016-563, 10 mai 2016, ratifiant l'ordonnance n° 2015-1127, du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les SA non cotées
- L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique
- D. n° 2016-182, 23 févr. 2016, précisant le régime de publicité des engagements pris par les sociétés en faveur de leurs mandataires sociaux à raison de la cessation de fonctions

- D. n° 2016-296, 11 mars 2016 , relatif à la simplification de formalités en matière de droit commercial
- Ord. n° 2016-315, 17 mars 2016 , relative au commissariat aux comptes
- A. 6 avr. 2016, pris en application de l'article D. 441-4 du Code de commerce
- D. n° 2016-501, 22 avr. 2016 , relatif aux prêts entre entreprises
- L. n° 2016-1088, 8 août 2016 , relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : JO 9 août 2016
- D. n° 2016-1138, 19 août 2016, pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce et relatif aux informations environnementales figurant dans le rapport de gestion des entreprises
- D. n° 2016-1026, 26 juill. 2016, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 , relative au commissariat aux comptes
- L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 , relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (la loi Sapin 2)
- D. n° 2017-350, 20 mars 2017, pris pour l'application de l'article L. 441-6-1 du Code de commerce
- A. 20 mars 2017, pris en application de l'article D. 441-4 du Code de commerce
- D. n° 2017-630, 25 avr. 2017 , relatif à la simplification du droit des sociétés et au statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JO 27 avr. 2017
- D. n° 2017-340, 16 mars 2017 , relatif à la rémunération des dirigeants et des membres des conseils de surveillance des sociétés anonymes cotées : JO 17 mars 2017
- Ord. n° 2017-747, 4 mai 2017 , portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, prise sur habilitation de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 : JO 5 mai 2017
- L. n° 2017-399, 27 mars 2017 , relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre
- Ord. n° 2017-1107, 22 juin 2017 , relative aux marchés d'instruments financiers
- Ord. n° 2017-1162, 12 juill. 2017 , portant diverses mesures de simplification et clarification des obligations d'information à charge des sociétés
- L. n° 2018-771, 5 septembre 2018 sur l'égalité des rémunérations hommes/femmes
- L. n° 2019-486, 22 mai 2019 , dite Loi Pacte, portant diverses mesures concernant le droit des sociétés
- D. n° 2019-514, 24 mai 2019 , en application des modifications issues de la Loi Pacte, et fixant les seuils de nomination obligatoire des commissaires aux comptes
- D. n° 2017-1165, 12 juill. 2017 , tendant à favoriser les émissions obligataires
- D. n° 2017-1174, 18 juill. 2017 , portant diverses mesures de simplification et clarification des obligations d'information à la charge des sociétés
- Ord. n° 2017-1180, 19 juill. 2017 , relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises
- D. n° 2017-1265, 9 août 2017, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 , relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises
- L. n° 2012-387, 22 mars 2012 , relative la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives

- L. n° 2011-103, 27 janv. 2011 , relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle
- L. n° 2011-525, 17 mai 2011 , de simplification et d'amélioration de la qualité du droit
- L. n° 2011-672, 16 juin 2011 , relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité
- L. n° 2011-894, 28 juill. 2011 , de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011
- D. n° 2011-1473, 9 nov. 2011 , relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés
- L. n° 2012-354, 14 mars 2012 , de finances rectificative pour 2012
- L. n° 2012-387, 22 mars 2012 , relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives
- D. n° 2012-557, 24 avr. 2012 , relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale
- D. n° 2012-928, 31 juill. 2012 et A. 31 juill. 2012, relatifs au registre du commerce et des sociétés
- Circ. intermin., n° ETST1121460C, 29 juill. 2011 , relative à la prime de partage des profits instituée par la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011

3. Bibliothèque LexisNexis

3.1. Fiches pratiques

- Fiche pratique n° 604 : Information des actionnaires dans les sociétés non cotées
- Fiche pratique n° 4172 : Préparer la tenue d'une AGO (SA non cotée à conseil d'administration)
- Fiche pratique n° 4174 : S'assurer du contenu des rapports du conseil d'administration
- Fiche pratique n° 4211 : Préparer et tenir une AGO

3.2. Fascicules JurisClasseur

- JCl. Sociétés Traité, fasc. 131-10, 136-10, 136-20, 136-25, 136-30, 136-35, 136-40, 136-50 et 140-10
- JCl. Sociétés Formulaire fasc. C 16
- JCl. Sociétés Formulaire, fasc. K-152, K-225 et K-228
- JCl. Sociétés Formulaire, fasc. K-160, K-162 et K-185

3.3. Revues

- M. Supiot, AGOA 2019. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2019, étude 6*
- M. Supiot, AGOA 2018. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2018, étude 7*
- M. Supiot, AGOA 2017. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2017, étude 5*
- M. Supiot, AGOA 2015. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2015, étude 9*
- M. Supiot, AGOA 2016. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2016, étude 6*

- M. Supiot et P. Birotheau, AGOA 2014. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2014, étude 8*
- M. Supiot et P. Birotheau, AGOA 2013. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé : *Dr. sociétés 2013, étude 9* ; Préparation de L'AGOA 2012. – SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur le marché réglementé : *Dr. sociétés 2012, étude 7*
- Frotté et S. de Vendeuil, Loi Warsmann II de simplification du droit – Dispositions relatives au droit des sociétés : *JCP E 2012, 1308*
- D. Gallois-Cochet, Loi relative à la simplification du droit – Warsmann II : dispositions de droit des sociétés (partie I) : *Dr. sociétés 2012, comm. 79*
- G. Chaudré, Publicité de la modification exceptionnelle d'un exercice social : *Dr. sociétés 2014, form. 11*
- I. Parachkévova, Les dispositions relatives aux conventions réglementées dans l'ordonnance du 31 juillet 2014 : en attendant la prochaine réforme in Dossier Simplification et « sécurisation » de la vie des sociétés par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 , ss. dir. F.-X. Lucas : *Bull. Joly Sociétés 2014, p. 481*
- M. Roussille, Loi relative à la simplification du droit – Warsmann II : dispositions de droit des sociétés (partie II) : *Dr. sociétés 2012, comm. 80 et 81*
- D. Schmidt, Dispositions relatives aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes, in Dossier « Réflexions collectives sur l'ordonnance du 31 juillet 2014 » : *Rev. sociétés 2014, p. 616*
- B. Dondero, L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés : *D. 2014, p. 1885* ; Le nouveau droit des conventions réglementées dans la sociétés anonymes, *JCP E 2014, 1466*
- M. Roussille, Ordonnance du 31 juillet 2014 : dispositions relatives aux conventions réglementées : *Dr. sociétés 2014, comm. 144*
- B. Dondero et J.-M. Desaché, La réforme des valeurs mobilières (*Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014*) : *JCP E 2015, 1216*
- I. Grossi et B. Brignon, Loi Pacte et droit des sociétés : Journ. stés, avr. 2019, n° 173

PRÉPARATION

1. Informations préalables

Les articles L. 225-96 et L. 225-97 du Code de commerce distinguent deux types d'assemblées générales des actionnaires de sociétés anonymes :

- les assemblées extraordinaires, qu'ils définissent par leur compétence spécifique (*C. com., art. L. 225-96 et L. 225-97*) ;
- les assemblées ordinaires que l'article L. 225-98, al. 1er définit – en quelque sorte – de manière résiduelle puisqu'elles sont chargées de prendre « *toutes les décisions autres que celles visées aux articles L. 225-96 et L. 225-97* ».

Dès lors :

- une AGO ne saurait empiéter sur les attributions réservées à l'assemblée générale extraordinaire et inversement, même si cela peut paraître paradoxal (*V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 140-20*) ;
- certaines pratiques n'ont pas de valeur juridique propre : ainsi une assemblée générale ordinaire réunie extraordinairement, (véritable exercice de vocabulaire, souligné par un auteur), ne saurait être confondue avec une véritable assemblée générale extraordinaire ou encore, une assemblée dite « mixte », est constituée, en fait, de la succession d'une assemblée ordinaire et d'une assemblée générale extraordinaire, chacune devant respecter ses propres règles de quorum et de majorité (*V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 143-20*).

L'exclusivité de ce pouvoir donné à l'AGE sur les statuts, peut s'exercer aussi bien :

- dans un domaine primordial de la structure du capital, ou de la nationalité, ou de la forme de la société ;
- ou dans des questions moins essentielles mais qui figurent dans le pacte social.

2. Inventaire des solutions et éléments de décisions

Afin de tenir une assemblée générale extraordinaire, encore faut-il connaître son domaine de compétence.

2.1. Compétence de l'AGE dans le domaine du capital social

2.1.1. Augmentation de capital par opération sur actions ordinaires ou par émission d'actions nouvelles ordinaires

L'AGE est compétente pour décider, soit à effet immédiat, soit à terme, d'augmenter le capital par opération sur actions ordinaires ou par émission d'actions nouvelles ordinaires :

- majoration du montant nominal des titres de capital existants ;
- ou par l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital ;
- avec ou non une prime d'émission ;
- avec libération en numéraire, ou par compensation avec des créances, par apports en nature, par incorporation de réserves, bénéfiques, primes d'émission, ou en conséquence d'une fusion ou d'une scission ;
- avec délégation possible du principe, ou des modalités, au conseil d'administration (*C. com., art. L. 225-129 et 225-129-2*), qui peut disposer alors des pouvoirs pour ;
 - fixer les conditions de l'émission,

- constater la réalisation définitive,
- modifier les statuts en conséquence.

La réalisation devant obligatoirement intervenir dans le délai de 5 ans de la décision.

La décision d'augmentation du capital peut s'accompagner de la suppression du droit préférentiel de souscription inhérent aux actions émises, soit pour la totalité de l'augmentation décidée soit pour une partie seulement (*C. com.*, art. L. 225-135).

Lors de toute décision d'augmentation du capital en numéraire, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise, lorsque la société a des salariés (*C. com.*, art. 225-129-6, al. 1) :

- sauf si la décision résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital ;
- ou lorsque l'assemblée délègue sa compétence pour réaliser cette augmentation de capital.

En outre, une assemblée générale extraordinaire doit être convoquée tous les 3 ans pour se prononcer sur un projet d'augmentation de capital réservée aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise, lorsque les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés qui lui sont liées représentent moins de 3 % du capital social (*C. com.*, art. L. 225-129-6, al. 2).

Le délai de 3 ans repoussé à 5 ans si, dans les conditions prévues au premier alinéa du même article, une assemblée générale extraordinaire s'est prononcée depuis moins de 3 ans sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés.

Troisième alinéa de ce même texte : ces obligations ne s'appliquent pas aux sociétés contrôlées par une société qui a mis en place un dispositif d'épargne salariale dont peut bénéficier l'ensemble des salariés de ces sociétés.

Remarque : En pratique, les sociétés qui renouvellent régulièrement les autorisations financières, notamment celles portant sur des augmentations de capital en numéraire, satisfont à cette occasion aux obligations qui résultent du premier alinéa de l'article L. 225-129-6 précité. Elles sont alors dispensées du respect des dispositions prévues par le deuxième alinéa de cet article.

2.1.2. Compétence de l'AGE pour statuer sur les problématiques liées aux attributions d'actions gratuites aux salariés

L'assemblée générale extraordinaire, peut autoriser le conseil d'administration à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société, à une attribution gratuite d'actions, existantes ou à émettre (*C. com.*, art. L. 225-197-1) :

- sur le rapport du conseil et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes ;
- pour tous les salariés, ou pour certaines catégories d'entre eux ;

Elle fixe le pourcentage maximal du capital social pouvant être attribué, dans la limite de 10 %. L'AGE fixe la durée de la délégation donnée au CA, durée qui ne peut excéder 38 mois. Elle peut fixer un délai minimal de conservation des actions attribuées (qui ne s'applique pas en cas d'invalidité survenant après l'attribution), qui ne peut excéder deux ans.

Si l'attribution porte sur des actions nouvelles à émettre, la décision emporte renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription. Le conseil d'administration fixera lui, le détail des attributions : bénéficiaires, conditions, critères etc...

Attention : Cas particuliers :

- sociétés non cotées et ne dépassant pas les seuils des petites et moyennes entreprises, les statuts peuvent prévoir, en cas de distribution à certaines catégories de salariés, jusqu'à 15 % du capital ;
- possibilité de porter ces deux pourcentages de 10 % et de 15 %, à 30 % du capital, si l'attribution d'actions gratuites bénéficie à l'ensemble des salariés de la société ;
- au-delà du pourcentage de 10 % ou de 15 %, l'écart entre le nombre d'actions distribuées à chaque salarié ne peut être supérieur à un rapport d'un à cinq.

L'article 163 de la Loi Pacte, modifiant l'article L. 225-197-1, a élargi le nombre d'actions gratuites pouvant être octroyées aux salariés en disposant que ne seront pas comprises dans le calcul du plafond d'attribution, les actions qui n'ont pas été définitivement attribuées au terme de la période d'acquisition (alinéa 6 du I) ainsi que celles qui ne seront plus soumises à l'obligation de conservation (alinéa 7 du I).

L'article 160, modifiant l'article L. 3332-25 du Code du travail, ouvre la possibilité aux salariés, de demander la liquidation des avoirs du PEE, pour racheter des titres de l'entreprise, sans condition de détention d'options de souscription ni de durée de détention desdits avoirs.

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 et dans le respect des conditions mentionnées à l'article L. 225-197-6 du Code de commerce (*C. com., art. L. 225-197-1, II*).

Attention : Limites des attributions aux salariés et aux mandataires sociaux :

- pas d'attribution gratuite possible aux salariés et mandataires sociaux détenant chacun plus de 10 % du capital ;
- de même l'attribution gratuite ne peut avoir pour effet que les salariés et les mandataires sociaux détiennent chacun plus de 10 % du capital.

2.1.3. Compétence de l'AGE pour statuer sur les problématiques liées aux actions de préférence

Les actions de préférence remplacent les titres en voie d'extinction depuis l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, comme les actions de priorité, les actions à dividende sans droit de vote, les certificats d'investissements..., qui ne peuvent plus être émis depuis cette date.

Les porteurs des anciens types de titres bénéficient d'un droit préférentiel de souscription lors des émissions d'actions de préférence, suivant une proportion d'équivalence prédéfinie. La substitution progressive des actions de préférence aux anciens titres a ainsi été organisée par l'ordonnance.

Les droits particuliers attribués aux actions de préférence doivent être définis dans les statuts, soit à l'origine, soit par une AGE les modifiant.

L'article L. 228-12 modifié par la loi Pacte élargit les possibilités de rachat des actions de préférence en stipulant que celui-ci peut être possible à l'initiative conjointe de la société et du détenteur, ou du détenteur seul, si les statuts le prévoient. Dans les sociétés cotées cette possibilité devient de plein droit.

Remarque : Les principales catégories d'anciens titres que l'on trouvera en pratique dans diverses sociétés sont les actions :

- de préférence à dividende prioritaire (préférentiel pour ces actions) ;
- à dividende préciputaire (dividende exclusif pour ce type d'actions) ;
- à droit préférentiel en matière de boni de liquidation ;
- bénéficiant d'un amortissement partiel ou total du capital (elles deviennent alors des actions de jouissance) ;

- à droit de rachat prioritaire ;
- sans droit de vote, qui accompagnent généralement un avantage financier important. Elles sont limitées à 50 % du capital et ne peuvent bénéficier du droit préférentiel de souscription ;
- à droit de vote double : admis par la doctrine à la différence des actions à vote multiple qui paraît proscrit ;
- donnant droit à une information renforcée (sur les renseignements comptables par exemple) ;
- à droit de représentation renforcé : attribution spécifique de sièges au CA par exemple ;
- à statut particulier en matière de transmission : par exemple obligation d'inaliénabilité pendant un certain temps, ou au contraire librement cessible en dépit d'un droit de préemption ou d'agrément.

Les textes réglementaires (*C. com.*, art. R. 228-16 à R. 228-21) déterminent tout d'abord le contenu des rapports que doit fournir le conseil d'administration (ou le directoire).

Ils fournissent également des indications sur les rapports des commissaires aux comptes à l'occasion de l'opération. Le contrôleur légal doit ainsi donner son avis sur les caractéristiques des titres émis, sur l'ensemble des modalités des opérations en cause et sur leurs incidences sur la situation des titulaires de titres de capital ou de titres donnant accès au capital en place.

De plus, le législateur, tenant compte du fait que l'émission des actions de préférence se traduit par l'attribution d'avantages au profit de certains actionnaires, a prévu l'application de la procédure des avantages particuliers lorsque les actions en question sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés (*C. com.*, art. L. 228-15).

Cette procédure prévoit la désignation d'un commissaire chargé de faire un rapport sur ces avantages (*C. com.*, art. L. 225-8, L. 225-14, L. 225-147 et L. 225-148).

Précisément, cet expert indépendant doit être un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis 5 ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société.

Cependant, lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers qui en résultent est faite dans le rapport spécial mentionné à l'article L. 228-12 du Code de commerce (*C. com.*, art. L. 228-15, al. 3).

Lorsque les actionnaires bénéficiaires de la préférence ne sont pas nommément désignés, logiquement, la procédure des avantages particuliers n'est pas requise.

Attention : Dispense de recours à un commissaire aux apports dans les sociétés par actions : la loi Warsmann II du 22 mars 2012 a permis aux sociétés par actions de se dispenser d'une intervention d'un commissaire aux apports pour l'évaluation de certains apports en nature, lors de leur constitution ou d'une augmentation de leur capital (*C. com.*, art. L. 225-8-1 et L. 225-147-1. – V. *Bull. Elnet Droit des affaires* n° 774-1, p. 9 et 10). Le décret d'application est enfin paru, permettant l'entrée en vigueur du dispositif à compter du 21 septembre 2014.

Dispense lors de la constitution de la société : la décision des fondateurs de ne pas recourir à la désignation d'un commissaire aux apports ainsi que tout document relatif à la description et à l'évaluation des apports doivent être tenus à la disposition des futurs associés, à l'adresse prévue du siège social, 3 jours au moins avant la date de la signature des statuts. Ces documents doivent comprendre une attestation précisant qu'aucune circonstance nouvelle n'est venue modifier l'évaluation des apports concernés. Les futurs associés peuvent prendre copie de ces documents (*C. com.*, art. R. 225-14-1).

Par ailleurs, l'ensemble des documents ainsi mis à la disposition des associés doit être déposé au greffe avec la demande d'immatriculation de la société (*C. com.*, art. R. 123-103).

Lorsque la société est une SA constituée avec offre au public, les documents doivent être déposés 8 jours au moins avant la date de l'assemblée générale constitutive à l'adresse du siège social indiquée dans le bulletin de souscription et au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé ce siège. Les souscripteurs peuvent en prendre connaissance ou obtenir délivrance d'une copie intégrale ou partielle (*C. com., art. R. 225-9-1*).

Dispense lors d'une augmentation de capital : la décision du conseil d'administration (ou, dans les SAS, du président ou de tout dirigeant désigné par les statuts) de ne pas recourir à la désignation d'un commissaire aux apports ainsi que tout document relatif à la description et à l'évaluation des apports doivent être tenus à la disposition des associés.

Ces documents doivent comprendre une attestation précisant qu'aucune circonstance nouvelle n'est venue modifier l'évaluation des apports concernés. La mise à disposition des documents doit être effectuée à l'adresse du siège social et au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé ce siège, et ce, 8 jours au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire (AGE) appelée à décider l'augmentation de capital (*C. com., art. R. 225-136-1 et R. 123-107*).

Remarque : L'AGE 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 pour procéder à une augmentation de capital en vue de rémunérer des apports de titres (*C. com., art. L. 225-147*).

Dans ce cas, le décret prévoit que la mise à disposition des documents au siège social et leur dépôt au greffe doit intervenir 8 jours au moins avant la date de la réunion du conseil d'administration ou du directoire appelé à se prononcer sur l'augmentation de capital ; ces mêmes documents doivent être portés à la connaissance des actionnaires à la prochaine assemblée générale (*C. com., art. R. 225-136-1*).

2.1.4. Compétence de l'AGE pour statuer sur les décisions liées à l'émission de valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance

Les sociétés anonymes coopératives ou appartenant au secteur public sont autorisées à émettre des titres participatifs (*C. com., art. L. 228-36 et L. 228-37*). La compétence de décision appartient au conseil d'administration, sauf :

- si les statuts attribuent celle-ci à l'assemblée générale ;
- ou si celle-ci décide d'exercer ce pouvoir (*C. com., art. L. 228-40* depuis *Ord. n° 2004-604, 24 juin 2004*).

Ces titres sont remboursables après tous autres créanciers privilégiés ou chirographaires, à la liquidation, ou sur décision exclusive de la société elle-même. Ils sont rémunérés par un intérêt fixe, ou en partie fixe et en partie proportionnellement aux résultats de la société. Les porteurs ne bénéficient pas d'un droit de vote. Ils sont constitués en masse spéciale qui désignent leurs représentants à l'assemblée des actionnaires.

Pour ce qui concerne l'émission d'obligations (*C. com., art. L. 228-38 à L. 228-90*), la décision d'émission est en principe de la compétence du CA mais les statuts peuvent réserver celle-ci à l'assemblée générale et celle-ci peut également s'approprier ce pouvoir (*C. com., art. L. 228-40*).

Les obligataires sont réunis en une masse qui se réunit en assemblée générale spéciale et désigne ses représentants qui pourront assister au AG d'actionnaires et qui peut engager des actions en justice pour préserver les intérêts de la masse d'obligataire qu'il représente.

La décision d'émission fixe les conditions de la rémunération des obligations, la date de leur remboursement, les conditions éventuelles de leur échange en actions nouvelles etc...

Si les statuts réservent le pouvoir d'émission des obligations à l'assemblée ou si cette dernière décide de l'exercer, la question s'est posée de savoir si elle pouvait accorder une délégation à certains dirigeants. Il faut rappeler que le texte prévoit seulement que le conseil d'administration peut effectuer cette délégation et non l'assemblée. Une réponse prudente serait de considérer qu'en l'absence de texte la délégation n'est pas possible même si on peut

penser que la collectivité des associés a tout de même la possibilité d'exercer cette faculté dans le cadre des pouvoirs amples qu'elle détient. Il convient donc de tenir compte de cette incertitude lors de la rédaction des statuts.

Remarque : Le Code de commerce consacre 52 articles au régime de l'émission et aux règles de fonctionnement des obligations (*C. com.*, art. L. 228-38 à L. 228-90).

Notamment l'assemblée des obligataires a la possibilité de s'opposer aux décisions de l'assemblée générale de la SA qui concerne leurs droits, à charge, éventuellement pour la société de racheter les titres obligataires (*C. com.*, art. L. 228-72).

Les obligations ne sont pas de véritables titres de capital, mais leur émission peut avoir des conséquences sur l'accroissement du passif de la société et par conséquent sur la valeur des actions elles-mêmes.

2.1.5. Compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour statuer sur les décisions relatives à l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances

L'ordonnance n° 2014-863 relative au droit des sociétés, prise en application de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, a apporté des modifications substantielles au régime applicable aux valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance.

La pratique avait créé un certain nombre de titres, incomplètement régis par la loi, appelés « titres de créances innomés », qui n'étaient pas des obligations, dont la validité était admise mais pour lesquels on s'interrogeait sur le régime juridique de leur émission. On peut citer :

- les titres de créances assortis de droit de toute nature ;
- des titres dérivés donnant droit à versement préciputaire supplémentaire ;
- des certificats de valeur garantie ;
- des bons de rachat d'actions ;
- des bons d'options ;
- des warrants financiers ;
- et plus généralement, tous titres négociables donnant un droit de créance général sur le patrimoine de l'émetteur mais ne s'analysant pas en des titres d'emprunt.

De même en matière de valeurs mobilières donnant accès au capital, comme les bons de souscription d'actions, les actions à bons de souscription d'actions nouvelles, les obligations échangeables en actions etc. le régime instauré par l'ordonnance de 2004 était critiqué par les milieux financiers comme étant trop complexe pour favoriser les investissements.

La question est de savoir si ces émissions doivent être décidées par l'assemblée générale des actionnaires, mécanisme relativement lourd, ou si au contraire la compétence doit revenir au conseil d'administration.

Le critère logique de compétence est celui de savoir si l'émission nouvelle va avoir un « effet dilutif » immédiat ou à terme, sur la répartition du capital, la valeur des titres, ou non. Dans le premier cas, il est logique de laisser la compétence à l'assemblée générale, comme en matière d'augmentation de capital.

L'ordonnance du 31 juillet 2014 tente d'apporter des solutions à cette problématique.

L'article L. 228-92 donne compétence à l'AGE, sur rapport du CA et du commissaire aux comptes, pour émettre :

- des titres de capital donnant accès à d'autres types de capital, ou à l'attribution de titres de créance ;
- des valeurs mobilières donnant accès à des titres de capital à émettre.

L'alinéa 3 par contre, en ce qui concerne les titres de créance, donnant droit à l'attribution d'autres types de créance, ou à des titres de capital existants déjà, renvoie aux dispositions nouvelles de l'ordonnance de 2014, c'est-à-dire à l'article 228-36 A qui renvoie aux dispositions prévues par les statuts.

2.1.6. Compétence de l'AGE pour statuer sur les décisions liées à la réduction du capital social

L'AGE doit impérativement fixer elle-même le montant de la réduction. Elle doit respecter le principe de l'égalité entre actionnaires. Elle peut déléguer la réalisation au conseil d'administration. En cas de pertes constatées, la réduction du capital à concurrence des pertes, qui n'ont pu être imputées sur les réserves, doit être décidée (*C. com., art. L. 225-248*).

Sous peine de dissolution forcée par décision du tribunal de commerce saisi par tout intéressé, mais qui peut accorder un délai de 6 mois pour régulariser.

L'assemblée qui décide une réduction de capital non motivée par des pertes, peut autoriser le CA à racheter un certain nombre d'actions en vue de les annuler.

2.1.7. Compétence de l'AGE pour statuer sur les décisions liées à l'amortissement du capital

L'AGE n'est compétente qu'à défaut d'une stipulation contraire des statuts. Il s'agit de rembourser tout ou partie de la valeur nominale de l'action. Les titres deviennent des « actions de jouissance ». La règle de l'égalité entre actionnaire, par type d'action, doit être respectée.

À l'inverse, l'AGE peut décider de transformer les actions de jouissance en actions de capital, par prélèvement des sommes nécessaires, sur les profits destinés à ces actions là (*C. com., art. L. 225-200*).

2.2. Autres compétences de l'AGE

2.2.1. Modification des statuts notamment pour mise en conformité avec des dispositions légales relatives à l'actionnariat salarié

L'article 9 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, créant l'article L. 225-27-1, modifié dans sa dernière version par l'article 184 de la Loi Pacte, impose à certaines sociétés de modifier leurs statuts afin de stipuler que le conseil d'administration comprendra, outre les administrateurs habituels, **des administrateurs représentant les salariés**. Les statuts devront en outre déterminer les modalités de nomination de ces administrateurs.

Les **sociétés concernées**, aux termes de l'article L. 225-27-1 modifié sont celles :

- qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, elles-mêmes et leurs filiales directes ou indirectes, au moins mille salariés permanents, si leur siège social est situé en France, ou cinq mille s'il est situé en France et à l'étranger ; ;
- sauf les holdings, sous réserve qu'ils remplissent toutes les conditions fixées par le texte :
 - pas d'obligation d'avoir un comité social et économique,
 - détention d'une ou plusieurs filiales soumises à cette obligation,
 - ses actions ne sont pas cotées ou quatre cinquième au moins de ses titres sont détenus par une seule personne physique ou morale agissant seule ou de concert.

Attention : Exception à cette obligation pour les sociétés filiales d'une société elle-même astreinte à cette obligation. Les administrateurs représentant les salariés sont au moins deux dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs est supérieur à huit douze, (obligatoirement un homme et une femme) réduit à un seul si le nombre d'administrateurs est égal ou inférieur à huit douze.

La proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % dans les sociétés cotées et dans celles qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins cinq cents salariés, et soit réalise un chiffre d'affaire de 50 millions d'euros ou un total bilan de ce montant (*C. com., art. L. 225-18-1 modifié par loi 22 mai 2019*).

Attention : L'article L. 225-27-1 a été modifié à trois reprises, par l'ordonnance n° 2014-948, du 20 août 2014 et par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, et par la loi du 22 mai 2019.

Dans les 6 mois suivant la clôture du second des deux exercices visés au I de l'article L. 225-27-1 du Code de commerce (c'est-à-dire au cours desquels le nombre de salariés déclenchant l'application du dispositif est atteint), après avis, selon le cas du comité de groupe, du comité central d'entreprise ou du comité d'entreprise, **l'assemblée générale extraordinaire modifie les statuts** pour déterminer les conditions dans lesquelles sont désignés les administrateurs représentant les salariés, selon l'une des quatre modalités suivantes :

- élection par les salariés de la société et de ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français dans les conditions fixées à l'article L. 225-28 du Code de commerce ;
- désignation, selon le cas, par le comité de groupe prévu à l'article L. 2331-1 du Code du travail, le comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise de la société mentionnée au I de l'article L. 225-27-1 précité ;
- désignation par l'organisation syndicale ayant obtenu le plus de suffrages au premier tour des élections professionnelles dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français lorsqu'un seul administrateur est à désigner, ou par chacune des deux organisations syndicales ayant obtenu le plus de suffrages au premier tour de ces élections lorsque deux administrateurs sont à désigner ;
- lorsqu'au moins deux administrateurs sont à désigner, l'un d'eux le sera selon l'une des modalités ci-dessus et l'autre par le comité d'entreprise européen, s'il existe, ou, pour les sociétés européennes au sens de l'article L. 2351-1 du Code du travail, par l'organe de représentation des salariés mentionné à l'article L. 2352-16 du même code ou, à défaut, par le comité de la société européenne mentionné à l'article L. 2353-1 dudit code.

L'élection ou la désignation effective des administrateurs représentant les salariés doit intervenir dans les 6 mois suivant la modification des statuts.

Si l'assemblée générale extraordinaire ne s'est pas réunie dans le délai de 6 mois précité, tout salarié peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration de convoquer une assemblée et de soumettre à celle-ci les projets de résolution tendant à modifier les statuts.

À défaut de modification des statuts à l'issue de ce même délai de 6 mois, les administrateurs représentant les salariés sont désignés par la voie de l'élection mentionnée au 1° du III de l'article L. 225-27-1 du Code de commerce, dans les 6 mois suivants. Tout salarié peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, sous astreinte, la société d'organiser l'élection.

Attention : Dérogation : les sociétés visées par les dispositions de l'article L. 225-27-1 nouveau, du Code de commerce, ainsi que leurs filiales directes ou indirectes, ne sont pas soumises à l'obligation de procéder à la désignation d'administrateurs représentant les salariés, lorsque leur conseil d'administration comprend déjà un ou plusieurs membres désignés en application :

- de l'article L. 225-27 du Code de commerce (qui permet aux sociétés de prévoir statutairement que le conseil comprend des représentants des salariés, élus par eux ou par le personnel des filiales) ;
- de l'article 5 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, applicable aux établissements publics ;
- de l'article 8-1 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, qui avait prescrit la modification préalable des statuts pour faire entrer au CA des membres représentant les salariés.

Cependant, si le nombre de ces administrateurs est inférieur à celui prévu par le texte (*C. com., art. L. 225-27-1, II*), soit 2 administrateurs si les administrateurs sont plus de 12, ou 1 s'ils sont moins de 88, les dispositions de l'article L. 225-27-1 seront intégralement applicables, à l'expiration du mandat en cours des ledit dispositif est applicable à l'expiration du mandat en cours des administrateurs représentant les salariés.

Application dans le temps : dans les sociétés qui répondent aux critères fixés par l'article L. 225-27-1 du Code de commerce à la date de promulgation de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi :

- l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires devait être réunie en 2014 afin de modifier les statuts ;
- les administrateurs représentant les salariés devaient entrer en fonction au plus tard 6 mois après la date de cette assemblée. Les nouvelles dispositions issues de la Loi Pacte sont applicables dès la promulgation de la loi.

2.2.2. Décisions stratégiques

L'AGE est compétente lorsque les enjeux économiques ou la survie de l'entreprise sont en cause.

Il en va ainsi dans le cadre d'opérations de fusion ou de scission de la société (*C. com., art. L. 236-2*). Ces opérations sont décidées, pour chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification des statuts. Chacune des sociétés concernée fait approuver les nouveaux statuts par sa propre AGE. Les sociétés statuent au vu du rapport du conseil d'administration et du rapport du ou des commissaires à la fusion, s'ils ont été désignés.

La solution est identique qu'il s'agisse des assemblées de fusion ou de celles pour une scission.

La fusion ou la scission entraîne la dissolution, sans liquidation des sociétés qui disparaissent, et la transmission universelle de patrimoine aux sociétés bénéficiaires (*C. com., art. L. 236-3*). Le projet de l'opération doit être déposé au greffe du tribunal de commerce au moins 30 jours avant la date de la première assemblée appelée à statuer sur l'opération. Le projet contient notamment : l'évaluation de l'actif et du passif qui vont être transmis, le rapport d'échange des droits sociaux, le montant de la prime de fusion ou scission. Le projet de fusion est également soumis s'il y a lieu aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement.

La société absorbante peut également acquérir ces titres sur simple demande de leur part.

Ceux qui n'ont pas cédé leurs titres en conservent les droits à l'égard de la société absorbante. Le projet est soumis à l'approbation de l'assemblée des obligataires de la société absorbée. Par contre il n'est pas soumis aux assemblées d'obligataires de la société absorbante, mais celles-ci peuvent donner mandat à leurs représentants de former opposition à l'opération de fusion (*C. com., art. L. 236-15*) avec les mêmes droits que les créanciers.

Les créanciers peuvent former opposition au projet de fusion, Le tribunal de commerce, statuant au fond, rejette l'opposition ou ordonne la constitution de garanties au profit des créanciers, ou le remboursement immédiat de leur créance. La ou les oppositions n'interrompent pas l'opération de fusion. Le dépôt du projet de fusion est précédé d'un rapport d'un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par le président du tribunal de commerce statuant sur requête.

Les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion peuvent décider, mais à l'unanimité seulement, qu'il n'y aura pas lieu à faire désigner un commissaire à la fusion (*C. com., art. L. 236-10*).

Attention : Des règles spécifiques s'appliquent aux scissions.

En cas de scission par apports à des sociétés nouvelles, il est possible qu'il n'y ait aucun autre apport que celui de la société scindée (*C. com., art. L. 236-17*).

Dans ce cas il n'y a pas lieu d'établir un rapport d'un commissaire à la scission.

Seule l'AGE de la société scindée est nécessaire, les sociétés nouvelles n'ont pas à tenir d'AG, les apports étant constatés lors de la constitution.

L'opération est soumise à l'assemblée spéciale des obligataires, sauf si le remboursement est offert aux porteurs sur simple demande de leur part. Les sociétés bénéficiaires des apports sont tenues solidairement au remboursement (*C. com., art. L. 236-18*), de même en ce qui concerne les sommes dues aux autres créanciers (*C. com., art. L. 236-20*).

Il peut en être stipulé autrement, les sociétés bénéficiaires, n'étant responsable que du passif qui leur a été attribué, mais dans ce cas, les créanciers non obligataires peuvent former opposition à l'opération.

L'AGE est également compétente en cas d'apport d'actif total ou partiel de la société à une autre société (*C. com., art. L. 237-8*). La société qui apporte une partie de son actif à une autre société, et la société bénéficiaire peuvent décider de soumettre l'opération au régime des fusions prévu par les articles L. 236-1 à L. 236-6.

Attention : Modifications opérées par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (la loi Sapin 2) :

- en cas d'apport d'un fonds de commerce, l'apporteur et le représentant qualifié de la société bénéficiaire de l'apport doivent viser tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par l'apporteur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente. L'article 129 de la loi supprime cette obligation (*C. com., art. L. 141-2, al. 1er, mod.*) ;
- l'obligation de viser un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice comptable et le mois précédant celui de l'apport est en revanche maintenue ;
- en outre, l'apporteur demeure tenu de mettre à la disposition de la société bénéficiaire, sur demande de celle-ci et pendant un délai de 3 ans à compter de son entrée en jouissance du fonds, tous les livres de comptabilité tenus durant les trois exercices comptables précédant celui de l'apport.

Les modifications apportées par l'article 129 de la loi s'appliquent à toute cession de fonds de commerce, dont les apports. La loi crée, par ailleurs, des allègements propres aux apports de fonds de commerce à des sociétés unipersonnelles (*V. infra*).

L'AGE est également compétente en cas de changement de nationalité de l'entreprise (*C. com., art. L. 225-97*) mais ce sous réserve d'une convention conclue entre la France et le pays d'accueil en vue de conserver sa personnalité juridique.

Enfin, l'AGE est compétente en cas de :

- dissolution anticipée de la société (*C. com., art. L. 225-246*) : c'est la modification des statuts par excellence puisque cette décision contrevient à la date d'expiration du pacte social prévu aux statuts ;
- modification des statuts relative à la compétence du conseil d'administration pour transférer le siège social : une modification des statuts pourra être prévue afin de prendre en compte la nouvelle compétence du conseil d'administration pour transférer le siège social sur l'ensemble du territoire français, et pas seulement dans le même département ou dans un département limitrophe, sous réserve de la ratification de cette décision par la prochaine assemblée générale ordinaire (*C. com., art. L. 225-36, al. 1*) ;

Attention : Afin de permettre au conseil d'administration d'apporter aux statuts les modifications nécessaires si de nouvelles dispositions législatives et réglementaires imposent à la société une mise en conformité avec ces nouvelles dispositions, l'AGE pourra lui donner délégation de procéder à ces modifications, sous réserve de ratification par la prochaine assemblée générale extraordinaire (*C. com., art. L. 225-36, al. 2*).

-
- modification des statuts des sociétés « PME » non cotées pour autoriser la conclusion d'un contrat de travail avec les administrateurs : l'administrateur d'une société qui ne dépasse pas, à la clôture d'un exercice social, les seuils définissant les petites et moyennes entreprises, prévus à l'article 2 de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003, peut devenir salarié de cette société si son contrat de travail correspond à un emploi effectif (*C. com., art. L. 225-21-1*).

Mais les statuts doivent le prévoir, et doivent par conséquent être modifiés en ce sens, si ce n'est pas le cas.

Les administrateurs concernés seront pris en compte pour la détermination du plafond du tiers des administrateurs qui peuvent être liés à la société par un contrat de travail (*C. com., art. L. 225-22, al. 2*).

MISE EN OEUVRE

1. Règles communes aux assemblées générales ordinaires

1.1. Principe général

Les règles relatives aux assemblées générales extraordinaires sont pratiquement les mêmes que celles applicables à toutes les assemblées d'actionnaires :

- information permanente des actionnaires ;
- avis de réunion préalable ;
- dépôt des projets de résolution par un groupe d'actionnaires (au moins 5 % des voix) et par le CE ;
- convocations à l'assemblée ;
 - forme, délai et contenu,
 - publication JAL et BALO (si toutes les actions ne sont pas nominatives,
 - la convocation du ou des commissaires aux comptes,
 - lieu de réunion.

1.2. Utilisation des nouvelles technologies de communication

Le recours aux moyens de télécommunication ou à la visioconférence, peut avoir lieu aussi bien dans la préparation que lors de la tenue des AGE, si les statuts le prévoient (*art. L. 225-103-1*). Ainsi l'envoi par un moyen électronique de communication peut être utilisé pour :

- l'avis de convocation (*C. com., art. R. 225-63, al. 1er, art. R. 225-67 et R. 225-68*) pour les sociétés dont toutes les actions revêtent la forme nominative ;
- l'avis préalable de réunion (à adresser à tout actionnaire qui a exprimé le désir d'être prévenu de la réunion des AG ou de certaines d'entre elles (*C. com., art. R. 225-72*) ;
- l'envoi à l'actionnaire qui en fait la demande par écrit, de formulaires de **vote à distance** (*C. com., art. R. 225-75*), et plus généralement de l'exercice par l'actionnaire de son droit de communication préalable (*C. com., art. R. 225-88*) ;
- l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour, ou le dépôt de points non liés à un projet de résolution au lieu (*C. com., art. R. 225-71, al. 1er*) ;
- l'envoi des questions écrites à l'adresse électronique qui leur est spécialement dédiée (*C. com., art. R. 225-84, al. 1er*).

Peuvent également faire l'objet d'un envoi électronique : l'accusé de réception des projets de résolution d'actionnaires (*C. com., art. R. 225-74*) ; les documents et renseignements accompagnant la convocation et/ou l'envoi d'une formule de procuration (*C. com., art. R. 225-81*).

Le vote de l'actionnaire peut être exprimé au moyen d'un formulaire unique électronique présenté sur écran (modèle proposé par l'ANSA et validé par le CFONB).

Les actionnaires peuvent participer aux assemblées en désignant par voie électronique un mandataire ou en renvoyant un formulaire de vote par correspondance sous forme électronique (*C. com., art. R. 225-75 et R. 225-77*).

Lorsque l'assemblée se déroule par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication :

- utilisation du vote électronique en séance pendant l'assemblée ;
- les non-résidents peuvent utiliser les moyens électroniques pour participer à une AG, et peuvent transmettre à un « intermédiaire inscrit » leur vote à leur place en vertu d'un mandat général de gestion de leurs titres (*V. C. com., art. L. 228-3-2*).

2. Règles spécifiques

2.1. Composition de l'assemblée

2.1.1. Accès à tous les actionnaires

L'article L. 225-113 du Code de commerce dispose : « *Tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires (...) Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Tout actionnaire, ne serait-il propriétaire que d'une seule action, a le droit de faire partie de l'AGE. Cette règle est d'ordre public elle est assortie de sanctions pénales, (*C. com., art. L. 242-9, 1°*), 2 ans de prison et 9 000 € d'amende.

Attention : La clause des statuts qui y dérogerait en subordonnant à la possession d'un certain nombre d'actions l'entrée à l'assemblée générale extraordinaire, comme cela était possible à l'assemblée ordinaire serait nulle. Serait également nulle l'assemblée qui aurait délibéré après exclusion de certains actionnaires (*Cass. com., 6 juill. 1983, n° 82-12.910 : JurisData n° 1983-701808*).

Est également interdite, la clause appelée « de stage », par laquelle l'accès à l'assemblée est refusé aux nouveaux actionnaires pendant un certain temps (un mois ou deux, parfois plus), et dont la validité est contestable. Elle ne saurait à fortiori produire effet en ce qui concerne les AGE, car l'article L. 225-113 du Code de commerce a précisément pour effet de l'interdire dans ce dernier type d'assemblée.

2.1.2. Distinction de l'accès et de la participation

En cas d'usufruit, on sait que le droit de vote est réparti, dans le silence des statuts sur ce point, par l'article L. 225-110, alinéa 1er, du Code de commerce entre l'usufruitier, à l'AGO et le nu-proprétaire à l'AGE et que cette solution, logique, est celle qui est généralement admise par les statuts (*Comp. CA Paris, 2 juin 2000 : JurisData n° 2000-130258*, admettant que les statuts peuvent laisser à l'usufruitier et au nu-proprétaire le soin de convenir eux-mêmes de l'exercice du droit de vote).

Mais, même interdit de vote par les statuts, le nu-proprétaire a un droit de parole à l'assemblée.

La lettre de convocation devra être adressée au bénéficiaire du droit de vote.

Même solution en cas de location d'action, le bailleur est considéré comme nu-proprétaire (*C. com., art. L. 239-3*).

En cas d'impossibilité du nu-proprétaire d'assister à l'assemblée, en vertu de l'article L. 225-106, alinéa 1, du Code de commerce, le mandat ne peut être donné qu'au conjoint du titulaire du droit de vote ou à un autre actionnaire.

2.1.3. Autres participants à l'AGE

Certaines personnes, qui n'ont pas la qualité d'actionnaires, sont également invitées à assister à l'assemblée, sans y voter :

- les commissaires aux comptes (*C. com., art. L. 823-17*) ;
- les représentants des porteurs de parts de fondateurs (*V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 2010*), de la masse des obligataires (*C. com., art. L. 228-55*) et des porteurs de titres participatifs (*V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 1915*) ;

- deux membres du comité d'entreprise (ou les délégués du personnel en son absence) peuvent aussi assister à l'assemblée. Mais ils ne peuvent participer aux débats, sauf pour des résolutions qui nécessiteraient l'unanimité et s'ils font la demande (*C. trav., art. L. 2323-67, al. 3*).

2.2. Convocation de l'assemblée – spécificité de l'AGE

2.2.1. Principe

Aucune périodicité n'est imposée, c'est à la libre appréciation des dirigeants.

2.2.2. Exceptions

L'article 1844-6 du Code civil indique qu'un an au moins avant la date d'expiration de la société, une assemblée générale extraordinaire doit être convoquée aux fins de décider s'il y a lieu ou non de **proroger la société**.

À défaut, tout associé peut saisir le président du tribunal, d'une requête tendant à désigner un mandataire pour y suppléer.

L'article L. 225-248 du Code de commerce prévoit que s'il résulte des pertes constatées dans les documents comptables que les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social « *le conseil d'administration ou le directoire selon les cas, est tenu dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société* » (ou passé le délai de 4 mois, à compter des 6 mois de la clôture de l'exercice, si l'assemblée annuelle n'a pas été convoquée).

Lorsque le rapport de gestion présenté à l'AGO annuelle fait état d'un actionnariat salarié (dans la société et celles qui lui sont liées au sens de *C. com., art. L. 225-180*) **inférieur à 3 % du capital social**, une AGE doit être convoquée à l'effet de proposer aux actionnaires d'adopter une résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés adhérent à un PEE.

Aussi longtemps que la participation des salariés dans le capital sera inférieure à ce seuil, cette consultation devra être **renouvelée tous les 3 ans** (*C. com., art. L. 225-129-6, al. 2* . – *C. trav., art. L. 3332-18 et s.* – *JCP E 2003, 988*).

Toutefois, cette convocation pourra n'intervenir que tous les 5 ans dès lors qu'un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés aura été soumis à l'AGE au cours des 3 dernières années (*C. com., art. L. 225-129-6, al. 2, in fine*).

Attention : Exceptions particulières : lorsqu'une modification législative impose une modification des statuts, un délai est normalement stipulé pour y satisfaire.

Ainsi, les nouvelles règles mises en place par la loi NRE du 15 mai 2001 en ce qui concerne l'organisation de la gestion des SA dotées d'un conseil d'administration avaient-elles nécessité une mise en conformité des statuts par une AGE.

De même la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 (dite loi Rebsamen), qui renforce la représentation des salariés dans les CA prévoit une mise en œuvre de ses dispositions échelonnée dans le temps. L'AGE des actionnaires appelée à modifier les statuts pour prévoir les modalités de désignation de ces administrateurs salariés doit avoir lieu au plus tard dans les 6 mois suivant la clôture (*L. n° 2015-994, art. 11, II*).

2.2.3. Délais de convocation

Les règles sont les mêmes que pour les AGO :

- **15 jours avant la tenue** sur première convocation, 10 jours sur seconde convocation ;

- en cas d'ajournement par décision de justice, le juge peut fixer librement le délai de convocation pour la nouvelle réunion (*C. com., art. R. 225-69*) ;
- en ce qui concerne spécialement les assemblées extraordinaires, « *la deuxième assemblée réunie faute de quorum obtenu lors de la première, peut être prorogée à une date postérieure de 2 mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée* » (*C. com., art. L. 225-96, al. 2*). Il résulte de ce texte, que lors de l'assemblée réunie sur deuxième convocation, le CA a la possibilité, en cas de difficulté à réunir le second quorum qui lui, est incompressible, à suspendre la tenue de l'assemblée en cours de séance, et à proroger sa tenue jusqu'à une date fixée à plus de 2 mois après la date pour laquelle la deuxième convocation avait fixé la tenue de l'assemblée. C'est le principe de l'omnipotence de l'assemblée extraordinaire des dans les SA.

2.2.4. Demande d'ajournement

Le droit d'ajourner une assemblée convoquée pour une certaine date appartient à ceux qui avaient pris l'initiative de la convoquer. C'est donc le conseil d'administration qui, en principe, a ce pouvoir, lorsqu'il s'agit de la réunion d'une AGE.

L'ajournement peut aussi être demandé en justice, mais seulement dans des cas exceptionnels, lorsqu'il existe un risque de nullité ou lorsqu'il y a lieu de prévenir un dommage imminent (*V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 136-25. – V. CA Paris, 22 avr. 2005 : JurisData n° 2005-272308*).

Les juridictions se montrent sévères lorsque la demande concerne une AGE. Généralement, l'ajournement est fondé sur l'irrégularité de la convocation (*T. com. Toulouse, 12 août 1993 : JurisData n° 1993-600092*).

Si le litige en cause n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation de l'assemblée, l'ajournement est refusé ; tel est le cas lorsque l'assemblée doit statuer sur la fusion de sociétés, l'ajournement pouvant causer un préjudice important aux sociétés en présence, compte tenu de l'impact économique et financier.

2.2.5. Rapports soumis à l'assemblée

Outre le rapport du conseil d'administration, expressément prévu par la loi dans certaines circonstances, dans de très nombreuses situations, l'AGE donne lieu à la présentation d'un rapport des commissaires aux comptes et éventuellement d'autres rapports peuvent de surcroît être présentés à l'occasion d'opérations particulières, comme ceux des commissaires aux apports.

L'article L. 225-96 du Code de commerce n'impose pas de façon générale que l'AGE statue sur rapport du conseil d'administration.

Donc en dehors des cas où l'établissement d'un rapport est expressément prévu par la loi, les dirigeants n'ont pas l'obligation d'en établir un.

L'absence d'un tel rapport n'est donc pas de nature à entraîner l'annulation de l'assemblée générale (*Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-71.404 : JurisData n° 2010-019584*).

La loi prescrit au conseil d'administration de présenter un rapport à l'AGE ; il en est ainsi dans les cas suivants :

- en cas d'**augmentation du capital social, immédiate ou à terme** (*C. com., art. L. 225-129, al. 1er, art. L. 225-139 et R. 225-113*) ;
 - le rapport doit contenir : les motifs de l'augmentation du capital ; la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été tenue, pendant l'exercice précédent, et, le cas échéant, le montant maximal de l'augmentation,
 - certaines indications supplémentaires devront être fournies si l'assemblée est appelée à statuer sur la suppression par les actionnaires de leur droit préférentiel de souscription,

- en tout état de cause, le rapport du conseil d'administration doit comporter « des informations claires, spécifiques et circonstanciées sur les motifs, l'importance et l'utilité de l'opération au regard des perspectives d'avenir de la société » (Cass. com., 27 mai 1997, n° 95-15.690 : *JurisData* n° 1997-002355) ;
- en cas de suppression du droit préférentiel de souscription (C. com., art. L. 225-135, L. 225-138, R. 225-114 et R. 225-115) ;
- en cas d'émission de titres de capital donnant accès à d'autres titres de **capital existants ou à émettre ou donnant droit à l'attribution de titres de créances** ; de même, lorsque le titre primaire émis n'est pas un titre de capital à émettre, mais que le titre de capital émis est un titre secondaire résultant de l'exercice du droit que comporte la valeur mobilière primaire émise, comme les OBSA : tous ces types d'**émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital et ayant un effet dilutif**, doivent être autorisés par l'AGE des actionnaires sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes (C. com., art. L. 228-92 . – C. com., art. R. 225-113 à R. 225-116 , sur renvoi art. R. 225-117, al. 1er) ;
- en cas d'octroi au personnel salarié de la société d'options donnant droit à la souscription d'actions (C. com., art. L. 225-177) ;
- en cas d'attribution d'actions gratuites aux salariés ou aux dirigeants (C. com., art. L. 225-197-1) ;

Remarque : Les attributions ne peuvent dépasser 10 % du capital, sauf pour les petites et moyennes entreprises pour lesquelles les statuts peuvent porter la limite à 15 %, la loi Pacte ayant en outre élargi ces seuils en excluant de la proportion les actions non définitivement attribuées au terme de la période d'acquisition ainsi que les actions qui ne sont plus soumises à l'obligation de conservation (C. com., art. 225-197-1 modifié par l'article 163 de la Loi 22 mai 2019).

- enfin, en cas de fusion entre sociétés par actions à moins que les associés ou actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération décident à l'unanimité d'écarter l'obligation d'établir un rapport (C. com., art. L. 236-9, al. 4 et R. 236-5, al. 1er).

Attention : L'absorption par une SA d'une ou plusieurs de ses filiales à 100 % est soumise à un régime simplifié : elle n'impose pas plus la réunion d'une AGE de chaque société participant à l'opération que l'établissement de rapports par les dirigeants ou des commissaires à la fusion, dès lors que « depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées » (C. com., art. L. 236-11, al. 1er).

Toutefois, dans tous les cas prévus par la loi, les CA présenteront néanmoins un rapport expliquant les raisons des résolutions proposées, ne serait-ce que pour éviter une mise en cause de leur responsabilité. Dans ce cas, il doit être communiqué aux actionnaires, sous peine d'une injonction du juge (C. com., art. L. 238-1, al. 1er).

Le défaut de rapport ne peut plus, depuis l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières, être sanctionné par la nullité de l'assemblée.

Il n'y a pas de sanctions pénales (abrogées par la loi NRE du 15 mai 2001).

2.2.6. Rapport spécial des commissaires aux comptes à l'AGE

Un rapport spécial des commissaires aux comptes à l'AGE doit être établi :

- en cas de suppression du droit préférentiel de souscription, mais uniquement lorsque l'AGE décide l'augmentation de capital et non pas lorsqu'elle a délégué sa compétence au conseil ;

Attention : Dans ce second cas, en effet, l'obligation d'établir un rapport – issue de l'ordonnance du 24 juin 2004 et restée lettre morte faute d'adoption de son décret d'application, a été supprimée (*C. com.*, art. L. 225-135, al. 1^{er} mod. et L. 225-138, R. 225-114 et R. 225-115).

- en cas d'émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance (*C. com.*, art. L. 228-92) ;
- en cas d'attribution d'actions gratuites aux salariés ou aux dirigeants (*C. com.*, art. L. 225-197-1) ;
- en cas d'octroi au personnel salarié de la société d'options donnant droit à la souscription d'actions (*C. com.*, art. L. 225-177) ;
- en cas de réduction du capital social (*C. com.*, art. L. 225-204, al. 2, R. 225-150 et R. 225-156), et d'autorisation de réduction par annulation d'actions propres achetées par la société si ses actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation (*C. com.*, art. L. 225-209, dernier al. – Dans les sociétés non cotées, V. désormais la procédure prévue à *C. com.*, art. L. 225-209-2, al. 10) ;
- en cas d'achat par la société de ses propres actions en vue de faciliter certaines opérations financières (*C. com.*, art. R. 225-156) ;
- en cas d'émission, de rachat et de conversion des actions de préférence (*C. com.*, art. L. 228-12, I, al. 1^{er}) ;
- en cas de transformation de la société (*C. com.*, art. L. 225-244).

Le défaut de rapport n'est pas sanctionné par la nullité de l'assemblée. Par contre la nullité est encourue si les rapports émanent d'un commissaire aux comptes désigné irrégulièrement ou dont le mandat est expiré, sauf si les délibérations sont confirmées par une assemblée tenue sur un rapport d'un commissaire régulièrement désigné.

2.2.7. Rapport des commissaires aux apports

Un rapport doit être établi par les commissaires aux comptes :

- en cas de création d'actions de préférence au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés donnant lieu à la procédure de vérification des avantages particuliers, le commissaire aux apports doit dans ce cas être un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis 5 ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société (*C. com.*, art. L. 228-15) ;
- en cas d'augmentation de capital par apports en nature ou avec stipulation d'avantages particuliers, rapport d'un ou plusieurs commissaires aux apports, désignés à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, en justice à la demande du président du conseil d'administration doivent présenter aux actionnaires un rapport dans lequel ils apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers (*C. com.*, art. L. 225-147 . – *C. com.*, art. R. 225-136 , sur renvoi art. R. 225-7. – *C. com.*, art. R. 123-107 et R. 225-8).

Attention : Depuis la loi de simplification n° 2012-387 du 22 mars 2012, certains apports peuvent être dispensés de cette évaluation (valeurs mobilières et biens ayant déjà été évalués) si le conseil d'administration le décide mais l'intervention d'un commissaire aux apports chargé d'effectuer une réévaluation de ces biens peut se révéler nécessaire (*C. com.*, art. L. 225-147-1, I et II).

2.2.8. Cas de fusion ou de scission

La fusion projetée donnera lieu à l'établissement :

- de deux rapports des commissaires à la fusion, l'un sur les modalités de la fusion, l'autre sur la valeur des apports en nature (*C. com.*, art. L. 236-10),

- d'un rapport du commissaire aux comptes, s'il en existe, si la fusion intervient au cours du second semestre, dans le cadre de la vérification de la sincérité de l'état comptable intermédiaire ;
- le cas échéant, du rapport des dirigeants.

Attention : Par exception, les actionnaires ou associés de toutes les sociétés participant à l'opération peuvent décider – à l'unanimité – de ne pas faire désigner de commissaire à la fusion.

L'absorption par une SA d'une ou plusieurs de ses filiales à 100 % est soumise à un régime simplifié : elle n'impose pas plus la réunion d'une AGE de chaque société participant à l'opération que l'établissement de rapports par les dirigeants ou des commissaires à la fusion, dès lors que « depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées » (C. com., art. L. 236-11, al. 1er).

Toutefois, 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 la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion (C. com., art. L. 236-11, al. 2).

En tout état de cause, le projet de fusion devra se baser sur un traité de fusion, qui, même simplifié (absence de rapport d'échange, de remise d'actions de l'absorbante) devra recueillir l'accord préalable des dirigeants des sociétés absorbées et absorbantes, ses signataires.

La possibilité de ne pas réunir d'AGE ne doit pas permettre de déroger à l'obligation de désigner un commissaire aux apports et de statuer sur l'évaluation des apports en nature dans le cas où la filiale absorbée a émis des valeurs mobilières donnant accès au capital, dans la mesure où la détermination du nombre de titres de capital de la société mère auquel les porteurs de valeurs mobilières peuvent prétendre se fait précisément sur avis du commissaire aux apports (C. com., art. L. 228-101, al. 2).

Même possibilité ouverte si l'opération ne concerne que des sociétés par actions et, sous certaines conditions, une filiale à 90 % au moins (C. com., art. L. 236-11-1 et L. 236-8).

Il n'y a ainsi lieu ni à réunir une AGE de la SA absorbante, ni à établir des rapports par les commissaires à la fusion et les dirigeants lorsque les actionnaires minoritaires de la société absorbée se sont vus proposer, préalablement à la fusion, le rachat de leurs actions par la société absorbante à un prix correspondant à la valeur de celles-ci (V. *JCI. Sociétés Traité*, fasc. 162-10).

2.3. Règles relatives à la tenue et aux délibérations de l'AGE

2.3.1. Feuille de présence et désignation du bureau

V. *Fiche pratique n° 4172, Préparer la tenue d'une AGO*

2.3.2. Règles de quorum

L'article L. 225-96, alinéa 2, du Code de commerce, précise que l'assemblée générale extraordinaire ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote.

À défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de 2 mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée.

Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés (sanctionnés par la nullité des délibérations prises (C. com., art. L. 225-121, al. 1er).

En tout état de cause, il n'y a pas d'AGE sans quorum, contrairement à l'assemblée générale ordinaire, sur la deuxième convocation (*C. com., art. L. 225-98, al. 2*).

Attention : Dérogation expresse au quorum : l'article L. 225-130 dispose que l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur une augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission délibère valablement aux conditions de quorum prévues pour les AGO, c'est-à-dire avec un quorum du cinquième des actions ayant le droit de vote sur première convocation, aucun quorum n'étant requis sur deuxième convocation, les statuts des sociétés fermées là aussi prévoir un quorum plus élevé pour la première convocation (*C. com., art. L. 225-98, al. 2*).

Le quorum est calculé uniquement en fonction des actions ayant le droit de vote (*C. com., art. L. 225-96, al. 2*) ;

On détermine la masse de calcul du quorum en faisant abstraction, des actions privées du droit de vote, des actions de préférence sans droit de vote, des actions d'autocontrôle, des actions non libérées, ou encore les actions acquises sans que soient respectées les règles relatives au dépôt obligatoire d'une OPA ou une OPE ou encore des actions excédentaires en cas de franchissement de seuil non déclaré à la société (*V. JCI. Sociétés Traité, fasc. 136-35*).

Le calcul du quorum doit se faire au vu de la feuille de présence, à l'ouverture de l'assemblée mais aussi à l'occasion du vote de chaque résolution ; possible en effet que par le jeu des actions privées du droit de vote, le quorum soit atteint pour certaines résolutions et non pour d'autres. Cas dans lequel certains actionnaires ne votent pas, apport en nature par exemple, ou avantages particuliers (*C. com., art. L. 225-147, al. 2* renvoyant à *C. com., art. L. 225-10*).

La majorité exigée est de deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ; l'assemblée générale extraordinaire ne peut statuer valablement qu'à cette majorité (*C. com., art. L. 225-96, al. 3*).

La majorité calculée non pas en fonction des voix exprimées, mais en fonction des voix dont disposent les actionnaires présents – et réputés tels – ou représentés à l'assemblée.

L'abstention lors des votes ou, en cas de scrutin, le dépôt d'un bulletin blanc équivaut au rejet de la résolution.

La majorité qualifiée exigée par le législateur est atteinte dès que les voix « pour » représentent les deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés, chiffre arrondi en dessous pour les fractions inférieures à $\frac{1}{2}$, et au-dessus si fraction est supérieure à $\frac{1}{2}$.

Les dispositions relatives à la majorité dans les AGE sont impératives et ne peuvent être modifiées par des clauses statutaires tant dans le sens d'un accroissement que d'un allègement des exigences légales (*C. com., art. L. 225-121, al. 1er. – V. JCI. Sociétés Traité, fasc. 140-30*).

2.3.3. Cas particuliers

Certains cas particuliers voient des règles spécifiques s'appliquer. Il en va notamment :

- de l'augmentation de capital par apports en nature ou octroyant des avantages particuliers, les voix des bénéficiaires ne sont pas prises en compte car ils ne peuvent voter (*C. com., art. L. 225-10*) ;
- des bénéficiaires d'une émission d'actions de préférence (*C. com., art. L. 228-15*) ;
- d'une **augmentation de capital par incorporation de réserves** – Par dérogation à la règle générale de l'article L. 225-96, alinéa 3, ces augmentations de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, sont décidées aux conditions de majorité prévues pour les AGO, c'est-à-dire à la majorité simple des voix des actionnaires présents ou représentés (*C. com., art. L. 225-130, al. 1er*) ;

Attention : Cette règle de majorité favorable s'applique également lorsque l'incorporation de réserves a pour conséquence une élévation du nominal des actions.

Disposition impérative, aucune clause statutaire ne saurait y déroger (*art. L. 225-149-3, al. 2*) ; la nullité de l'AGE est de plein droit.

En dehors de ce cas, l'augmentation du capital par élévation du montant nominal des titres de capital requiert l'unanimité des actionnaires (*C. com., art. L. 225-130, al. 2*).

- **de la transformation de la SA en une autre forme – R** ègles particulières qui varient selon le type de société envisagé :
 - transformation de la SA en société en nom collectif, nécessite l'accord de tous les associés (*C. com., art. L. 225-245, al. 1er*),
 - il en va de même lorsque la SA se transforme en SAS (*C. com., art. L. 227-3*), cette unanimité s'entendant de la totalité des actionnaires et non pas seulement de celle des actionnaires présents ou représentés à l'AGE appelée à se prononcer sur la transformation,
 - en revanche, la transformation en société en commandite simple ou en société en commandite par actions (SCA) est décidée à la majorité des deux tiers, et avec l'accord de **tous** les futurs commandités (*C. com., art. L. 225-245, al. 2*),
 - l'article L. 225-245, alinéa 3, soumet la transformation de la SA en SARL, aux conditions prévues pour la modification des statuts « des sociétés de cette forme » ;
- **d'une fusion ou d'une scission** : ces opérations requièrent l'approbation de l'unanimité des actionnaires lorsqu'elles ont pour effet d'augmenter leurs engagements sociaux (*C. com., art. L. 236-5*) ;

Attention : La Cour de cassation considère aussi, dans le cas de la fusion-absorption d'une SA par une SAS, que la fusion doit être décidée, dans la SA, par tous les actionnaires statuant à l'unanimité (*Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17.802 : JurisData n° 2006-036664*).

Cette unanimité s'entend de la totalité des actionnaires et non pas seulement de la totalité des actionnaires présents ou représentés à l'AGE appelée à se prononcer sur la transformation (*CA Versailles, 24 févr. 2005 : JurisData n° 2005-266293. – V. JCI. Sociétés Traité, fasc. 140-30*).

- **d'une liquidation de société** : le consentement unanime des actionnaires est nécessaire pour la cession de tout ou partie de l'actif social à une personne ayant eu la qualité d'organe d'administration, de direction ou de contrôle en son sein, mais l'autorisation judiciaire peut suppléer à ce consentement (*C. com., art. L. 237-6*) ;

Remarque : Le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose peut être limité par les statuts mais à la condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie (*C. com., art. L. 225-125*).

- **d'un abus de minorité** : les conditions de quorum et de majorité d'une AGE, plus strictes que pour une assemblée ordinaire, peuvent entraîner des risques de blocage.

Retour d'expérience : En effet, même sur troisième convocation (la terminologie est de « seconde convocation prorogée »), le quorum du 1/5e est encore requis. À défaut, il faut alors abandonner le projet de modification des statuts, ce qui, peut dans certains cas, mettre pas en péril la continuation de la société.

Un groupe d'actionnaires détenant un tiers des actions, plus une, peut bloquer les décisions de l'AGE ; c'est la minorité de blocage.

Les dirigeants peuvent alors invoquer l'abus de minorité si un excès est prouvé ou un harcèlement (*V. A. Couret, Le harcèlement des majoritaires : Bull. Joly Sociétés 1996, p. 112*). Éléments constitutifs :

- atteinte à l'intérêt général de la société ;

- dans l'unique dessein de favoriser le sien propre ;
- considérations égoïstes ou disproportionnées eu égard à l'intérêt général.

Pas d'abus possible du minoritaire si celui-ci n'a pas été normalement informé, ne pouvant dès lors émettre un vote éclairé (*Cass. com.*, 20 mars 2007, n° 05-19.225 . – *CA Paris*, pôle 5, ch. 8, 11 févr. 2014 : *JurisData* n° 2014-002692 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 114, note R. Mortier).

La jurisprudence exige en général que la survie de la société ait été mise en danger par le refus des minoritaires (*Cass. com.*, 31 janv. 2006, n° 04-14.182 : *JurisData* n° 2006-032004 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 784, note P. Scholer).

3. Décret n° 2018-146 du 28 février 2018

Le décret du 28 février 2018 est pris en application de l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés. Cette ordonnance poursuit un double objectif : rapprocher les associés minoritaires de SARL à ceux des actionnaires, également minoritaires, de SA et poursuivre le mouvement de dématérialisation des décisions collectives des sociétés. En effet, cette ordonnance énonce que dans les sociétés anonymes dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé et sous réserve de l'exercice du droit d'opposition reconnu aux actionnaires minoritaires (représentant au moins 5 % du capital social), les statuts peuvent prévoir la faculté d'user exclusivement de moyens de télécommunication et visioconférence (*C. com.*, art. L. 225-103-1).

Précisément, ledit décret énonce que l'exercice du droit d'opposition doit être précisé par les statuts, selon que celui-ci est mis en œuvre avant ou après l'accomplissement des formalités de convocation à l'assemblée générale (*C. com.*, art. R. 225-61-1 nouveau.).

Lorsque le droit d'opposition s'exerce avant les formalités de convocation, la société doit aviser les actionnaires au moins 35 jours avant la tenue de l'assemblée de ce droit ; l'avis de convocation doit préciser la nature de l'assemblée ainsi que les projets de résolution et rappeler la faculté d'opposition des actionnaires, qui doit être exercée 25 jours avant l'assemblée et sous réserve d'une détention de 5 % du capital social (*C. com.*, art. R. 225-61-2 nouveau).

Lorsque le droit d'opposition s'exerce après les formalités de convocation, l'avis de convocation doit préciser qu'il s'applique dans un délai de 7 jours à compter de la publication de l'avis ; en cas d'exercice de ce droit, la société avise les actionnaires au plus tard 48 heures avant la tenue de l'assemblée (*C. com.*, art. R. 225-61-3 nouveau).

Ces démarches – opposition et avis de la société – peuvent être accomplies sous forme électronique. Enfin, l'avis de convocation doit préciser si la tenue de l'assemblée générale est réalisée exclusivement par visioconférence ou moyens de télécommunication (*C. com.*, art. R. 225-66, al. 3 nouveau).

L'émargement des actionnaires participant à l'assemblée sous cette forme n'est alors pas requis (*C. com.*, art. R. 225-95 mod.). Toutefois, il peut être prévu de faire signer sous forme électronique (au moyen d'un procédé nominatif fiable) les actionnaires participants (*C. com.*, art. R. 225-106 mod.).

On notera que le décret est muet sur l'entrée en vigueur des dispositions concernant les actionnaires minoritaires des SA, de sorte qu'on peut les supposer immédiates.

OUTILS

1. Check-list

- Bien vérifier les compétences de l'AGE par rapport à celles du CA ;
- vérifier les délégations de compétence ;
- bien vérifier l'ordre du jour ;
- bien vérifier ce qui relève des résolutions ordinaires et celles extraordinaires ;
- vérifier les mandats des administrateurs et des CAC ;
- voir si l'assemblée se tient par voie électronique ;
- voir si certaines actionnaires ne modifient pas l'ordre du jour ;
- Bien vérifier le délai de convocation de 15 jours.

© LexisNexis SA