

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



QUENTIN URBAN
Maître de conférences à la faculté de droit de Strasbourg

Société par actions simplifiée – Licenciement d'un salarié – Notification de la décision de licencier – Représentation de la société – Représentation légale du président, des directeurs généraux et directeurs généraux délégués (article L. 227-6 C. Com.) – Délégation de pouvoir à d'autres personnes (oui) – Mandat tacite résultant de la fonction du salarié – Ratification a posteriori possible du mandat.

Deux arrêts de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 19 novembre 2010 n° 10315 SAS ED c/ Sébastien X, Union des syndicats solidaires et SUD (P+B+R+) et n° 10-0095 SAS Whirpool c/ Roland X. SUD n° 07-19102 (P+B+R+).

Lorsqu'un employeur, personne morale, prend la décision de licencier un salarié, il faut que le dirigeant qui la représente dans la procédure de licenciement soit valablement mandaté. La notification du licenciement doit être rédigée et signée par l'employeur si c'est une personne physique ou son représentant si c'est une personne morale (art. L. 1232-6 C. Trav.). L'article L. 227-6 C. Com. prévoit que la « société par actions simplifiée » (SAS) est représentée à l'égard des tiers par un président ; les statuts peuvent prévoir que le directeur général et le directeur général délégué exerceront aussi le pouvoir de représentation. Mais, selon la Chambre mixte de la Cour de cassation, cette règle n'interdit pas une délégation de pouvoir au profit d'autres personnes. Cette délégation n'est pas forcément écrite. Elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement (arrêt n° 10-10095). Par ailleurs, cette délégation peut résulter d'une ratification a posteriori intervenue éventuellement en cours de procès judiciaire (arrêt n° 10-30215).

Ces arrêts ont certainement provoqué de vifs soulagements parmi les dirigeants des SAS ou même des tiers qui craignaient de voir anéantis des actes accomplis au nom de la SAS sans qu'un président ou un directeur général soit intervenu. Mais, est-ce bien l'aune d'appréciation de la qualité de la décision ? Rien n'est moins sûr !

Certes, pour les dirigeants des deux SAS ED et Whirpool, employeurs, qui avaient formé pourvoi contre les arrêts d'appel invalidant les licenciements de leurs salariés, l'opportunité d'élargir les possibilités de représentation de la SAS ne faisait aucun doute. Ils avaient même anticipé

cet élargissement dans les faits, puisque des personnes autres celles prévues par l'article L. 227-6 C. Com. avaient décidé et signifié des licenciements. Mais les magistrats d'appel n'étaient pas de cet avis.

Dans l'arrêt concernant la SAS ED du 3 décembre 2009, la cour d'appel de Paris avait considéré qu'en vertu de l'article 227-6 C. Com., le pouvoir de licencier était détenu par le seul président ou par la personne autorisée par les statuts à recevoir délégation et qu'en conséquence le licenciement décidé par un chef de secteur et un chef des ventes était nul. En raison de cette nullité prononcée, la cour d'appel avait ordonné la réintégration du salarié sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard. De même, dans l'arrêt concernant la société Whirpool du 9 novembre 2009, la cour d'appel de Versailles avait considéré que l'absence de qualité à agir du signataire de la lettre de licenciement, qui était directeur des ressources humaines, devait priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. En conséquence, la SAS Whirpool avait été condamnée à verser des dommages et intérêts au salarié pour licenciement abusif. En rendant deux décisions le même jour dans ces deux contentieux et en les accompagnant d'un communiqué de presse, la Chambre mixte de la Cour de cassation a manifesté une volonté de fixer solennellement le droit applicable à deux questions complémentaires : l'une relative à l'identité des personnes susceptibles d'être mandatées par la société pour la représenter, l'autre relative aux conditions dans lesquelles peut être donné ce mandat de représentation.

Dans l'arrêt ED, les magistrats de la Haute Cour introduisent un premier assouplissement à la rigidité apparente de la règle légale en énonçant que même si la représentation générale prévue par l'article L. 227-6 C. Com. est réservée aux présidents ou aux directeurs généraux, la délégation de pouvoir pour accomplir des actes déterminés s'ouvre à d'autres personnes et qu'elle peut être établie par une ratification ultérieure à l'acte, même en cours de procédure judiciaire. Dans l'arrêt Whirpool, l'assouplissement du dispositif légal est non seulement confirmé mais encore accentué puisque, selon la Chambre mixte, une délégation du pouvoir de représentation de la SAS n'a pas besoin d'être donnée par écrit et qu'elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement.

Désormais, il semble bien que le mandat de représentation de la SAS puisse librement profiter à quiconque sans aucun formalisme contraignant. À une époque marquée par le libéralisme en économie comme en droit, on pourrait se réjouir du réalisme et de l'esprit d'adaptation de la jurisprudence. Mais cet assouplissement s'est fait au prix d'une interprétation discutable du texte et n'est pas sans conséquence pour la sécurité juridique.

1. Une lecture discutable de l'article L. 227-6 C. Com.

La formule centrale de la Chambre mixte, partagée par les deux arrêts et reprise par le communiqué de presse de la juridiction consiste à affirmer que la représentation instituée par l'article L. 227-6 C. Com. du président et éventuellement des directeurs généraux « n'exclut pas la possibilité pour ces représentants légaux de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier des salariés de l'entreprise ». Pour plus de clarté, le communiqué insiste sur la possibilité de distinguer entre le pouvoir général de représentation soumis aux dispositions de l'article L. 227-6 C. Com. et la délégation de pouvoir fonctionnelle, « qui permet aux représentants de toute société, y compris des SAS, de déléguer, conformément au droit commun, une partie de leurs pouvoirs afin d'assurer le fonctionnement interne de l'entreprise ».

Cependant, il n'est pas sûr que dans le cas de la SAS, cette distinction ait été envisagée par le législateur et qu'elle soit viable. En effet, il ressort de la genèse de l'article L. 227-6 C. Com. que ce n'est pas par hasard que les possibilités de représentation de la SAS ont été limitées à quelques personnes seulement. Initialement même dans la rédaction de la loi de 1994, puis de 1999, la société était exclusivement représentée par son président. Cette limitation perçue comme trop restrictive par les milieux d'affaires¹ avait fait l'objet d'un assouplissement relatif par une intervention législative en 2003² qui a rendu possible la représentation par des directeurs généraux. Et si le toilettage de 2003 de l'architecture de la SAS avait été si réduit, c'est probablement parce que déjà les parlementaires avaient conscience que la souplesse des règles relatives aux organes sociaux imposait une identification forte des dirigeants habilités à engager la société. Cette seconde intervention montre ainsi que la limitation législative des représentations possibles n'est pas le fruit du hasard ou d'une rédaction hâtive et irréfléchie. En introduisant la possibilité d'agir au nom de la société par le mécanisme de la délégation de pouvoir, la Cour de cassation semble contourner la volonté du législateur. Mais, au-delà du débat sur le sens de la règle, la coexistence entre la représentation légale et la délégation n'est pas sans soulever de redoutables difficultés³. En effet si la délégation de pouvoir est un instrument à disposition des dirigeants des autres sociétés, son

utilisation dans le cadre de la SAS peut créer de sérieux déséquilibres. Sur un plan général, on admet aisément que pratiquement il est difficile pour un dirigeant de société d'assumer toutes les prérogatives attachées à sa qualité. Il n'est donc pas surprenant que même en l'absence de définition et de réglementation générale, la délégation de pouvoir se rencontre fréquemment. À l'observation de la réalité des pratiques juridiques, on découvre que la délégation consiste pour un délégué à confier tout ou partie du pouvoir de direction ou de représentation à un délégataire. Il arrive parfois que la délégation de pouvoir soit expressément prévue par la loi, par exemple en matière de SA où l'article L. 225-129 C. Com. offre la possibilité de déléguer au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de décider d'une augmentation de capital. Dans d'autres cas, la loi les interdit comme par exemple lorsqu'elle affirme que seul « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre » (art. L. 225-35 C. Com.). Mais dans d'autres hypothèses, là où la loi est muette, les possibilités de délégation apparaissent plus nombreuses et c'est le cas en particulier des délégations de pouvoir de représentation des dirigeants. Dès lors que l'activité économique et sociale d'une société se développe, on imagine aisément qu'il est difficile aux dirigeants de représenter dans tous les actes et faits de la vie sociale. On assiste dans ces situations à un fractionnement juridique de la représentation de la société. Son caractère pratique justifie que ce mécanisme soit parfois qualifié de délégation fonctionnelle, adjectif d'ailleurs repris par le communiqué de la Cour de cassation commentant les deux arrêts du 19 novembre 2010. La Cour de cassation précise que la délégation de pouvoir à pour objectif « d'assurer le fonctionnement interne de l'entreprise » alors que « le pouvoir général de représentation de la SAS » prévu par l'article L. 227-6 C. Com. produit ses effets « à l'égard des tiers ». Mais, il n'est pas sûr que cette clarification soit à même de dissiper le risque de voir la représentation légale phagocytée par la technique de la délégation. Ainsi, par exemple en matière de gestion de personnel, comment distinguer ce qui est interne, de ce qui est externe ? Certes, la gestion du personnel, comme l'affirme la Cour de cassation, relève bien du fonctionnement interne d'une entreprise, mais pour autant, il n'y a aucun doute sur le fait que juridiquement le salarié est un contractant de la société qui l'emploie. Il est donc « tiers », au sens du terme employé par l'article L. 227-6 C. Com. En conséquence, si la gestion du personnel fait bien partie de la dynamique interne de l'entreprise, le personnel salarié est resté tiers à l'égard de la société. La frontière tracée entre fonctionnement interne et fonctionnement externe est donc confuse. Et cette incertitude n'est pas sans conséquences juridiques très graves. Par une utilisation extensive de la délégation de pouvoir, la règle légale de l'article L. 227-6 C. Com. risque, en effet, d'être privée de toute effectivité, sauf celle d'être un simple affichage apparent de nature à rendre juridiquement opaque le fonctionnement de la société.

1. V. par ex. QE, n° 3417, JO Sénat, 24 oct. 2002.

2. Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

3. Pour un exposé complet et convaincant sur les risques générés par l'introduction de la délégation de pouvoir dans la SAS, se reporter à P. Henriot, « La délégation de pouvoir "fonctionnelle" », *Semaine sociale Lamy*, 29 nov. 2010, pp. 6 et s.

2. L'opacité du fonctionnement de la SAS, un risque majeur

Si donc le président et les directeurs généraux peuvent déléguer leurs pouvoirs sans qu'il y ait de limites sérieuses à l'étendue de cette faculté, la direction de la SAS va se présenter une apparence juridique étrange. A priori, seuls les dirigeants désignés par la loi auront vocation à la représenter. Leur nomination sera accompagnée des mesures de publicité (RCS, annonces légales) imposées par la loi. Pour les tiers (partenaires commerciaux, salariés mais aussi investisseurs), ce sont ceux dont la publicité mentionne le nom qui engagent par leurs actes la SAS. Cette publicité autour de la représentation légale est donc une sécurité fondamentale. Mais, en réalité, il ne s'agira que d'un décor de théâtre, car en coulisses, les délégations de pouvoir accordées *sans publicité aucune*, auront émiétté l'exercice du pouvoir de représentation. De telle sorte que le tiers sera tenu dans l'ignorance totale de la capacité ou non de son interlocuteur éventuel à engager la société, sauf, bien sûr, à exiger de lui la preuve de son mandat de représentation. Cette ignorance est une menace considérable pour la validité des contrats passés au nom de la société et plus généralement pour la sécurité juridique des relations entre la SAS et les tiers. Celle-ci est d'autant plus grave qu'elle vient se conjuguer avec une autre cause d'insécurité ayant pour origine le fait que, selon les arrêts de la Chambre mixte du 19 novembre 2010, la délégation de pouvoirs peut intervenir sans aucune formalité, de façon tacite, et découler ainsi, par exemple, des fonctions occupées par le délégataire dans la société. Plus insécurisant encore pour les tiers, la délégation peut être ratifiée *a posteriori*, par des écrits déposés en cours de procédure judiciaire au nom de la société. Ainsi, non seulement aucune publicité ne s'impose, mais la preuve de la délégation peut être très librement établie.

Ces insuffisances sont déjà suffisamment importantes pour regretter les solutions retenues par les arrêts du 19 novembre 2010.

Mais, il y a plus encore. La liberté d'organisation et de fonctionnement reconnue par la loi aux fondateurs d'une SAS vient accroître les insécurités dont est porteuse la solution retenue par la Cour de cassation. En effet, en dehors de la présidence de la SAS, les rédacteurs des statuts sont libres d'imaginer n'importe quel organe dirigeant et d'y associer les règles de fonctionnement de leur choix. En conséquence, il n'est pas rare de découvrir dans les statuts de SAS des combinaisons d'organes dirigeants inspirées par plusieurs modèles légaux de sociétés, associées à des règles de fonctionnement tout à fait originales propres à chaque SASD créée. Ainsi, par exemple, un conseil d'administration peut constituer avec un directoire les organes dirigeants d'une SAS. Comment, dès lors, pour un tiers, client, salarié, investisseur potentiel décrypter le sens d'un mandat, découvert au débotté, dans une structure sociale à nulle autre pareille ? On l'a compris, cette créativité offerte par la loi articulée à des délégations clandestines ne peut que contribuer aux désordres des relations d'affaires.

Pourtant c'est au nom de l'efficacité des affaires qu'une partie de la doctrine s'est mobilisée pour briser le « carcan

législatif » de l'article L. 227-6 C. Com. L'effet recherché n'est-il pas contraire à l'effet produit ? La Cour de cassation n'a-t-elle pas ouvert une boîte de Pandore en abandonnant la représentation légale à la dérive des délégations de pouvoir ?

Q. U.

EURL et SASU – Établissement d'un rapport de gestion – Dispense

D. n° 2011-55, 13 janv. 2011 : JO 15 janvier 2011

La loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des PME et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, a allégé les charges pesant sur les petites entreprises : il est notamment prévu que les EURL et les SASU dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence, ne sont pas tenues d'établir chaque année un rapport de gestion lorsque l'activité de ces sociétés ne dépasse pas, à la clôture d'un exercice social, deux des trois seuils définis par référence au total de leur bilan, au montant hors taxe de leur chiffre d'affaires et au nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice (C. Com., art. L. 232-1, IV). Le décret n° 2011-55 du 13 janvier 2011 (JO 15 janvier 2011) fixe, avec effet immédiat, le total du bilan à la somme de 1 million d'euros, le montant hors taxe du chiffre d'affaires à la somme de 2 millions d'euros et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice à 20 (C. Com., art. R. 232-1-1).

Ces seuils correspondent aux seuils de nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes dans les SAS (C. Com., art. R. 227-1).

Un autre décret n° 2010-1669 du 29 décembre 2010 vient alléger les charges pesant sur les SARL en relevant de 7 500 à 30 000 euros le seuil de valeur d'un bien en deçà duquel les futurs associés peuvent décider à l'unanimité de ne pas recourir à un commissaire aux apports (D. 223-6-1). Ce seuil correspond à celui retenu pour la constitution d'un patrimoine affecté par un entrepreneur individuel : ce n'est qu'au-delà d'une valeur déclarée de 30 000 euros que tout élément d'actif du patrimoine affecté doit faire l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport établi par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion ou un notaire (C. Com., art. L. 526-10).

Modification du régime de l'exercice des droits des actionnaires de sociétés cotées – Procurations : libre désignation du mandataire – Questions écrites – Inscriptions de points à l'ordre du jour

Ord. n° 2010-1511, 9 déc. 2010 : JO 10 déc. 2010
D. n° 2010-1619, 23 déc. 2010 : JO 26 déc. 2010

Prise en application de l'article 56 de la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière qui habilite le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les dispositions législatives nécessaires à la transposition de la directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, l'ordonnance n° 2010-1511 du 9 décembre 2010 introduit des dispositions nouvelles destinées à favoriser une participation effective des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées, notamment lorsqu'ils ne résident pas dans l'État membre où se tiennent ces assemblées. Cette ordonnance introduit notamment le principe du libre choix du mandataire et allège les modalités de participation des actionnaires de toute société, cotée ou non, à l'assemblée. Les dispositions de l'ordonnance sont complétées par le décret n° 2010-1619 du 23 décembre 2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées.

Ces dispositions nouvelles s'appliquent aux assemblées d'actionnaires tenues à compter du 1^{er} janvier 2011.

Vote par procuration

L'article 10 de la directive prévoit que « chaque actionnaire a le droit de désigner comme mandataire toute autre personne physique ou morale pour participer à l'assemblée générale et y voter en son nom ». L'alinéa 2 de ce texte impose aux États membres d'abroger « toute disposition légale qui limite ou autorise les sociétés à limiter la possibilité pour des personnes d'être désignées comme mandataires ».

Or l'article L. 225-106 C. Com. ne permettait à un actionnaire de se faire représenter que par un autre actionnaire ou par son conjoint ; la seule exception concernait le vote des actionnaires non domiciliés en France⁴.

L'ordonnance apporte deux modifications à cet article L. 225-106.

En premier lieu, le partenaire avec qui l'actionnaire a conclu un pacte civil de solidarité peut désormais lui aussi être désigné comme mandataire ; en revanche, cette faculté n'est pas étendue au profit des enfants majeurs de l'actionnaire.

En second lieu, un second alinéa est introduit à l'article L. 225-106, I : dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation organisé (Alternext), un actionnaire peut se faire représenter par toute personne physique ou morale de son choix.

Des mesures sont introduites pour encadrer cette liberté

de désignation des mandataires et éviter des dérives dans la collecte de mandats.

Dans toute formule de procuration adressée aux actionnaires, la société ou le mandataire qu'elle a désigné à cet effet (établissement bancaire, prestataire de services d'investissement...) doit rappeler de manière très apparente les dispositions légales prévoyant les conditions dans lesquelles un actionnaire peut se faire représenter, et doit préciser désormais que les actionnaires ont la faculté de se faire représenter par toute personne (C. Com., art. R. 225-81, 6°). Cette nouvelle faculté doit également être mentionnée dans les différents choix offerts à l'actionnaire qui ne peut pas assister personnellement à l'assemblée (cf. C. Com., art. R. 225-81, 7°).

Un § II complète l'article L. 225-106 en précisant, conformément à l'article 11 de la directive, que le mandat doit être écrit et doit être communiqué à la société. Il en va de même en cas de révocation. Les modalités de cet écrit, notamment sa signature électronique, ont déjà été précisées par le décret n° 2010-684 du 23 juin 2010 qui fait obligation aux sociétés cotées de permettre la notification de la désignation et de la révocation du mandataire par voie électronique (C. Com., art. R. 225-79 al. 6).

Le mandataire pourra notamment être un intermédiaire teneur de compte conservateur, ou le gestionnaire lié par un mandat de gestion à l'investisseur. Les dispositions nouvelles n'apportent pas de précision sur la durée du mandat ; la directive permet aux États membres de limiter la désignation d'un mandataire à une seule assemblée ou aux assemblées tenues durant une période déterminée (art. 10.2). Par application du droit commun du mandat, le mandat sera toujours librement révocable, qu'il ait été donné pour une durée déterminée ou indéterminée.

Le vote doit être émis par le mandataire dans l'intérêt du mandant, titulaire du droit de vote, et dans l'intérêt social, et non dans le seul intérêt du mandataire. Pour prévenir les conflits d'intérêts, le nouvel article L. 225-106-1 institue l'obligation pour le mandataire d'informer l'actionnaire de tout fait permettant à ce dernier de mesurer le risque que le premier poursuive un intérêt autre que celui du mandant⁵.

Cette information devra porter notamment sur le fait que le mandataire ou, le cas échéant, la personne pour le compte de laquelle il agit (C. Com., art. L. 225-106-1, al. 2 s.) :

1. contrôle (au sens de l'article L. 233-3 C. Com.) la société dont l'assemblée est appelée à se réunir ;
2. est membre de l'organe de gestion, d'administration ou de surveillance de cette société ou d'une personne qui la contrôle ;
3. est employé par cette société ou par une personne qui la contrôle ;
4. est contrôlé ou exerce l'une des fonctions mentionnées au 2° ou au 3° dans une personne ou une entité contrôlée par une personne qui contrôle la société ;

4. C. Com., art. L. 228-3-2 : Un « intermédiaire inscrit » en compte ouvert à son nom qui a spontanément révélé qu'il agit pour un actionnaire n'ayant pas son domicile sur le territoire français peut, en vertu d'un mandat général de gestion des titres, transmettre pour une assemblée le vote ou le pouvoir d'un propriétaire d'actions non domicilié en France.

5. Cf. H. Mousit, « Réflexion sur le projet d'ordonnance portant transposition de la directive relative au droit de vote des actionnaires », *Petites Affiches* 2010, 29 juillet 2010, n° 150, p. 10.

5. a noué un lien familial avec une personne physique placée dans l'une des situations énumérées aux 1° à 4°.

Lorsqu'un de ces faits se produit, le mandataire devra en informer sans délai l'actionnaire⁶ à qui il appartiendra de confirmer expressément le mandat. À défaut de confirmation expresse du mandat par le mandataire, le mandat sera caduc et le mandataire devra en informer la société (C. Com., art. L. 225-106-1, al. 8 s.). Cette procédure s'applique même en cas de mandat impératif donné par l'actionnaire ; or, dans cette situation, le conflit d'intérêts ne présente pas les mêmes risques pour le mandant⁷.

Pour parer aux abus éventuels dans l'usage des votes par procuration et dans les appels publics à mandat⁸, l'article L. 225-106-2 encadre l'activité des personnes qui se consacrent activement à la collecte des procurations : toute personne physique ou morale qui entend procéder à une sollicitation active de mandats doit rendre publique sa politique de vote (C. Com., art. L. 225-106-2 al. 1). Cette personne doit publier sur son site Internet un document intitulé « politique de vote », régulièrement mis à jour, qui doit contenir notamment (C. Com., art. R. 225-82-3, I à III) :

- des informations sur cette personne physique ou morale ;
- une description des principes auxquels le mandataire entend se référer à l'occasion de l'exercice des droits de vote correspondant à des procurations reçues sans instructions de vote ;
- une présentation de la politique de vote de l'intéressé par rubrique correspondant aux différents types de résolutions soumises aux assemblées ;
- une description des procédures destinées à déceler, prévenir et régler les conflits d'intérêts susceptibles d'affecter le libre exercice des droits de vote par l'intéressé.

Si cette personne qui sollicite les mandats rend publiques ses intentions de vote sur les projets de résolution présentés à l'assemblée, elle doit le faire sur son site Internet (C. Com., art. R. 225-82-3, IV) et doit exercer un vote conforme à ses intentions pour toute procuration reçue sans instruction de vote (C. Com., art. L. 225-106-2, al. 2).

Ni la directive, ni l'ordonnance n'imposent aux sociétés l'obligation de vérifier que les mandataires exercent leur droit de vote conformément aux instructions de vote données par l'actionnaire qu'ils représentent ; si le mandat donné par l'actionnaire est impératif, le mandataire est lié par une obligation de loyauté et doit voter dans le sens souhaité par le mandant⁹.

En cas de non-respect par le mandataire de l'obligation d'information prévue aux alinéas 3 à 7 de l'article L. 225-106-1 (information du mandant sur les situations de conflit

d'intérêts) ou des dispositions de l'article L. 225-106-2 (publication de la politique et vote et des intentions de vote), l'actionnaire représenté pourra demander au tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le siège social d'interdire au mandataire de participer en cette qualité à toute assemblée de la société concernée ; la durée de cette interdiction ne pourra pas excéder trois ans. La société pourra présenter la même demande mais seulement en cas de violation des dispositions de l'article L. 225-106-2. Le tribunal peut décider la publication de cette décision aux frais du mandataire (C. Com., art. L. 225-106-3). Ces dispositions consacrent ainsi l'existence d'une activité de mandataire à titre professionnel portant sur la sollicitation active et l'exercice de mandats d'actionnaires ; cette activité est désormais soumise à un pouvoir de contrôle des juridictions commerciales, qui ne découle pas du droit commun du mandat.

L'ordonnance du 9 décembre 2010 n'apporte aucune modification aux dispositions de l'article L. 225-106 dernier alinéa réglementant l'exercice par le président de l'assemblée des pouvoirs en blanc qui sont adressés par un actionnaire sans indication de mandataire.

Questions écrites

L'article 5 de l'ordonnance transpose deux options offertes par l'article 9 de la directive concernant les questions écrites posées par les actionnaires. L'article L. 225-108 C. Com., qui consacre le droit des actionnaires de poser des questions écrites auxquelles le conseil d'administration ou le directoire est tenu de répondre au cours de l'assemblée, est complété par deux dispositions : d'une part, une réponse commune peut être apportée à ces questions dès lors qu'elles présentent le même contenu et, d'autre part, la réponse est réputée avoir été donnée si l'information demandée est disponible sous la forme de questions-réponses sur le site internet de la société.

Inscription à l'ordre du jour

L'article 6 de la directive fait obligation aux États membres de veiller à ce que les actionnaires aient le droit d'inscrire des points à l'ordre du jour de l'assemblée générale, à condition que chacun de ces points soit accompagné d'une justification ou d'un projet de résolution à adopter lors de l'assemblée générale et de déposer des projets de résolution concernant des points inscrits ou à inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

L'article L. 225-105 C. Com. ne permettait aux actionnaires de société cotée ou non, représentant au moins 5 % du capital (ou moins de 5 % dans les sociétés au capital supérieur à 750 000 euros), ainsi qu'aux associations d'actionnaires, que de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution.

L'ordonnance complète cet article en permettant aux actionnaires d'inscrire des points à l'ordre du jour de l'assemblée, sans déposer simultanément de projet de résolution.

La demande d'inscription d'un point à l'ordre du jour doit être présentée dans les mêmes conditions qu'un dépôt de projet de résolution, mais elle doit par ailleurs être motivée (C. Com., art. R. 225-71, al. 7 nouveau).

6. Cette information doit être délivrée à l'actionnaire par lettre recommandée avec AR ou, si le mandataire a préalablement recueilli l'accord de l'actionnaire, par un moyen de communication électronique (C. Com. art. R. 225-82-1).

7. H. Mousit, art. préc.

8. Sur ces risques, v. notam. T. de Ravel d'Esclapon, « Batailles de procurations : une nécessaire réglementation ? », *Petites Affiches*, 5 octobre 2009, n° 198, p. 5.

9. Voir l'avis du comité juridique de l'ANSA n° 10-049, sept 2010, sur les conséquences de l'inexécution d'un mandat de vote impératif notifié, ainsi que le sens des votes, à l'émetteur : la société est totalement étrangère à la convention et à la sanction de son inexécution.


Les demandes d'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour doivent parvenir à la société au plus tard le 25^e jour qui précède la date de l'assemblée, sans pouvoir être adressées plus de 20 jours après la date de l'avis au BALO. Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32 (période d'offre publique), ces demandes doivent parvenir à la société au plus tard le dixième jour avant l'assemblée. L'avis mentionne le délai imparti pour l'envoi des demandes (C. Com., art. R. 225-73- II).

Avant cette réforme, les projets de résolution d'actionnaires pouvaient être envoyés à compter de l'avis de réunion publié au BALO jusqu'à vingt-cinq jours avant l'assemblée générale (délai réduit à vingt jours en cas de publication de l'avis de réunion plus de quarante-cinq jours avant l'assemblée et à cinq jours en période d'offre publique). Ces délais étaient décomptés à partir de la date d'envoi de la demande ; désormais, c'est la date de réception de la demande par la société qui est prise en compte.

La société publie sans délai sur son site internet le texte des projets de résolution présentés par les actionnaires et la liste des points ajoutés à l'ordre du jour à leur demande. Pour chaque point inscrit à l'ordre du jour, la société peut également publier un commentaire du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas (C. Com., art. R. 225-73-1, al. 8).

Le président du conseil d'administration ou le directoire accuse réception des demandes d'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution, par lettre recommandée, dans le délai de cinq jours à compter de cette réception. Cet accusé de réception peut également être transmis par un moyen électronique de télécommunication mis en oeuvre dans les conditions mentionnées à l'article R. 225-63, à l'adresse indiquée par l'actionnaire. Les points et les projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour. Les projets de résolution sont soumis au vote de l'assemblée (C. Com., art. R. 225-74). ■

M. S.



Recueil 2009 des décisions de la Commission des sanctions de l'AMF et des juridictions de recours

Il réunit pour l'année 2009 l'ensemble des décisions prises par la Commission des sanctions de l'AMF et les arrêts et décisions des juridictions de recours (Cour d'appel de Paris, Cour de cassation et Conseil d'Etat).
Il a pour objectif de faciliter l'accès au droit applicable aux activités qui relèvent de l'AMF, droit à la fois récent, évolutif, foisonnant et complexe.

Doté d'un appareil documentaire, il rend plus aisées la consultation et la recherche des sanctions prononcées et permet de situer ces dernières dans un cadre faisant mieux apparaître leur sens.

En vente auprès de la Documentation française
Tél : 01.40.15.70.00 - www.ladocumentationfrancaise.fr

AUTORITE DES MARCHÉS FINANCIERS
AMF

**4^e édition augmentée et mise à jour
notamment des dispositions de la loi
de régulation bancaire et financière**

La vente de produits bancaires et financiers par démarchage et la prestation d'un service de conseil en investissements sont deux activités de nature différente qui font l'objet de réglementations distinctes. Pourtant, dans les faits, la vente de tels produits peut être précédée de la fourniture d'un service de conseil en investissement par un conseiller indépendant soumis au statut de conseiller en investissements financiers ; de même, lorsque le conseil est exercé en tant qu'activité principale – par un PSI ou par un CIF –, il n'est pas rare que la recommandation personnalisée se concrétise par une allocation d'actifs. Dans ce processus de vente, le conseiller peut se muer en démarcheur, mais il doit alors respecter le régime du démarchage bancaire et financier.

Le législateur a organisé un parallélisme entre ce régime et ce statut dans la loi de « sécurité financière ». Pour le démarchage, cette loi a mis en place un nouveau régime global ; pour les conseillers financiers indépendants, elle a créé une nouvelle profession réglementée. Depuis la LSF, des textes législatifs et réglementaires sont venus compléter les dispositions du Code monétaire et financier. Tel a été le cas lors de la transposition de la directive MIF et, récemment, la loi de régulation bancaire et financière a impacté de façon conséquente le régime du démarchage et le statut de CIF.

L'auteur donne, sous un angle analytique et didactique, une présentation de l'ensemble du dispositif. Il met en évidence les points qui font débat, les enjeux juridiques qui y sont attachés et apporte des pistes de réflexion et des clarifications qui prennent en compte les aspects opérationnels.



**DÉMARCHAGE BANCAIRE ET FINANCIER ET
CONSEILLERS EN INVESTISSEMENTS FINANCIERS (CIF)
ASPECTS JURIDIQUES ET PRATIQUES**

PHILIPPE ARESTAN
384 pages, 58 euros

Philippe Arestan est *Senior legal counsel* et *Executive Director, Legal & Regulatory Watch* au sein de la Direction juridique de Crédit Agricole Corporate & Investment Bank.

Commander cet ouvrage sur Internet :
revuebanquelibrairie.com

