

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Droit des groupements : suites de la loi "Sapin 2"

D. n°2017-630 du 25 avril 2017 ; Ord. n°2017-747 du 4 mai 2017 ;
Ord. n°2017-1162 du 12 juillet 2017 ; D. n°2017-1174 du 18 juillet
2017 ; Ord. n°2017-1180 du 19 juillet 2017 ; D. n°2017-1265 du 9
août 2017

Claire Serlooten
Maitre de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Centre de droit des affaires

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

II - Droit des groupements : suites de la loi "Sapin 2".

D. n°2017-630 du 25 avril 2017 ; Ord. n°2017-747 du 4 mai 2017 ; Ord. n°2017-1162 du 12 juillet 2017 ; D. n°2017-1174 du 18 juillet 2017 ; Ord. n°2017-1180 du 19 juillet 2017 ; D. n°2017-1265 du 9 août 2017.

Commentaire par Claire Serlooten

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 économique¹, dite « Sapin 2 », comporte plusieurs mesures intéressant le droit des sociétés². Réparties dans des titres différents assez généraux³ et au milieu de dispositions très diverses (trop peut-être)⁴, elles ont pourtant pour objectif de clarifier et simplifier des règles relatives aux entreprises⁵. La croissance des entreprises françaises et l'attractivité de la France elle-même s'en trouveraient renforcées.

Les décrets d'application et les ordonnances parus depuis poursuivent, selon leurs auteurs, les mêmes objectifs. Ces textes permettent la mise en œuvre de plusieurs dispositions suspendues jusqu'alors.

Il faut citer ici le décret n°2017-630 du 25 avril 2017 relatif à la simplification du droit des sociétés et au statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée⁶, 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 sociétés⁷, l'ordonnance n°2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés⁸ et son décret d'application du 18 juillet⁹, enfin l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises¹⁰ et son décret d'application du 9 août¹¹.

¹ Journal officiel du 10 décembre 2016, texte n° 2.

² D'autres mesures intéressent plutôt les personnes physiques dans leur vie professionnelle comme celles relatives au statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (art. 128 et 130) ou la suppression de la solidarité entre le locataire-gérant et le louer envers les créanciers dans les six mois de la publication de l'acte de location-gérance (art. 144 I 1°).

Pour un commentaire de cette loi, V. RJ Com. n°3/2017, p.2 et s., comm. M.-H. MONSERIE-BON et C.-M. BENARD. Aussi, JCP E 2017, 1048, M. ROUSSILLE.

³ Principalement le titre VII intitulé « De l'amélioration du parcours de croissance pour les entreprises » pour les articles 141 et 144 notamment, mais, aussi, le titre VIII intitulé « Dispositions de modernisation de la vie économique et financière » pour l'article 161.

⁴ Par exemple, l'article 146 qui supprime la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif en cas de simple négligence dans la gestion de la société est suivi de l'article 147 consacré à l'accréditation des laboratoires de biologie médicale.

⁵ V. Exposé des motifs de la loi dans le dossier législatif.

⁶ Journal officiel du 27 avril 2017, texte n°21.

⁷ Journal officiel du 5 mai 2017, texte n°89.

⁸ Journal officiel du 13 juillet 2017, texte n°17.

⁹ D. n°2017-1174 du 18 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés : Journal officiel du 19 juillet 2017, texte n°14. Celui-ci n'opère que des changements formels de numération d'articles dans la partie réglementaire pour les mettre en conformité avec les changements intervenus dans la loi. Nous ne ferons pas de développement supplémentaire sur ce texte.

¹⁰ Journal officiel du 21 juillet 2017, texte n°13.

¹¹ D. n°2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance no 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises : Journal officiel du 11 août 2017, texte n°25.

Pour présenter leur contenu, une approche selon l'objectif affiché par le législateur a été privilégiée afin de vérifier si les nouvelles dispositions garantissent de le remplir. Dès lors, deux finalités principales ont été retenues : la simplification, d'une part, et la transparence, d'autre part.

A. Les mesures de simplification

Ces mesures peuvent être classées en fonction du type de société qu'elles affectent : la SARL et la SAS puis la SA.

1° La SARL et la SAS

L'ordonnance du 4 mai 2017 a renforcé, tout d'abord, en suivant son intitulé, la participation des associés (et non pas seulement des actionnaires comme indiqué) dans la vie de la SARL. Elle offre à un ou plusieurs associés détenant le vingtième des parts sociales (soit 5%) le droit de faire inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée des points ou projets de résolution¹². Cette fraction est conforme à ce qui était évoqué dans l'exposé des motifs et l'étude d'impacts. Elle s'accorde avec celle prévue dans la réglementation des SA.

Cette nouvelle faculté était déjà interprétée, après la loi du 9 décembre 2016, comme étant une opportunité pour les associés minoritaires d'avoir une influence plus importante face à un gérant majoritaire, comme c'est souvent le cas dans ces entreprises. Cela se confirme. La simplification provient du fait que les associés n'auront plus besoin de recourir au moyen détourné de la convocation de l'assemblée¹³ ou de la démonstration d'un lien suffisant avec une autre question inscrite¹⁴ pour avoir une emprise sur l'ordre du jour.

Signalons qu'il manque toujours le décret d'application qui fixera les modalités du dépôt. Celles-ci pourraient être alignées logiquement sur celles qui s'appliquent dans la SA.

Ensuite, le décret du 25 avril 2017 crée l'article D. 227-3 et fixe à 30 000 euros le montant maximum d'un apport en nature effectué à une SAS qui peut être dispensé, avec l'accord unanime des associés, de l'intervention du commissaire aux apports pour son évaluation.

Ce seuil n'est pas une surprise car c'était déjà celui qui s'appliquait pour les SARL et qui avait été étendu aux SAS par la loi Sapin 2. Ce qui est plus surprenant, en revanche, c'est que le décret n'a pas permis d'élargir le champ d'application d'une telle possibilité de dispense. La loi du 9 décembre 2016 avait accordé aux apports lors d'une augmentation de capital dans la SARL le même traitement que les apports lors de la constitution de la société. Par ailleurs, la SAS bénéficiait de la même mesure lors de la constitution de la société. La référence toujours présente dans la rédaction de cette disposition¹⁵ à l'article L. 225-14 du Code de

¹² Art. L. 223-27 nouveau.

¹³ Les associés pouvaient fixer l'ordre du jour s'ils étaient responsables de la convocation de l'assemblée. Cela n'est envisageable directement que s'ils détiennent la moitié des parts sociales ou s'ils détiennent le dixième des parts sociales et représentent au moins le dixième des associés (art. L. 223-27 al.4 du Code de commerce). Ensuite, si le gérant ne remplit pas son obligation de réunion, ils peuvent contacter le commissaire aux comptes, s'il en existe un, pour lui demander de convoquer l'assemblée et donc lui « souffler » l'ordre du jour (art. L. 223-27 al.2). Dans le même ordre d'idée, après défaut du gérant, les associés peuvent demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de réunir l'assemblée (L. 223-27 al.7). Ils peuvent espérer, dans ce dernier cas, qu'il suivra leurs recommandations.

¹⁴ Selon la jurisprudence, il n'est pas impératif de préciser des points qui résultent nécessairement des résolutions figurant à l'ordre du jour. Par exemple, un ordre du jour consacré à la dissolution anticipée de la société peut permettre de traiter aussi la nomination du liquidateur et la décision de conférer à ce dernier tout pouvoir pour accomplir les formalités de liquidation (Cass. com., 25 avr. 1989, n° 87-15208). Exemple récent : Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-19.472).

¹⁵ Dans l'article L. 227-1 al. 5 nouveau.

commerce relatif au régime de la constitution de la SA empêche, par conséquent, de considérer que cette dispense pourra pareillement jouer dans la SAS lors d'une augmentation de capital.

Le décret aurait pu rectifier cette maladresse, ce qui n'a pas été réalisé. Il semble alors que le rapprochement de la SAS et de la SARL soit encore timide. La SAS demeure largement influencée, comme le veut le législateur, par la SA.

De plus, l'ordonnance du 12 juillet 2017 modifie, comme annoncé à l'article 141 de la loi du 9 décembre 2016, l'article L. 227-10 du Code de commerce afin de restreindre le champ d'application de la procédure des conventions réglementées dans les SASU. Les conventions passées entre l'associé unique et la société ou, si cet associé est une société, la société la contrôlant et la SAS, feront uniquement l'objet d'une mention au registre des décisions.

Cette mesure devrait, selon les objectifs affichés, faciliter la participation des actionnaires au sein de la société. En pratique, si la procédure est simplifiée, l'actionnaire ou la société contrôlant l'actionnaire personne morale de la SAS hésiteront moins à s'engager auprès d'elle, notamment pour lui apporter un soutien économique ou financier.

Surtout, il faut rappeler que cette mesure n'est qu'une mise en cohérence de la législation. La réduction du champ d'application intervenue précédemment avait pour objet d'exclure les conventions conclues entre la société anonyme et une filiale à 100%¹⁶. Or, cela revient à considérer que la filiale n'a bien, le plus souvent¹⁷, qu'un seul associé. Celui-ci peut être une EURL ou une SASU. Le régime de l'EURL aménage déjà le traitement de ces conventions grâce aux articles L. 223-19 et R. 223-26 al. 2 du Code de commerce. Le rapprochement opéré par la loi du 9 décembre 2016 entre la SARL et la SAS nécessitait d'être opéré à ce propos étant donné que la législation sur la SAS ne contenait une telle mesure qu'en matière de conventions passées entre la société et son dirigeant¹⁸.

Enfin, il faut signaler une mesure de l'ordonnance du 12 juillet 2017 qui va certainement simplifier la prise de décision dans la SAS, même s'il ne s'agit pas d'une décision prise quotidiennement mais, plutôt, d'une décision singulière. Les clauses d'agrément éventuellement prévues dans les statuts pour la cession des actions¹⁹ ne pouvaient être adoptées ou modifiées qu'avec l'accord unanime des associés selon l'article L. 227-19 al. 2 du Code de commerce. Désormais, les conditions de cette adoption et de cette modification pourront être librement fixées par les statuts. Une nouvelle fois, la confiance dans la liberté statutaire est très marquée dans ce type de sociétés qui représentent la très grande majorité des créations actuelles. Il semble que cette liberté soit ici favorisée dans le but d'augmenter la circulation des actions de la SAS et, avec, l'attractivité du système français.

¹⁶ Il faut rappeler que la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (Journal officiel du 23 mars 2012, texte n° 1) dite « loi WARSMANN » a fait échapper à la procédure des conventions réglementées les conventions entre une société mère et sa filiale détenue à 100%, directement ou indirectement. Cette mesure n'a été effective que grâce à l'article 6 de l'ordonnance n°2014-863 (Journal officiel du 2 août 2014, texte n°11) elle-même intervenue à la suite de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises (Journal officiel du 3 janvier 2014, texte n° 1).

¹⁷ Dans la rédaction de l'article L. 225-39 du Code de commerce, il a été choisi d'apporter une nuance à cette exigence de 100% en suivant les recommandations de l'AMF. Il a été prévu que le calcul de cette condition de détention de la totalité du capital de la filiale pourrait se faire en tenant compte de la nécessité, pour certaines formes de sociétés, de compter plusieurs associés. Ainsi, pour une filiale détenue à 98 ou 99% la dispense pourrait d'appliquer.

¹⁸ Art. L. 227-10 al. 4 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 9 décembre 2016.

¹⁹ Art. L. 227-14 du Code de commerce.

Plusieurs mesures intéressant la SA peuvent aussi être regardées comme simplifiant la vie dans ce type de société.

2° La SA

Il faut s'attarder sur trois textes que nous étudierons de manière chronologique, à commencer par le décret du 25 avril 2017.

a) Les apports du décret du 25 avril 2017

Celui-ci vient, premièrement, modifier les articles R. 225-30 et R. 225-57 du Code de commerce²⁰ pour préciser que seules sont soumises à l'information du commissaire aux comptes les conventions passées entre un dirigeant ou un actionnaire avec la société anonyme, autorisées préalablement par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et effectivement conclues. Ceci est déjà sous-entendu par la rédaction des articles R. 225-30 et R. 225-57 lorsqu'il est précisé (et le sera toujours), à l'alinéa 1, que l'information doit intervenir « dans le délai d'un mois à compter de la conclusion de ces conventions et engagements ». L'avantage en ce cas est de clarifier la situation et de limiter le nombre d'informations transmises au commissaire aux comptes. Cela allègera et simplifiera d'autant les mentions de son propre rapport qu'il présente à l'assemblée.

Deuxièmement, il vient modifier l'article R. 225-12 du Code de commerce pour le mettre en conformité avec l'article L. 225-11 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 9 décembre 2016. Est donc complètement adoptée la possibilité de se faire restituer les fonds souscrits à la création d'une société anonyme constituée avec offre au public qui ne verra pas le jour par l'intermédiaire d'un représentant de l'ensemble des souscripteurs. L'autorisation du Président du tribunal de commerce n'est plus absolument nécessaire pour nommer un tel mandataire. Le régime de la SA se rapproche ici de celui de la SARL à l'image de ce qui est déjà constaté pour la SAS dans plusieurs dispositions de la loi Sapin 2.

En effet, la nomination directe de ce mandataire est déjà autorisée par l'article L. 223-8 al. 2 s'il représente tous les apporteurs. Cette mesure visant à faciliter et simplifier la constitution de sociétés ne suffira peut-être pas à augmenter le nombre de création de SA²¹.

Il abroge, troisièmement, l'article R. 225-54 du Code de commerce qui imposait une autorisation du conseil de surveillance pour que le directory procède à la cession d'immeubles par nature, de participations et que pour la constitution de sûretés dans les SA dualistes. Ainsi, est complété l'article L. 226-68 du Code de commerce nouveau, ce qui a pour conséquence de rapprocher le conseil d'administration et le conseil de surveillance en gommant leurs distinctions. Si cela semble être le bienvenu pour assurer une certaine cohérence du régime global de la SA et sa simplification, la palette des types de gouvernance offerte par le droit français s'en trouve réduite.

Les statuts peuvent toutefois encore imposer la nécessité d'une telle autorisation. De la sorte, le champ laissé à la liberté statutaire placerait le régime de la SA sous l'influence de celui de la SAS alors qu'en principe cela est l'inverse²².

²⁰ Cela intervient à la suite de la modification des articles L. 225-40 et L. 225-88 par la loi du 19 décembre 2016.

²¹ Selon les statistiques de l'INSEE (v. Insee première, n°1631, 24 janv. 2017, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2562977>) en 2016, les SA représentent moins de 4% des créations. Elles sont incluses dans une catégorie globales intitulée « autres sociétés » alors que les SAS représentent 56% des sociétés créées et les SARL 40%.

Par la suite, l'ordonnance du 4 mai 2017, opère une simplification grâce à l'intégration, dans la législation, de pratiques techniques maîtrisées.

b) Les apports de l'ordonnance du 4 mai 2017

Elle permet, en modifiant l'article L. 225-103-1 du Code de commerce, dans les SA dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, de prévoir dans les statuts que les assemblées ordinaires et extraordinaires seront tenues exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires. Si cette mesure est programmée dans la loi du 9 décembre 2016 pour « encourager le recours aux technologies numériques dans le fonctionnement des organes sociaux »²³, elle est le signe d'une étape supplémentaire à souligner dans la modernisation de la vie des sociétés.

La loi NRE²⁴ avait introduit la visioconférence comme nouveau moyen de participation et de vote à un conseil d'administration ou un conseil de surveillance. Le législateur a, par la suite, au moyen de la loi du 26 juillet 2005²⁵, assoupli la tenue des réunions de ces conseils par l'introduction de moyens de télécommunication²⁶. Seuls les conseils consacrés à l'arrêté des comptes annuels, des comptes consolidés le cas échéant et ceux consacrés à l'établissement du rapport de gestion sont exclus du champ d'utilisation de tels moyens²⁷. Le recours à ces systèmes doit être prévu par le règlement intérieur de la société et les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue par visioconférence ou par un moyen de télécommunication. Ils peuvent, en outre, prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance.

En ce qui concerne les assemblées d'actionnaires, il est déjà possible, depuis 2001, dans les SA²⁸ de considérer que les associés participent aux débats et au vote par le même type de système²⁹. Néanmoins, la confiance dans les nouvelles technologies, pourtant utile au

²² L'article L. 227-1 al. 3 du Code de commerce indique, en effet, que « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières (de la SAS), les règles concernant les sociétés anonymes (...) sont applicables à la société par actions simplifiée ».

²³ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 141 1°.

²⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : Journal officiel du 16 mai 2001, p. 7776

²⁵ Loi n° 2005-842 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises : Journal officiel du 27 Juillet 2005, texte n°5.

²⁶ Le terme « télécommunication » a été préféré au terme « télétransmission » évoqué lors des débats parlementaires car il permettrait d'être moins dépendant de l'évolution des technologies.

²⁷ L. 225-37 du Code de commerce pour les membres du conseil d'administration ; L. 225-82 pour les membres du conseil de surveillance.

²⁸ L. 225-107 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'article n°115 de la loi NRE (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : Journal officiel du 16 mai 2001, p. 7776). Il faut noter que l'adoption d'une mesure identique dans la SARL a été plus tardive. L'article L. 223-27 du Code de commerce n'a été modifiée que par l'article n°56 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : Journal officiel du 5 août 2008, texte n°1. Il a fallu attendre le décret n° 2009-234 du 25 février 2009 portant diverses mesures destinées à simplifier le fonctionnement de certaines formes de société et pris en application des articles 56 et 59 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (Journal officiel du 27 février 2009 texte n° 26) pour que cette possibilité soit effective.

²⁹ La même restriction du champ d'application de l'autorisation que pour les conseils de SA s'appliquent à la tenue des assemblées d'associés dans la SARL : la tenue par visioconférence ou moyen de télécommunication ne peut pas avoir lieu pour les réunions concernant le vote des comptes annuels, les comptes consolidés et le rapport de gestion. Une telle restriction n'est pas prévue dans l'article L. 225-107 du Code pour les assemblées dans les SA.

fonctionnement de la société, demeurerait limitée. Il faut, en réalité, rappeler que le règlement impose que les moyens de visioconférence ou de télécommunication transmettent au moins la voix des participants et satisfassent à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations³⁰. De plus, les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication doivent aménager un site exclusivement consacré à ces fins³¹. Il a fallu attendre le décret d'application du 11 décembre 2006³² et les modifications de statuts pour rendre ces dispositions effectives.

En pratique, ces éléments ne représentent plus de fortes contraintes techniques. Etait donc parfaitement concevable une tenue dématérialisée des assemblées à l'image de ce qui est autorisé pour les conseils. L'ordonnance veille bien à prévoir des règles d'encadrement à la liberté statutaire, comme il l'avait fait en matière de tenue des conseils. Pour chaque assemblée générale, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social pourront s'opposer à ce qu'il soit recouru exclusivement aux nouvelles modalités de participation à l'assemblée. Le droit d'opposition n'est ici plus subordonné à une clause des statuts mais existe d'ores et déjà. C'est une sécurité pour les actionnaires. Le règlement intérieur n'aura pas à confirmer l'impulsion statutaire.

Cette mesure ne pourra, cependant, être effective qu'après l'adoption d'un décret d'application qui n'est pas encore intervenu. Un renvoi aux dispositions déjà existantes en matière de conseils aurait pu suffire mais, la confiance du gouvernement dans les nouvelles technologies demeure bien, pour l'instant, limitée. C'est regrettable à l'heure où la technologie de la blockchain vient bousculer le fonctionnement des sociétés pour les pousser à s'adapter à des systèmes complètement décentralisés de communication, beaucoup plus complexes que les systèmes considérés jusqu'alors.

Cela est d'autant plus regrettable que le renforcement du recours aux procédés dématérialisés était mis en avant dans la loi du 9 décembre 2016 pour le dépôt des comptes annuels. L'article 136 prévoyait que, par ordonnance, il serait prévu, dans un délai de deux ans le dépôt des comptes annuels en annexe au registre du commerce et des sociétés « sous une forme dématérialisée automatiquement exploitable par un traitement informatique ».

Ces comptes peuvent déjà être transmis en version numérisée par voie électronique depuis le 1^{er} juillet 2009³³. Nous comprenons que la mesure envisagée va plus loin dans la démarche de modernisation de l'accomplissement de cette formalité afin d'en faciliter la réalisation et augmenter le nombre de dépôts. Malgré cela, le gouvernement n'a pas suivi le mouvement du législateur puisque cette possibilité n'a pas été intégrée à l'ordonnance du 12 juillet 2017 qui reprend pourtant les autres mesures contenues dans l'article 136 de la loi du 9 décembre 2016.

Néanmoins, cette ordonnance du 12 juillet 2017 apporte aussi sa contribution au mouvement de simplification.

c) Les apports de l'ordonnance du 12 juillet 2017

³⁰ Art. R. 225-97 du Code de commerce.

³¹ Art. R. 225-61 du Code de commerce.

³² Décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales : Journal officiel du 12 déc. 2006, texte n°17.

³³ Les comptes annuels peuvent être déposés en ligne sur infogreffe.fr.

Ces apports proviennent de l'incorporation de trois mesures relatives aux deux principaux rapports qui doivent être établis par les organes dirigeants dans la SA, que nous détaillerons juste après dans le paragraphe B.

Sur le plan formel, il faut remarquer que le rapport sur le gouvernement d'entreprise peut représenter une section du rapport de gestion pour ne former qu'un ensemble unique³⁴.

Dans le même sens, il est admis que, pour les groupes de sociétés c'est-à-dire les sociétés qui établissent des comptes consolidés, le rapport de gestion du groupe et de l'une de ses filiales soit le même. L'avantage est que cette précision est directement intégrée dans la disposition relative au rapport de gestion et ne fait aucun doute. Antérieurement un article spécifique du Code, l'article L. 225-100-2, concernait le rapport du groupe qui devait alors être distinct du rapport de la filiale.

Sur le fond, pour les petites entreprises définies selon l'article L. 123-16 du Code de commerce, le rapport de gestion est allégé et donc simplifié conformément au compte rendu du conseil des ministres du 12 juillet 2017³⁵. Il est polarisé sur la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, et les événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi. Les informations relatives aux succursales et aux activités de recherche et développement sont raisonnablement retirées du rapport car rarement existantes pour ce type de société. De même que sont retirées les indicateurs clés de performance de nature financière et de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société de l'article L. 225-100-1 2°, source de complexité dans cette taille de structure.

On le comprend, les textes intervenus depuis la loi Sapin 2 sont venus consolider l'objectif de simplification. Il convient, maintenant, de vérifier s'ils ont aussi consolidé l'objectif de transparence issu de la loi.

B. Les mesures de transparence

L'ordonnance du 12 juillet 2017, complétée par une disposition de l'ordonnance du 19 juillet 2017 et celles de son décret d'application, met en œuvre les prévisions de l'article 136 de la loi du 9 décembre 2016 en « réorganisant et modernisant (...) tout ou partie des informations du rapport prévu aux articles L. 225-37, L. 225-68 et L. 226-10-1 (...) et du rapport prévu notamment aux articles L. 225-100, L. 225-100-1, L. 225-100-2, L. 225-100-3, L. 225-102 et L. 225-102-1 (...) dans des conditions qui préservent les missions du commissaire aux comptes (...) ». Afin d'assurer toujours plus de transparence, elle clarifie les obligations d'information prévues par le Code de commerce à la charge des SA.

Les deux ordonnances et leurs décrets d'application reviennent sur le contenu et les modalités de présentation du rapport de gestion et du rapport joint à celui-ci pour certaines sociétés.

Le premier rapport porte maintenant dans la loi le nom donné par les praticiens. Il ne s'agit plus seulement du rapport du conseil d'administration ou du directoire³⁶, mais d'un rapport identifié : « le rapport de gestion ». Le second rapport porte également maintenant un nom, celui de « rapport sur le gouvernement d'entreprise ». Si ce terme n'est pas inconnu de la

³⁴ Art. L. 225-37 al. 6 nouveau.

³⁵ V. <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-12/diverses-mesures-de-simplification-et-de-clarification-des-o>.

³⁶ Dans l'article L. 225-100 al. 2 ancien il était disposé que le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée son rapport, sans autre précision.

législation commerciale³⁷, il est ici plus clairement mis en avant, ce qui est cohérent avec la volonté du législateur d'accentuer la participation des associés dans la vie de l'entreprise³⁸.

La mesure phare de la loi Sapin 2 est celle qui attribue à l'assemblée des actionnaires des sociétés cotées le pouvoir d'autoriser tous les ans les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération de leurs dirigeants. Or, pour pouvoir mettre en œuvre cette attribution dans des conditions satisfaisantes, il est opportun de disposer de nombreuses informations contenues dans les rapports précédents.

Pour cela, une réorganisation des dispositions législatives relatives aux différents rapports a été avantageusement opérée, en commençant, en premier lieu, par celles afférentes au rapport sur le gouvernement d'entreprise.

1° Le rapport sur le gouvernement d'entreprise

Au sein de ce rapport, il est opportun de distinguer des autres informations les informations d'ordre financier qu'il doit contenir.

a) Les informations financières

Avant l'ordonnance du 12 juillet 2017, l'article L. 225-37 du Code de commerce indiquait, en plus de l'obligation faite au conseil d'administration de rédiger un rapport joint au rapport de gestion, de nombreux éléments de son contenu. Aujourd'hui, il ne figure plus, dans cet article, que l'édition de l'obligation d'établir un tel rapport. Le contenu est renvoyé aux articles suivants, nouvellement créés³⁹.

L'article L. 225-37-3 commence par reprendre les éléments relatifs à la rémunération des mandataires sociaux qui apparaissaient à l'article L. 225-102-1 ancien. Il opère de ce fait un transfert des données du rapport de gestion au rapport sur le gouvernement d'entreprise pour plus de logique. Le rapport de gestion, nous le verrons, sera concentré vraiment sur les informations intéressant la marche des affaires de la société.

Ainsi, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, tous les éléments de la rémunération des mandataires sociaux doivent être fournis. Aucune modification particulière n'a été réalisée.

Le droit de demander la communication de ces informations grâce à une astreinte est maintenu⁴⁰. Seul le terme de « rente » disparaît au profit du terme de « sommes », sans doute plus juste.

³⁷ Il apparaît depuis qu'une information doit être donnée sur l'application ou non d'un Code de gouvernement d'entreprise dans les sociétés anonymes dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé. C'est la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (Journal officiel du 4 juillet 2008, texte n°1) qui a permis cette introduction sous l'influence de la réglementation européenne.

³⁸ Malgré l'absence de définition précise de cette notion ou concept (la gouvernance d'entreprise est, elle, définie dans la norme ISO 2600 en des termes très généraux), il est possible de retenir que c'est « l'ensemble des règles qui régissent la manière dont les entreprises sont contrôlées et dirigées » selon le site du ministère de l'économie (<https://www.economie.gouv.fr/facileco/gouvernement-ou-gouvernance-dentreprise>). Il répartit les droits et les obligations des différents intervenants au sein de l'entreprise, tels que les actionnaires ou les dirigeants, et pose les règles et les procédures de prise de décision.

³⁹ L. 225-37-3 à L. 225-37-5 du Code de commerce.

⁴⁰ Par la référence aux deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 du Code de commerce.

La même remarque de continuité peut s'appliquer en matière d'informations non financières contenues dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise.

b) Les autres informations

- L'article L. 225-37-4, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 juillet 2017, reprend, lui, non seulement des informations venant, avant la réforme, du rapport de gestion selon l'article L. 225-102-1 du Code mais, aussi, des informations présentes à l'article L. 225-37 dans sa rédaction antérieure.

Dans le premier cas, il est utile de citer le tableau des délégations en cours de validité accordées par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration dans le domaine des augmentations de capital. Il figurait dans le rapport de gestion (art. L. 225-100 al. 7) et a été transféré dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise (art. L. 225-37-4 3°).

Dans le second cas, peuvent être nommées les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général⁴¹ ou le choix fait de l'une des deux modalités d'exercice de la direction générale prévues dans le Code⁴².

Il faut mentionner que le 6° du nouvel article L. 225-37-5 a été réécrit par l'ordonnance du 19 juillet. Une information doit être donnée sur l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du conseil dans certains cas. La dernière ordonnance a élargi l'information devant être donnée. Celle-ci aura pour objet d'exposer la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications et l'expérience professionnelle. Il est, de plus, imposé, de s'expliquer si la société n'applique pas une telle politique. La règle anglo-saxonne du « *complain or explain* » trouve ici une nouvelle illustration dans notre législation. Heureusement, le champ d'application restreint à certaines grandes entreprises est indiqué. Le décret du 9 août 2017 soumet à cette obligation seulement les sociétés qui dépassent deux des trois seuils suivants : un total de bilan de 20 millions d'euros, un chiffre d'affaires net de 40 millions d'euros, un nombre moyen de salariés permanents de 250. Ces seuils sont identiques à ceux de la définition des moyennes entreprises selon la directive comptable du 26 juin 2013⁴³. Il est intéressant de constater que les seuils de cette directive avaient été transposés en droit français uniquement pour les micro et les petites entreprises⁴⁴. Indirectement, la transposition pour les moyennes entreprises se produit dans ces conditions.

Si ces informations sont absentes du rapport, le droit de demander une communication sous astreinte est accordé à toute personne intéressée.

- L'article L. 225-37-5 nouveau complète la liste des informations du rapport sur le gouvernement d'entreprise en reprenant les informations de l'article L. 225-100-3.

Pour les sociétés cotées, le rapport doit contenir des éléments supplémentaires lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique, étant nouvellement précisé qu'il s'agit d'une offre d'achat ou d'échange. Par exemple, doivent être apportées des informations

⁴¹ Art. L. 225-37-4 7°.

⁴² Art. L. 225-37-4 4°.

⁴³ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁴⁴ Décret n° 2014-136 du 17 février 2014 fixant les seuils prévus aux articles L. 123-16 et L. 123-16-1 du Code de commerce : Journal officiel du 19 février 2014, texte n°8.

sur la structure du capital de la société⁴⁵ et/ou les accords entre actionnaires dont la société a connaissance et qui peuvent entraîner des restrictions au transfert d'actions et à l'exercice des droits de vote⁴⁶.

Le seul élément à relever est la disparition, sans raison, dans le 8° du terme de directoire à propos des pouvoirs dans l'émission ou le rachat d'actions. Aucune autre modification particulière n'a été réalisée.

En revanche, de récentes modifications sont intervenues à propos du rapport de gestion.

2° Le rapport de gestion

Au sein de ce rapport, il est également opportun de distinguer les informations d'ordre financier des autres informations.

a) Les informations financières

L'aspect primordial de l'ordonnance du 12 juillet 2017 en ce qui concerne le rapport de gestion est de le recentrer sur les informations, en général financières, qui ont trait à la marche quotidienne de la société et par conséquent à son exacte gestion. L'exemple peut être donné de « l'analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires » que l'on retrouve à l'article L. 225-100-1 1°.

Comme pour le rapport sur le gouvernement d'entreprise, l'article L. 225-100 ne pose plus que l'obligation d'établir un tel rapport et les nouveaux articles suivants en fixent le contenu.

Par suite, l'article L. 225-100-1 nouveau a été rédigé, d'une part, au moyen de la reprise de dispositions qui devaient figurer dans le rapport joint au rapport de gestion et, d'autre part, en reprenant les informations figurant dans l'ancien article L. 225-100 qui n'ont pas été transférées dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise.

Dans le premier cas, il faut évoquer les dispositions concernant les risques encourus par la société et la gestion de ceux-ci de l'article L. 225-37 ancien qui sont maintenant clairement intégrés dans le rapport de gestion à l'article L. 225-100-1 5° pour se mettre en conformité avec la directive comptable du 26 juin 2013⁴⁷. L'information qui figurait précédemment dans le rapport joint au rapport du conseil a pour objet les principales caractéristiques des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière.

Dans le second cas, il incombe de rappeler que les indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique doivent toujours être communiquées par les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Il est, à présent, indispensable d'aborder les informations extra-financières incluses dans le rapport de gestion.

⁴⁵ Art. L. 225-37-5 1° nouveau.

⁴⁶ Art. L. 225-37-5 6° nouveau.

⁴⁷ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

b) Les informations extra-financières

L'ordonnance du 19 juillet et son décret d'application du 9 août 2017 opèrent la transposition de la directive de 2014 relative aux informations extra-financières que doivent fournir certaines entreprises⁴⁸. Au terme de cette transposition, la déclaration de performance extra-financière, qui remplace le rapport de responsabilité sociale des entreprises (RSE), devra être insérée dans le rapport de gestion.

Le décret du 9 août fixe, en priorité, le champ d'application de la déclaration en fonction des types sociétés, cotées ou non. Les seuils relatifs aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé sont identiques à ceux de la législation précédente. Ils résultent du décret du 24 avril 2012⁴⁹, décret d'application de la loi « Grenelle 2 »⁵⁰. Ils sont fixés à 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Seules les grandes entreprises seront concernées.

Les sociétés cotées, antérieurement toutes soumises à l'obligation de déclaration, bénéficient aujourd'hui d'une dispense si elles ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : 20 millions d'euros pour le total du bilan, 40 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Ces seuils sont plus modestes, mais ils permettent, pour autant, de ne soumettre que les grandes entreprises ou groupes d'entreprises si l'on se réfère aux seuils du Code de commerce⁵¹. Vu la complexité des informations à fournir, il ne faudrait pas trop freiner l'activité des sociétés par cette obligation annuelle. Cet effet est moins à craindre auprès de celles dont la taille assure une certaine organisation interne.

Les informations à fournir sont, à première vue, sensiblement les mêmes que celles que l'on trouvait déjà à l'article L. 225-102-1 al. 5 du Code de commerce.

L'article L. 102-1 nouveau, depuis l'ordonnance du 19 juillet, ajoute seulement pour les sociétés cotées soumises à cette obligation de relever « les effets de (leur) activité quant au respect des droits de l'homme »⁵².

Le changement le plus notable, suite au décret, est que la déclaration doit contenir actuellement plus d'informations qu'auparavant pour les sociétés non cotées. Par exemple, elles étaient exemptes d'apporter des informations sur l'absentéisme dans l'organisation du travail ou sur leur adaptation aux conséquences du changement climatique. désormais, ce n'est plus le cas.

Cependant, il est prévu que cette déclaration puisse renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4 pour ne pas alourdir le rapport de gestion. Il est aussi prévu qu'une seule déclaration puisse être effectuée dans un groupe de sociétés⁵³.

⁴⁸ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

⁴⁹ Décret n°2012-557 du 24 avril 2012 : Journal officiel du 26 avril 2012, texte n°18.

⁵⁰ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement : Journal officiel du 13 juillet 2010, texte n°1.

⁵¹ Art. R. 233-16 du Code de commerce.

⁵² Art. L. 225-1 III nouveau.

⁵³ L. 225-102-1 IV nouveau.

Au regard des dernières dispositions, il n'est pas certain que l'objectif initial de clarification et de simplification de la loi du 9 décembre 2016 puisse être rempli.

De surcroît, ces mesures, tout à fait louables au demeurant, vont nourrir la culture actuelle d'une transparence croissante voire sans limite dans la vie des acteurs de notre société. Ce qui est dommageable, c'est que le gouvernement a pris des ordonnances pour mettre la législation actuelle en conformité avec la réglementation européenne sur certains points sans adopter cette démarche au fond.

Dans la loi du 9 décembre 2016, des mesures destinées à assurer le secret des affaires devaient permettre d'apporter une contrepartie équilibrée au renforcement de la communication des données privées des entreprises. Principalement, la protection des lanceurs d'alerte introduite dans la loi⁵⁴ devait s'accompagner de la mise en place d'un dispositif qui protégeait aussi les intérêts des entreprises.

Toutefois, ces dispositions, dont le contenu a donné lieu à de nombreuses discussions, n'ont pas finalement été intégrées dans la législation. L'Europe vient heureusement combler cette lacune grâce à l'adoption d'une directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Les États membres doivent procéder à la transposition de cette directive au plus tard le 9 juin 2018.

Il reste à espérer que l'efficacité du gouvernement à user de la technique des ordonnances sera appliquée de la même manière pour entreprendre les changements impératifs en marche...

⁵⁴ Art. 6 à 16 de 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. Il faut signaler que l'article 14 a été déclaré non conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.