



REVUE DE JURISPRUDENCE DE DROIT DES AFFAIRES

4/13

Avril 2013

289 376

L'ordre du jour, talon d'Achille des augmentations de capital réservées ?

Editions Francis Lefebvre

Etudes et doctrine

CHRONIQUE

L'ordre du jour, talon d'Achille des augmentations de capital réservées ?

CHRISTOPHE VANNOOTE, avocat associé, et CHARLOTTE RIBERPREY, avocat, cabinet PDGB

Cass. com. 25 septembre 2012 n° 11-17.256 (n° 899 F-PB), Sté Lioser c/ Sté ITM région parisienne F : RJDA 12/12 n° 1088

1. Le sujet des augmentations de capital bénéficiant aux salariés défraie à nouveau la chronique après avoir déjà fait couler beaucoup d'encre à la suite de l'entrée en vigueur de la loi sur l'épargne salariale en 2001...

Pour rappel, depuis cette loi, il existe une **obligation de présenter aux actionnaires**, soit de manière régulière, soit à l'occasion de toute augmentation de capital en numéraire, une **augmentation de capital complémentaire bénéficiant aux salariés et dirigeants adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE)**.

A l'époque, nombreux ont été les commentaires, notamment sur les incidences de cette loi sur les opérations de renforcement des fonds propres des sociétés : ces dispositions devaient-elles s'appliquer aux holdings sans personnel ? Aux sociétés n'ayant pas mis en place de PEE ? Aux augmentations de capital résultant de l'exercice de valeurs mobilières donnant accès au capital ? Etc.

La pratique s'était accommodée de ce nouveau dispositif, par l'insertion, lors de toute opération d'augmentation de capital en numéraire, d'une **résolution type associée à un ordre du jour type** que certains ont pu libeller ainsi : « augmentation de capital réservée aux salariés et/ou mandataires sociaux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise ».

2. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 25 septembre 2012, vient de balayer d'un revers de main ce type de pratique et d'ouvrir un nouveau débat autour des augmentations de capital bénéficiant aux salariés en déclarant nulle l'augmentation de capital réservée aux salariés si la résolution relative à la **suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires** n'est pas explicitement inscrite à l'**ordre du jour** !

Certes, l'article L 225-105, alinéa 3 du Code de commerce prévoit que « l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour ». Mais les dispositions de l'article R 225-66 du Code de commerce prévoient également que « les questions inscrites à l'ordre du jour doivent être libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents ». La seule exigence est donc bien de fournir aux actionnaires un ordre du jour leur permettant de mesurer les enjeux des résolutions qui leur sont soumises. Or la mention du caractère « réservé » de l'augmentation de capital aurait dû suffire, selon nous, à répondre à cette exigence...

En niant cette évidence (comment peut-on imaginer qu'une augmentation de capital réservée se ferait sans suppression du droit préférentiel de souscription ?), la Cour de cassation vient d'offrir aux actionnaires l'opportunité de « profiter d'une faille » pour « régler leurs comptes » avec une société qui ne satisferait plus leurs exigences individuelles.

Rappelons que, dans le cas d'espèce, les actionnaires d'une société avaient été convoqués à l'effet de statuer sur une augmentation de capital réservée aux salariés. Les résolutions correspondantes avaient été valablement adoptées par l'assemblée générale. Or l'un de ses actionnaires, qui n'avait pas jugé utile de participer à l'assemblée, après que la société lui eut notifié qu'elle ne renouvellerait pas le contrat d'enseigne qui les liait depuis dix ans, a fait assigner la société aux fins d'annulation des résolutions relatives à l'augmentation de capital réservée et à la suppression du droit préférentiel de souscription. De manière très surprenante, la Cour de cassation lui a donné raison.

3. Nous ne nous étendrons pas davantage sur la critique de l'argumentaire juridique développé par la Cour de cassation, ce dont la doctrine s'est déjà largement chargée (notamment R. Mortier, note sous Cass. com. 25-9-2012 n° 11-17.256 : Bulletin Joly 2012 p. 847), mais il nous a semblé opportun de faire un point sur les conséquences de cet arrêt dans la **pratique des augmentations de capital**. En effet, compte tenu de la solution rendue, les nullités en cascade ne peuvent être exclues et il faut également se poser la question des prescriptions et des solutions de régularisation qui s'offrent aux sociétés après cet arrêt.

I. Des nullités en cascade ?

4. Rappelons que la Cour de cassation a, dans un premier temps, annulé la résolution relative à la suppression du droit préférentiel de souscription au motif qu'elle ne figurait pas à l'ordre du jour de l'assemblée et ce, sur le double fondement des articles L 225-105, alinéa 3 et L 225-138, I du Code de commerce. L'article L 225-105, alinéa 3 prévoit que l'assemblée générale des actionnaires ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. L'article L 225-138, I prévoit quant à lui que la suppression du droit préférentiel de souscription pour les besoins d'une augmentation de capital doit être soumise au vote de l'assemblée générale.

En l'espèce, l'assemblée générale avait bien statué sur la suppression du droit préférentiel de souscription (les prescriptions de l'article L 225-138, I étaient donc bien respectées), mais la Cour de cassation a considéré que la résolution correspondante devait quand même être annulée au motif qu'elle ne figurait pas explicitement dans l'ordre du jour. Ainsi, la Cour de cassation estime que doit être également annulée la résolution relative à l'augmentation de capital réservée pour laquelle la suppression du droit préférentiel de souscription a été adoptée, la seconde étant la conséquence de la première.

5. Mais alors, si l'augmentation de capital réservée aux salariés est nulle, peut-on imaginer que cela puisse entraîner la nullité d'autres résolutions ? Ce n'est pas à exclure selon nous.

Dans le cas d'espèce, il semble qu'aucune autre augmentation de capital n'avait été soumise aux actionnaires.

Mais il faut quand même rappeler que la plupart des résolutions relatives à une augmentation de capital bénéficiant aux salariés ne sont soumises aux actionnaires que parce que la loi en fait l'obligation. Les dispositions de l'article L 225-129-6 du Code de commerce prévoient en effet que « lors de toute décision d'augmentation de capital par apport en numéraire (...), l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital dans les conditions prévues aux articles L 3332-18 à L 3332-24 du Code du travail » (c'est-à-dire réservée aux salariés adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise, notamment), sous peine de nullité de l'augmentation de capital de base.

Or, conformément à l'article L 225-149-3 du Code de commerce, les décisions prises en violation des dispositions de l'article L 225-129-6 du Code de commerce sont nulles (et non simplement annulables).

Dès lors, dans l'hypothèse fréquente où l'assemblée générale serait appelée à statuer sur une augmentation de capital en numéraire (réservée ou non) et que, partant, une augmentation de capital réservée aux salariés a été inscrite à l'ordre du jour, que se passerait-il si l'ordre du jour ne mentionnait pas expressément la suppression du droit préférentiel de souscription pour les besoins de l'augmentation de capital réservée aux salariés ?

Si l'on retient la position de la Cour de cassation, la résolution relative à la suppression du droit préférentiel de souscription doit être annulée, mais également celle relative à l'augmentation de capital réservée aux salariés à laquelle elle se rapporte. Et si l'augmentation de capital réservée est annulée, elle doit être considérée comme n'ayant jamais existé ni été inscrite à l'ordre du jour. Dès lors et mécaniquement, les prescriptions de l'article L 225-129-6 du Code de commerce ne sont plus respectées et la première augmentation de capital est nulle, elle aussi (quand bien même seraient respectées toutes les prescriptions en matière d'inscription à l'ordre du jour).

6. On voit très vite que les effets de cet arrêt du 25 septembre 2012 peuvent mener à des nullités en cascade avec des effets extrêmement négatifs sur des opérations déjà réalisées, surtout en cette période où les entreprises ont besoin de se recapitaliser. Il ne faut pas non plus perdre de vue que les nullités encourues en cas de violation des dispositions des articles L 225-105, alinéa 3 et L 225-129-6 du Code de commerce sont des nullités impératives, c'est-à-dire qu'elles s'imposent au juge appelé à en statuer, lequel n'a pas le pouvoir de les écarter (au profit d'une autre sanction, par exemple).

Dans ces conditions, un actionnaire insatisfait, même ultra-minoritaire – quand bien même il aurait voté favorablement aux résolutions qui lui étaient soumises –, pourrait mettre à mal a posteriori les augmentations de capital déjà réalisées.

II. Quelles prescriptions ?

7. Compte tenu des effets particulièrement néfastes qu'une nullité peut avoir en matière d'augmentation de capital, le législateur a prévu une période de prescription abrégée. L'article L 235-9, alinéa 3 du Code de commerce prévoit en effet que les actions en nullité fondées sur un manquement

aux dispositions de l'article L 225-149-3 du Code de commerce (prévoyant les différents régimes de nullité en matière d'augmentation de capital) se prescrivent par trois mois à compter de la date de l'assemblée générale suivant l'augmentation de capital.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une nullité incidente telle que nous l'avons envisagée plus haut (sur le fondement du non-respect des dispositions relatives aux augmentations de capital bénéficiant aux salariés), c'est donc bien la prescription abrégée de trois mois qui s'applique.

8. Mais qu'en est-il des augmentations de capital réservées qui seraient annulées en raison du défaut d'inscription à l'ordre du jour de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires ?

On aurait pu penser que, s'agissant d'un défaut affectant une augmentation de capital, la nullité entrerait alors dans le champ de la prescription abrégée.

Pourtant, ce n'est pas certain puisque la Cour de cassation a rendu sa décision sous le visa de l'article L 225-105, alinéa 3 du Code de commerce, c'est-à-dire sur le fondement du défaut d'inscription d'une délibération de l'assemblée générale à son ordre du jour.

Or, à la lettre de l'article L 235-9 du Code de commerce, la prescription abrégée des augmentations de capital ne s'appliquerait pas dans ce cas, de sorte que, par défaut, c'est une prescription de trois ans à compter du jour où la nullité est encourue qui pourrait s'appliquer !

Cela nous amène à une situation pour le moins surprenante où, même s'agissant d'une augmentation de capital (opération que le législateur a pourtant souhaité préserver des risques de nullité), celle-ci pourrait encourir une nullité se prescrivant par trois ans. Et ce, uniquement parce que l'ordre du jour de l'assemblée générale, bien qu'indiquant clairement que l'augmentation de capital était réservée, ne mentionnait pas la suppression du droit préférentiel de souscription... Et dire que l'omission totale du vote de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires (en application des dispositions de l'article L 225-138, I du Code de commerce) bénéficierait, elle, de la prescription abrégée !

Souhaitons vivement que de nouvelles décisions viennent rapidement lever toutes ces incertitudes et incompréhensions...

III. Solutions de régularisation

9. Quelle que soit la prescription applicable, il faut rappeler que la loi prévoit que la nullité peut toujours être couverte. En effet, l'article L 235-3 du Code de commerce prévoit que « l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social ».

Dès lors, en cas d'assignation d'une société, celle-ci peut prendre les mesures appropriées jusqu'au jour de l'audience.

Cela passe d'abord par une **revue**, sur les trois dernières années, des **procès-verbaux** de toutes les assemblées générales ayant statué sur une augmentation de capital, qu'elle ait été réservée ou non, et ce, afin de vérifier si les ordres du jour qui y sont mentionnés sont conformes ou non aux exigences de la Cour de cassation.

10. Par rapport à l'objectif de régularisation, la principale mesure pourrait consister à convoquer une nouvelle assemblée générale dont l'ordre du jour intégrerait, cette fois, la suppression du droit

préférentiel de souscription. C'est la solution la plus sûre si l'on considère que le risque de nullité pourrait courir jusqu'à trois ans à compter de l'augmentation de capital litigieuse. Elle présente toutefois l'inconvénient de rouvrir un sujet avec les actionnaires qui pourraient, en fonction des circonstances, ne pas vouloir couvrir cette nullité et donc rejeter les résolutions qui leur seraient ainsi soumises, quand bien même ils auraient voté favorablement la première fois.

Dans l'hypothèse où la prescription abrégée s'appliquerait, l'alternative pourrait consister à convoquer immédiatement une assemblée générale sur la base d'un ordre du jour totalement différent et ce, afin de faire courir dès à présent le délai de trois mois. Cela permettrait également d'éviter de rouvrir le débat

autour de l'augmentation de capital irrégulière et risquer le rejet des résolutions correspondantes.

Dans ces conditions, il est vivement recommandé de faire le point sur la rédaction des résolutions intervenues au cours des trois dernières années pour déterminer, en fonction du contexte, la solution de régularisation la plus adaptée.

11. Dans tous les cas, il faut se satisfaire du fait que les sociétés par actions simplifiées, forme sociale très courante aujourd'hui, ne sont pas concernées par ces problématiques puisque les textes sur lesquels se fonde la Cour de cassation pour prononcer la nullité de l'augmentation de capital ne leur sont pas applicables.