

31 mars 2021

Conventions réglementées : que faut-il avoir en tête avant la saison des AG ?

La question des conventions réglementées est traditionnellement matière à interrogations. Ces dernières demeurent multiples au lendemain de la loi PACTE qui a transposé en ce domaine la troisième directive sur les droits des actionnaires, s'agissant des sociétés cotées sur un marché réglementé. Mais cette loi a aussi ajouté des règles étrangères à la directive et dont les conséquences sont discutées. Elle laisse d'appréciation délicate la notion d'intérêt indirect, alors même qu'elle a étendu les conséquences de cet intérêt.

Les obligations propres aux sociétés cotées sur un marché réglementé

La loi PACTE qui a transposé sur ce point la directive « droits des actionnaires » était animée par un double souci : informer en temps réel les actionnaires et le marché sur les conventions passées susceptibles de révéler un conflit d'intérêts, s'assurer que la distinction entre conventions appelant un contrôle et conventions courantes conclues à des conditions normales faisait l'objet d'une appréciation raisonnée.

Il convient d'attirer l'attention des praticiens sur le fait que les dispositions en cause ont été déplacées dans le Code, suite à la création d'un chapitre nouveau dédié aux sociétés cotées. On les retrouve dans le chapitre X du Titre II du Livre II : des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral organisé.

Pour les sociétés dont les titres sont cotés, la question des conventions réglementées ne se réduit plus dès depuis lors à une procédure d'autorisation par le conseil, puis d'approbation par l'assemblée générale. Deux nouvelles obligations ont été introduites par la loi PACTE qui sont extérieures à la tenue de l'assemblée générale. Précisons qu'elles ne s'appliquent qu'aux sociétés cotées sur un marché réglementé relevant de l'Union européenne, donc Euronext pour la France, non à celles simplement cotées sur un système multilatéral de négociation, type Euronext Growth en France.

En amont, de manière ponctuelle, une publication de la convention doit intervenir :

« Ancien art. L.225-40-2. – Dans les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, des informations sur les conventions mentionnées à l'article L.225-38 / L.225-86 sont publiées sur le site internet de la société au plus tard au moment de la conclusion de la convention. »

« Toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration, de publier ces informations. »

« La liste de ces informations est fixée par décret en Conseil d'Etat ».

Ce texte a été abrogé par l'ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 - art. 3 mais se retrouve à l'identique dans le chapitre dédié aux sociétés cotées, à l'article L 22-10-13.

La publication mentionnée à l'article L. 22-10-3 contient les informations suivantes : le nom ou la dénomination sociale de la personne directement ou indirectement intéressée, la nature de sa relation avec la société, la date, et les conditions financières de la convention.

Elle contient également toute autre information nécessaire pour évaluer l'intérêt de la convention pour la société et les actionnaires, y compris minoritaires, qui n'y sont pas directement ou indirectement intéressés. Ces informations comportent notamment l'objet de la convention et l'indication du rapport entre son prix pour la société et le dernier bénéfice annuel de celle-ci

De manière permanente, une procédure d'évaluation est requise :

Ancien art L 225-39 : Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration met en place une procédure permettant d'évaluer régulièrement si les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales remplissent bien ces conditions. Les personnes directement ou indirectement intéressées à l'une de ces conventions ne participent pas à son évaluation.

Cette disposition figure désormais à l'article L 22-10-12 du code de commerce.

L'article L. 22.10-10, 6° dispose que le rapport sur le gouvernement d'entreprise doit contenir « la description de la procédure mise en place par la société en application de l'article L.22-10-12 et de sa mise en œuvre ».

Les règles de droit commun

Elles demeurent marquées par une double incertitude liée au mode de calcul du quorum dans les assemblées et les conseils, s'agissant de voter sur des conventions révélatrices de conflits d'intérêts. La question peut se poser pour l'autorisation de la convention par le conseil d'administration lorsqu'un administrateur se trouve en conflit d'intérêts et en conséquence privé du droit de vote et du droit de participer à la délibération(A). Il en va de même à l'assemblée, lorsque qu'un actionnaire est pour des raisons identiques privé de l'exercice des mêmes prérogatives (B).

La question du quorum lors de la réunion du conseil

Elle n'est pas nouvelle, tant et si bien que, dans bien des cas, le règlement intérieur du conseil aura prévu la difficulté. L'administrateur ou le membre du conseil de surveillance en situation de conflit d'intérêts ne peut pas prendre part au vote ; de plus depuis la loi PACTE, il ne peut pas non plus prendre part à la délibération (article L 225-40 et article L 225-88).

Alors que la loi est muette, faut-il considérer que l'intéressé sera ou non pris en compte pour le calcul du quorum ? La loi PACTE n'a apporté aucune précision. Elle a cependant alourdi la portée de la mise à l'écart en excluant expressément le droit de prendre part aux délibérations, ce qui peut inciter à penser qu'il sera difficile de tenir pour présente une personne astreinte à la passivité et au silence.

Pourtant, la lettre de l'article L 225-37 est claire : « le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Toute clause contraire est réputée non-écrite » (même disposition pour les membres du conseil de surveillance dans l'article L 225-82 al 1). Il est donc logique de prendre en compte la personne intéressée pour le calcul du quorum car, bien que devant rester muette et passive pour le sujet qui la concerne, elle n'en est pas moins présente à la réunion du conseil. Il faut cependant réserver les cas dans lesquels le règlement intérieur exige que l'administrateur en situation de conflit se retire de la salle dans laquelle se tient le conseil, car alors il devient momentanément absent, pour la délibération qui le concerne.

La question du quorum dans les assemblées

Nota : le raisonnement ci-après vaut pour les SA à CA ou à directoire et CS mais nous utiliserons, par souci de simplicité, les textes relatifs aux SA à CA.

Avant la loi Pacte, le dernier alinéa de l'art. L. 225-40 c. com. relatif à l'approbation des conventions réglementées par une assemblée dans les sociétés anonymes privait la personne intéressée du droit de voter et ajoutait que « ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité », ce qui facilitait le vote de la décision, quelle qu'elle soit, mais pouvait rendre plus difficile l'obtention du quorum sur première convocation (L. 225-98).

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (loi Pacte) a également pris en compte les personnes indirectement intéressées et supprimé la référence au quorum. Le paragraphe est désormais le suivant : « La personne directement ou indirectement intéressée à la convention ne peut pas prendre part au vote. Ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité ».

S'agissant de la disparition de la référence au quorum, il ressort des documents préparatoires de la loi que, en neutralisant les actions des actionnaires intéressés directement ou indirectement, la volonté du législateur était expressément de favoriser les actionnaires minoritaires en renforçant mécaniquement leur poids dès la première convocation à l'assemblée, conformément à une proposition suggérée par l'AMF (Rapport n° 1237 ,Tome II, chapitre III et IV, p. 216 ; Etude d'impact, p. 614). Dès lors, il est patent que la suppression du terme quorum de l'al. 4 de l'art. L. 225-40 c. com. est délibérée et implique de prendre en compte, dans le calcul de celui-ci, les actions de la personne directement ou indirectement intéressée à la convention, ce qui facilite son obtention. Telle est la position retenue par le comité juridique de l'ANSA dans son avis n° 19-044 du 3 juillet 2019.

Toutefois, dans le silence de l'al. 4 de l'art. L. 225-40 c. com., ne convient-il pas d'appliquer cumulativement à ces assemblées le droit commun des modalités de vote ?

En effet, l'art. L. 225-98 c. com., al. 2, relatif aux modalités de délibération et de vote en assemblée générale ordinaire dispose que l'AGO « ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote ». La référence aux « actions ayant le droit de vote », liant le calcul du quorum à la possession du droit de vote, imposerait donc de ne pas prendre en compte les actions des personnes intéressées à la convention (qui ne votent pas) et l'on reviendrait à la solution antérieure par le biais d'une règle générale.

La question mérite, en effet, d'être posée dans la mesure où la violation des règles de quorum prévues par l'article L. 225-98 c. com. est sanctionnée par une nullité impérative, qui s'impose donc au juge (c. com., art. L. 225-121).

Quelle position faut-il, donc, retenir ?

Très juridiquement, il nous semble que l'interprétation la plus logique et la plus juridique est celle exposée plus haut : parce que le nouvel art. L. 225-40 c. com. a intentionnellement supprimé la référence antérieure au quorum, les actions des personnes intéressées doivent être prises en compte dans le quorum ; telle a été la volonté du législateur.

Plus prudemment néanmoins, il faut tenir compte du fait qu'il est difficile, dans le silence de l'art. L. 225-40 c. com., in fine, d'y voir une exception qui serait purement implicite à l'art. L. 225-98 (v. J.-P. Valuet, Communication ANSA, n° 19-034 de juin 2019), ce qui a conduit une partie de la pratique à se replier sur une position de prudence qui consiste à privilégier le texte général et à ne pas comptabiliser dans le quorum les actions des personnes intéressées à l'heure de l'approbation des conventions réglementées (égal. en ce sens : Memento Sociétés commerciales, n° 52835).

Le flou de l'intérêt indirect

On a parlé d'un retour en force depuis quelques années de l'intérêt indirect (BJS 2018, p 495). La loi Pacte a encore accru sa place sans éclairer la pratique sur ce qui caractérise cet intérêt indirect.

Article L 225-40 : « La personne directement ou indirectement intéressée à la convention est tenue d'informer le conseil dès qu'elle a connaissance d'une convention à laquelle l'article L.225-38 est applicable. Elle ne peut prendre part ni aux délibérations ni au vote sur l'autorisation sollicitée ».

« La personne directement ou indirectement intéressée à la convention ne peut pas prendre part au vote de l'assemblée ».

La notion d'intérêt indirect n'a jamais été définie par le législateur qui ne fournit pas de critères opérationnels. Un guide précieux réside dans un article désormais classique, qui a retenu l'attention de l'AMF : l'auteur (Pr Irina Parachkevova Bulletin Joly Sociétés, 2016, p 450) a tenté de rechercher ces critères au travers d'une jurisprudence qui n'est pas très nombreuse.

- Les personnes concernées ne sont pas parties à la convention, ni directement, ni par personne interposée;
- La personne indirectement intéressée tire nécessairement de la convention un avantage, un profit personnel;
- Elle détient un pouvoir ou une influence suffisant pour obtenir la conclusion de la convention;
- Ce pouvoir a permis d'obtenir des contractants la conclusion d'un contrat déséquilibré, au détriment de la société de référence.

Bien évidemment, ces principes directeurs que semble révéler une approche empirique laissent place à beaucoup de latitude dans l'interprétation. La difficulté est qu'il faut se garder tant d'une interprétation extensive de l'intérêt indirect (il faut que la convention soit déséquilibrée au détriment de la société, que l'intéressé ait eu un pouvoir d'influence sur sa conclusion et en tire un avantage personnel et) que restrictive (il n'est pas besoin de démontrer une interposition de personne).

Contacts

Alain Couret
Partner, KPMG Avocats
Conseil scientifique
acouret@kpmgavocats.fr

Jean-Jacques Daigre
Of Counsel, KPMG Avocats
Conseil scientifique
jdaigre@kpmgavocats.fr

Clément Barrillon
Directeur, KPMG Avocats
Conseil scientifique
cbarrillon@kpmgavocats.fr