

VADE-MECUM

A L'ATTENTION DES MEMBRES DU BUREAU
DES ASSEMBLEES GENERALES

DOCUMENTS ANNEXES¹

¹ Les documents sont classés dans l'ordre des notes de bas de page.

SOMMAIRE

Annexe 1 : Document du CFONB sur les modalités de traitement des formulaires de vote par correspondance ou par procuration dans les assemblées générales	3
Annexe 2 : Avis du comité juridique de l'ANSA du 5 novembre 1997 comm. n° 2946.6	9
Annexe 3 : Avis du comité juridique de l'ANSA du 1er juillet 1998 comm. n° 2996.5	11
Annexe 4 : Avis du comité juridique de l'ANSA du 5 juillet 1989 comm. n°2477	13
Annexe 5 : Avis du comité juridique de l'ANSA du 6 décembre 1989 comm. n° 2495.3	14
Annexe 6 : PV du comité juridique de l'ANSA du 6 juillet 2005	15
Annexe 7 : Jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 6 mai 2008 SA Grupo Rayet c/ SA Eiffage	24
Annexe 8 : Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 28 octobre 2010	36
Annexe 9 : Les nouvelles règles du mandat introduites par l'ordonnance de transposition de la directive sur les droits des actionnaires	45
Annexe 10 : Communication de l'ANSA n° 3208 de juillet 2003	46
Annexe 11 : Communication de l'ANSA n° 2925 de janvier 1998.....	56
Annexe 12 : Communication de l'ANSA n° 3181 de mars 2003	63

Annexe 1 : Document du CFONB sur les modalités de traitement des formulaires de vote par correspondance ou par procuration dans les assemblées générales

Fédération Bancaire Française

18, rue La Fayette - 75440 Paris cedex 09
Tél : 01 48 00 52 52 - Fax : 01 42 46 76 40

E-mail : bgayral@fbf.fr

Communication Adhérents

Circulaire d'application

Numéro : 2007228

Date : 09/07/2007

Rédacteur : CROS Jean-Claude

Contact : B.GAYRAL Tél : 01.48.00.50.04

Class.FBF 5

mots clés : ACTIONNAIRE, ASSEMBLEE, CFONB, PROCURATION, VOTE PAR CORRESPONDANCE

CFONB - RELATIONS INTERBANCAIRES - Modalités de traitement des formulaires de vote par correspondance ou par procuration dans les Assemblées Générales.

Référence(s) : Annule et remplace la communication adhérents n°1990/105



Le Président

Paris, le 9 juillet 2007

Madame, Monsieur,

Par communication adhérents n° 2007/071 du 27/02/2007, le CFONB a diffusé les nouvelles procédures de traitement des assemblées générales, mises en œuvre depuis le 1^{er} janvier 2007, suite aux modifications apportées, dans le décret n° 67-236, par le décret n° 2006-1566, paru le 11 décembre 2006.

En liaison avec les associations représentatives des sociétés émettrices, le pôle Instruments Financiers du CFONB a poursuivi ses travaux d'actualisation des divers documents relatifs aux assemblées générales.

Au nombre de ceux-ci, figure le formulaire de vote par correspondance, référencé AFNOR NF K 12-164 (norme en cours d'actualisation).

Ce document comporte à la fois un formulaire de vote par correspondance, une formule de pouvoir au Président de l'assemblée et un mandat à personne dénommée, en plus d'une demande de carte pour participer physiquement à l'assemblée. De ce fait, lorsque ce document n'a pas été correctement servi par son signataire, sa lecture peut s'avérer mal aisée et sujette à interprétation par les teneurs de comptes. C'est pour cette raison que le CFONB avait diffusé, par sa communication adhérents 1990/105, une note technique de traitement des formulaires : cette communication est annulée et remplacée par la présente, qui définit une nouvelle grille de dépouillement des formulaires de vote par correspondance.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes salutations distinguées.

Marcel RONCIN

Le texte intégral des Communications Adhérents émises depuis 1963 est disponible pour les adhérents FBF sur le site Extranet <http://www.extranet.fbf.fr>

Document confidentiel exclusivement réservé aux établissements adhérents de la FBF ainsi qu'à leurs collaborateurs à des fins strictement professionnelles. Toute rediffusion à destination d'un public externe à ces établissements est interdite sauf autorisation expresse de la FBF.

MODALITES DE TRAITEMENT DES FORMULAIRES DE VOTE PAR CORRESPONDANCE OU PAR PROCURATION DANS LES ASSEMBLEES GENERALES

PRINCIPES GENERAUX :

Le présent document explicite les modalités de traitement du "Formulaire de Vote par Correspondance ou par Procuration".

Ce document est conforme à la réglementation concernant les assemblées générales et notamment, au décret n° 67-236¹, modifié par le décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006.

Le but poursuivi est d'unifier les modes de dépouillement et d'éviter les interprétations.

Ces modalités de traitement s'appliquent aux travaux préparatoires, à réception, par les teneurs de comptes, des formulaires adressés par leurs clients, et non à la tenue de l'assemblée générale elle-même. A ce stade on ne peut préjuger de la présence ou non des mandataires désignés pour représenter l'actionnaire à l'assemblée. Il en résulte que son choix initial ne pourra être modifié lors de la tenue de l'assemblée.

Le traitement des titres inscrits sous la forme nominative incombe à l'Emetteur ou à son mandataire.

1 - TRAITEMENT DU FORMULAIRE (Annexe : Modèle actualisé du formulaire de vote, objet de la norme NFK 12 – 164 en cours d'actualisation)

Le vote par correspondance s'exprime par exception. Tout absence d'indication dans les cases relatives à chaque résolution, est considérée comme un vote "POUR"; à contrario, une case servie signifie que le votant a voté "CONTRE" ou s'est abstenu (l'abstention équivaut à un vote « contre »).

1.1 - Cas de nullité du formulaire :

- Formulaire non parvenu à bonne date,
- Mentions diverses sur le formulaire,
- Formulaire non signé.

Pour ces trois cas, il incombe aux intermédiaires de transmettre les formulaires réputés nuls au centralisateur de l'assemblée générale qui appréciera. Ils seront remis séparément, sachant qu'ils ne seront pas compris sur le récapitulatif de dépôt.

1.2 - Traitement des votes -

La zone « Amendements et résolutions nouvelles est une zone spécifique dans laquelle le votant doit s'exprimer. Il en résulte que lorsqu'aucune case de cette zone n'a été cochée par le votant, les titres correspondants ne sont pas pris en considération dans le calcul du quorum pour ces résolutions nouvelles. Par conséquent ces titres ne participent pas au vote.

¹ Ancien décret du 23 mars 1967, modifié par le décret du 11 décembre 2006, codifié dans la partie réglementaire du code de commerce.

La table de décision ci-dessous s'applique aux formulaires valides:

FORMULAIRE de VOTE FORMULAIRE de POUVOIR		Au moins une case noire dans les zones de vote		Aucune case noire dans les zones de vote	
		Case VPC cochée	Case VPC non cochée	Case VPC cochée	Case VPC non cochée
Zone Mandataire non renseignée Et...	Case « Je donne pouvoir à.. » non cochée	VPC	VPC	VPC	PP
	Case « Je donne pouvoir à.. » cochée	VPC	VPC	VPC	PP
Zone Mandataire renseignée Et...	Case « Je donne pouvoir à.. » non cochée	VPC	NUL	VPC	PM
	Case « Je donne pouvoir à.. » cochée	VPC	NUL	VPC	PM

Légende :

VPC : Vote Par Correspondance
PP : Pouvoir au Président de l'Assemblée
PM : Pouvoir Mandaté

Résolutions présentées ou agréées par le Conseil d'Administration

CASE NON COCHÉE ☐ POUR
CASE COCHÉE ☒ CONTRE

Résolutions non agréées par le Conseil d'Administration:

OUI	NON/ ABSTENTION	DECISION
X		POUR
	X	CONTRE
X	X	CONTRE
		CONTRE

Amendements et résolutions nouvelles:

La table de décision ci-dessous permet d'opérer le dépouillement des votes exprimés sur les amendements et résolutions nouvelles:

POUVOIR au PRÉSIDENT	ABSTENTION	MANDAT A TIERS	DECISION		
				Si Indication de Mandat avec	
				Mandataire Désigné	Mandataire Non Désigné
X			Pouvoir au Président		
	X		Contre		
		X		Mandat au mandataire désigné	A sortir du Quorum
X	X		Pouvoir au Président		
	X	X		Mandat au mandataire désigné	Contre
X		X		Mandat au mandataire désigné	Pouvoir au Président
X	X	X	A sortir du Quorum	A sortir du Quorum	A sortir du Quorum
Si aucune case n'est cochée			A sortir du Quorum		

2. RÔLE DES INTERVENANTS.

Lorsque les documents relatifs à une assemblée ont été adressés aux actionnaires ou obligataires, il convient de traiter les formulaires de vote qu'ils retournent à leurs teneurs de comptes pour le porteur, à l'émetteur (ou à son mandataire) pour le nominatif.

Dans cette opération, chaque intervenant de la chaîne de traitement a une fonction à assumer. Celle-ci est décrite ci-après, pour chacun d'eux.

2.1 – Le teneur de comptes.

Le teneur de comptes garantit au centralisateur de l'assemblée, et donc à la société émettrice, éventuellement, via le domicile:

- la qualité d'actionnaire du votant à la date de l'assemblée ;
- la quantité de titres détenus par ce votant ;
- l'unicité de vote de ces titres.

A ces responsabilités, la nouvelle rédaction de la législation, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, a ajouté l'engagement à notifier au centralisateur toutes les cessions de titres précédemment qualifiés pour

participer à l'assemblée dans la mesure où ces ventes sont exécutées jusqu'à trois jours ouvrés avant l'assemblée.

Il appartient donc à chaque teneur de comptes d'assumer pleinement ses responsabilités envers la société émettrice en mettant en œuvre tous les moyens nécessaires à la réalisation de cet objectif, notamment la transmission au centralisateur des informations nécessaires à la modification des quantités de titres au porteur devant participer à l'assemblée (cf. communication adhérents n° 2007/71).

2.2 – Le domicile.

Le domicile (quand il existe) assure le dépouillement des formulaires de vote par correspondance reçus des teneurs de comptes lui remettant et établit les états récapitulatifs en vue du dépôt au centralisateur (tableau de consolidation, feuille de dépouillement des votes, état des demandes de cartes d'admission).

IMPORTANT : Afin de prendre en compte la responsabilité nouvelle incombant aux teneurs de comptes, le domicile devra joindre à son dépôt la (les) liste(s) détaillée(s) des mouvements modifiant les dépôts précédents (cf. communication adhérents CFONB n° 2007/71) ; bien évidemment, dans la colonne numéro de dépôt de ce document, le domicile indiquera les numéros des dépôts qu'il aura lui-même effectué auprès du centralisateur, et non pas les numéros des dépôts que les teneurs de comptes lui auront faits.

2.3 – Le centralisateur.

Le centralisateur consolide les résultats des dépôts reçus des domiciles et de ses propres dépouillements (remises directes de teneurs de comptes) afin d'en assurer une communication à la société émettrice.

Il a également en charge l'établissement et l'expédition des cartes d'admission qui lui ont été demandées via les teneurs de comptes

IMPORTANT : avant d'exercer votre choix, veuillez prendre connaissance des instructions situées au verso / Before selecting, please see instructions on reverse side.

QUELLE QUE SOIT L'OPTION CHOISIE, DATER ET SIGNER AU BAS DU FORMULAIRE / WHICHEVER OPTION IS USED, DATE AND SIGN AT THE BOTTOM OF THE FORM A. ☐ Je désire assister à cette assemblée et demande une carte d'admission : dater et signer au bas du formulaire / I wish to attend the shareholder's meeting and request an admission card : date and sign at the bottom of the form. B. ☐ J'utilise le formulaire de vote par correspondance ou par procuration ci-dessous, selon l'une des 3 possibilités offertes / I prefer to use the postal voting form or the proxy form as specified below.		
DENOMINATION SOCIALE	ASSEMBLEES GENERALES ORDINAIRE ET/OU EXTRAORDINAIRE (date, heure et lieu de l'assemblée) ORDINARY AND/OR EXTRAORDINARY GENERAL MEETING (the meeting is held : date, hour)	CADRE RESERVE / For Company's use only Identifiant / Account : _____ Nombre d'actions / Number of shares : _____ Nombre de voix / Number of voting rights : _____ Nominatif / Registered : ☐ VS / single vote ☐ VD / double vote Porteur / Bearer : ☐

JE VOTE PAR CORRESPONDANCE / I VOTE BY POST Cf. au verso renvoi (3) - See reverse (3) Je vote OUI à tous les projets de résolutions présentés ou agréés par le Conseil d'Administration ou le Directeur ou la Gérance, à l'EXCEPTION de ceux que je signale en notifiant comme ceci la case correspondante et pour lesquels je vote NON ou je m'abstiens. I vote FOR all the draft resolutions approved by the Board of Directors EXCEPT those indicated by a shaded box - Also this for which I vote against or I abstain. Sur les projets de résolutions non agréés par le Conseil d'Administration ou le Directeur ou la Gérance, je vote en notifiant comme ceci la case correspondante à mon choix. On the draft resolutions not approved by the Board of Directors, I cast my vote by shading the box of my choice - Also this		JE DONNE POUVOIR AU PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE dater et signer au bas du formulaire, sans rien remplir. I HEREBY GIVE MY PROXY TO THE CHAIRMAN OF THE MEETING date and sign the bottom of the form without completing it cf. au verso renvoi (2) - See reverse (2)	JE DONNE POUVOIR A : (comme conjoint, partenaire adhérent - cf. renvoi (2) au verso) pour me représenter à l'assemblée I HEREBY APPOINT (you may give your PROXY either to your spouse or to another shareholder - see reverse (2)) to represent me at the above mentioned meeting. M, M^{me} ou M^{me} / Mr, Mrs or Miss Adresse / Address																																																																																																																																	
<table border="1"> <tr> <td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td><td>6</td><td>7</td><td>8</td><td>9</td> <td>Out/Yes</td> <td>No/No</td> <td>Out/Yes</td> <td>No/No</td> </tr> <tr> <td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>10</td><td>11</td><td>12</td><td>13</td><td>14</td><td>15</td><td>16</td><td>17</td><td>18</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>19</td><td>20</td><td>21</td><td>22</td><td>23</td><td>24</td><td>25</td><td>26</td><td>27</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>28</td><td>29</td><td>30</td><td>31</td><td>32</td><td>33</td><td>34</td><td>35</td><td>36</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>37</td><td>38</td><td>39</td><td>40</td><td>41</td><td>42</td><td>43</td><td>44</td><td>45</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> <tr> <td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> <td>☐</td><td>☐</td> </tr> </table>		1	2	3	4	5	6	7	8	9	Out/Yes	No/No	Out/Yes	No/No	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	10	11	12	13	14	15	16	17	18	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	19	20	21	22	23	24	25	26	27	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	28	29	30	31	32	33	34	35	36	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	37	38	39	40	41	42	43	44	45	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	ATTENTION : Si l'on s'agit de titres au porteur, les présentes instructions ne seront valables que si elles sont directement enregistrées par votre teneur de comptes. CAUTION : If you're voting on bearer securities, the present instructions will only be valid if they are directly registered with your custodian bank. Nom, Prénom, Adresse de l'actionnaire (si ces informations figurent déjà, les valider et les rectifier éventuellement) - Surname, first name, address of the shareholder (if this information is already supplied, please verify and correct if necessary) Cf. au verso renvoi (1) - See reverse (1)
1	2	3	4	5	6	7	8	9	Out/Yes	No/No	Out/Yes	No/No																																																																																																																								
☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
10	11	12	13	14	15	16	17	18	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
19	20	21	22	23	24	25	26	27	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
28	29	30	31	32	33	34	35	36	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
37	38	39	40	41	42	43	44	45	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐																																																																																																																								
Si des amendements ou des résolutions nouvelles étaient présentés en assemblée / In case amendments or new resolutions are proposed during the meeting. - Je donne pouvoir au Président de l'A.G. de voter en mon nom / I appoint the Chairman of the meeting to vote on my behalf..... - Je m'abstiens (l'abstention équivaut à un vote contre) / I abstain from voting (is equivalent to a vote against)..... - Je donne procuration (cf. au verso renvoi 2) à M, M^{me} ou M^{me} pour voter en mon nom / I appoint (see reverse (2)) Mr, Mrs or Miss to vote on my behalf..... Pour être prise en considération, toute formule doit parvenir au plus tard : In order to be considered, this completed form must be returned at the latest sur 1^{re} convocation / on 1st notification AGO - AGE ordinary meeting / extraordinary meeting sur 2^{de} convocation / on 2nd notification AGO - AGE ordinary meeting / extraordinary meeting à la BANQUE / to the Bank à la SOCIÉTÉ / to the Company		Date & Signature																																																																																																																																		



Février - Mars 1998

n° 2 946

ANSA
N° 443
C.J. du 5 novembre 1997

**ASSEMBLEES
GENERALES D'ACTIONNAIRES**
**Qu'est-ce qu'un « amendement » à un projet
de résolution ?**
Qu'est-ce qu'une « résolution nouvelle » ?

L'assemblée générale des actionnaires ne peut pas délibérer sur une question ne figurant pas à l'ordre du jour (article 160, alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1966). La sanction de la violation de cette règle est la nullité de la délibération (article 173 alinéa 1^{er} de la loi de 1966).

Les projets de résolutions, « amendements » aux projets de résolutions et « résolutions nouvelles » présentés aux actionnaires doivent donc se limiter aux questions figurant à l'ordre du jour. L'ANSA se voit souvent poser des questions dans ces domaines.

Quelles sont la signification et la portée d'un « amendement », ou d'une « résolution nouvelle » ?

- L'« amendement » à un projet de résolution correspond au pouvoir de l'assemblée de modifier un projet qui lui est présenté : ce pouvoir n'est en effet pas limité à celui d'approuver ou de rejeter un projet de résolution.

La doctrine reconnaît à l'assemblée ce pouvoir de modification, par exemple en ce qui concerne les comptes sociaux (rép. min. Arnaud n° 22639, JOAN déb. 5 avril 1972, p. 819) ou la nomination des administrateurs ou des commissaires aux comptes (rép. min. Stehlin n° 27249, JOAN 27 janvier 1973, p. 234).

Jusqu'où ce pouvoir d'amendement peut-il aller ? L'assemblée dispose du pouvoir de modifier les projets de résolutions, en partie certainement, voire en tout, à condition de ne pas sortir de l'ordre du jour. Par exemple, à propos d'un projet de résolution autorisant une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, un actionnaire peut proposer la modification du montant de l'opération ou de l'identité des bénéficiaires de l'émission réservée.

- L'assemblée peut valablement délibérer sur les « résolutions nouvelles ». En quoi consistent-elles ?

Le décret du 23 mars 1967 mentionne expressément les « résolutions nouvelles » (art. 131-4, 3°). Il est à noter que le formulaire de vote par correspondance mis au point par l'ANSA et le CFONB, qui a fait l'objet d'une norme AFNOR (1990), prévoit, ce qui n'est pas obligatoire selon les textes, un cadre spécial pour les « amendements et résolutions nouvelles ». Une telle mention n'est obligatoire que lorsqu'un « document unique » de VPC et de pouvoir est utilisé (document défini par l'art. 131-2 du décret de 1967)².

Ces résolutions nouvelles paraissent devoir être classées en trois catégories selon les domaines visés :

1/ la révocation en toutes circonstances d'un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance, en vertu de l'article 160 alinéa 3 de la loi de 1966 ;

2/ les questions « diverses », de « minime importance », mentionnées à l'article 123 alinéa 2 du décret du 23 mars 1967, c'est-à-dire des résolutions de portée « implicite » ou incidente qui peuvent être débattues sans figurer à l'ordre du jour³.

Le Comité juridique estime qu'en pratique, l'insertion dans l'ordre du jour de la mention finale « questions diverses » est inutile. Il est d'ailleurs superflu de faire voter par l'assemblée une résolution sur un point de « minime » importance, qui alors ne relève plus de la compétence de l'assemblée. Ces questions de « minime importance » peuvent tout au plus faire l'objet d'une information, d'un bref débat, voire de l'expression d'un « vœu » de l'assemblée.

3/ les questions qui sont la conséquence nécessaire des délibérations inscrites à l'ordre du jour : c'est-à-dire, selon un arrêt de la cour de cassation, des questions qui sont la « conséquence directe » d'un problème inscrit à l'ordre du jour et qui « n'abordent aucun problème nouveau »⁴. Tel est le cas d'une proposition de résolution concernant les problèmes de liquidation de la société, alors que la « dissolution anticipée » de la société figure à l'ordre du jour de la réunion de l'assemblée.

Ce sera au bureau de l'assemblée de décider si une proposition de résolution est une « résolution nouvelle » entrant ou non dans le champ de l'ordre du jour.

La question de savoir dans quel ordre il est opportun de présenter et de mettre aux voix la résolution principale et la proposition d'amendement, évoquée, sera discutée de façon plus approfondie lors d'une prochaine séance du Comité.

o O o

Cf. CJ du 7 janvier 1998, n° 448 (communication n° 2958).

² - V. communication ANSA n° 2497. La mention des "résolutions nouvelles" est obligatoire lorsqu'un "document unique" de VPC et de pouvoir est utilisé (document défini par l'art. 131-2 du décret de 1967), ce qui n'est pas le cas du document ANSA- AFNOR où les formulaires et les rubriques de VPC et de pouvoirs sont clairement séparés. S'agissant de propositions qui sont présentées en séance, trois solutions sont en pratique offertes à l'actionnaire qui n'assiste pas à l'assemblée (ces trois solutions sont expressément prévues par l'article 131-4 du décret de 1967) : soit donner pouvoir au président, soit s'abstenir (ce qui équivaut à un vote "non"), soit donner mandat à un autre actionnaire (ou à son conjoint).

³ - CA Paris 21 décembre 1979, *Rev. soc.* 1980 p. 761, note Sibon.

⁴ - Cass. com., 25 avril 1989, bull. Joly 1989 p. 531, note M. Jeantin.



Janvier-Mars 1999

n° 2 996

ANSA
N°475
CJ du 1er juillet 1998

**ASSEMBLEES GENERALES
D'ACTIONNAIRES : LE CONSEIL
D'ADMINISTRATION PEUT-IL PRESENTER
DES AMENDEMENTS A SES PROPRES
PROJETS DE RESOLUTIONS EN DEBUT DE
SEANCE ?**

Le Comité juridique, lors de sa séance du 1er avril 1998, a considéré que le Conseil d'administration n'est pas lié par le texte initial de l'ordre du jour et des projets de résolutions publiés, 30 jours au moins avant l'assemblée, dans l'avis de réunion de l'assemblée générale d'une société faisant appel public à l'épargne (publication faite en vertu de l'art. 130 du décret du 23 mars 1967). Des modifications peuvent donc être apportées à ces projets, non seulement à la demande de certains actionnaires (ces modifications sont alors obligatoirement prises en compte et publiées, art. 131 du décret de 1967), mais encore à la seule initiative du Conseil, dans l'avis de convocation publié 15 jours au moins avant l'assemblée (en vertu de l'article 126 du décret de 1967)⁵.

La question a été posée à l'ANSA de savoir si, dès le début de la séance de l'assemblée générale, le conseil d'administration pouvait présenter des amendements à ses propres projets de résolutions.

Cela étant, l'assemblée elle-même peut modifier un projet de résolution dans le cadre de son pouvoir d'amendement.

Comme le Comité juridique l'a rappelé lors de sa séance du 5 novembre 1997, l'« *amendement* » à un projet de résolution correspond au pouvoir de l'assemblée de modifier un projet qui lui est présenté : ce pouvoir n'est en effet pas limité à celui d'approuver ou de rejeter un projet de résolution.

⁵ - Cf bulletin COB n° 105, juin 1978, p.6 : la COB souhaite que, dans ce cas, les modifications intervenues à l'initiative du Président ou du Conseil soient signalées dans l'avis de convocation.

La doctrine reconnaît en tout état de cause à l'assemblée ce pouvoir de modification, par exemple en ce qui concerne les comptes sociaux (rép. min. Arnaud n° 22639, JOAN déb. 5 avril 1972, p. 819) ou la nomination des administrateurs ou des commissaires aux comptes (rép. min. Stehlin n° 27249, JOAN 27 janvier 1973, p. 234).

Jusqu'où ce pouvoir d'amendement peut-il aller ? L'assemblée dispose du pouvoir de modifier les projets de résolutions publiés, en partie certainement, voire en tout, à condition de ne pas sortir de l'ordre du jour.

Au cours de l'assemblée, ces projets de résolutions peuvent naturellement être modifiés en séance *sur proposition d'un actionnaire*⁶.

Le Comité juridique estime que le Conseil d'administration ne pourrait présenter, dès le début de la séance et avant tout débat, une de ses propositions de résolution amendée. Une telle initiative *est a priori* en contradiction avec le principe de l'intangibilité des projets de résolutions publiés dans l'avis de convocation jusqu'à l'assemblée, intangibilité destinée à permettre aux actionnaires de se prononcer en tout état de cause et aux actionnaires dissidents possédant le nombre de voix requis d'avoir la possibilité de réagir aux propositions du conseil avant l'entrée en séance.

Le Comité juridique considère en revanche que le *Conseil d'administration peut présenter* à l'assemblée des amendements à ses propres projets de résolutions, *à la suite d'un débat* ou de questions posées par un ou des actionnaires.

Le Conseil doit donc s'être préalablement réuni pour que l'amendement (ou la nouvelle résolution amendée) soit « présenté » par le Conseil au sens de l'article 161 alinéa 6 de la loi du 24 juillet 1966, afin que les pouvoirs « en blanc » soient comptabilisés comme favorables à l'adoption de l'amendement (les actionnaires ayant voté par correspondance auront eu la possibilité, quant à eux, de remplir, s'ils l'ont souhaité, la case « amendements et résolutions nouvelles » présentés en séance, figurant sur le formulaire AFNOR) ;

Le Conseil doit par ailleurs permettre à l'assemblée de débattre sur l'amendement présenté par le conseil : une précaution élémentaire consistant à faire distribuer, dès le début de la séance, le texte écrit de l'amendement, avec un exposé des motifs en donnant les raisons (changement de circonstances, erreur dans le texte initial, etc...), afin que chacun des actionnaires soit parfaitement éclairé et puisse en connaissance de cause participer au débat.

Autrement dit, selon le Comité juridique, la résolution amendée par le Conseil doit être présentée, discutée et votée dans les formes de vote habituel des amendements.

Bien entendu, le Comité juridique rappelle qu'une telle faculté peut s'exercer sous réserve d'un abus de droit ou d'une fraude à la loi.

o O o

⁶ - Cf Mémento F. Lefebvre Sociétés commerciales 1998, n° 1882.

Annexe 4 : Avis du comité juridique de l'ANSA du 5 juillet 1989 comm. n° 2477

A.N.S.A.
39, rue de Prony - 75017 PARIS
Tél. 01.47.63.66.41 - Fax : 01.42.27.13.58
www.ansa.asso.fr

- 4 - (n° 2477)
(CJ du 5 juillet 1989)

FORMULAIRE DE VOTE PAR CORRESPONDANCE ET PAR PROCURATION :
COMPTABILISATION DES REPONSES SUR LES AMENDEMENTS ET LES
RESOLUTIONS NOUVELLES

Le formulaire de vote par correspondance et de procuration, commun aux émetteurs et aux intermédiaires, qui a été diffusé en mai 1989, comporte un cadre spécial sur les amendements et résolutions nouvelles pouvant être présentés en séance. Rappelons que ce cadre, qui n'a été retenu ici que pour un objectif de clarté, n'est obligatoire, pour les seules résolutions nouvelles, que dans un "document unique" au sens du décret du 19 janvier 1988 (cf article D.131-4).

Annexe 5 : Avis du comité juridique de l'ANSA du 6 décembre 1989 comm. n° 2495.3

-3- (n° 2 495)

A.N.S.A.
C.J. du 6 décembre 1989
n° 106
=====

FORMULAIRE DE VOTE PAR CORRESPONDANCE ET PAR
PROCURATION: COMPTABILISATION DES REPONSES
SUR LES AMENDEMENTS ET RESOLUTIONS NOUVELLES

Un actionnaire renvoie le formulaire de vote par correspondance et par procuration (modèle de mai 1989 commun aux émetteurs et aux banques) en choisissant la solution [1], c'est-à-dire le pouvoir au président avec une simple signature au bas du formulaire, sans aucune autre indication.

Un cas voisin avait été examiné par le Comité juridique lors de sa séance du 5 juillet 1989 [B.F. n° 2 477]. L'actionnaire avait coché le cadre [2] (=vote par correspondance), sans rien indiquer dans le cadre "amendements et résolutions nouvelles". Le Comité juridique avait conclu que l'actionnaire n'ayant pas répondu dans ce cadre spécial, ses actions devaient être comptabilisées hors quorum (et hors vote).

En effet, le cadre spécial "amendements et résolutions nouvelles" ne doit pas être considéré comme entrant dans le champ d'application de la réglementation du VPC, l'article L.161-1 (abstention=non) ne s'appliquant pas à ces scrutins. Une modification de la présentation du formulaire a d'ailleurs été prévue pour laisser un "blanc" entre le cadre [2] (VPC) et le cadre spécial "amendements et résolutions nouvelles", pour marquer qu'il s'agit d'une procédure différente, matérialisée par un cadre différent.

Dans ce dernier cas et lorsque l'actionnaire se contente de signer au bas du formulaire, sans cocher aucune case, comment comptabiliser l'absence d'indication dans le cadre spécial "amendement et résolutions nouvelles" ?

Le Comité juridique estime que:

- le cadre spécial "amendements et résolutions nouvelles" n'entrant pas dans le champ de la réglementation du VPC, l'article L.161-1 disposant que toute abstention équivaut à un vote négatif ne s'applique pas;

- la signature de l'actionnaire vaut donc pouvoir délivré au président pour l'ensemble des résolutions, y compris les résolutions nouvelles présentées en séance: pour ces dernières, conformément à l'article L.161, alinéa 3, si elles sont agréées par le conseil, l'actionnaire est considéré comme ayant émis un vote favorable à la résolution, et un vote défavorable dans le cas contraire.



Comité Juridique du 6 juillet 2005

n° 05-044

ASSEMBLEES GENERALES

Ordre des débats et du vote sur les projets de résolutions et les amendements

Convocation de l'assemblée générale - vote par correspondance – bureau – projet de résolution – amendement – résolution nouvelle

Le Comité juridique, lors de sa séance du 7 janvier 1998⁷, avait traité, non sans une certaine perplexité, la question de savoir si l'assemblée générale des actionnaires devait **voter d'abord les projets de résolutions présentés par le conseil d'administration, puis éventuellement les amendements à ces résolutions, ou d'abord les résolutions incorporant le projet d'amendement et, si l'amendement est rejeté, les résolutions initiales inchangées.**

La question a de nouveau été évoquée lors des travaux du groupe Oddo sur les assemblées générales et pour la mise au point du *vade mecum* élaboré par l'AFEP, en liaison avec l'ANSA, sur le rôle du bureau d'une assemblée générale. Cette question mérite d'être reprise aujourd'hui.

Les textes ne disent rien sur cet aspect du fonctionnement des assemblées. Il ne semble pas possible de proposer une solution unique pour tous les cas de figure, mais quelques principes intangibles sur lesquels se fonder face à la diversité des situations. Plusieurs exemples ont été évoqués.

1/ Une grande distinction : les projets de résolutions figurant à l'ordre du jour et les autres, présentés en séance

Le Comité juridique estime utile de rappeler tout d'abord quelques principes qui gouvernent la matière⁸.

⁷ - Communication ANSA n° 2958, p. 6.

⁸ - Sur la distinction entre « projet de résolution déposé par les actionnaires avant la séance et les amendements et résolutions nouvelles », v. Comité juridique du 5 novembre 1997, comm. n° 2945, p. 13 et s.

L'ordre du jour de l'assemblée est arrêté par l'auteur de la convocation (art. L. 225-105, al. 1^{er} du code de commerce), qui est normalement le conseil d'administration ou le directoire (art. L. 225-103-I du code de commerce). Toutefois, un ou plusieurs actionnaires sous certaines conditions peuvent déposer des projets de résolution qui complètent l'ordre du jour ou qui proposent de modifier les projets de résolutions présentés par le conseil.

Il est rappelé ici que l'assemblée ne peut délibérer que sur des sujets relevant de l'ordre du jour sauf exception⁹.

Les projets de résolution déposés régulièrement par des actionnaires (qui peuvent porter sur des sujets nouveaux ou consister à modifier les projets présentés par le conseil), sont de plein droit *inscrits à l'ordre du jour* lorsqu'ils correspondent à la compétence de l'assemblée qui a été convoquée¹⁰ (l'ordre du jour définitif et donc intangible est diffusé à J-15 dernier délai avant l'assemblée)¹¹.

Dans ces conditions, tout projet de résolution (quel que soit son objet et/ou son auteur) figurant à l'ordre du jour doit forcément être débattu en séance et être soumis au vote de l'assemblée générale.

En revanche, les projets de résolutions *présentés en séance*, qu'il s'agisse de résolutions nouvelles par rapport à l'ordre du jour ou d'amendements aux projets inscrits à l'ordre du jour, relèvent d'une autre logique et d'autres règles.

Par convention, l'appellation d'« *amendements* » désigne les seules propositions de modifications des résolutions initiales qui sont présentées *en séance*.

Les projets de *résolutions nouvelles* ne peuvent avoir que trois objets : la révocation d'un ou plusieurs administrateurs avec la faculté de procéder à leur remplacement - cf. art. L 225-105 ; par ailleurs, selon la jurisprudence, ils peuvent constituer le complément nécessaire à un projet de résolution initial ; enfin, ils peuvent être un projet autonome mais de minime importance¹².

⁹ - **Art. L 225-105** : « L'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation.

Toutefois, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution. Ces projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée et portés à la connaissance des actionnaires dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci peut réduire le pourcentage exigé par le présent alinéa, lorsque le capital social excède un montant fixé par ledit décret.

L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Néanmoins, elle peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement.

L'ordre du jour de l'assemblée ne peut être modifié sur deuxième convocation.

Lorsque l'assemblée est appelée à délibérer sur des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise sur lesquelles le comité d'entreprise a été consulté en application de l'article L. 432-1 du code du travail, l'avis de celui-ci lui est communiqué. »

¹⁰ - En ce sens, Comité juridique du 2. 10. 02, comm. ANSA n° 3192.

¹¹ - **Art. D 131** : « Le président du conseil d'administration ou le directoire accuse réception des 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 120-1 à l'adresse indiquée par l'actionnaire.

Ces projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour et soumis au vote de l'assemblée. »

¹² - V. Comité juridique 5. 11. 97, comm. ANSA n° 2945, p. 13.

L'assemblée générale, étant souveraine, est habilitée à examiner de tels projets et à les voter : son pouvoir ne se limite pas en effet à l'adoption ou au rejet tels quels des projets de résolutions figurant à l'ordre du jour¹³.

Par ailleurs, la comptabilisation des pouvoirs « en blanc », c'est-à-dire ne comportant pas d'indication de mandataire et confiés au président, dépend de la position prise par le conseil, aussi bien pour les projets figurant à l'ordre du jour que pour les projets présentés en séance.

Dans le cas des projets ou amendements présentés en cours d'AG, la question se pose de l'éventuelle réunion du conseil afin de les agréer ou non (*cf. infra* 2/).

De plus, certains projets ou amendements pourront être dépourvus de toute pertinence et constituer un détournement de procédure : il appartient au bureau de l'assemblée de l'apprécier, de décider si le projet ou l'amendement est sérieux et doit donc être présenté au vote de l'assemblée, voire de proposer à l'assemblée, si le projet ou l'amendement est sérieux, une rédaction légèrement différente pour éviter des contradictions entre les votes successifs de l'assemblée (*cf. infra* 3/).

2/ Le traitement des pouvoirs « en blanc »

Les pouvoirs « en blanc », délivrés sans indication de mandataire et qui sont confiés au président de l'assemblée, peuvent avoir un impact décisif sur l'adoption ou le rejet des **projets de résolutions** dans les sociétés cotées.

Comme on le sait (art. L. 225-106 dernier alinéa du code de commerce)¹⁴, les pouvoirs « en blanc » sont comptabilisés comme des votes favorables au projet de résolution examiné, si celui-ci est « présenté ou agréé » par le conseil d'administration et comme des votes défavorables pour « tous les autres » projets de résolutions, c'est-à-dire les projets de résolutions présentés par des actionnaires (ou le comité d'entreprise, *cf. note infra*, voire le conseil en vertu d'une obligation légale¹⁵), et non agréés par le conseil.

¹³ - V. sur ce point avis du CJ précité du 5. 11. 97.

¹⁴ - **Art. L 225-106** : « Un actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire ou par son conjoint.

Tout actionnaire peut recevoir les pouvoirs émis par d'autres actionnaires en vue d'être représentés à une assemblée, sans autres limites que celles résultant des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre maximal des voix dont peut disposer une même personne, tant en son nom personnel que comme mandataire.

Avant chaque réunion de l'assemblée générale des actionnaires, le président du conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, peut organiser la consultation des actionnaires mentionnés à l'article L. 225-102 afin de leur permettre de désigner un ou plusieurs mandataires pour les représenter à l'assemblée générale conformément aux dispositions du présent article.

Cette consultation est obligatoire lorsque, les statuts ayant été modifiés en application de l'article L. 225-23 ou de l'article L. 225-71, l'assemblée générale ordinaire doit nommer au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, selon le cas, un ou des salariés actionnaires ou membres des conseils de surveillance des fonds communs de placement d'entreprise détenant des actions de la société.

Cette consultation est également obligatoire lorsque l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur une modification des statuts en application de l'article L. 225-23 ou de l'article L. 225-71.

Les clauses contraires aux dispositions des alinéas précédents sont réputées non écrites.

Pour toute procuration d'un actionnaire sans indication de mandataire, le président de l'assemblée générale émet un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution. Pour émettre tout autre vote, l'actionnaire doit faire choix d'un mandataire qui accepte de voter dans le sens indiqué par le mandant. »

¹⁵ - Pour mémoire, une telle obligation peut se produire en matière d'émission réservée aux salariés (v. art. L. 225-129-6) : dans ce domaine, le conseil est dans certains cas tenu de soumettre à l'assemblée un projet de résolution, qu'il peut cependant ne pas agréer, ce qui le conduit à recommander aux actionnaires un vote négatif.

A/ Qu'entend ici le législateur par l'expression « projet de résolution » ?

a/ Il ne fait aucun doute que cette notion vise tout d'abord les projets de résolutions *inscrits à l'ordre du jour*, qu'il s'agisse des projets présentés par le conseil ou de ceux qui sont présentés par des actionnaires remplissant les conditions légales pour le faire avant la convocation de l'assemblée.

b/ En outre, la notion de « projet de résolution » comprend également les « projets de résolutions nouvelles », qui sont *présentés en séance* (et qui ont été définis plus haut).

Vise – t-elle enfin les *amendements*, par définition présentés en séance, qui modifient les projets de résolutions inscrits à l'ordre du jour ?

Certains en doutent, en faisant observer qu'à la différence des projets de résolutions, les *amendements* ne sont pas expressément visés par le texte relatif aux pouvoirs « en blanc » (article L. 225-106, der. al. du code de commerce). Mais il s'agirait là d'une interprétation très restrictive : dans sa forme, un amendement demeure un « projet de résolution ».

Par conséquent, *selon le Comité juridique*, le vote des pouvoirs « en blanc » en matière d'amendements doit donc être considéré comme soumis au même régime que celui, exposé plus haut, qui s'applique aux projets de résolutions initiaux et aux projets de résolutions nouvelles : votes favorables à l'amendement examiné, si celui-ci est « présenté ou agréé » par le conseil d'administration et votes défavorables pour « tous les autres » projets.

B/ A partir de ce constat, la question se pose de savoir si le conseil doit *impérativement se réunir* ou non pour se prononcer sur les projets de résolutions qui n'émanent pas de lui.

La question se pose *a priori* différemment selon qu'il s'agit de projets de résolutions initiaux figurant à l'ordre du jour ou de projets de résolutions nouvelles ou d'amendements présentés en séance.

a/ Comme on l'a vu, l'article L. 225-105 précise que l'ordre du jour est arrêté par l'auteur de la convocation, donc en général par le conseil. En ce qui concerne les projets de résolutions présentés dans les temps *avant l'assemblée* par des actionnaires remplissant les conditions pour le faire, le conseil, qui arrête l'*ordre du jour* définitif pour le publier en J-15 dernier délai, en a forcément pris connaissance, et aura normalement été amené à prendre position sur ces projets, encore que le texte de l'article 131 du décret du 23 mars 1967 ne l'y oblige pas formellement¹⁶.

b/ Qu'en est-il des projets de résolutions nouvelles et des amendements, par définition *présentés en séance* ?

Le *Comité juridique* observe qu'aucun texte n'oblige à convoquer un conseil lors de toute assemblée pour qu'il puisse se réunir si un projet de résolution ou un amendement est éventuellement déposé en séance. Certes, l'ANSA, avec d'autres, a toujours recommandé aux sociétés cotées de prévoir la présence aux AG des administrateurs, par égard envers les actionnaires. Mais en l'état des textes, on ne peut en faire une obligation juridique.

¹⁶ - Cf texte *supra* note 8.

De plus, en pratique, certaines demandes d'amendements peuvent par leur manque de sérieux ne pas avoir leur place dans une assemblée générale : il serait évidemment abusif d'obliger le président à réunir systématiquement un conseil en cours d'AG quelle que soit la nature de l'amendement. En réalité, c'est au bureau de prendre ses responsabilités et de décider, compte tenu de l'importance de l'amendement, si une réunion fortuite du conseil s'impose.

Il est certain que, si le conseil, faute de réunion à l'improviste, s'abstient d'agréer un projet de résolution ou d'amendement présenté en séance par un actionnaire, les pouvoirs « en blanc » ne pourraient qu'être comptabilisés comme des votes négatifs. Cela étant, une opposition passive du conseil sur un projet de résolution présenté par un actionnaire n'est pas satisfaisante.

Selon le Comité juridique, il est donc prudent que le conseil, sous réserve d'un examen du caractère sérieux des projets de résolutions nouvelles ou des amendements s'ils sont présentés en séance, se réunisse pendant l'assemblée pour se prononcer sur ces *projets en les agréant ou non*¹⁷, et ce, après la fin des débats et avant le début des opérations de vote.

3/ Ordre de présentation et de soumission au vote des projets de résolutions initiales et des amendements

Tous les projets de résolutions qui figurent à l'ordre du jour doivent être soumis au vote de l'assemblée (D., art. 131, al. 2).

Faut-il commencer par soumettre au vote d'abord les résolutions initiales ? Ou plutôt les amendements ?

a/ La méthode du vote prioritaire sur les amendements

Faut-il appliquer la procédure de vote en usage dans les assemblées parlementaires ? Ce système conduirait à soumettre au vote en premier lieu les amendements, qu'ils se présentent sous la forme de projets de résolutions portés à l'ordre du jour ou qu'ils soient présentés en séance. *Selon le Comité juridique*, cette méthode paraît peu opérationnelle :

- . cette procédure, comme le Comité juridique l'avait déjà signalé dans son avis de janvier 1998, obéit à des règles propres au Parlement, qui font intervenir plusieurs sources de proposition (gouvernement, commissions parlementaires, parlementaires eux-mêmes) ;

- . elle désorganiserait le déroulement des assemblées d'actionnaires : l'exposé des projets du conseil d'administration, qui bénéficie jusqu'alors de la confiance de l'assemblée, risquerait d'être relégué en seconde position et d'être noyé dans des débats qui se focaliseraient d'abord sur les avis contraires ;

¹⁷ - De plus, il est nécessaire que le conseil se réunisse préalablement afin d'éviter tout incident, voire tout contentieux sur le caractère acceptable ou non d'un projet de résolution présenté par *le comité d'entreprise*, et sur le sens du vote des « pouvoirs en blanc » relatifs à un tel projet. La décision du conseil, si elle conclut à un rejet du projet et au refus de son inscription à l'ordre du jour de l'assemblée générale, doit être clairement motivée (dans ce sens, avis du Comité juridique du 2 oct. 2002, *comm. ANSA n° 3192*).

. elle paraît difficilement compatible avec l'importance des votes par correspondance ou, à l'avenir, des votes pré-assemblée par Internet, qui ne permettent pas de s'exprimer au fond sur les amendements présentés en séance¹⁸.

Le Comité juridique est donc d'avis de ne pas retenir cette méthode en règle générale.

b/ La méthode du vote prioritaire sur les projets de résolutions initiales

Selon le Comité juridique, il est donc préférable de soumettre au vote en premier lieu les projets de résolutions initiales. Certains de ces projets pourront être éventuellement corrigés par le conseil pour intégrer une proposition de résolution d'actionnaires figurant à l'ordre du jour, qu'il aurait agréée et sur laquelle l'assemblée doit se prononcer en tout état de cause.

Dans la plupart des cas, ce vote sur la résolution initiale, si elle est adoptée, rend *ipso facto* superflu et élimine le vote sur le ou les amendements (qui sont présentés en séance, cf. définition *supra*).

Dans d'autres cas, après le vote de chaque résolution initiale, il sera procédé à la discussion et à la mise au voix des amendements s'y rapportant, qui sont retenus par le bureau et sur lesquels le conseil se sera éventuellement et par prudence prononcé. L'appréciation du bureau pourra varier selon les situations.

. Ainsi, au cas où un amendement serait totalement contradictoire avec une résolution initiale venant d'être adoptée, ce qui serait le cas d'un amendement de suppression pure et simple du projet de résolution, le bureau pourrait ne pas le présenter ; le président, sous le contrôle du bureau, aura en effet souligné les conséquences logiques d'un vote favorable sur la résolution initiale.

. De plus, le bureau devra vérifier que les projets présentés entrent dans les trois cas de figure énumérés supra s'il s'agit de résolutions nouvelles, et s'ils s'agit d'amendements, qu'ils entrent dans le champ de l'ordre du jour, à apprécier le caractère sérieux de ces projets, voire à écarter le vote sur les projets manifestement fantaisistes (cf. supra), et à proposer le cas échéant d'en aménager la rédaction pour éviter les contradictions (cf. infra, précisions). En cas d'hésitation du bureau, le conseil, amené à se réunir à l'occasion d'une suspension de séance de l'assemblée pour agréer ou non un tel projet, pourra également se prononcer à cette occasion sur la présentation du projet au vote de l'assemblée.

Pour la majorité du *Comité juridique*, il est donc permis au bureau de l'AG de décider de ne pas procéder au vote sur un amendement, à condition que toutes les explications nécessaires aient été données auparavant sur les conséquences du vote du projet de résolution initial.

En conclusion et en règle générale, le bureau décidera donc la mise au voix prioritaire de la résolution initiale du conseil, et pourra même décider de modifier ou de ne pas soumettre un amendement au vote de l'assemblée, après examen du caractère sérieux de celui-ci. Mais le minimum de procédure à respecter est que l'assemblée *débate auparavant* de cet amendement ou de ces amendements de dernière minute, en expliquant les raisons pour lesquelles le conseil

¹⁸ - Rappel : le formulaire AFNOR de procuration et de vote en AG prévoit un casier spécial « amendements et résolutions nouvelles » qui laisse trois choix possibles à l'actionnaire votant par correspondance : donner pouvoir au président, s'abstenir, c'est-à-dire voter « contre », ou donner mandat à un autre actionnaire ou à son conjoint.

estime opportun un vote prioritaire (et exclusif, s'il est adopté) sur *son propre projet*. Il se pourra que le conseil lui-même, durant la séance de l'assemblée, présente un amendement à l'un de ses propres projets de résolutions : il devra alors également, comme l'a recommandé le Comité juridique dans un de ses avis antérieurs¹⁹, présenter des explications si possible écrites et se soumettre à un débat préalable de l'assemblée.

4/ Modalités de vote sur les projets de résolutions initiales et les amendements

a/ Rappel de quelques principes

Les progrès des techniques, en particulier du vote par utilisation de boîtiers électroniques et, à l'avenir, du vote par Internet, laissent espérer que puisse se généraliser le système qui permet une discussion, un vote, un dépouillement et une proclamation séparés pour chaque projet de résolution, après prise en compte de chaque amendement y afférent, à condition que ceux-ci soient peu nombreux. Le respect des principes énoncés ci-dessus paraît donc réaliste.

Il est cependant prudent de déconseiller de recourir, en l'état actuel des techniques, au vote par Internet en séance, même s'il est autorisé par la loi (article L. 225-107-II du code de commerce).

b/ Le cas du dépouillement groupé des votes

En pratique, dans certaines grandes sociétés cotées, pour des raisons d'organisation et d'efficacité, les projets de résolutions initiaux, présentés par le conseil ou des actionnaires et figurant à l'ordre du jour, peuvent être débattus en bloc puis successivement votés. Les amendements présentés en séance, numérotés de manière distincte, sont débattus après chaque résolution initiale, puis mis aux voix. Mais les votes intervenus sur les résolutions initiales et les amendements présentés en séance font l'objet d'un dépouillement groupé (exemple : par lecture optique sur des bulletins cartonnés). Les résultats des votes ne sont donc connus qu'en fin de séance et le vote intervenu sur chaque résolution ou amendement ne peut conditionner ou influencer les votes suivants.

La pratique décrite ci-dessus pourrait être critiquée (cf. séance du Comité juridique du 7 janvier 1998), mais des précautions peuvent être prises pour surmonter les difficultés. En réalité, la pratique du dépouillement et de la proclamation groupés des votes peut être considérée comme valable si le bureau organise méthodiquement les débats, demande éventuellement au conseil de se prononcer, et examine le caractère sérieux et non contradictoire des amendements avant de passer au vote.

Il serait en revanche difficilement concevable de discuter et de faire voter d'abord sur toutes les résolutions initiales, puis sur tous les amendements : cela ne pourrait qu'engendrer confusion et incompréhension.

Quoi qu'il en soit, la supériorité des systèmes tels que celui du boîtier électronique réside dans la possibilité de faire voter successivement sur les résolutions, avec prise en compte immédiate des amendements retenus, et de connaître en temps réel le résultat de chacun des votes intervenus sur les diverses résolutions et amendements. C'est pourquoi le développement de ces techniques modernes est souhaitable.

¹⁹ - Avis du CJ du 1^{er} juillet 1998.

5/ NB – Précisions sur la prévention par le bureau des votes contradictoires

Si un amendement présenté *risque d'aboutir à des votes contradictoires*, le bureau sera amené à proposer à l'assemblée une légère modification de sa rédaction.

Si, malgré l'adoption antérieure de la résolution initiale, le vote sur un amendement est néanmoins décidé, le président devra clairement expliquer à l'assemblée les conséquences de son second vote.

Dans ce cas également, des *votes contradictoires* risquent d'être enregistrés.

En réalité, tout dépend souvent de la façon dont l'information est donnée à l'assemblée et dont l'amendement est rédigé. Il appartiendra au bureau, avec une éventuelle approbation ou un rejet de chaque amendement par le conseil, d'*organiser la prévention des contradictions*.

Lorsque le bureau estime par prudence préférable de procéder au vote sur les amendements malgré l'adoption du projet présenté par le conseil, on peut s'inspirer des exemples suivants.

Exemple 1: le bureau se trouve face à deux propositions de résolutions, l'une du conseil, l'autre d'actionnaires :

A - « Le dividende versé au titre de l'exercice 2004 sera de 3 euros par action ».

B - « Le dividende versé au titre de l'exercice 2004 sera de 4 euros par action ».

Une bonne gestion des débats et des votes conduira le bureau à proposer au vote la résolution A telle quelle, puis la résolution B, modifiée comme suit :

B bis, amendant la résolution A - « Le dividende voté au titre de l'exercice 2004 est augmenté d'1 euro par action ».

Exemple 2 : le bureau se trouve face à deux propositions de résolutions d'actionnaires qui, contre l'avis du conseil, - lequel souhaite nommer un administrateur M. Dupont -, proposent la nomination de quatre administrateurs différents, de façon groupée et deux à deux (MM. Durand et Martin d'un côté, MM. Dubois et Petit de l'autre), le plafond statutaire correspondant à deux postes vacants.

Le bureau agira prudemment en annonçant à l'avance la règle du jeu suivante, évitant les éventuelles contradictions :

A/ le projet de résolution du conseil sera d'abord mis au voix : M. Dupont sera nommé s'il obtient la majorité requise, sous réserve qu'aucun autre candidat n'obtienne lors des votes suivants un plus grand nombre de voix.

B/ le projet de résolution des actionnaires XXXXX sera ensuite mis aux voix : M. Durand et éventuellement M. Martin seront nommés, chaque candidat devant obtenir la majorité requise, sous réserve qu'aucun autre candidat n'obtienne un plus grand nombre de voix et qu'un poste demeure vacant en fonction des autres nominations intervenues.

C/ le projet de résolution des actionnaires YYYYYY sera ensuite mis aux voix : M. Dubois et éventuellement M. Petit seront nommés, chaque candidat devant obtenir la majorité requise, sous réserve qu'aucun autre candidat n'ait obtenu lors des votes précédents un plus grand nombre de voix et qu'un poste demeure vacant en fonction des autres nominations intervenues²⁰.

Dans un tel cas, ne pas procéder au vote de tous les projets de résolutions ou amendements est exclu.

Au cours des débats, le président, expliquera **clairement** à l'assemblée :

- pourquoi le Conseil a agréé la nomination d'un seul administrateur, M. Dupont ;
- pourquoi il ne souhaite pas la nomination de 2 administrateurs ; qu'en conséquence, il invite les actionnaires à voter pour la résolution qu'il présente et contre les autres résolutions ;
- que le nombre statutaire de postes vacants étant de 2, 2 administrateurs au maximum pourraient être élus ; que les actionnaires doivent donc logiquement voter favorablement au maximum pour 2 candidats ;
- que seront élus les administrateurs ayant obtenu plus de 50 % des voix ;
- que si par extraordinaire plus de 2 administrateurs obtenaient plus de 50 % des voix, seuls seraient élus les 2 administrateurs ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

Dans la mesure où l'AG est appelée à voter sur tous les amendements, ce qui ne semble guère possible en pratique dans les grandes sociétés cotées, on ne voit pas qu'elle contestation pourrait survenir, à moins que l'ordre de présentation des amendements soit lui-même décisif. Au demeurant, en cas de conflit entre actionnaires, un vote préalable sur la procédure de vote elle-même serait indispensable.

²⁰ - Chacune de ces étapes doit être évidemment soigneusement consignée au procès-verbal de l'assemblée.

**Annexe 7 : Jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 6 mai 2008
SA Grupo Rayet c/ SA Eiffage**

page 1

Affaire 2007F2086

**TRIBUNAL DE COMMERCE DE NANTERRE
JUGEMENT PRONONCE LE 6 Mai 2008
1ère CHAMBRE**

DEMANDEUR

SA GRUPO RAYET C/Mayor, 33 35 1a Pita 19001
Guadalajara CIF: A 19145853 ESPAGNE
comparant par MAYER BROWN agissant par Me
Jean-Philippe LAMBERT et Me Guillaume KUPERFILS 20 av
Hoche 75008 PARIS

DEFENDEURS

SA EIFFAGE 163 Quai du Docteur Dervaux 92600
ASNIERES SUR SEINE
comparant par Me OLTRAMARE Alain,
FOURCAULT Richard, GANTELME Denis, MAHL Bertrand 3
Rue Danton 75006 PARIS et le Cabinet BREDIN PRAT
agissant par Me Jean-François PRAT, Me Sylvie MORABIA et
Me Patrick DZIEWOLSKI

STE EIFFAIME 16-18 Impasse d' Antin 75008
PARIS
comparant par Me Pierre HERNE 16 Rue Gustave
Courbet 75116 PARIS et par SCP RAMBAUD MARTEL
agissant par Me Jean-Pierre MARTEL 31 Ave Pierre 1er de
Serbie 75782 PARIS CEDEX 16

LE TRIBUNAL AYANT LE 30 Janvier 2008 ORDONNE LA CLOTURE DES DEBATS POUR
LE JUGEMENT ETRE PRONONCE LE 6 Mai 2008, ET CE JOUR, APRES EN AVOIR
DELIBERE.

LES FAITS :

La société GRUPO RAYET est une société de droit espagnol ayant des activités d'investissement dans les secteurs de l'immobilier, des médias, de l'industrie hôtelière et de la construction.

La société EIFFAGE est la société holding du groupe EIFFAGE qui résulte de l'alliance, réalisée en 1992, entre les sociétés FOUGEROLLE et SAE.
Elle se classe au septième rang des groupes européens de construction.

La société EIFFAIME est la société des cadres d'EIFFAGE dont elle détient plus de 5% du capital.
SICAVAS EIFFAGE 2000 est la société détenue par les salariés de la société EIFFAGE, représentée par Madame BRENEOL, qui est également administrateur de la société EIFFAGE, et représentant des salariés au Conseil.

GRUPO RAYET a acquis des actions d'EIFFAGE lui conférant 4,21% du capital de cette société. Cette acquisition, réalisée début 2007, pour un montant d'environ 400 M€, a fait l'objet de quatre déclarations de franchissement de seuil statutaire le premier le 22 mars 2007 (1%), le 23 mars (2%), le 28 mars (3%) et 2 avril 2007 (4%).

Fr

L'assemblée générale mixte des actionnaires d'EIFFAGE a été convoquée le 18 avril 2007 par avis de convocation publié au Bulletin des Annonces Légales Obligatoires (BALO) du 2 avril 2007.

A la demande d'EIFFAGE, Maître MIELLET, huissier de justice, assistait à cette assemblée et avait notamment pour mission de retranscrire et de dresser constat de l'intégralité des débats.

Monsieur ROVERATO, en sa qualité de Président Directeur Général d'EIFFAGE, a ouvert l'assemblée générale et a procédé à la constitution du Bureau de l'assemblée (ci après le Bureau).

La composition du Bureau était la suivante

- Monsieur ROVERATO,
- SACYR représentée par Maître PERCHET,
- SICAVAS EIFFAGE 2000 représentée par Madame BRENEOL, sa présidente, elle-même administrateur et salariée d'EIFFAGE.

SACYR et EIFFAGE 2000 intervenaient en leur qualité de représentant des actionnaires détenant le plus grand nombre de droits de vote. Monsieur DELMOTTE, cadre salarié d'EIFFAGE, était désigné en qualité de secrétaire.

Dix minutes environ après la constitution du Bureau, Monsieur KERBOEUF, représentant d'EIFFAIME demandait à Monsieur ROVERATO de procéder à la lecture publique d'une lettre qu'il venait de lui remettre.

Aux termes de cette lettre dactylographiée et datée du jour de l'assemblée, soit le 18 avril 2007, il était indiqué qu'« A la lecture de la feuille de présence de l'assemblée générale d'EIFFAGE réunie ce jour, (il) constate la présence d'un certain nombre très significatif de nouveaux actionnaires dont la plupart présente de grandes similitudes de représentation, de localisation et de dénomination. »

EIFFAIME en déduisait qu'il existait des « indices graves, précis et concordants » caractérisant l'existence de concert entre SACYR, et 89 actionnaires « ibériques ».

Monsieur KERBOEUF poursuivait sa lettre en indiquant que ces 89 actionnaires détenaient de concert plus de 50% du capital et des droits de vote d'EIFFAGE alors qu'ils n'avaient pas déclaré le franchissement collectif des seuils du tiers et de la moitié du capital et des droits de vote aux assemblées d'actionnaires, comme cela est requis par la réglementation boursière.

Monsieur KERBOEUF concluait en demandant au Bureau de

- constater l'absence de déclaration par ces actionnaires concertistes du seuil de détention du tiers et de la moitié du capital d'EIFFAGE,
- et priver en conséquence de tout droit de vote les actions détenues par ces actionnaires excédant le seuil du tiers du capital.

Après avoir demandé aux actionnaires concernés s'ils souhaitaient intervenir et entendu les protestations et dénégations de plusieurs d'entre eux, Monsieur ROVERATO a demandé au Bureau si « au regard de la feuille de présence, des éléments présentés par EIFFAIME et des autres éléments qu'ils pourraient prendre en considération, () il existe des indices graves, précis et concordants concernant une action de concert entre les actionnaires mentionnés et SACYR VALLEHERMOSO SA ».

Le représentant de SACYR éleva une vive protestation contre les allégations selon lui sans fondement proférées contre SACYR, exprimant en sa qualité de scrutateur, son opposition à ce que le Bureau fasse droit à une demande aussi exorbitante, il attirait également l'attention du Président sur les graves risques d'irrégularités des délibérations de l'assemblée qu'emporterait une telle mesure de privation des droits de vote si elle venait à être adoptée par le Bureau.

Après avoir répondu par l'affirmative, à l'exception de SACYR, le Bureau a constaté que l'action de concert n'avait pas été déclarée, avant de décider, en application des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article L 233-14 du Code de commerce, la privation des droits de vote des actions détenues par les actionnaires espagnols pour la partie dépassant le seuil du tiers du capital et des droits de vote et ce, pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification.

Je h

GRUPO RAYET a, dès sa mise en cause dans une éventuelle action de concert, émis de véhémentes protestations et a indiqué qu'il considérait « *comme illégale cette décision et (va) aussi abandonner l'assemblée. (On) considère que c'est une illégalité complètement intolérable.* »

Du fait de cette décision du Bureau la privant d'une partie substantielle des droits de vote dont elle aurait pu disposer, GRUPO RAYET n'a pas pu participer au vote des résolutions figurant à l'ordre du jour de la dite assemblée.

PROCEDURE :

C'est dans ces circonstances que par Ordonnance en date **2 mai 2007**, faisant suite à une requête du même jour, le Président du Tribunal de céans a autorisé GRUPO RAYET à assigner pour le jeudi 24 mai 2007.

Par acte en date du **3 mai 2007** GRUPO RAYET demande au Tribunal de

Vu l'article 1844 du Code Civil,

Vu les articles L 233-7, L 233-10, L 233-14 et L 235-1 du Code de Commerce

Vu l'assemblée générale de EIFFAGE du 18 avril 2007,

- Constater l'incompétence du Bureau de l'assemblée générale des actionnaires d'EIFFAGE réunie le 18 avril 2007 pour décider que des actionnaires agissaient de concert,
- Constater, au surplus, l'inexistence de toute action de concert à laquelle serait partie GRUPO RAYET,
- Constater, en conséquence, que GRUPO RAYET n'a pas, seule ou de concert, directement ou indirectement, violé les dispositions de l'article L 233-7 du Code de Commerce,
- Constater, en conséquence, que les dispositions de l'article L 233-14 privant de droits de vote les actions excédant un seuil non déclaré en application de l'article L 233-7 du Code de Commerce ne s'appliquent pas aux actions détenues par GRUPO RAYET,
- Constater, en conséquence, que toutes les actions détenues par GRUPO RAYET disposent de leur droit de vote.

En conséquence

- Prononcer la nullité de toutes les décisions prises par le Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE réunie le 18 avril 2007, relatives à la privation du droit de vote de certaines des actions détenues par GRUPO RAYET,
- Prononcer la nullité de toutes les délibérations adoptées par l'assemblée générale des actionnaires d'EIFFAGE réunie le 18 avril 2007,
- Condamner EIFFAGE à payer à GRUPO RAYET une somme de 100.000 € HT au titre de l'article 700 du NCPC,
- Condamner EIFFAGE aux entiers dépens,
- Ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

Dans des conclusions déposées à l'audience du **31 mai 2007** EIFFAIME demande au Tribunal de

Vu les articles 325 et suivants du NCPC,

Vu les articles L 233-7 et suivants du Code de Commerce,

Vu les articles R 225-94 et suivants du Code de Commerce,

- Recevoir EIFFAIME en son intervention volontaire,
- Juger que le Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007 était compétent pour tirer les conséquences légales automatiques de la situation de fait qui lui étaient soumise,
- Constater que GRUPO RAYET a franchi de concert sans le déclarer le seuil de 33,33% du capital et des droits de vote d'EIFFAGE,
- En conséquence débouter GRUPO RAYET de l'intégralité de ses demandes,
- Condamner GRUPO RAYET à payer à EIFFAIME la somme de 100.000 € sur le fondement de l'article 700 du NCPC,

Te A

page 4

Affaire 2007F2086

- Condamner GRUPO RAYET aux entiers dépens.

Par lettre du **24 mai 2007** le Tribunal de céans a communiqué à l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) la copie de deux assignations délivrées les 24 avril et 3 mai 2007 à EIFFAGE par deux de ses actionnaires, les sociétés SACYR VALLEHERMOSO et GRUPO RAYET et lui a demandé, conformément aux dispositions de l'article L 620-20 du Code Monétaire et Financier, de lui faire connaître ses observations.

Dans des conclusions déposées à l'audience du **31 mai 2007** EIFFAGE demande au Tribunal de

- Déclarer GRUPO RAYET mal fondée en son action,
- La débouter de toutes ses demandes, fins et conclusions,
- La condamner à payer à EIFFAGE la somme de 80.000 € au titre de l'article 700 du NCPC, à raison des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge,
- Et aux entiers dépens.

Dans des conclusions en réponse déposées à l'audience du **7 juin 2007** GRUPO RAYET réitère ses précédentes demandes y ajoutant

- Condamner EIFFAIME à payer à GRUPO RAYET une somme de 100.000 € au titre des dispositions de l'article 700 du NCPC.

L'AMF a considéré, dans sa réponse en date du **28 juin 2007** que SACYR et six autres actionnaires, Arcomundo SL, Acciones Réunidas SI, Inmobiliaria Vano SL, Explotaciones Forestales Agrícolas y Pecuarias Alavesas, Ben Patricio SI, Portman Golf SA, « *sans que cette liste puisse être considérée comme exhaustive, agissaient de concert pour mettre en œuvre à l'égard d'EIFFAGE une politique commune consistant à prendre le contrôle de cette société afin d'opérer ensuite avec elle un rapprochement industriel.* »

SACYR et les six actionnaires ont interjeté appel devant la Cour d'appel de Paris de la décision de non-conformité de l'AMF.

Dans des conclusions récapitulatives déposées à l'audience du **8 novembre 2007** EIFFAGE réitère ses précédentes demandes.

Dans des conclusions déposées à l'audience du **23 novembre 2007** EIFFAIME demande au Tribunal de

- La recevoir en son intervention volontaire,
- Juger que le Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007 était bien compétent pour tirer les conséquences légales automatiques de la situation de fait qui lui étaient soumise et qu'il l'a fait à juste raison,
- En conséquence, débouter GRUPO RAYET de l'intégralité de ses demandes,
- Condamner GRUPO RAYET à payer à EIFFAIME la somme de 100.000 € sur le fondement de l'article 700 du NCPC,
- Condamner GRUPO RAYET aux entiers dépens.

Dans des conclusions récapitulatives déposées à l'audience du **20 décembre 2007** GRUPO RAYET demande au Tribunal de

Vu l'article 1844 du Code Civil,

Vu les articles L.233-7, L.233-10, L.233-14, L.235-1 et L.235-2-1 du Code de Commerce,

Vu l'assemblée générale de EIFFAGE du 18 avril 2007 et la décision de l'AMF du 26 juin 2007,

Te h

- Constaté que la privation des droits de vote de GRUPO RAYET par le Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007 sur le fondement de l'article L 233-10 II du Code de Commerce, n'étaient que sur le seul courrier de Monsieur KERBOEUF,
- Constaté en conséquence
 - que le bureau n'était pas en présence d'un concert avéré ou express, ni en présence de l'un des cinq cas de présomption de concert énumérés à l'article L 233-10 du Code de Commerce,
 - à titre subsidiaire, que le Bureau n'était pas même pas en présence d'un « faisceau d'indices graves, précis et concordants » caractérisant la participation de GRUPO RAYET à un accord obligatoire avec les 88 autres actionnaires espagnols visant à exercer une politique vis-à-vis d'EIFFAGE,
 - et que dès lors, le Bureau n'était pas habilité à faire application de l'article L 233-14 du Code de Commerce,
- A titre subsidiaire, constaté en tout état de cause que GRUPO RAYET ne participe pas à l'action de concert identifiée par l'AMF existant entre SACYR et EFAPA, ACCIONES REUNIDAS, BENS PATRICIOS, PORTMAN GOLF, IMMOBILIARA VANO,

En conséquence

- Prononcer la nullité de toutes les décisions prises par le Bureau de l'Assemblée Générale d'EIFFAGE réunie le 18 avril 2007 relatives à la privation du droit de vote de la quasi-totalité des actions détenues par GRUPO RAYET,
- Prononcer la nullité de toutes les délibérations adoptées par l'Assemblée Générale des actionnaires d'EIFFAGE réunie le 18 avril 2007,

En tout état de cause

- Condamner EIFFAGE à payer à GRUPO RAYET une somme de 100.000 € au titre de l'article 700 du NCPC,
- Condamner EIFFAIME à payer à GRUPO RAYET une somme de 100.000 € au titre de l'article 700 du NCPC,
- Condamner EIFFAGE et EIFFAIME aux entiers dépens,
- Ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

A l'Audience plénière du 30 janvier 2008, le Tribunal a clos les débats et mis le jugement en délibéré pour être prononcé le **6 mai 2008**.

Par arrêt en date du **2 avril 2008**, la Cour d'appel de Paris a confirmé l'existence d'un concert entre SACYR et six autres actionnaires, GRUPO RAYET et IPSL ne faisant pas partie du groupe des concertistes.

MOYENS DES PARTIES ET DISCUSSION :

Sur l'intervention volontaire d'EIFFAIME :

Attendu qu'EIFFAIME est la société des cadres d'EIFFAGE dont elle détient plus de 5% du capital, qu'elle intervient volontairement à la présente instance pour être à l'origine du courrier ayant servi de fondement à la décision du Bureau,

Qu'en conséquence le Tribunal dira EIFFAIME recevable à intervenir volontairement dans la présente instance.

Je h

Sur la nullité de la décision du bureau :

GRUPO RAYET expose:

- Qu'elle a été privée par le Bureau de 99% de ses droits de vote aux motifs qu'elle n'aurait pas procédé à la déclaration de franchissement de seuil collectif en raison de sa participation à une action de concert avec SACYR,
- Que la loi ne confère au Bureau que des attributions très limitées et définies par les dispositions des articles R 225-95 et R 225-106 du Code de Commerce,
- Que si l'on doit suivre une jurisprudence naissante et reconnaître au Bureau une compétence *extra legem* pour prononcer la sanction prévue par l'article L 233-14 du Code de Commerce, son pouvoir d'appréciation ne pourrait être limité qu'à l'évidence, sauf à faire du Bureau un véritable organe juridictionnel totalement affranchi de tout impératif de bonne justice,
- Qu'en l'espèce, le Bureau ne peut invoquer aucune évidence d'action de concert pour justifier sa décision de priver GRUPO RAYET de ses droits de vote. Le concert n'est ni avéré ni ne peut se présumer en application de l'article L 233-10 II du Code de Commerce.
- Qu'outre la violation des articles L 233-14 alinéa 1 et L 233-10 II du Code de Commerce, le Bureau a violé les dispositions des articles 1844 du Code civil et L 225-113 du Code de Commerce puisqu'il a, de manière injustifiée, empêché GRUPO RAYET d'exercer ses droits de vote en tant qu'actionnaire d'EIFFAGE.

EIFFAGE réplique

- Que GRUPO RAYET invoque de manière non pertinente les dispositions de l'article 1844 du Code civil et L 225-113 du Code de Commerce relatifs au droit de participer aux assemblées générales,
- Que ces dispositions visent non pas le droit de voter mais le droit de participer à l'assemblée qui sont naturellement deux droits distincts de l'actionnaire,
- Que GRUPO RAYET n'a nullement été privée du droit de participer à l'assemblée générale, que bien au contraire elle avait reçu les cartes d'admission permettant à ses représentants de s'y rendre et elle s'est même exprimée publiquement lors des débats,
- Que le représentant de GRUPO RAYET, qui s'est exprimé publiquement lors des débats,
- Que le Bureau n'est pas sorti de ses attributions au-delà de ses attributions spécifiques, il est reconnu au Bureau le pouvoir et même le devoir de contrôler l'exercice du droit de vote, il doit s'assurer que l'assemblée pouvait délibérer valablement. Il est de sa responsabilité de constater la privation de droits de vote en cas de franchissement de seuil irrégulier, il se doit de prendre parti sur la réalité d'un concert en cas de difficulté même en cas de contestation, sous le contrôle, a posteriori du juge,
- Qu'en tout état de cause l'application de l'article L 233-14 du Code de Commerce qui dispose qu'« à défaut d'avoir été régulièrement déclarées dans les conditions prévues à l'article L 233-7 les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée. sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification » s'impose dès lors que, même en présence d'une contestation, il existe des indices graves et concordants d'une action de concert,
- Qu'en constatant la privation des droits de vote, le Bureau ne s'est pas prononcé sur une sanction, ni tranché un litige entre actionnaires mais a simplement constaté une situation d'évidence entraînant les conséquences automatiques prévues par la loi,
- Que c'est dans le cadre de ses attributions que le Bureau, garant de la régularité des votes en assemblée, a constaté la privation des droits de vote de GRUPO RAYET, les faits sur lesquels s'est fondé le Bureau sont, d'une manière surprenante, particulièrement nombreux, graves et concordants.

Je h

EIFFAIME pour sa part, fait valoir

- Que lors de l'AG du 18 avril 2007, EIFFAIME a porté à la connaissance du Bureau l'existence d'indices graves, précis et concordants caractérisant que plusieurs actionnaires dont GRUPO RAYET et IPSL avaient franchi de concert avec SACYR le seuil de 33,33% du capital et des droits de vote, sans procéder à la déclaration de ce franchissement de seuil. Le bureau après en avoir délibéré a constaté la privation automatique par l'effet de la loi (L 233-14 du Code de Commerce) des droits de vote attachés aux actions détenues par ces actionnaires de concert avec SACYR excédant le seuil de 33,33%,
- Qu'EIFFAIME, qui est à l'origine de la décision du Bureau de l'assemblée dont la nullité est demandée et qui a approuvé les décisions prises lors de l'AG dont la nullité est également demandée, intervient donc dans cette procédure pour demander que GRUPO RAYET soit déboutée de ses demandes. Selon elle, SACYR s'est alliée avec GRUPO RAYET et d'autres actionnaires d'EIFFAGE avec lesquels elle agit de concert sans le révéler en vue de mettre en œuvre vis-à-vis d'EIFFAGE une politique de rapprochement avec SACYR. Ainsi SACYR a effectivement franchi de concert le seuil de 33,33% d'EIFFAGE sans le déclarer,
- Qu'EIFFAIME entend démontrer que le Bureau de l'assemblée avait le pouvoir et même le devoir de constater la privation automatique des droits de vote par l'effet de la loi,
- Qu'EIFFAIME soutient que SACYR cherche à rattacher EIFFAGE à son groupe et ce en raison de l'attribution à EIFFAGE du contrôle des Autoroutes Paris Rhin Rhône (APRR),
- Que dans un premier temps SACYR a tenté en vain de mener seule cette politique vis-à-vis d'EIFFAGE. Ayant constaté qu'elle ne pouvait parvenir seule à ses fins, SACYR a donc organisé de concert avec d'autres actionnaires dont GRUPO RAYET la prise de contrôle rampante d'EIFFAGE, SACYR a donc constitué de façon occulte ce que son Président a lui-même qualifié de « *bloc espagnol* » avec l'aide de participations amies,
- Que ce « *bloc espagnol* » qui allait détenir la majorité (environ 51%) du capital d'EIFFAGE devait permettre la prise de contrôle d'EIFFAGE « *par la nomination de 5 représentants de SACYR au Conseil d'Administration d' EIFFAGE* » et au rejet de la ratification de la cooptation de deux administrateurs et du renouvellement du mandat du Président, ces deux décisions permettant aux représentants de SACYR d'occuper la moitié des sièges au Conseil d'Administration.

Aux dires d'EIFFAIME, cette action de concert est révélée par de nombreux faits ayant SACYR comme « *chef d'orchestre des concertistes* »

- l'aveu même de SACYR s'exprimant à diverses reprises au nom du « *bloc espagnol* »,
- des acquisitions d'actions EIFFAGE juste avant l'assemblée dans des volumes et à des prix inhabituels et anormaux,
- une reprise des acquisitions par SACYR elle même accompagnées ou relayées par des achats significatifs de titres réalisés parallèlement par divers autres nouveaux actionnaires espagnols, GRUPO RAYET a ainsi attendu le jour où SACYR a atteint 33,32% du capital pour acheter sa participation, et IPSL a attendu que GRUPO RAYET cesse ses achats pour commencer les siens,
- pour près de la moitié les nouveaux actionnaires se sont faits représenter à l'assemblée par le même mandataire,
- des prises de participation systématiquement juste inférieures à 1%,
- des participations acquises par des sociétés dont la détention de titres EIFFAGE est manifestement étrangère à leur activité habituelle et même pour certaines à leur objet social,
- des participations acquises par de nouveaux actionnaires pour un coût largement supérieur à leur chiffre d'affaires ou à leur fonds propres,
- le comportement en assemblée générale, au cours de laquelle les concertistes ont suivi SACYR à l'annonce de la privation des droits de vote,

Selon EIFFAIME, le Bureau, qui en avait le pouvoir, a donc pris sa décision sur la base d'indices graves, précis et concordants de l'existence d'un concert, en constatant l'application de la sanction légale automatique de

Je A

l'article L 223-14 du Code de Commerce.

Sur ce,

Attendu que le Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE en date du 18 avril 2007, au vu des indices qu'il a considérés comme étant graves, précis et concordants de l'existence d'une action de concert exposée dans le courrier remis par EIFFAIME, a privé de leurs droits de vote, à la majorité de ses membres, les actionnaires qui auraient agi de concert et pour la part excédant le seuil de 33,33% représentant environ 18% des droits de vote de la société; étant entendu que SACYR, qui avait notifié le franchissement de seuil statutaire de 33% avait été maintenue dans ses droits de vote, à l'exception de ceux dont elle avait été privée lors de l'assemblée du 19 avril 2006,

Attendu que le Bureau d'une assemblée générale, organe social « épisodique » de la société, tire ses pouvoirs de dispositions réglementaires définies par les articles

- R 225-95 du Code de Commerce (article 145 du décret n° 67.236 du 23 mars 1967) qui prévoit dans son dernier alinéa que « la feuille de présence, dûment émargée par les actionnaires présents et les mandataires, est certifiée exacte par le bureau de l'assemblée »,

- R 225-101 du Code de Commerce (article 147 du décret n° 67.236 du 23 mars 1967) qui dispose que « sont scrutateurs de l'assemblée, les deux membres de ladite assemblée disposant du plus grand nombre de voix et acceptant cette fonction.

Le bureau de l'assemblée en désigne le secrétaire qui, sauf disposition contraire des statuts, peut être choisi en dehors des actionnaires »,

- R 225-106 du Code de Commerce (article 149 du décret précité) qui dispose que « le procès verbal des délibérations de l'assemblée indique la date et le lieu de réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'actions participant au vote, et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mis aux voix et le résultat des votes. Il est signé par les membres du bureau »,

Attendu qu'au-delà des attributions spécifiques, rappelées ci-dessus, il est admis par la jurisprudence, la doctrine et les usages que le bureau puisse exercer un pouvoir général de police de l'assemblée, notamment contrôler l'exercice du droit de vote, le droit d'arrêter le quorum et vérifier qu'il est atteint pour chaque résolution, vérifier l'application des règles de majorité et résoudre certaines difficultés qui peuvent survenir en cours de séance, qu'il ne peut le faire qu'à minima faute d'avoir reçu du législateur une délégation précise, et qu'il ne peut avoir qu'un pouvoir de constatation,

Attendu que l'article L 233-14, al 1^{er} du Code de Commerce dispose que

« A défaut d'avoir été régulièrement déclarées dans les conditions prévues aux alinéas I et II de l'article L 233-7, les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée () sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification. »

Attendu qu'au regard de ces dispositions, le Bureau peut user de son pouvoir de police pour constater matériellement l'absence avérée de déclaration d'un franchissement de seuil et appliquer les mesures matérielles de privation des droits de vote,

Attendu que dans le cas d'un franchissement de seuil par des actionnaires agissant de concert, l'évidence ne pourra être invoquée que si un accord a été conclu « en vue d'acquiescer ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune (vis-à-vis de la société), un tel accord pouvant être présumé en application de l'article L.233-10-II du Code de Commerce,

Attendu que le Bureau a constaté n'avoir reçu aucune déclaration de franchissement de seuil en relation avec les actions EIFFAGE qui seraient détenues de concert avec SACYR VALLEHERMOSO, ni d'aucun des autres actionnaires figurant sur la liste remise par la société EIFFAIME,

Attendu que saisi de cette demande, le Président du Bureau a questionné les intéressés sur l'existence d'un accord, que les réponses qui lui ont été apportées ont toutes été négatives,

Is h

Que dès lors, le Bureau ne pouvait se prévaloir de l'existence avérée d'un accord qui n'était pas démontré entre les prétendus concertistes ,

Attendu de plus, que l'article L 233-10-II du Code de Commerce dispose que
Un tel accord est présumé exister

- 1-Entre une société, le Président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants,*
- 2-Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L 233-3,*
- 3-Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes,*
- 4-Entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle,*
- 5-Entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie si ce bénéficiaire est le constituant. »*

Attendu que le Bureau ne démontre pas avoir recherché si l'une des cinq présomptions légales était applicable au cas d'espèce ,

Qu'en conséquence, le Tribunal dira qu'en l'espèce, l'accord entre les présumés concertistes n'était ni avéré, ni présumé lors de l'assemblée générale du 18 avril 2007.

Que l'accord n'étant ni avéré ni présumé, le Bureau n'avait pas le pouvoir de réunir les éventuelles preuves d'une supposée action de concert ni d'apprécier les indices, qu'il ne lui appartenait pas de qualifier une situation juridique qu'il n'avait aucun pouvoir pour analyser ,

Qu'une telle qualification ne peut être dévolue qu'à une autorité de nature juridictionnelle soumise au principe d'impartialité et du respect des droits de la défense ,
Que précisément les disposition du 4^{ème} alinéa de l'article L 233-14 du Code de Commerce auraient permis au Tribunal de céans d'être saisi à cet effet,

Que dès lors, le Tribunal dira que la décision du Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007 privant des droits de vote attachés aux titres détenus par les actionnaires qui auraient agi de concert et excédant le seuil de 33,33% était illégale et prononcera en conséquence la nullité de ladite décision du Bureau.

Sur la nullité des délibérations de l'assemblée générale du 18 avril 2007 :

GRUPO RAYET expose

- Que les décisions prises par le Bureau ont eu pour conséquence de priver illégitimement GRUPO RAYET de ses droits de vote, ce qui constitue une violation des dispositions impératives des lois applicables aux sociétés anonymes,
- Que prétendre que GRUPO RAYET n'a pas été empêchée de participer à l'assemblée générale des actionnaires est une tournure de style,
- Qu'EIFFAGE invoque en effet une lecture qui se veut littérale des articles L 225-113 du Code de Commerce et 1844 du Code Civil, que le droit de vote est un droit fondamental et d'ordre public de l'actionnaire dont ce dernier ne peut être privé par une disposition légale, sous réserve des dispositions issues de l'ordonnance 2004-604 du 26 juin 2004 qui permettent son aménagement,
- Qu'il serait absurde de considérer que la loi n'a entendu protéger l'actionnaire qu'en l'autorisant à assister aux assemblées sans lui reconnaître un droit de vote,
- Que le droit reconnu à un actionnaire de participer aux assemblées générales est le droit d'en être un acteur et donc d'y voter,
- Qu'en vertu de l'article L 235-1 du Code de Commerce « la nullité d'actes ou de délibérations (.) ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats. »

Je h

- Qu'en privant GRUPO RAYET de ses droits de vote le Bureau a violé les dispositions de l'article L 233-14 alinéa 1 puisque le concert n'était ni avéré ni express, qu'il n'était pas dans l'un des cinq cas de présomption légale du Code de Commerce et qu'il ne disposait d'aucuns indices graves, précis et concordants,
- Qu'outre la violation des articles L 233-14 et L 233-10 II du Code de Commerce, le Bureau a violé les dispositions des articles 1844 du Code civil et L 225-113 du Code de Commerce puisqu'il a, de manière injustifiée, empêché GRUPO RAYET d'exercer ses droits de vote en tant qu'actionnaire d'EIFFAGE,
- Qu'en conséquence le tribunal ne pourra que prononcer la nullité des délibérations de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007.

EIFFAGE fait valoir

- Que l'article L 235-1 alinéa 2 du Code de Commerce dispose de manière restrictive que *« la nullité d'actes ou de délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats. »*
- Que la demanderesse ne parvient pas à caractériser au cas d'espèce la violation de dispositions impératives du Code de Commerce,
- Qu'en effet GRUPO RAYET a été privée de droits de vote non pas en contravention mais en application des dispositions impératives de l'article L 233-14 du Code de Commerce dont elle ne démontre ni qu'elles étaient inapplicables en droit ni qu'elles ont été irrégulièrement appliquées en fait,
- Que c'est de manière trompeuse qu'elle entend invoquer les dispositions de l'article 1844 du Code Civil et L 225-113 du Code de Commerce, et ce à trois titres
 - elle n'a pas été privée du droit de participer à l'assemblée mais y a été admise et s'y est exprimée comme chacun des actionnaires qui le souhaitent,
 - elle était en mesure d'exercer même pour une partie résiduelle ses droits de vote mais préférant quitter l'assemblée, a délibérément refusé de le faire,
 - la privation de ses droits de ses droits de vote ne résulte pas d'une violation des articles précités mais de l'application d'un texte spécifique, l'article L 233-14 du Code de Commerce, qui prévoit à l'encontre de contrevenants à l'obligation de déclaration de franchissement de seuil une sanction légale dont le prononcé est automatique,
- Qu'aucune nullité ne saurait donc être encourue,
- Que par ailleurs, l'article L 235-2-1 du Code de Commerce prévoit une nullité facultative, qu'il en résulte que la loi laisse le juge libre d'apprécier l'opportunité d'annuler ou de maintenir la décision,
- Que GRUPO RAYET invoque les dispositions de ce texte comme s'il prévoyait une nullité encourue de plein droit et se dispense ainsi de démontrer de manière circonstanciée les raisons pour lesquelles le tribunal devrait au cas d'espèce prononcer l'annulation de la totalité des délibérations de l'assemblée générale.

EIFFAIME pour sa part fait valoir

- Qu'en tout état de cause, la nullité d'une délibération d'assemblée est toujours facultative, et ne peut être encourue que si les résultats des votes auraient été assurément inverses de ce qu'ils ont été,
- Que même si GRUPO RAYET avait voté dans le même sens que SACYR le résultat des votes, tous acquis avec un écart positif bien supérieur, n'en aurait pas, pour autant, été inversé.

Te h

Sur ce,

Sur la nullité des délibérations

Attendu qu'aux termes de l'article 1844 alinéa 1 du Code Civil « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* », que ce droit, intégrant le droit de vote est d'ordre public, les statuts ne pouvant y déroger,

Attendu que l'article L 225-113 du Code de Commerce énonce pour sa part « *tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires (.) toute clause contraire est réputée non écrite* »,

Que l'article L 225-122 du Code de Commerce dispose plus précisément « *le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite* »,

Attendu que le fait de priver un actionnaire de tout ou partie de ses droits de vote sur le fondement d'une décision irrégulière, constitue une atteinte à un droit fondamental

Que cette seule décision du Bureau a entraîné une privation du droit de vote pour chacune des décisions prises lors de l'assemblée générale du 18 avril 2007,

Que dès lors la pleine participation au vote des résolutions de l'assemblée générale n'a pu être garantie,

Attendu que, dans le cas présent, et conformément à l'article L 235-2-1, qui donne au Tribunal la faculté de la prononcer, la nullité des délibérations de l'assemblée doit résulter de la suppression du droit de vote de certains actionnaires décidée par le Bureau, alors que les voies légales disponibles n'ont pas été mises en œuvre avant l'assemblée,

En Conséquence, le Tribunal dira que les décisions prises lors de l'assemblée générale d'EIFFAGE en date du 18 avril 2007 sont nulles,

Mais attendu que la procédure de l'action en nullité peut être aménagée, qu'à cet effet l'article L 235-4 du Code de Commerce permet au Tribunal saisi d'une action en nullité « même d'office » de « fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités »,

Le Tribunal usant de cette faculté de régularisation, permettra à la société EIFFAGE de couvrir la nullité, dans un délai de quatre mois, à compter du prononcé du présent jugement, les résolutions irrégulièrement votées lors de l'assemblée générale du 18 avril 2007.

Sur l'application des dispositions de l'article 700 du CPC

Attendu que les sociétés EIFFAGE et EIFFAIME qui succombent en principal seront condamnées aux entiers dépens,

Que l'équité commande aussi de mettre à leur charge les frais irrépétibles,

Le Tribunal condamnera solidairement les sociétés EIFFAGE et EIFFAIME à payer à GRUPO RAYET la somme de 50.000,00 euros au titre de l'article 700 du CPC, la déboutant pour le surplus.

Fe h

Sur l'exécution provisoire

Attendu que l'exécution provisoire est demandée,

Attendu qu'il y a lieu de faire cesser immédiatement le trouble grave et manifeste résultant de la décision du Bureau de l'assemblée de priver certains actionnaires de leur droit de vote,

Le Tribunal ordonnera l'exécution provisoire de sa décision annulant celle du Bureau et la limitera à celle-ci.

PAR CES MOTIFS

Le Tribunal statuant par un jugement contradictoire en premier ressort,

- **Reçoit** EIFFAIME en son intervention volontaire dans la présente instance ,
- **Dit** que la décision du Bureau de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007 privant les demandeurs de leurs droits de vote attachés aux titres détenus par les actionnaires qui auraient agi de concert et excédant le seuil de 33,33%, est illégale ,
- **Prononce** en conséquence la nullité de ladite décision prise par le Bureau ,
- **Prononce** la nullité de l'ensemble des résolutions de l'assemblée générale de la société EIFFAGE en date du 18 avril 2007 ,
- **Permet** à la société EIFFAGE de couvrir, dans un délai de quatre mois à compter du prononcé de la présente décision, la nullité desdites résolutions ,
- **Condamne solidairement** les sociétés EIFFAGE et EIFFAIME à payer la somme de 50.000,00 euros à GRUPO RAYET au titre de l'article 700 du CPC, déboutant du surplus;
- **Ordonne** l'exécution provisoire de la présente décision en ce qu'elle annule la décision du Bureau ,
- **Condamne solidairement** les sociétés EIFFAGE et EIFFAIME aux entiers dépens.

Liquide les dépens à recouvrer par le Greffe à la somme de 104,17 Euros, dont TVA 17,07 Euros.

Délibéré par M. LELIEVRE, M. BENOIT, Mme LE CHATELIER.

Prononcé à l'audience publique de la 1ère Chambre du Tribunal de Commerce de NANTERRE, le 6 Mai 2008 composée en conformité avec l'article 452 du Code de Procédure Civile.

La minute du jugement est signée par M. LELIEVRE, Président du délibéré et Mlle Monique FARJOUNEL, Greffier.



Annexe 8 : Arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 28 octobre 2010

COUR D'APPEL

VERSAILLES

12ème chambre section 2

A.M./P.G.

ARRET N° Code nac : 34C2D

contradictoire

DU 28 OCTOBRE 2010

R.G. N° 09/08083

AFFAIRE :

Société EIFFAGE, S.A.

C/

S.A.S. EIFFAIME

Décision déferée à la cour : Jugement rendu le 06 Mai 2008 par le Tribunal de Commerce de
NANTERRE

N° chambre : 1

N° Section :

N° RG : 2007F2086

Expéditions exécutoires

Expéditions

délivrées le :

à:

- SCP JULLIEN, LECHARNY, ROL

ET FERTIER

- SCP LISSARRAGUE DUPUIS

BOCCON G1BOD

- SCP KEIME GUTTIN JARRY

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS LE VINGT

HUIT OCTOBRE DEUX MILLE DIX,

La cour d'appel de VERSAILLES, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :

Société EIFFAGE, S.A. RCS NANTERRE 709 802 094 ayant son siège 163 quai du Docteur Dervaux 92600 ASNIERES SUR SEINE, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège.

représentée par la SCP JULLIEN, LECHARNY, ROL ET FERTIER, avoués - N° du dossier 20080531

Rep/assistant : Me Sylvie MORABIA, avocat au barreau de PARIS (T.12).

APPELANTE

S.A.S. EIFFAIME RCS PARIS 491 575 882 ayant son siège 16-18 impasse d'Antin 75008 PARIS, représentée par son Président en exercice domicilié en cette qualité audit siège.

représentée par la SCP LISSARRAGUE DUPUIS BOCCON GIBOD - N° du dossier 0845314

Rep/assistant : Me Jean-Pierre MARTEL, avocat au barreau de PARIS et Me Philippe-Valentin AUTRET, avocat au barreau de PARIS (P.0134).

S.A. GRUPO RAYET société de droit espagnol, ayant son siège C/ MAYOR, 33-35 la Plta 19001 GUADALAJARA CIF A 19145853 ESPAGNE, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège, pour les besoins de la présente chez son avocat.

représentée par la SCP KEIME GUTTIN JARRY, avoués - N° du dossier 08000451

Rep/assistant : Me Jean Philippe LAMBERT, avocat au barreau de PARIS (L.0009).

INTIMEES

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 16 Septembre 2010, Monsieur Albert MARON, président, ayant été entendu en son rapport, devant la cour composée de :

Monsieur Albert MARON, Président, (rédacteur)

Madame Marion BRYLINSKI, conseiller,

Madame Anne BEAUVOIS, Conseiller,

En présence de Monsieur Julien MEJANE, magistrat du tribunal de commerce de Versailles et Monsieur GENTON, magistrat du tribunal de commerce de Pontoise,

Les magistrats de la cour, précédemment désignés, en ayant délibéré,

Greffier, lors des débats : Madame Marie-Thérèse GENISSEL

FAITS ET PROCEDURE

La SA EIFFAGE est la société holding du groupe EIFFAGE, résultant de l'alliance, en 1992, des groupes FOUGEROLLE et SAE, qui se classe au 7ème rang des groupes européens de construction.

La société de droit espagnol SACYR-VALLEHERMOSO (qui n'est pas dans la cause; ci-après désignée comme SACYR) constitue le deuxième groupe espagnol de construction et est en situation de concurrence directe avec EIFFAGE en Espagne, au Portugal et plus généralement en Europe.

A compter de décembre 2005 SACYR a commencé l'acquisition de titres EIFFAGE. Le 28 février 2006 à l'occasion du franchissement du seuil de 10% du capital et des droits de vote, elle a déclaré envisager de poursuivre ses acquisitions sans pour autant avoir l'intention d'en acquérir le contrôle ou de lancer une offre publique ; elle a poursuivi ses acquisitions au cours de l'année 2006 et du début 2007, jusqu'à dépasser au 30 mars 2007 les seuils de 33% du capital et 29% des droits de vote.

Les titres EIFFAGE ont fait l'objet d'échanges intensifs et inhabituels entre le 19 mars et le 10 avril 2007 (près de 10% du capital), jusqu'à atteindre un cours maximum de 129,30 :_correspondant à une hausse de 70% par rapport au cours de clôture du 16 mars.

La société GRUPO RAYET est une société de droit espagnol qui intervient dans les secteurs immobilier et de la construction.

Lors de l'assemblée générale mixte d'EIFFAGE qui s'est tenue le 18 avril 2007, la société EIFFAIME regroupant les cadres d'EIFFAGE a déposé entre les mains du bureau un courrier signalant que selon elle, il existait des indices graves, précis et concordants, caractérisant une action de concert entre la société SACYR détenant depuis le 23 mars 2007, 33,32 % du capital et 29,60 % des droits de vote et 89 autres actionnaires ibériques, dont GRUPO RAYET, sans qu'il ait été procédé à la déclaration de franchissement du seuil du tiers exigée par l'article L. 233-7 du code de commerce.

Le bureau de l'assemblée, au motif de l'existence d'une action de concert entre 89 des actionnaires (représentant 17,6% du capital d'EIFFAGE), dont SACYR, les conduisant à détenir ensemble plus de 33,33% du capital et des droits de vote sans s'être conformées aux prescriptions du code de commerce et à la réglementation boursière, a constaté la privation légale des droits de vote des 89 actionnaires au-delà du seuil de 33,33%.

Au cours de la même assemblée, diverses décisions ont été prises dont notamment la reconduction du mandat du président en place d'EIFFAGE.

Par assignation en date du 3 mai 2007, GRUPO RAYET a saisi le tribunal de commerce de NANTERRE pour voir constater l'incompétence du bureau pour considérer que les actionnaires agissaient de concert et constater l'inexistence de toute action de concert ainsi que pour prononcer la nullité de toutes les décisions prises par le bureau ainsi que par l'assemblée générale du 18 avril 2007.

EFFAIME est intervenue volontairement à l'instance.

Le tribunal de commerce de Nanterre par jugement rendu le 6 mai 2008 a reçu EFFAIME en son intervention volontaire, a dit que la privation des droits de vote attachés aux actions EIFFAGE détenues par GRUPO RAYET, par le bureau de l'assemblée générale de la SA EIFFAGE en date du 18 avril 2007 était illégale et a prononcé la nullité de la dite décision ainsi que de l'ensemble des résolutions de l'assemblée générale de la société EIFFAGE du 18 avril 2007, permettant cependant de couvrir leur nullité dans un délai de quatre mois.

Cette même juridiction a enfin condamné solidairement EIFFAGE et EIFFAME à payer à GRUPO RAYET la somme de 50 000 Csur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

- condamné la SA EIFFAGE aux dépens.

La SA EIFFAGE a interjeté appel de cette décision.

SUR CE LA COUR

Vu l'article 455 du code de procédure civile et les conclusions d'EIFFAGE en date du 2 août 2010, d'EIFFAIME en date du 19 septembre 2008 et de GRUPO RAYET en date du 30 juin 2010,

Attendu, sur les pouvoirs du bureau, qu'EIFFAGE, se référant aux articles R.225-95 à R 225-107 du code de commerce, à des décisions de jurisprudence et à des positions doctrinales, et rappelant également les termes d'une ordonnance du président du tribunal de commerce de NANTERRE du 3 mai 2007 et d'un arrêt rendu par la cour d'appel de ce siège, le 27 juin 2007, dans la procédure l'opposant, en référé, à GRUPO RAYET, fait valoir que le bureau exerce un pouvoir général de police de l'assemblée et, qu'au même titre qu'un autre organe social, il doit prendre de véritables décisions pouvant appeler une appréciation juridique, et a le pouvoir et même le devoir d'appliquer la loi en cas de franchissement irrégulier des seuils légaux, et d'exercer un contrôle préventif, même en cas de difficultés, importantes ou pas, plus ou moins complexes, d'ordre matériel ou juridique, en matière d'action de concert non déclarée lorsqu'il existe une série d'indices graves, précis et concordants de l'existence d'une telle action; que ce contrôle préventif s'exerce sous réserve d'un contrôle *a posteriori* du juge; qu'elle souligne que GRUPO RAYET aurait reconnu, dans ses écritures dans la procédure ayant donné lieu à l'arrêt de la cour du 27 juin 2007, que le bureau aurait une telle compétence; qu'elle fait grief au premier juge d'avoir opéré une confusion entre une appréciation *a posteriori* par le juge de la régularité, du bien ou mal fondé avec la notion d'incompétence du bureau qui en réalité ne se pose pas, estimant que la limitation des pouvoirs du

bureau à des constatations matérielles est dénuée de fondement juridique, dès lors qu'il revient au bureau d'exercer son pouvoir de police de l'assemblée et donc bien de vérifier que les conditions dans lesquelles l'assemblée générale va délibérer sont régulières, mission qui nécessite l'exercice d'un pouvoir d'appréciation;

Attendu qu'EIFFAGE et EIFFAIME critiquent par ailleurs le jugement entrepris en ce qu'il a considéré que le bureau de l'assemblée ne pouvait pas procéder à la privation de droits de vote au motif que l'existence de l'action de concert n'était pas « avérée », aucune déclaration de franchissement de seuil n'ayant été adressée à EIFFAGE et les actionnaires concernés ayant nié leur participation à l'action de concert; qu'elles considèrent qu'une telle solution est contraire à l'objectif de la réglementation relative aux déclarations de franchissement de seuils et notamment à la directive transparence 2004/109 du Parlement européen qui est notamment de lutter contre les prises de contrôle rampantes, et que la mission du bureau ne saurait être mise en échec du seul fait de l'existence d'une contestation des actionnaires concernés par la privation des droits de vote, dès lors qu'il a l'obligation légale de constater cette privation qui a un caractère automatique; qu'EIFFAGE ajoute que la position prise par les premiers juges conduit à faire grief au bureau de l'assemblée d'avoir pris une décision dont le bien fondé a ultérieurement été confirmé par l'autorité de marché et la cour d'appel de PARIS, qui ont identifié une démarche collective visant à prendre le contrôle d'EIFFAGE par surprise;

Attendu qu'EIFFAGE souligne encore ce qu'elle estime être une contradiction dans le jugement entrepris, les premiers juges ayant reproché au bureau de l'assemblée générale de n'avoir pas recherché si l'une des cinq présomptions légales de l'existence d'un concert contenues à l'article L. 233-10-11 du code de commerce était applicable en l'espèce, mais, dans le même temps, considéré que le bureau ne dispose que d'un simple pouvoir matériel de constatation et non d'un pouvoir d'appréciation et de qualification, alors que l'application des présomptions posées à l'article L. 233-10-11 précité, qui renvoie à l'article L. 233-3 du code de commerce, suppose précisément que le bureau se livre à l'appréciation de l'existence d'un contrôle, voire d'une action de concert, la mise en oeuvre de qualifications juridiques n'étant nullement l'apanage des autorités juridictionnelles;

Attendu qu'EIFFAGE fait enfin valoir que tant la nature de la privation des droits de vote prévue au quatrième alinéa de l'article L. 233-14 du code de commerce que ses modalités d'application diffèrent de celle prévue au premier alinéa du même article, la première, facultative et exclusivement judiciaire, pouvant être prononcée totalement ou partiellement et pour une durée laissée à l'appréciation des juges, étant applicable en cas de franchissement à la hausse et à la baisse de seuils alors que la seconde est automatique et résulte de la mise en oeuvre d'un dispositif totalement distinct ;

Attendu que GRUPO RAYET fait valoir que le bureau de l'assemblée générale est incompétent pour priver les actionnaires de leurs droits de vote en l'absence de déclaration de franchissement de seuil, y compris lorsque le seuil est franchi en raison d'une action de concert, en l'absence d'action de concert avérée ou légalement présumée; qu'elle soutient que le bureau de l'assemblée générale ne saurait statuer sur l'existence d'une action de concert entre plusieurs actionnaires lorsque celle-ci est contestée, dès lors que l'appréciation d'une action de concert occulte suppose une analyse approfondie et complexe des faits en cause que le bureau de l'assemblée générale, organe épisodique, émanation du pouvoir majoritaire de l'assemblée et non investi d'une compétence juridictionnelle, n'a pas la possibilité de mettre en oeuvre; qu'elle estime que la privation de ses droits de vote aurait

supposé établie la preuve du concert à son égard, que le bureau n'était pas en capacité de rapporter ; que l'AMF elle-même, dotée de larges pouvoirs d'investigation, n'a pas établi l'existence d'une action de concert entre SACYR et elle-même;

Attendu que l'article L 233-7 du code de commerce en sa rédaction applicable à l'espèce édicte que « lorsque les actions d'une société ayant son siège sur le territoire de la République sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire habilité dans les conditions prévues par l'article L. 211-4 du code monétaire et financier, toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède (...) » ; que le VII du même article dispose que « lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la personne tenue à l'information prévue au I est tenue de déclarer, à l'occasion des franchissements de seuil du dixième ou du cinquième du capital ou des droits de vote, les objectifs qu'elle a l'intention de poursuivre au cours des douze mois à venir. Cette déclaration précise si l'acquéreur agit seul ou de concert » ;

Attendu que l'article L 233-10 du même code précise que « sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder ses droits de vole ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique (commune) vis-à-vis de la société.

Un tel accord est présumé exister entre :

- une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants,
- une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L 233-3,
- les sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes,
- les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle,

Les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et les règlements» ;

Attendu que l'article L. 233-14 du même code en sa rédaction applicable à l'espèce dispose qu'à défaut d'avoir été régulièrement déclarées dans les conditions prévues aux I et II de l'article L. 233-7, les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée, lorsqu'elles sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire habilité dans les conditions prévues à l'article L. 211-4 du code monétaire et financier, sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification (...) L'actionnaire qui n'aurait pas procédé à la déclaration prévue au VII de l'article L. 233-7 est privé des droits de vote attachés aux titres excédant la fraction du dixième ou du cinquième mentionnée au même alinéa pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification « ;

Attendu que le bureau de l'assemblée générale a compétence liée pour, dans le cadre de la mission de police qui lui est confiée, constater la privation, prévue par l'article L. 233-14 du code de commerce, des droits de vote excédant la fraction du dixième ou du cinquième mentionnée au VII de l'article L. 233-7 dudit code de l'actionnaire n'ayant pas satisfait aux obligations de l'article L. 233-7 de celui-ci; que cependant, dans l'exercice de cette mission, ses pouvoirs sont limités par les textes susvisés à la constatation que les conditions d'application en sont réunies; qu'en effet, s'il peut relever l'existence d'une action de concert lorsque l'une des conditions prévues par l'alinéa 2 de l'article L. 233-10 du code de commerce est remplie, c'est en raison de l'existence d'un critère strictement statutaire précisément défini par la loi qui énumère limitativement les hypothèses dans lesquelles l'existence d'un accord de concert est légalement présumée; que l'existence d'un fait répondant à un tel critère permet alors d'opérer la qualification d'une action de concert sur ce seul constat; que s'il est certain que des actions de concert peuvent intervenir entre des actionnaires en dehors des hypothèses dans lesquelles elles sont légalement présumées, le bureau, ne dispose d'aucun moyen ni pouvoir pour mener des investigations approfondies indispensables à leur détermination; qu'au surplus son mode de fonctionnement ne permettrait pas aux actionnaires mis en cause d'assurer efficacement leur défense dès lors qu'il s'agit d'un organe éphémère ne présentant aucune garantie d'impartialité en raison de son mode de constitution; qu'enfin la loi ne n'a pas conféré au bureau, qui tient ses attributions des articles réglementaires que sont les articles R. 225-95, R. 225-101, R. 225-106 et R.225-107 du code de commerce, *l'imperium* lui permettant de juger de l'existence d'une action de concert occulte et contestée, par une interprétation nécessaire de faisceaux d'indices divers tels notamment que le comportement des actionnaires mis en cause;

Attendu enfin, surabondamment, qu'EIFFAGE ne saurait être suivie dans la critique qu'elle formule de l'insuffisance des dispositions législatives relatives aux pouvoirs du bureau, tels qu'ils viennent d'être rappelés dans les motifs qui précèdent dès lors qu'à supposer cette affirmation exacte, il n'appartiendrait pas au juge d'y remédier en dénaturant les termes clairs de la loi; qu'au demeurant, et contrairement aux allégations d'EIFFAGE, l'existence d'une suspicion d'action illégale de concert, lors de la convocation d'une assemblée générale, permet à ses organes de saisir le juge des référés, le cas échéant d'heure à heure, pour prévenir le dommage qui résulterait de l'utilisation, par les concertistes, de droits de vote dont ils sont légalement, de plein droit, privés, et de faire cesser un tel trouble manifestement illicite;

Attendu dans ces conditions que c'est à bon droit que le tribunal a considéré que l'accord entre les supposés concertistes n'étant ni avéré, ni présumé lors de l'assemblée générale d'EIFFAGE, la

décision de privation du droit de vote attaché aux titres détenus par GRUPO RAYET au delà du seuil de 33,33 % prise le 18 avril 2008 était illégale; que le jugement déféré sera dès lors confirmé de ce chef;

Attendu, sur la nullité des résolutions de l'assemblée générale, qu'EIFFAGE fait valoir que les dispositions de l'article L. 235-2-1 du code de commerce, qui prévoient l'annulation des délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ne le prévoient que de manière facultative; qu'elle estime que c'est à tort que le premier juge a prononcé la nullité des délibérations prises lors de l'assemblée générale du 18 avril 2007 comme conséquence de la suppression des droits de vote de GRUPO RAYET; qu'elle ajoute qu'une telle annulation ne saurait être prononcée que s'il était démontré que les dispositions impératives de l'article L. 233-14 du code de commerce étaient inapplicables; que, de son côté, EIFFAIME fait valoir que l'annulation des délibérations ne pourrait être prononcée que si les résultats des votes auraient assurément été inversés et que tel n'aurait pas été le cas lors de l'assemblée générale contestée d'EIFFAGE;

Attendu que contrairement aux allégations d'EIFFAGE, il n'appartient pas à la juridiction saisie en contestation des délibérations d'une assemblée générale qui s'est tenue après que certains des actionnaires ont été privés de droits de vote par une décision illégale du bureau d'examiner, *a posteriori* et en faisant abstraction de cette décision, quels auraient été les éventuels droits de ces actionnaires si la décision du bureau n'était pas intervenue; que dès lors le moyen d'EIFFAGE pris de ce que GRUPO RAYET aurait, effectivement, participé à une action de concert en méconnaissance des exigences de l'article L. 233-7 du code de commerce est inopérant; qu'au surplus, s'il est exact que GRUPO RAYET -qui n'a pas été identifiée comme l'une des sociétés concertistes par l'AMF- a acquis dans le courant de l'année 2007, 3 918 228 actions de la société EIFFAGE pour un montant élevé, compte tenu du cours de ces actions à l'époque à laquelle elles ont été acquises, ces circonstances sont insuffisantes à démontrer sa participation à l'action de concert reprochée, alors au surplus que ces acquisitions ont donné lieu à des déclarations de franchissements de seuil et étaient en rapport avec son objet social;

Attendu que selon l'article L. 235-2-1 du code de commerce, « *les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées* » ;

Attendu que si, comme le soulignent EIFFAGE et EIFFAIME, l'annulation des délibérations n'est pas encourue de plein droit, il y a lieu, compte tenu du caractère fondamental du droit de vote attaché aux actions, de la prononcer dès lors qu'il n'est pas certain que, sans la violation des dispositions régissant les droits de vote, les délibérations acquises eussent été les mêmes;

Attendu qu'en privant GRUPO RAYET d'une partie significative de ses droits de vote pour des motifs qui la présentaient comme participant à une action concertée illicite tendant à influencer sur la politique de la société EIFFAGE, le bureau a influé sur les décisions prises non seulement en ce sens qu'elles l'ont été sans que les voix de GRUPO RAYET aient été prises en compte, mais aussi en ce sens que ceux des actionnaires qui ne se sont pas vus priver de leurs droits ont pu les exercer en réaction à une action, au surplus d'origine étrangère, dont l'importance leur a été présentée comme supérieure à ce qu'elle était; que dès lors il y a lieu de confirmer la décision déférée en ce qu'elle a prononcé la nullité des délibérations de l'assemblée générale d'EIFFAGE du 18 avril 2007;

Attendu que l'équité conduit à confirmation de la décision déférée en ce qu'elle a prononcé condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

Statuant par arrêt contradictoire en dernier ressort,

Confirme le jugement déféré en toutes ses dispositions,

Dit n'y avoir lieu à allocation d'indemnité complémentaire sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

Condamne la SA EIFFAGE et EIFFAIME aux dépens d'appel,

Admet la SCP KEIME-GUTTIN-JARRY, avoués, au bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

– prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

– signé par Monsieur Albert MARON, Président et par Madame GENISSEL, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le GREFFIER, Le PRESIDENT,

Annexe 9 : Les nouvelles règles du mandat introduites par l'ordonnance de transposition de la directive sur les droits des actionnaires

Principe

L'article L.225-106 permet à l'actionnaire de toute société de donner mandat à un autre actionnaire, à son conjoint ou à un partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité. Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur Alternext, tout actionnaire peut se faire représenter par toute personne physique ou morale de son choix.

Forme du mandat

Le mandat doit être écrit et communiqué à la société. Il ne peut être révoqué qu'en respectant le même formalisme. Les sociétés cotées doivent permettre la désignation et la révocation du mandataire par voie électronique (article R. 225-79).

Information du mandataire sur l'existence de conflits d'intérêts potentiels

L'article L.225-106-1 précise que lorsque l'actionnaire se fait représenter par une personne autre que son conjoint ou le partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité, il est informé par son mandataire de tout fait permettant de mesurer le risque qu'il poursuive un intérêt autre que le sien. L'information doit notamment indiquer si le mandataire ou la personne pour le compte de laquelle il agit :

*« 1° contrôle, au sens de l'article L.233-3, 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 au sens de l'article L.233-3 ;
3° est employé par cette société ou par une personne qui la contrôle au sens de l'article L.233-3 ;
4° est contrôlé ou exerce l'une des fonctions mentionnées au 2° ou 3° dans une personne ou une entité contrôlée par une personne qui contrôle la société, au sens de l'article L.233-3 » .*

Le mandataire doit également indiquer à son mandant : *« lorsqu'il existe un lien familial entre le mandataire ou, le cas échéant, la personne pour le compte de laquelle elle agit, et une personne physique placée dans l'une des situations énumérées aux 1° et 4° » .*

Si l'une des situations intervient en cours de mandat, le mandataire en informe sans délai le mandant. *« A défaut par ce dernier de confirmation expresse du mandat, celui-ci est caduc » .* En cas de caducité, la mandataire doit en informer sans délai la société.

L'information incombant au mandataire est délivrée à son mandant et à la société par lettre recommandée avec accusé de réception ou par un moyen de communication électronique. Concernant l'information du mandant, la communication électronique n'est possible que si la mandataire a recueilli son accord (articles R.225-82-1 et R.225-82-2).

Sanction du non respect par le mandataire des dispositions relatives aux conflits d'intérêts

En cas de non respect par le mandataire de son obligation d'information sur l'existence de conflits d'intérêts potentiels, *« le tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège social peut, à la demande du mandant et pour une durée qui ne saurait excéder 3 ans, priver le mandataire du droit de participer en cette qualité à toute assemblée de la société concernée (...). Le tribunal peut décider de la publication de cette décision aux frais du mandataire (article L.225-106-3) » .*



Juillet 2003

n° 3208

LA PREVENTION ET LA GESTION DES INCIDENTS

EN COURS D'ASSEMBLEE GENERALE²¹

Sommaire

I. - Qui admettre à l'assemblée et au vote en assemblée ?

- . les pouvoirs de police du bureau
- . la suppression du blocage des titres au porteur
- . les intermédiaires inscrits pour le compte de non-résidents
- . l'omission des déclarations de franchissements de seuils de participation
- . les conditions d'admission des non – actionnaires

II - Comment gérer les incidents au cours des débats ?

- . la limitation des débats aux questions figurant à l'ordre du jour
- l'exception : la révocation d'administrateurs
- les amendements et résolutions nouvelles
- les « questions diverses »
- y a-t-il- des « questions indiscrètes » ?
- . les questions écrites ; les questions « orales » posées par écrit
- . la prise de parole abusive, le ton agressif, l'obstruction
- . l'hypothèse de la diffamation
- . les solutions envisageables :
 - peut-on limiter le temps de parole de chacun ?
 - peut-on retirer la parole à un actionnaire ?
- les recommandations possibles

oOo

Dans le fonctionnement des assemblées générales d'actionnaires, certains points sont sensibles et peuvent provoquer des incidents. Nous nous permettons d'attirer l'attention sur certains de ces points, aussi bien sur le plan argumentaire que sous l'angle juridique, afin de permettre aux dirigeants des sociétés et aux organisateurs des assemblées de limiter au maximum les incidents qui peuvent survenir en séance, d'y faire face lorsqu'ils n'ont pu être évités et d'obtenir un déroulement harmonieux de la réunion.

oOo

²¹ - Exposé présenté par Jean-Paul Valuet, Secrétaire Général de l'ANSA, au séminaire EFE du 3 avril 2003. Cf J.P. Valuet, « AG d'actionnaires : prévention et gestion des incidents », in *Droit et Patrimoine* n° 65, nov. 1998, p. 26.

I. - Qui admettre à l'assemblée et au vote en assemblée ?

– Les pouvoirs de police du bureau

Le droit positif actuel n'attribue que des pouvoirs précis au bureau : certification de l'exactitude de la feuille de présence (art. 145 al. 4 du décret de 1967, avec une procédure spéciale si la procuration ou le formulaire de vote par correspondance est annexé à la feuille de présence, art. 145, al. 3 du décret de 1967), surveillance des opérations de vote (des scrutateurs sont désignés, art. 147 du décret de 1967), obligation, sanctionnée pénalement (art. L. 242-16 du code de commerce), de respecter les dispositions régissant les droits de vote, exercice du droit de vote par le président pour les pouvoirs en blanc (art. L. 225-106 al. 7 du code de commerce), signature du procès-verbal de la séance (art. 149, al. 1er du décret de 1967).

Cela étant, il est admis que le bureau exerce en général un pouvoir de police de l'assemblée, bien qu'aucun texte ne le prévienne expressément. Le rapport du sénateur Marini sur la modernisation du droit des sociétés (1996) proposait que la loi entérine ce principe (proposition n° 40). La doctrine estime que le bureau doit veiller au bon déroulement de la réunion et trancher les différends qui peuvent surgir au cours des débats²².

– La suppression du blocage des titres au porteur avant l'assemblée générale

La suppression du blocage des titres au porteur avant l'assemblée générale est une des mesures les plus importantes intervenues, dans le cadre de la réforme NRE (décret du 3 mai 2002, art. 136 modifié du décret du 23 mars 1967), en marge de l'introduction du vote par Internet. Seule une « immobilisation » des titres au porteur subsiste, afin d'établir la liste des actionnaires pouvant participer à l'assemblée, et elle est désormais révocable puisque, même après le vote ou l'envoi de la procuration, tous les titres pourront être cédés jusqu'à l'assemblée ; jusqu'à la veille de l'assemblée à 15 heures, cette cession doit faire l'objet d'une notification au teneur de compte aux fins de modification du nombre de titres et de voix à prendre en compte à l'assemblée.

Plus précisément, il résulte de cette réforme :

- que l'article 136 signifie que le blocage des titres au porteur est définitivement supprimé,
- que la cession des tous les titres est autorisée jusqu'à la date de l'assemblée, même si l'actionnaire a déjà demandé sa carte d'admission ou exprimé son vote ou renvoyé son pouvoir,
- et que si cette cession intervient avant 15 heures la veille de l'assemblée, elle doit faire l'objet d'une notification au teneur de compte.

Autrement dit, l'« immobilisation » des titres au porteur, du fait de l'autorisation désormais acquise de céder librement ces titres jusqu'à l'assemblée, se borne à permettre une « photographie », indispensable pour établir la feuille de présence mais qui peut être mouvante jusqu'à J-1 à 15 h., de l'actionnariat de la société.

²² - MM. Mercadal et Janin, *Memento F. Lefebvre Sociétés commerciales* 2003, n° 10581.

– Les conditions d'admission in extremis des actionnaires

Les recommandations ANSA-CFONB de janvier 1998 ²³ ont donné des orientations sur l'attitude à adopter lorsqu'un actionnaire se présente spontanément le jour de l'assemblée (jour J) sans carte d'admission. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter, selon que l'actionnaire est en règle ou ne l'est pas, c'est-à-dire, selon qu'il a ou non accompli, en vertu de l'article 136 du décret du 23 mars 1967²⁴, dans les délais voulus, les démarches qui peuvent être imposées par les statuts pour la vérification de la qualité d'actionnaire en vue d'une assemblée générale.

Si l'actionnaire est titulaire de titres de *forme nominative*, la justification de sa qualité est immédiate, puisqu'il est inscrit en compte d'actionnaire sur les fichiers de la société émettrice. Pour prendre part au vote, cet actionnaire doit avoir été inscrit en compte un certain nombre de jours avant la date de l'assemblée, fixé par les statuts, et qui ne peut être supérieur à 5 jours (décret du 23 mars 1967, art. 136, al.2).

Si l'actionnaire est titulaire de titres *au porteur* et qu'il a respecté, avant une date qui ne peut être antérieure de plus de 5 jours à celle de l'assemblée, la procédure, qui peut être (facultativement) prévue par les statuts, d'« immobilisation » des titres, aujourd'hui révoquant puisqu'il peut avoir cédé une partie voire la totalité de ses titres pendant la période d'« immobilisation », il suffit qu'il présente un « récépissé de sa demande de carte d'admission » permettant de retrouver immédiatement ses coordonnées bancaires ; une copie de l'attestation d'« immobilisation » peut alors être demandée par fax au conservateur²⁵.

Si l'actionnaire *au porteur* n'est pas en règle (la procédure d'« immobilisation » des titres n'a pas été respectée), il doit, pour entrer en séance, prouver au moins qu'il est actionnaire par la production d'une attestation d'inscription en compte qui peut être délivrée à tout moment par son teneur de compte conservateur ; mais il ne pourra pas voter.

Si l'actionnaire au porteur a précédemment choisi un *autre mode* de participation à l'assemblée (VPC, c'est-à-dire vote par correspondance ou pouvoir), choix qui a automatiquement déclenché la procédure d'immobilisation de ses titres (décret de 1967, art. 136, al. 1^{er}) et si les statuts permettent un tel changement (décret de 1967, art. 136, al. 1^{er}, dernière phrase), la société émettrice pourra immédiatement « désactiver » sur place le VPC ou le pouvoir délivrés précédemment : cet actionnaire pourra alors entrer en séance et pourra voter sur place. Si la société n'est pas organisée pour assurer immédiatement cette « désactivation », l'actionnaire pourra entrer en séance mais son vote sera pris en compte sous la forme du VPC ou du pouvoir.

– Les intermédiaires inscrits pour le compte de non-résidents

Jusqu'à la loi NRE du 15 mai 2001, la loi française ignorait les comptes intermédiés, car, pour des raisons fiscales, les résidents de France doivent ouvrir des comptes titres à leur propre nom : de ce fait, les comptes intermédiés pouvaient paraître irréguliers au regard de la législation. La réforme opérée par la loi du 15 mai 2001 a consisté à prendre acte de la pratique de la détention la plus fréquente pour les non-résidents, à la régulariser et à adapter les règles pour que les non-résidents dont les titres sont détenus dans des comptes intermédiés puissent exercer la plénitude de leurs droits d'actionnaires à travers le conservateur de leurs titres²⁶.

²³ - Communication ANSA n° 2925 précitée.

²⁴ - *NB (rappel)* : la loi NRE du 15 mai 2001 a supprimé la possibilité pour les statuts d'exiger la détention d'un nombre minimum de titres pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires (anc. art. L. 225-112 C. com., abrogé).

²⁵ - V. sur ce point bull. COB précité n° 311, mars 1997, p.16.

²⁶ - Cf communications ANSA n° s. 3069, 3103 et brochure ANSA n° 195 « L'amélioration des conditions de vote des actionnaires non-résidents des sociétés cotées françaises », janvier 2003 (en français et en anglais).

La loi valide donc l'inscription en compte de personnes qui détiennent dans leur compte en France des titres pour autrui, en l'occurrence des actionnaires non-résidents : elle les désigne par l'expression « intermédiaires inscrits ».

Seuls les titres de capital admis aux négociations sur un marché réglementé sont concernés.

Qui *peut* jouer le rôle d'« intermédiaire inscrit » ?

En droit, tout intermédiaire, personne morale ou personne physique, prestataire de services d'investissement ou banquier, résident français ou non-résident, peut, pour le compte de tiers – à condition que ces tiers soient non-résidents –, s'inscrire dans les comptes d'actionnaires d'une société émettrice cotée française. La loi n'impose aucune condition de qualité pour ce faire²⁷.

Il peut donc s'agir du conservateur global non-résident (« *global custodian* »), d'un prestataire de services résident ou non-résident (« *proxy services* »), d'un « *trust* », d'un « *nominee* », y compris une personne physique. En droit français, les intermédiaires habilités teneurs de comptes (sous-conservateurs français) ne peuvent pas jouer ce rôle d'intermédiaire inscrit, en sus de leur fonction de teneur de compte²⁸.

Cette nouvelle faculté constitue une *exception* au principe légal selon lequel n'est admise en compte d'actionnaire chez l'émetteur ou dans un établissement financier que l'inscription du propriétaire effectif des titres, qui seul possède le droit de vote.

En pratique, dans la plupart des cas, ce sont les conservateurs globaux non-résidents qui tiendront ce rôle d'intermédiaire inscrits.

Dans quelles circonstances un intermédiaire doit-il se considérer comme « intermédiaire inscrit » et se déclarer comme tel ?

Le critère est simple. La loi oblige à se déclarer comme « Intermédiaire Inscrit » les personnes qui détiennent dans des comptes titres collectifs, ouverts à leur propre nom chez la société émettrice ou chez un intermédiaire teneur de compte, des titres appartenant en fait à d'autres personnes qui sont des propriétaires d'actions non-résidents (art. L. 228-1, al. 4 du code de commerce).

Cette personne doit déclarer *spontanément* sa qualité d'intermédiaire détenant des titres pour le compte d'autrui²⁹. Cette obligation légale s'impose en tout état de cause à l'intermédiaire qui s'inscrira en compte, même si l'émetteur ne manifeste pas l'intention de réclamer l'identification de ses actionnaires Non-résident intermédiés et quelles que soient les dispositions prévues par ses statuts en matière de TPI³⁰.

Pour mémoire, la société émettrice est en droit d'interroger en permanence les intermédiaires inscrits sur l'identité des propriétaires non-résidents d'actions pour le compte desquels l'intermédiaire est inscrit et transmet les votes (article L. 228-3, L. 228-3-1-I).

En outre, avant toute assemblée, la société émettrice est en droit d'interroger l'intermédiaire inscrit sur l'identité des propriétaires non-résidents dont il s'apprête à transmettre les votes (article L. 228-3-2).

²⁷ - Cf article L. 228-1, alinéa 3 du Code de commerce : "*tout intermédiaire...*".

²⁸ - Tel est l'avis du Comité juridique de l'ANSA (séance du 6 novembre 2002).

²⁹ - Article L. 228-1 alinéa 4 du Code de commerce.

³⁰ - En vertu des articles L. 228-2-II, alinéa 2 et L. 228-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

Les réponses doivent parvenir dans des délais fixés par décret (décret NRE du 3 mai 2002 modifiant le décret du 23 mars 1967).

Si ces règles et délais n'ont pas été respectés, les droits de vote exprimés par l'intermédiaire inscrit ne peuvent être pris en compte (article L. 228-3-2 du code de commerce). Cette non prise en compte est constatée par le bureau de l'assemblée.

– L'omission des déclarations des franchissements de seuils de participation

Il est nécessaire de distinguer à cet égard les règles de franchissement de seuils légaux (article L. 233-7, al. 1^{er} à 4, du code de commerce) et les règles de franchissement de seuils statutaires (article L. 233-7, al. 5 et 6).

- Défaut de déclaration d'un franchissement de seuil légal

Si le défaut de déclaration d'un franchissement de seuil légal a été révélé avant la réunion de l'assemblée ou lors de l'assemblée en début de réunion, le président doit porter à la connaissance de l'assemblée ce manquement - dont le bureau aura été informé par les services en charge de l'assemblée - et le bureau doit constater, pour les actions en cause, la privation temporaire du droit de vote (art. L. 233-14 al. 1^{er} code de com.), c'est-à-dire,

- soit l'annulation du vote exprimé s'il s'agit d'un vote par correspondance,
- soit la non prise en compte du vote s'il n'a pas encore été exprimé en séance.

Il est à noter que cette privation est automatique et que le bureau n'a aucun pouvoir d'en dispenser l'actionnaire ou les actionnaires fautif(s), à partir des informations dont il dispose sur le franchissement de seuil et l'absence de déclaration. Au cas où des contestations s'élèveraient en séance à propos par exemple de la réalité d'une action de concert en l'absence d'une déclaration, le bureau doit réaffirmer le caractère automatique, en vertu de la loi (art. L. 233-7), de la privation du droit de vote, tout en rappelant que les décisions du bureau peuvent être soumises au contrôle a posteriori du juge judiciaire.

Les actions en cause sont également exclues du quorum (art. L. 225-96 et L. 225-98 C. com : le quorum prend en compte les « actions ayant le droit de vote.... »).

- Défaut de déclaration d'un franchissement de seuil statutaire

Si les statuts en disposent ainsi, un actionnaire possédant un certain pourcentage de capital ou des droits de vote peut demander s'il y a eu des cas de défaut de déclaration d'un franchissement de seuil statutaire et l'application des sanctions, c'est-à-dire la privation des droits de vote pour les contrevenants (art. L. 233-7, al. 6).

Il est conseillé de procéder méthodiquement et par étapes : après vérification auprès des scrutateurs du nombre des actions possédées par le demandeur et du pourcentage de capital ou des droits de vote que ces titres représentent, le président doit prendre acte que la demande est légitime ; puis donner la réponse de fond, négative ou positive, de l'absence ou non de déclaration de franchissement de seuil statutaire ; et, en cas de défaut de déclaration, demander expressément à l'actionnaire qui a présenté la demande s'il souhaite que les sanctions soient appliquées. Par prudence, chacune de ces étapes doit être consignée au procès-verbal.

Si, malgré la révélation en séance d'un manquement aux obligations statutaires, aucun actionnaire ne demande l'application des sanctions, on peut considérer que l'actionnaire fautif est « blanchi » en vertu des dispositions statutaires³¹.

³¹ - Cf communication ANSA n° 2516.

– Les conditions d'admission des non – actionnaires

Le président de l'assemblée peut insister dès l'ouverture de la séance sur le caractère privé de l'assemblée, qui est une réunion « entre actionnaires ». Cela étant, des personnes qui ne sont pas actionnaires peuvent être amenées à assister à l'assemblée.

La police de l'accès à l'assemblée est en tout état de cause assurée par le bureau (v. *supra*) : c'est au bureau qu'incombe le contrôle de l'accès de personnes non-actionnaires.

Il faut rappeler tout d'abord, pour mémoire, qu'ont accès à l'assemblée générale des actionnaires, sans voix délibérative, les représentants de la *masse des obligataires* (article L. 228-55 du code de commerce), ainsi que les représentants de la masse des *porteurs de titres participatifs* qui sont consultés sur toutes les questions inscrits à l'ordre du jour et peuvent intervenir à tout moment au cours de l'assemblée (article L. 228-37 du code de commerce)³².

Par ailleurs, la *Commission des Opérations de Bourse* peut demander à déléguer, avec l'accord de la société et plus précisément du bureau de l'assemblée, un représentant à l'assemblée générale annuelle statuant sur les comptes de l'exercice, chargé d'en suivre le déroulement sur le plan de l'information des actionnaires³³.

Il arrive d'autre part que certains actionnaires veuillent se faire accompagner par un *huissier* pour lui faire constater la régularité de l'assemblée en obtenant de ce dernier un compte rendu sténographique des débats ou en lui demandant d'assister les scrutateurs pour garantir le bon déroulement et le secret du vote.

La présence d'un huissier ne peut être imposée à l'assemblée que s'il a été commis par décision de justice, seulement pour des motifs graves et intéressant le fonctionnement de la société³⁴. La présence d'un huissier est refusée en l'absence d'un motif grave³⁵. Mais ce motif grave peut être reconnu par le juge même s'il est dissimulé derrière un ordre du jour banal³⁶. A défaut d'une décision de justice, l'accès de l'huissier à l'assemblée peut être refusé par le bureau ou par l'assemblée si elle est saisie de cette question.

En ce qui concerne l'accès des *journalistes* à l'assemblée, la position des sociétés sera fonction de leur « culture » propre. L'assemblée générale étant une réunion privée « entre actionnaires », certains considèrent que l'accès aux assemblées doit être interdit aux journalistes, qui pourront être reçus après la séance de l'assemblée et/ou après la réunion avec les analystes financiers le lendemain³⁷.

Mais d'autres estiment, avec la COB³⁸, que la relation d'un événement aussi important que l'assemblée générale d'une grande société constitue un élément d'information du public et que la présence de journalistes est dès lors opportune.

³² - Ont par ailleurs accès à l'assemblée générale le mandataire ou, si les statuts le prévoient, les mandataires des actionnaires à dividende prioritaire sans droit de vote, qui exposent l'avis de leur mandants avant tout vote de l'assemblée générale des actionnaires, cet avis étant consigné au procès-verbal de la réunion de l'assemblée (art. L. 228-15 C. com.).

³³ - Pour un précédent, cf *Bull. COB*, fév. 1980, n° 123.

³⁴ - Cass. com. 15 fév. 1977, D.1978,jur. p.31 ; Cass. com. 22 mars 1988, bull. civ. IV n° 123, p. 86, *Rev. jur. com.* 1989 p. 11, note Nicod ; CA Paris, 14e ch. B, 21 fév. 1992, RJDA 5/1992, n° 471, p.373.

³⁵ - CA Paris, 15 nov. 1978, *Rev. soc.* 1979.338.

³⁶ - CA Paris, 28 avril 1978, *Rev. soc.* 1978.750.

³⁷ - Communication ANSA n° 2883.

³⁸ - Rapport annuel COB pour 1982, p. 22.

En pratique, au cas où un actionnaire se plaindrait d'une telle présence, le président peut commencer par rappeler que l'assemblée est formée des actionnaires mais qu'il considère que la présence de journalistes s'impose pour une bonne diffusion des informations concernant la vie de l'entreprise. Au cas où l'actionnaire insiste, le président, après avoir rappelé que le bureau est d'accord pour une telle présence, est obligé de soumettre la question au vote de l'assemblée.

L'attention des sociétés est d'ailleurs attirée sur certaines conséquences juridiques de la présence de journalistes à une assemblée, qui prend alors le caractère d'une réunion publique (v. *infra* : propos diffamatoires).

Enfin, l'accès devrait être refusé aux *syndicalistes* s'ils ne sont pas par ailleurs salariés actionnaires³⁹.

II. - Comment gérer les incidents au cours des débats ?

– La limitation des débats aux questions figurant à l'ordre du jour

L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour (article L. 225-105 al. 3 C. com.). Toute délibération prise en violation de cette règle est nulle (article L. 225-121 C. com.).

Le législateur a cependant prévu une *dérogation* à ce principe : l'assemblée peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement (L. 225-105, al. 3). L'exercice de ce pouvoir n'est subordonné à aucune condition ni à aucune mention dans l'ordre du jour. Par ailleurs, une doctrine assez répandue estime que les membres du directoire - qui peuvent être, selon la loi (art. L. 225-61 C. com.), révoqués par l'assemblée générale dans les conditions de droit commun, sans d'ailleurs que le conseil de surveillance en fasse la proposition - peuvent également être révoqués en cours d'assemblée, même si la question ne figure pas à l'ordre du jour, à la suite d'incidents graves et imprévus, conformément à la théorie des « incidents de séance » appliquée par la jurisprudence, dès avant la loi de 1966 sur les sociétés, à la révocation des administrateurs⁴⁰.

– Amendements et résolutions nouvelles

Il peut être parfois délicat de déterminer le champ de l'ordre du jour⁴¹.

En effet, les « amendements » aux projets de résolutions et les « résolutions nouvelles » qui peuvent être présentés aux actionnaires doivent se limiter aux questions figurant à l'ordre du jour.

. L'« *amendement* » à un projet de résolution correspond au pouvoir de l'assemblée de modifier un projet qui lui est présenté : ce pouvoir n'est en effet pas limité à celui d'approuver ou de rejeter un projet de résolution.

La doctrine reconnaît à l'assemblée ce pouvoir de modification, par exemple en ce qui concerne les comptes sociaux⁴² ou la nomination des administrateurs ou des commissaires aux comptes⁴³.

³⁹ - Cf communication ANSA n° 2883.

⁴⁰ - Cf Mémento *F. Lefebvre Sociétés commerciales* 2003, n° 9091 (directoire) et n° 10620 (administrateurs et membres du conseil de surveillance).

⁴¹ - Cf avis du Comité juridique de l'ANSA, séance du 5 novembre 1997.

⁴² - Rép. min. Arnaud n° 22639, JOAN déb. 5 avril 1972, p. 819.

⁴³ - Rép. min. Stehlin n° 27249, JOAN 27 janvier 1973, p. 234.

L'assemblée dispose du pouvoir de modifier les projets de résolutions, en partie certainement, voire en tout, à condition de ne pas sortir de l'ordre du jour.

– **L'assemblée peut valablement délibérer sur les « résolutions nouvelles »**

Le décret du 23 mars 1967 mentionne expressément les « résolutions nouvelles » (art. 131-4, 3°). Il est à noter que le formulaire de vote par correspondance mis au point par l'ANSA et le CFONB, qui a fait l'objet d'une norme AFNOR, prévoit, ce qui n'est pas obligatoire selon les textes, un cadre spécial pour les « amendements et résolutions nouvelles ». Une telle mention n'est obligatoire que lorsqu'un « document unique » de VPC et de pouvoir est utilisé⁴⁴.

Outre la révocation en toutes circonstances d'un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance (cf *supra*), ces résolutions nouvelles peuvent être, soit les *questions « diverses »*, de « *minime importance* », mentionnées à l'article 123 alinéa 2 du décret du 23 mars 1967, c'est-à-dire des résolutions de portée « implicite » ou incidente qui peuvent être débattues sans figurer à l'ordre du jour⁴⁵ (ces questions de « minime importance » peuvent tout au plus faire l'objet d'une information, d'un bref débat, voire de l'expression d'un « vœu » de l'assemblée), soit des *questions qui sont la conséquence nécessaire* des délibérations inscrites à l'ordre du jour : c'est-à-dire, selon un arrêt de la Cour de cassation, des questions qui sont la « conséquence directe » d'un problème inscrit à l'ordre du jour et qui « n'abordent aucun problème nouveau »⁴⁶.

Ce sera au bureau de l'assemblée de décider si une proposition de résolution est une « résolution nouvelle » entrant ou non dans le champ de l'ordre du jour.

– **Y aurait-il des « questions indiscrètes » ?**

Il faut en principe répondre à toutes les questions des actionnaires. Il n'y aura donc pas de questions indiscrètes mais parfois des questions qui se heurtent par exemple au secret des affaires.

En principe, le président répondra à toutes les questions, même s'il est parfois nécessaire d'employer la formule : « je vous invite, pour le complément, à prendre contact avec notre service actionnaires » ou « avec notre service compétent ».

Si une question ne peut malgré tout être traitée pour des raisons diplomatiques (vis-à-vis d'un pays étranger lors d'une négociation) ou pour des raisons de confidentialité ou de protection de la vie privée, il faut savoir couper court⁴⁷.

Exemple 1 : Question : « Pourquoi n'investissez-vous pas dans tel pays ? » Réponse : « Investiriez-vous votre fortune personnelle dans ce pays ? » (réactions négatives dans la salle). « Pour l'instant, nous ne le faisons pas. Nous verrons plus tard ».

Exemple 2 : Question : « Pouvez-vous indiquer le chiffre d'affaires réalisé sur tel produit ? » Réponse : « Ce chiffre ne peut pas être révélé pour ne pas informer un concurrent ».

⁴⁴ - Document défini par l'art. 131-2 du décret de 1967. Cf. communication ANSA n° 2497. La mention des "résolutions nouvelles" est obligatoire lorsqu'un "document unique" de VPC et de pouvoir est utilisé (document défini par l'art. 131-2 du décret de 1967), ce qui n'est pas le cas du document ANSA- AFNOR où les formulaires et les rubriques de VPC et de pouvoirs sont clairement séparés. S'agissant de propositions qui sont présentées en séance, trois solutions sont en pratique offertes à l'actionnaire qui n'assiste pas à l'assemblée (ces trois solutions sont expressément prévues par l'article 131-4 du décret de 1967) : soit donner pouvoir au président, soit s'abstenir (ce qui équivaut à un vote "non"), soit donner mandat à un autre actionnaire (ou à son conjoint).

⁴⁵ - CA Paris 21 décembre 1979, *Rev. soc.* 1980 p. 761, note Sibon.

⁴⁶ - Cass. com., 25 avril 1989, bull. Joly 1989 p. 531, note M. Jeantin.

⁴⁷ - Cf. communication ANSA n° 2883.

Les actionnaires doivent être encouragés à poser en séance leurs questions par écrit⁴⁸. C'est pourquoi il est avantageux de prévoir, à l'entrée de la salle, la distribution de fiches permettant aux actionnaires de rédiger à l'avance leurs questions. Ce procédé évite à certains actionnaires d'employer un ton agressif (v. *infra*), souvent involontairement et uniquement par timidité ou par précipitation. Mais ce procédé ne doit pas priver l'auteur de la question de la possibilité de l'exprimer oralement ni d'autres actionnaires d'intervenir au cours de la séance sur des questions différentes : tout actionnaire doit pouvoir participer au débat (v. *infra*).

– Les questions écrites

En vertu de l'article L. 225-108 alinéa 3 du code de commerce, tout actionnaire a le droit de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration est tenu de répondre au cours de l'assemblée.

Ce droit est ouvert à partir du jour de la convocation de l'assemblée jusqu'au 4^{ème} jour ouvré précédent la date de l'assemblée.

Certaines associations d'actionnaires ont posé des questions écrites semblables à une série de sociétés cotées dans le cadre d'une enquête comparative. A notre avis, tout en faisant observer pour le procès-verbal qu'une enquête de ce type pourrait relever du détournement de la procédure des questions écrites, le président agira prudemment en répondant effectivement à ces questions si elles entrent dans le champ de l'ordre du jour ; dans certains cas, il sera impossible de répondre, si la question relève du secret des affaires (*cf. supra*) ou correspond par exemple à une donnée qui n'est pas suivie sur le plan comptable.

– L'utilisation abusive du temps de parole

Certains actionnaires ont tendance à utiliser les assemblées comme tribune.

Cela étant, il faut rappeler que tout actionnaire, comme tout associé, doit pouvoir participer à l'assemblée (art. 1844 du code civil), donc au débat, et que la violation de ce principe est sanctionnée pénalement (article L. 242-9 – 1^o du code de commerce).

Par conséquent, il ne serait pas prudent de prévoir dans les statuts des règles trop rigides sur ce point, consistant par exemple à limiter *a priori* le temps de parole de chacun ou à attribuer au président *seul* le pouvoir permanent de déclarer la discussion close quand il l'estimerait utile alors que des actionnaires souhaiteraient prolonger le débat. De telles règles conduiraient le président à adopter une attitude qui priverait le débat de toute spontanéité et pourrait empêcher des actionnaires de s'exprimer, ce qui serait contraire à la loi.

– Le ton agressif ou la diffamation

Lorsqu'un actionnaire prend un *ton délibérément agressif*, le président pourra renvoyer l'interlocuteur à une conversation privée ultérieure.

Ex.: Question posée sur un ton agressif. Réponse : « Je souhaite vous revoir individuellement à la fin de la réunion. Il y a beaucoup d'autres questions » (le président peut montrer à la cantonade le paquet des fiches de questions à traiter)⁴⁹.

⁴⁸ - Il ne s'agit pas ici des « questions écrites » au sens juridique, qui sont posées par les actionnaires avant l'assemblée à compter de l'envoi des documents réglementaires, qui peuvent l'être jusqu'à l'ouverture de l'assemblée et auxquelles le conseil d'administration, et le conseil seul, est tenu de répondre au cours de l'assemblée (art. L. 225-108, al.3 C. com.) ; il s'agit ici des questions en fait « orales », posées en séance et auxquelles le chef d'entreprise peut et doit répondre dans le cadre des débats sur les points figurant à l'ordre du jour.

⁴⁹ - Cf communication ANSA n° 2883 précitée.

Des propos peuvent être considérés comme diffamatoires, mais dans certaines conditions seulement. Si des personnes extérieures à la société et n'ayant aucun rôle technique ou professionnel à jouer au cours des débats - par exemple des journalistes (cf *supra*) - assistent à l'assemblée générale des actionnaires, celle-ci, selon la jurisprudence, prend le caractère d'une réunion publique et les *propos* « *diffamatoires* » qui y sont tenus peuvent être sanctionnés pénalement dans certaines conditions : notamment, le délit de diffamation n'existe que si la présence de personnes étrangères à l'assemblée a été portée à la connaissance des auteurs de ces propos réputés diffamatoires⁵⁰. Il n'y a pas lieu de s'arrêter aux conditions dans lesquelles ces personnes étrangères ont pu pénétrer dans les locaux où se tient la réunion⁵¹.

– Peut-on limiter le temps de parole ?

- Dans ces conditions, peut-on *limiter le temps de parole* de chacun ? Peut-on *retirer la parole* à un actionnaire ?

Lorsque qu'un actionnaire a manifestement l'intention d'abuser de son droit à la parole dans un dessein d'obstruction et en tenant des propos déraisonnables ou insultants, le président, assisté du bureau, peut dans un premier temps ramener l'orateur à la question figurant à l'ordre du jour ; puis, dans un deuxième temps, avertir l'intéressé que s'il persistait dans son attitude, on sera obligé de lui retirer la parole ; enfin, lui retirer la parole.

Enfin, si les débats deviennent houleux, le bureau peut décider une suspension de séance.

Des règles statutaires peuvent être envisagées à ce propos. Elles doivent éviter toute mesure pouvant être interprétée comme une atteinte au droit à d'expression des actionnaires. Ces règles, tout en se cantonnant dans des généralités, devraient permettre de canaliser les débats. Elles peuvent être résumées ainsi : « les interventions devront être directement en rapport avec l'ordre du jour » ; « leur durée ne doit pas excéder un temps raisonnable eu égard au sujet traité » ; « à cette fin, le président, assisté du bureau qui est investi du pouvoir de police de l'assemblée, assure la direction des débats. »

oOo

Ainsi, les exigences du droit des actionnaires à l'information et à la participation au débat doivent être conciliées avec celles du bon déroulement des assemblées générales. Les règles adoptées pour le fonctionnement des assemblées peuvent autoriser des aménagements à l'exercice du droit d'expression ; mais elles ne sauraient se traduire par une limitation excessive de ce droit, sous peine d'affecter la régularité de l'assemblée : la pratique à mettre en œuvre pour contenir les abus procède donc d'un équilibre délicat.

⁵⁰ - CA Paris 31 mars 1908, *Rev. soc.* 1909, p. 108 ; CA Orléans 19 avril 1921, *J. soc.* 1922.492 ; Cass. crim. 29 déc. 1921, *J. soc.* 1922.490 ; cf MM. Mercadal et Janin, *Memento F. Lefebvre Sociétés commerciales*, 2003, n° 10621.

⁵¹ - Ibidem, n° 10622. Cass. com., 4 déc. 1973, *Bull. crim.* n° 448.



n° 2925

A.N.S.A.

Association Nationale
des Sociétés par Actions

C.F.O.N.B.

Comité Français
d'Organisation et de
Normalisation Bancaire

25 janvier 1998

RECOMMANDATIONS
aux sociétés émettrices et aux teneurs de comptes conservateurs
RELATIVES AU VOTE EN ASSEMBLEE GENERALE D'ACTIONNAIRES
des sociétés cotées
pour 1998

On constate, en matière de participation et de vote aux assemblées générales des actionnaires des sociétés cotées ayant un actionnariat nombreux et dispersé, une disparité des pratiques qui peuvent troubler les actionnaires, notamment les actionnaires non-résidents.

Un groupe de travail, composé de représentants de sociétés émettrices et des principaux teneurs de comptes conservateurs concernés, s'est réuni à l'ANSA pour faire des recommandations afin de tenter d'harmoniser ces pratiques dans l'intérêt de la place de Paris.

Les recommandations qui figurent ci-dessous sont faites aux sociétés émettrices et aux teneurs de comptes conservateurs, en fonction du droit positif aujourd'hui en vigueur, et concernent les assemblées générales qui se tiendront à partir de 1998⁵².

oOo

I. DISPOSITIONS A PRENDRE AVANT L'ASSEMBLEE

1. Délai de mise à disposition des conservateurs des documents de vote en assemblée établis par les émetteurs

- Exposé des motifs

Les sociétés ayant un actionnariat très diversifié et dispersé peuvent rencontrer des difficultés pour obtenir, dans les délais, le quorum nécessaire à la tenue de leur assemblée, notamment lors d'assemblées générales extraordinaires (A.G.E.), pour lesquelles il est nécessaire de réunir, sur deuxième convocation, au moins 25 % des actions ayant le droit de vote (loi du 24 juillet 1966, article 153 et 155 ; rappel : AGE sur première convocation : 1/3 ; AGO sur première convocation : 25 % ; AGO sur deuxième convocation : aucun quorum). L'existence d'un actionnariat non-résident exige d'ailleurs un effort particulier sur ce plan.

⁵² - Au cas où la réglementation serait modifiée avec effet sur les assemblées générales devant se tenir les années ultérieures, le présent document serait naturellement adapté pour en tenir compte.

Le problème se pose également aux sociétés qui, bien qu'elles réunissent le quorum requis sans réelles difficultés, souhaitent pouvoir l'améliorer par la participation du plus grand nombre d'actionnaires, notamment non-résidents.

Pour ces raisons, il est souhaitable que les conservateurs teneurs de comptes d'actionnaires au porteur puissent mettre à la disposition de leurs clients, très tôt avant l'assemblée, les documents de vote et d'information⁵³. En effet, en-deçà du délai préconisé ci-après, l'obtention du quorum peut connaître des aléas préjudiciables aux objectifs recherchés.

D'autre part, l'utilisation du formulaire de vote par correspondance et de pouvoir normalisé AFNOR NF K 12-164 d'avril 1990 permet des traitements automatisés chez les teneurs de comptes conservateurs (comme chez les sociétés émettrices au moment de l'assemblée). Cette automatisation est source de gain de temps, bénéfique pour la préparation de l'assemblée. Qui plus est, un même actionnaire, propriétaire de plusieurs valeurs, peut être déconcerté et gêné en recevant des formulaires de vote différents dans leur présentation : d'où des risques d'erreurs dans l'expression du vote⁵⁴.

- **Recommandations**

. Il est recommandé aux sociétés émettrices de titres cotés, rencontrant des difficultés pour réunir le quorum à leurs assemblées générales et/ou souhaitant une large participation de leurs actionnaires, de mettre à la disposition des conservateurs teneurs de comptes tous les documents de vote (pouvoirs, VPC) et d'information (lettres de convocation comportant ordres du jour, texte des projets de résolution, etc...) **au moins un mois** avant la date de l'assemblée.

. Il est également recommandé à ces sociétés, lorsque leur actionnariat non-résident est d'une importance significative, de produire à son intention les formulaires de pouvoirs et de VPC et les documents d'information avec une **traduction** en anglais ou dans la langue appropriée, éventuellement par une présentation bi-lingue pour l'ensemble de chaque document.

. Il est également recommandé à toutes les sociétés émettrices d'utiliser le **formulaire** de vote et de pouvoir **normalisé** AFNOR NF K 12-164 d'avril 1990.

2. Date limite d'acceptation, par les sociétés émettrices et les conservateurs, des formulaires de pouvoirs et de VPC signés par les actionnaires

- **Exposé des motifs**

La date limite d'acceptation des pouvoirs et VPC signés par les actionnaires est, selon les statuts, normalement fixée à J - 5 jours (J = date de l'assemblée) pour la réception par les conservateurs et, sauf délai plus court prévu par les statuts, réglementairement fixée à J - 3 pour la réception par la société émettrice (décret du 23 mars 1967, art. 131-2, al.4, et art.131-3, al. 1^{er}).

Au-delà de cette date, il n'est plus tenu compte, pour le vote en assemblée, des formulaires reçus en retard (décret du 23 mars 1967, art. 131-2, al.4. et art.131-3, al. 1^{er}).

Quoi qu'il en soit, ces deux dates limites d'acceptation sont indiquées sur l'avis de convocation publiés au BALO (prévu par le décret du 23 mars 1967, art. 130), et doivent être précisées sur les formulaires de vote par correspondance ou par procuration adressés aux actionnaires, soit directement par la société émettrice, soit par les conservateurs (décret du 23 mars 1967, article 131-2, al.4).

⁵³ - Rappel : en vertu de l'article 138 du décret du 23 mars 1967, les actionnaires détenteurs de titres nominatifs ou au porteur peuvent demander à la société émettrice de leur envoyer directement les documents de vote et d'information.

⁵⁴ - Une amélioration de ce formulaire normalisé est actuellement recherché dans le cadre d'un groupe de travail réuni à l'ANSA et comprenant des représentants de sociétés émettrices, des principaux conservateurs et du CFONB.

- **Recommandation**

. Il est recommandé, dans un souci d'égalité de traitement des actionnaires, que chaque intervenant respecte et fasse respecter les dates limites d'acceptation des formulaires de pouvoir ou de vote par correspondance, fixées par les sociétés émettrices et indiquées sur les documents diffusés.

3. Procédure de « blocage » des titres

- **Exposé des motifs**

Le droit de chaque actionnaire à participer aux décisions prises en assemblée générale constitue l'une de ses prérogatives essentielles (Code civil, art. 1844).

La société doit s'assurer que les personnes qui demandent à participer aux assemblées ont bien la qualité d'actionnaires.

Pour les titres de forme *nominative*, les comptes d'actionnaires sont tenus par la société émettrice ou par un mandataire désigné par elle : la vérification peut être faite directement, les statuts pouvant cependant subordonner l'accès à l'assemblée à la condition que l'inscription en compte nominatif soit intervenue au moins quelques jours avant l'assemblée (délai statutaire ne pouvant excéder 5 jours, décret de 1967, art. 136, al.2).

Pour les titres *au porteur*, c'est le teneur de compte conservateur qui a connaissance de l'identité des actionnaires et non la société émettrice (sauf ponctuellement par la procédure du T.P.I.), laquelle ignore surtout les opérations d'achat et de vente effectuées par les actionnaires titulaires de titres au porteur (sauf de façon discontinue par la déclaration des franchissements de seuils de participations significatives). Pour permettre à ces titulaires de justifier de leur qualité d'actionnaires au moment de l'assemblée, une procédure d'indisponibilité ou de « blocage » des titres est imposée par la réglementation (décret de 1967, art. 136) : ce délai de « blocage » est prévu dans les statuts, mais ne peut être supérieur à 5 jours avant l'assemblée (décret de 1967, art. 136, al. 2). La vérification pratique du respect de ce délai d'indisponibilité est assurée par la délivrance d'une attestation de blocage des titres par le teneur de compte conservateur de l'actionnaire ayant demandé à participer à l'assemblée (décret de 1967, art. 136, al. 1^{er}), qui en général prend la forme d'un « bordereau de dépôt » collectif normalisé (AFNOR N F K 12-175) remis par le conservateur à la société émettrice.

Les actionnaires propriétaires de titres au porteur doivent retourner à leurs teneurs de comptes conservateurs les formulaires qu'ils ont dûment remplis, avant la date limite indiquée, soit dans la presque totalité des cas, 5 jours avant l'assemblée (cf. *supra*, I, 2.). Les moyens actuels de communication permettent aux conservateurs de réaliser les travaux qui leur incombent, notamment l'immobilisation des titres et l'envoi à l'émetteur ou à son centralisateur, avant l'assemblée, des documents nécessaires (pouvoirs, VPC et demandes de cartes d'admission), accompagnés des « bordereaux de dépôt » normalisés.

Selon l'article 136 du décret de 1967, « les dépositaires des actions au porteur ... doivent, à la demande de tout actionnaire ayant effectué la formalité, en attester sur le formulaire de vote par correspondance ou sur la procuration établie au nom de l'actionnaire ou sur un document séparé *établi à seule fin d'être annexé à ce formulaire ou à la procuration* »⁵⁵. Il apparaît donc qu'en principe l'attestation d'immobilisation des titres ne peut être dissociée du document notifiant le choix, fait par le client actionnaire, d'un mode de participation à l'assemblée (rappel : sauf disposition contraire des statuts, il ne peut alors plus, après la délivrance de cette attestation, choisir

⁵⁵ - Il convient donc de distinguer, pour les titres au porteur: 1/ le certificat d'immobilisation des titres établi par le conservateur, soit sur un "bordereau de dépôt" collectif normalisé (norme NF - K 12-175), soit sur le formulaire de VPC et de pouvoir ou sur un document séparé annexé à ce formulaire (art. 136, al. 1^{er}, du décret de 1967), qui permet de participer à l'assemblée ; 2/ l'attestation d'inscription en compte qui certifie la qualité d'actionnaire au jour de sa délivrance, établie par le conservateur teneur de compte pour tout actionnaire, qui peut en faire la demande à tout moment (circulaire ministérielle du 8 août 1983, ch. II, sect. 2, 3°, relative à l'application des dispositions de l'art. 94-II de la loi n° 81-1160 du 30 déc. 1981 et du décret n° 83-359 du 2 mai 1983). V. à ce sujet bull. COB n° 311, mars 1997, p. 11 et s.

un autre mode de participation à l'assemblée). Cette association permanente, alliée à l'immobilisation des titres par les conservateurs, est d'ailleurs une garantie contre l'éventuelle utilisation multiple et abusive de droits de vote attachés aux mêmes actions (« doublons »).

Il faut souligner que le plus souvent, en fonction de la date de l'assemblée, le blocage des titres n'est pas pénalisant pour le détenteur de titres cotés sur le marché à règlement mensuel (R.M.) : ce blocage est perçu par certains investisseurs comme interdisant toute possibilité de négociation, ce qui n'est pas le cas sur le R.M., le transfert de propriété n'intervenant qu'en fin de mois⁵⁶.

- Recommandations

. Il est recommandé aux établissements teneurs de comptes de ne plus délivrer de certificat d'immobilisation après la date fixée par la société émettrice et portée sur les avis de convocation⁵⁷.

. Dans les quelques cas où un actionnaire, souhaitant participer à une assemblée et ayant effectué la formalité d'immobilisation de ses titres, craint de ne pas se trouver en possession de sa carte d'admission, son teneur de compte conservateur peut lui délivrer un « récépissé de sa demande de carte d'admission » (v. *infra*, I, 4)⁵⁸.

4. Demandes de cartes d'admission

- Exposé des motifs

Les sociétés émettrices ont intérêt à diffuser des formulaires de demande de cartes d'admission en même temps que les documents de vote.

En ce qui concerne les titres au porteur, lorsque les sociétés émettrices souhaitent insérer, dans les documents adressés à leurs actionnaires, une demande de carte d'admission, il est souhaitable que celle-ci comporte toutes les coordonnées bancaires des titulaires détenteurs de titres de cette forme, qui auront été mentionnées au préalable par les conservateurs.

En effet, les conservateurs qui reçoivent ces demandes de cartes d'admission renvoyées par les actionnaires, doivent pouvoir vérifier la qualité d'actionnaire, immobiliser les titres en conséquence, puis en assurer la certification auprès de la société émettrice.

L'usage prouve que, lorsque le document de demande de carte d'admission doit être entièrement rempli par l'actionnaire lui-même, il l'est souvent de façon incomplète. Ces mauvaises rédactions entraînent, chez les conservateurs, de longues et coûteuses recherches qui se révèlent parfois infructueuses : en effet, d'une part quelques imprimés ne comportent que la signature et le nom très difficilement lisibles, d'autre part les demandes sont, en règle générale, reçues et traitées par les services centraux des conservateurs.

Faut-il faire figurer le formulaire de demande de carte d'admission sur les formulaires de pouvoirs ou de VPC eux-mêmes ou sur un document séparé ?

⁵⁶ - Ainsi, la procédure d'immobilisation ne fait pas obstacle à la vente des titres et à la participation du vendeur à l'assemblée générale dès lors que les titres sont cotés sur le marché à règlement mensuel (R.M.) et que la vente intervient au cours du même mois que l'assemblée générale. En effet, le vendeur, définitivement engagé dès l'exécution de son ordre à livrer les titres, en demeure propriétaire tant qu'ils restent inscrits à son compte, c'est-à-dire jusqu'au dernier jour du mois civil. Plus précisément, la vente peut intervenir à partir de la liquidation du mois précédant l'assemblée générale jusqu'au dernier jour du mois de l'assemblée générale.

⁵⁷ - Rappel : cette date est fixée par les statuts ; elle ne peut être antérieure de plus de 5 jours à celle de la réunion de l'assemblée (art. 136, al. 2 du décret de 1967).

⁵⁸ - En pratique, à tout moment, un actionnaire au porteur peut demander à son conservateur de lui délivrer une attestation de sa qualité d'actionnaire (circulaire du 8 août 1983), même s'il n'a pas effectué la formalité d'immobilisation de ses titres : il est souligné, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, que cette attestation ne pourra avoir d'autre effet que de permettre à cet actionnaire d'assister alors à l'assemblée, mais il ne pourra prendre part au vote sur les résolutions.

Sur ce point, l'utilisation du « formulaire avec demande de carte d'admission », en cours de normalisation par le CFONB, présente des avantages pour tous les intervenants : la demande de carte est matérialisée par une case spécifique sur le formulaire de vote et un seul « repiquage » par le conservateur suffit à l'identification de l'actionnaire ; un dépouillement par lecture optique est possible au retour chez le conservateur ; la demande de carte et le formulaire de vote ne faisant qu'un seul document, l'expédition aux actionnaires est aisée (poids limité, absence de regroupement de documents).

- **Recommandations**

. Il est fortement recommandé d'utiliser des demandes de carte d'admission pré-remplies par les conservateurs concernant les références bancaires des actionnaires.

. Il est recommandé, soit de faire figurer une demande de carte d'admission sur les formulaires de pouvoirs ou de VPC⁵⁹, soit d'ajouter par exemple un feuillet détachable à la circulaire de convocation à l'assemblée générale.

II. DISPOSITIONS A PRENDRE PENDANT L'ASSEMBLEE :

1. Présence spontanée des actionnaires le jour J

- **Exposé des motifs**

Lorsqu'un actionnaire se présente spontanément le jour de l'assemblée (jour J) sans carte d'admission, trois cas de figure peuvent se présenter⁶⁰.

1/ L'actionnaire est en règle : un simple incident s'est produit pour la transmission de la carte, qu'il n'a pas reçue.

Si cet actionnaire est titulaire de titres de *forme nominative*, la justification de sa qualité est immédiate, puisqu'il est inscrit en compte d'actionnaire sur les fichiers de la société émettrice. Pour prendre part au vote, cet actionnaire doit avoir été inscrit en compte un certain nombre de jours avant la date de l'assemblée, fixé par les statuts, et qui ne peut être supérieur à 5 jours (décret du 23 mars 1967, art. 136, al.2).

Si cet actionnaire est titulaire de titres *au porteur*, et qu'il a effectué, avant la date imposée par les statuts et indiquée dans l'avis de convocation (à savoir au maximum 5 jours avant la date de l'assemblée), la démarche d'immobilisation de ses titres auprès de son teneur de compte conservateur, il est nécessaire qu'il soit en possession au moins d'un « récépissé de sa demande de carte d'admission » (v. *supra*, I, 3), permettant de retrouver immédiatement ses coordonnées bancaires : une copie de l'attestation d'immobilisation peut alors être demandée par fax au conservateur⁶¹.

2/ L'actionnaire n'est pas en règle : il peut prouver qu'il est actionnaire, mais la procédure d'immobilisation des titres n'a pas été respectée.

Si cet actionnaire est titulaire de titres de *forme nominative*, il se peut qu'il n'ait pas été inscrit en compte un certain nombre de jours avant la date de l'assemblée, fixé par les statuts : cet actionnaire pourra entrer en séance, mais il ne pourra pas voter.

⁵⁹ - Soit dans une case spéciale prévue sur le formulaire, soit par une libre indication manuscrite de l'actionnaire sur ce formulaire.

⁶⁰ - On suppose ici que l'actionnaire dispose du nombre de titres exigé par les statuts pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires (loi de 1966, art. 165).

⁶¹ - V. sur ce point bull. COB précité n° 311, mars 1997, p.16.

Si cet actionnaire est titulaire de titres *au porteur*, ce qu'il prouve par la production d'une attestation d'inscription en compte qui peut être délivrée à tout moment par son teneur de compte conservateur (v. *supra*, I, 3, note 7), mais qu'il n'a pas effectué la démarche d'immobilisation de ses titres, ou qu'il a demandé à le faire hors délai, cet actionnaire pourra entrer en séance, mais il ne pourra pas voter.

3/ L'actionnaire au porteur a précédemment choisi un *autre mode* de participation à l'assemblée : vote par correspondance ou pouvoir, choix qui a automatiquement déclenché la procédure d'immobilisation de ses titres (décret de 1967, art. 136, al. 1er, v. *supra*, I, 3). Si les statuts le permettent, un tel changement est possible (décret de 1967, art. 136, al. 1^{er}).

Dans ce cas et si la société émettrice est organisée pour « désactiver» sur place le VPC ou le pouvoir délivrés précédemment, cet actionnaire pourra entrer en séance et il pourra voter sur place. Si cette « désactivation» est impossible, l'actionnaire pourra entrer en séance mais son vote sera pris en compte sous la forme du VPC ou du pouvoir.

Enfin, pour le bon fonctionnement du vote en assemblée et afin d'harmoniser et de simplifier le calcul du quorum - juridiquement décompté résolution par résolution⁶² - , le délai limite d'acceptation des actionnaires en séance avec un bulletin de vote devrait être, en principe, le moment de l'ouverture du scrutin concernant la première résolution soumise au vote.

- Recommandations

. Il est recommandé de ne pas refuser l'entrée en séance de tout actionnaire inscrit en compte nominatif sur les fichiers de la société émettrice. Pour que cet actionnaire puisse prendre part au vote, cette inscription doit être effective à une date antérieure à celle de l'assemblée, fixée par les statuts, indiquée dans l'avis de convocation et (pour mémoire ici) rappelée sur les formulaires de vote (généralement J - 5).

. Il est recommandé de ne pas refuser l'entrée en séance de tout propriétaire de titres au porteur pouvant justifier de sa qualité d'actionnaire. Toutefois, ne participent au vote que les actionnaires au porteur ayant fait immobiliser leurs titres par leur teneur de compte conservateur. Ces immobilisations, pour être valables, doivent avoir été réalisées avant une date antérieure à celle de l'assemblée, fixée par les statuts, indiquée dans l'avis de convocation et (pour mémoire ici) rappelée sur les formulaires de vote (généralement J - 5).

. Il est recommandé, pour le bon fonctionnement de l'assemblée, de ne plus délivrer de bulletins de vote pour l'entrée en séance dès l'ouverture du scrutin sur la première résolution.

2. Reconnaissance de la validité des signatures, notamment des non résidents

- Exposé des motifs

Seul le propriétaire, réel ou apparent, peut être inscrit en compte d'actionnaire (décret n° 83-359 du 2 mai 1983, art. 1er) ; la personne qui se présente faussement comme propriétaire d'actions ne peut participer au vote en assemblée (loi du 24 juillet 1966, art. 440-2°).

La multiplicité des intermédiaires qui, pour des raisons légitimes de commodité de gestion, s'interposent habituellement entre les actionnaires non résidents (surtout) et les sociétés émettrices, conduit à adopter, dans le cadre du droit en vigueur, les principes suivants pour la reconnaissance de la *validité des signatures* des propriétaires français et étrangers d'actions (cf. notamment avis du Comité juridique de l'ANSA du 2 juillet 1997).

⁶² - Toutefois, lorsque les votes sur l'ensemble des résolutions sont recueillis sur un bulletin unique faisant l'objet d'un dépouillement unique à la fin du scrutin, le quorum est évidemment décompté globalement pour l'ensemble des résolutions.

- Recommandations

. Il est recommandé de considérer comme « apparent » le propriétaire se présentant comme tel, sans qu'aucun indice sérieux conduise la société émettrice - ou l'intermédiaire concernant les titres au porteur - à accomplir une démarche expresse - par lettre ou par fax - auprès de la personne inscrite pour lui demander si elle est le véritable propriétaire des titres.

. En l'absence de cette démarche expresse, il est recommandé de présumer que la personne inscrite en compte d'actionnaire est propriétaire des actions et d'admettre qu'elle pourra voter. Devraient bénéficier de cette présomption les « *trustees* » - à l'exclusion des *nominees de trustees* - , ainsi que les *partners*, qu'ils soient mandatés par les autres *partners* actionnaires d'un *partnership* non immatriculé ou représentants légaux d'un *partnership* immatriculé.

. En revanche, devrait être exclue du vote la personne se présentant expressément, soit dans l'intitulé du compte, soit dans un document de vote, comme gestionnaire mandataire ou comme « *nominee* » , même si elle est *de facto*, pour les actions en cause, directement inscrite en compte d'actionnaire, sans être propriétaire d'actions par ailleurs (loi du 24 juillet 1966, art. 161)⁶³.

III. DISPOSITIONS A PRENDRE APRES L'ASSEMBLEE :

- Exposé des motifs

Les actionnaires non-résidents, en particulier les fonds de pensions anglo-saxons, doivent souvent informer leurs mandants des résultats des votes intervenus aux assemblées générales. Il paraît naturel de les informer après coup sur ce point.

- Recommandations

. Il est recommandé de donner une information sur le résultat des votes (adoption ou rejet) intervenus au cours d'une assemblée générale, à la convenance de la société émettrice, de quelque manière que ce soit⁶⁴ ou encore, si la société émettrice le souhaite, par l'envoi personnalisé d'un procès-verbal résumé à tous les actionnaires nominatifs ainsi que par la remise, aux conservateurs, des documents types correspondants pour une duplication et une diffusion aux actionnaires au porteur, en particulier non résidents.

⁶³ - Sur tous ces points, v. rapport de l'ANSA sur *l'identification des actionnaires des sociétés cotées* (janvier 1997), p. 37.

⁶⁴ - Dans un JAL, un journal financier, Minitel, Internet, etc...



Mars 2003

n° 3181

LES PREROGATIVES DU COMITE D'ENTREPRISE AUX ASSEMBLEES GENERALES

Sommaire

Introduction

I. La demande en justice de convocation d'une assemblée générale

1. Champ d'application
2. Procédure
3. Les apports de l'ordonnance du 7.11.2001

II. La demande par le comité d'entreprise d'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées

1. Champ d'application
2. Objet des projets de résolution
3. Procédure
 - délais
 - agrément et inscription
4. Sanctions du défaut d'inscription
 - responsabilité pénale
 - responsabilité civile
 - nullité

III. L'assistance aux assemblées générales

1. Champ d'application
2. Conditions préalables
 - désignation des représentants du comité d'entreprise
 - convocation des représentants du comité d'entreprise
3. Exercice du droit d'assister

IV. Le droit d'être entendu lors de toute délibération requérant l'unanimité des associés

oOo

La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a étendu les prérogatives des comités d'entreprise dans le cadre des assemblées générales⁶⁵.

A l'origine, un amendement a été adopté par l'Assemblée Nationale. Ce texte prévoyait une modification de la loi du 24 juillet 1966, visant à attribuer de droit aux comités d'entreprise une action leur permettant d'assister aux assemblées générales, et à leur octroyer explicitement les mêmes droits qu'aux actionnaires minoritaires.

Cette rédaction a suscité de multiples objections, non seulement de nature juridique⁶⁶, mais aussi d'opportunité, en particulier la crainte que ne soit dénaturée la légitimité du comité d'entreprise en liant ses prérogatives à sa participation dans le capital⁶⁷. Les parlementaires, constatant que les comités d'entreprise possèdent déjà en vertu du Code du travail des prérogatives importantes⁶⁸, ont adopté des dispositions spécifiques codifiées sous l'article L. 432-6-1 du Code du travail, et complétées ultérieurement de dispositions réglementaires.⁶⁹

Ce choix marque bien la spécialité des prérogatives du comité d'entreprise, qui n'est pas un actionnaire. Son statut relève essentiellement du droit social, quand bien même les dispositions connexes du droit des sociétés se multiplient

Selon l'article L. 432-6-1 du Code du travail, le comité d'entreprise peut ainsi :

- demander la convocation d'une assemblée générale des actionnaires par un mandataire désigné en justice, en cas d'urgence (I)
- demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées (II)
- assister aux assemblées générales (III)
- être entendu lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés (IV)

Le Comité juridique de l' ANSA s'est prononcé sur certains points soulevés par l'application de cette législation⁷⁰. La doctrine montre que des interrogations subsistent.

I - La demande en justice de convocation d'une assemblée générale

Selon l'article L. 432-6- I du Code du travail : « *Dans les sociétés, le comité d'entreprise peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence.* »

1. Champ d'application

S'agissant de la convocation d'assemblées *d'actionnaires*, il est clair que cette prérogative du comité d'entreprise n'existe que dans les sociétés par actions, malgré la généralité des termes « *Dans les sociétés* » employés par le législateur au début de l'article L. 436-1. Cette interprétation est confortée par les termes du texte d'application (R. 432-20) qui reprend la même terminologie.

⁶⁵ Article 99 de la loi

⁶⁶ Notamment quant à l'imprécision de la notion d'actionnaire minoritaire

⁶⁷ Rapport Marini, Sénat, n° 5, 2000-2001 p. 281

⁶⁸ Article L. 432-1 et suivants : droit d'information et de communication, droit d'assister au conseil d'administration ...

⁶⁹ Articles R. 432-20 et 21 du Code du travail, issus du décret n° 2002-803 du 3 mai 2002

⁷⁰ Droits du Comité d'entreprise dans une SAS dépourvue d'assemblée générale, 3 octobre 2001, Bonnes feuilles n° 3099 (novembre 2001-janvier 2002) ; Demande en justice de convocation d'une assemblée générale par le comité d'entreprise : champ d'application, 2 octobre 2002 ; Dépôt par le comité d'entreprise d'un projet de résolution d'assemblée générale d'actionnaires, 2 octobre 2002 ; Assemblée générale d'associés ou d'actionnaires : présence de représentants du comité d'entreprise, 2 octobre 2002

Encore faut-il que la société par actions soit dotée d'une assemblée générale : la question est posée pour les SAS, qui sont libres d'organiser par leurs statuts les conditions dans lesquelles sont prises les décisions collectives. Le Comité Juridique de l'ANSA⁷¹ a estimé que les SASU et les SAS dont les statuts n'instituent pas d'assemblée générale ne sont pas concernées par l'application de l'article L. 432-6-1 du Code du travail.

Ce droit ne semble pas s'étendre aux assemblées spéciales : la loi vise les assemblées générales (qui peuvent être ordinaires ou extraordinaires), et non pas les assemblées d'actionnaires qui viseraient alors les assemblées de toute nature. Ce point ne fait cependant pas l'unanimité⁷². Le juge (ordonnance du 7 novembre 2001), sur le point de savoir quelle nature d'assemblée convoquer, constate que le Comité d'entreprise n'est titulaire d'aucune action lui permettant d'exiger la convocation d'une assemblée spéciale. Or L'article L.432-6-1 du Code du travail ne lie précisément pas l'exercice des prérogatives qu'il institue à la détention d'actions par le comité d'entreprise.

2. Procédure

Pour l'exercice du droit de faire convoquer l'assemblée générale, le comité d'entreprise délègue spécialement l'un de ses membres. Le juge compétent est le Président du Tribunal de commerce statuant en référé. S'il est fait droit à cette demande, qui requiert l'urgence, l'ordonnance fixe l'ordre du jour (art. R. 432-20 du Code du travail)⁷³.

Ce régime est similaire à celui qui résulte de l'article L. 225-103 du Code de commerce, en ce qu'il permet à tout intéressé en cas d'urgence, de former une telle demande. Le comité d'entreprise qui aurait pu se prévaloir de ce texte général à condition de faire état de son intérêt et de sa qualité pour agir dispose désormais d'un droit propre en matière de convocation d'assemblée.

Lors d'une décision remarquée par la doctrine (ordonnance du 7.11.2001 tribunal de commerce de Marseille), le juge faisant application de ce texte pour la première fois a tiré de cette autonomie certaines conclusions.

3. Les apports de l'ordonnance du 7 novembre 2001

La première décision⁷⁴ intervenue en application de ce texte, avant la publication du décret, apporte des précisions utiles.

En l'espèce, à la suite d'une procédure d'alerte, et de l'absence de réponse du conseil de surveillance d'une société anonyme au rapport qui lui avait été transmis, qui faisait état d'irrégularités et de faits préoccupants pouvant avoir notamment une incidence sur la pérennité des activités et la sauvegarde de l'emploi, le comité d'entreprise a demandé en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée des actionnaires.

Le juge s'est assuré que le représentant du comité d'entreprise disposait d'un mandat suffisamment explicite pour introduire l'action. Le débat montre qu'il convient que le comité d'entreprise confère un mandat spécial et précis à ses représentants pour l'exercice de ce droit.⁷⁵

⁷¹ - 5 octobre 2001, bonnes feuilles 3099 et 2 octobre 2002

⁷² Mémento F. Lefebvre 2003 n°10506

⁷³ Article R432-20 du Code du travail (*décret du 3 mai 2002*) : Le comité d'entreprise représenté par un de ses membres délégué à cet effet peut dans les conditions prévues au I de l'article L. 432-6-1 demander au président du tribunal de commerce statuant en référé la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée des actionnaires. L'ordonnance fixe l'ordre du jour.

⁷⁴ Tribunal de commerce de Marseille (audience des référés, n° RG 2001R00906), 7 novembre 2001 RJDA 2002, 162 ; Rev. Soc. 2002 p. 57, note R. Vatinet ; Bull. Joly 2002 p. 106, § 20, note B. Saintourens ; Droit et Patrimoine n° 102 mars 2002 p. 106, n° 3052, note D. Poracchia ; Droit 21, note A. Couret, La convocation d'une assemblée d'actionnaires par le comité d'entreprise : première application de l'article L. 432-6-1 du Code du travail issu de la loi NRE (art. 99) , Petites Affiches n° 89 du 3 mai 2002 p. 10 : "L'autonomie de l'article L. 432-6-1 du Code du travail", note A. Cerati-Gauthier

Il a constaté que le comité d'entreprise tenait directement de la loi son intérêt et sa qualité pour agir, relevant que le législateur avait volontairement inscrit le droit du comité d'entreprise dans le code du travail, en faisant une disposition « sui generis », autonome et distincte de l'article L. 225-103 du code de commerce.

Il a estimé que compte tenu des circonstances, le comité justifiait d'un intérêt à agir, conforme à sa mission de défense des intérêts collectifs des salariés, et que l'intérêt du personnel ne s'écarterait pas de l'intérêt social.

On peut néanmoins se demander ce qui se produirait si l'intérêt collectif des salariés divergeait de l'intérêt social.

La condition d'urgence « *au regard de l'article L. 432-6-1 du Code du travail* », qui justifie la procédure de référé, était remplie. Cette référence au code du travail montre que l'urgence doit être appréciée « *sous l'angle du comité d'Entreprise et des intérêts dont il a pour mission d'assurer l'expression* », c'est à dire par rapport notamment à l'intérêt collectif des salariés. Cette orientation ne rend pourtant pas illogique de se référer avec circonspection à la jurisprudence existant sur les conditions d'application de l'article L. 225-103 du code de commerce.

L'ordonnance fixe l'ordre du jour (art. R. 432-20), solution conforme à celle résultant du Code de commerce. Le juge rappelle que l'ordre du jour doit être explicite, et conforme à la loi.

En l'espèce, le comité d'entreprise avait formulé plusieurs demandes. Le juge a arrêté un ordre du jour conforme à la loi en vigueur; tenant compte de ce que la révocation du directoire ne requiert plus la proposition du conseil de surveillance, aspect qui avait échappé au demandeur. Le juge en revanche a écarté des résolutions qui auraient conduit à donner des mandats impératifs aux organes de gestion, ce qui aurait constitué une immixtion dans la gestion, contraire aux principes de hiérarchie, de compétence et de spécialité des organes sociaux.⁷⁶

Le juge a nommé un mandataire ad hoc avec pour mission « de veiller à ce que le rapport et projets de résolution établis par le comité d'entreprise... s'inscrivent dans la stricte limite de l'ordre du jour [qu'il a] arrêté et des dispositions légales et réglementaires en vigueur régissant les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale ordinaire, du conseil de surveillance et du directoire de la société. »

En dehors de toute condition d'urgence, le comité d'entreprise se voit accorder directement le droit de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées.

II - La demande par le comité d'entreprise d'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées

1. Champ d'application

Selon l'article L. 432-6-1 I, al. 2 du Code du travail : « *Il peut également requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour des assemblées* ».

⁷⁵ « Attendu qu'en conséquence, même si la formulation du mandat conféré à ces personnes ne peut satisfaire un juriste pointilleux sur le plan de la forme, l'intention du comité d'Entreprise d'intenter une action à l'encontre de la société et la nature spécifique du mandat conféré à ces personnes ne sauraient être valablement contestées. », ord. Précitée.

⁷⁶ Comité juridique du 2 octobre 2002.

Cette disposition a le même champ d'application que la précédente. Elle ne joue que dans les sociétés par actions, fonctionnant avec une assemblée générale, et dotées d'un comité d'entreprise.

Cette interprétation de la loi est confortée s'il en était besoin par le fait que les organes désignés par le décret (article R. 432-21 du code du travail) pour accuser réception des projets de résolution sont bien ceux de sociétés par actions : président du conseil d'administration, président du directoire etc.

En ce qui concerne les SAS, le dernier alinéa de l'article R. 432-21 renvoie aux statuts pour déterminer les modalités d'examen des demandes d'inscription de projets de résolutions adressées par les comités d'entreprise.

Ce texte adapte logiquement l'aménagement des droits du comité d'entreprise au caractère contractuel des SAS dans lesquelles le régime des décisions collectives et l'organisation de la direction de la société relèvent des statuts. Mais une adaptation des statuts n'est nécessaire que si les statuts prévoient déjà la prise de décisions en assemblée, ce qui ne sera jamais le cas dans les SASU.

Certains ont compris que le texte du décret induisait l'obligation de tenir des assemblées dans les SAS et de modifier les statuts en conséquence pour celles de ces sociétés qui n'étaient pas dotées d'un tel organe social. Une telle interprétation serait contraire à la hiérarchie des normes et serait illicite. Le décret doit avoir le même champ d'application que la loi à laquelle il se réfère, ainsi la modification des statuts ne devrait intervenir que dans la mesure où la SAS réunit une assemblée, un texte réglementaire ne saurait avoir pour effet de modifier la loi elle-même⁷⁷.

En pratique néanmoins, certaines sociétés qui selon cette interprétation ne seraient pas concernées par l'application de ce texte ont par prudence décidé d'aménager les droits du comité d'entreprise afin de l'associer au processus de prises de décisions collectives.

Par ailleurs, nombre de statuts de SAS comportent une clause « balai » prévoyant toutes les modalités possibles de consultation des associés : assemblée, consultation écrite ... au choix du président par exemple. Celles-ci devraient aménager leurs statuts. Par ailleurs, dans la perspective des nouvelles prérogatives du comité d'entreprise, le fait de ne jamais convoquer d'assemblée pourrait être considéré comme abusif.

2. Objet des projets de résolution

Le texte ne limite pas le droit du comité d'entreprise : celui-ci l'est en réalité, comme il l'est pour les actionnaires minoritaires, par la compétence et la nature de l'assemblée convoquée, ordinaire⁷⁸ ou extraordinaire. Le comité d'entreprise ne saurait, sous couvert du dépôt de projets de résolutions, provoquer la réunion d'une assemblée d'une nature autre que celle qui a été convoquée. Il dispose pour cela d'une procédure spéciale (art. L. 432-6-1 I du code du travail), qui requiert l'urgence, décrite ci-dessus.

Les projets de résolution doivent non seulement relever de la compétence de l'assemblée convoquée, mais aussi constituer de véritables projets, explicites, permettant de déterminer un sens de vote. Une déclaration d'intention ne serait pas conforme à ces caractéristiques.

⁷⁷ Comité juridique du 2 octobre 2002

⁷⁸ L'AGO est compétente pour la désignation ou la révocation des organes de gestion et de contrôle, l'approbation des comptes et de la gestion, la ratification des conventions réglementées, l'AGE est compétente pour modifier les statuts.

3. Procédure

- délais

Pour l'application de ce texte, l'article R. 432-21⁷⁹ est calqué sur le régime applicable en cas de dépôt de projet de résolution par les actionnaires, distinguant selon que les sociétés font ou non appel public à l'épargne.

Les projets de résolution doivent parvenir à la société 25 jours au moins avant l'assemblée générale réunie sur première convocation, ce qui en pratique oblige les sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne à anticiper pour l'organisation de l'assemblée générale : la réunion du conseil d'administration fixant l'ordre du jour et décidant de la réunion doit intervenir suffisamment tôt pour que le comité soit en mesure de faire parvenir sa demande dans le délai requis.⁸⁰

La question se pose pour les assemblées autres que l'assemblée annuelle, pour lesquelles le conseil d'administration est tenu de mettre à disposition des commissaires aux comptes les documents comptables et le rapport annuel un mois au moins avant la convocation de l'assemblée (soit à J-45 au plus tard)⁸¹.

La demande d'inscription est adressée à la société par un membre du comité d'entreprise mandaté à cet effet, par lettre recommandée dont il est accusé réception par le président du conseil d'administration (ou du directoire, ou le DGU, ou le gérant de la SCA) dans les 5 jours de la réception, par lettre recommandée ou par un moyen de télécommunication.

- Agrément et inscription

Il importe que l'organe de gestion se prononce sur les demandes d'inscription de projets de résolution déposées par le comité d'entreprise.

Bien que le texte ne le précise pas, le conseil d'administration (ou le directoire) doit inscrire le projet de résolution à l'ordre du jour ; en cas de désaccord sur le sens de la résolution, il a toujours la faculté de ne pas agréer le projet ; en cas de « pouvoir en blanc », le président de l'assemblée générale émet un vote favorable à l'adoption des projets présentés ou agréés par le conseil d'administration (ou par le directoire), un vote défavorable pour les autres.⁸²

⁷⁹ Article R432-21 du Code du travail : (inséré par Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 art. 48 Journal Officiel du 5 mai 2002)

I- Pour l'application du deuxième alinéa du I de l'article L. 432-6-1, les demandes d'inscription des projets de résolution sont adressées, lorsque la société ne fait pas appel public à l'épargne, par le comité d'entreprise représenté par un de ses membres mandaté à cet effet, au siège social de la société par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par un moyen électronique de télécommunication si celui-ci est autorisé pour les actionnaires, dans un délai de vingt-cinq jours au moins avant la date de l'assemblée réunie sur première convocation. Lorsque la société fait appel public à l'épargne les demandes sont adressées au siège social, selon les mêmes modalités, dans le délai de dix jours à compter de la publication de l'avis prévu à l'article 130 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

Les demandes sont accompagnées du texte des projets de résolution qui peuvent être assortis d'un bref exposé des motifs.

II. - Le président du conseil d'administration, le président ou le directeur général du directoire, ou le gérant de la société par actions accusent réception des projets de résolution par lettre recommandée ou par un moyen électronique de télécommunication dans les conditions définies à l'article 120-1 du décret du 23 mars 1967 précité, au représentant du comité d'entreprise mentionné au I ci-dessus, dans le délai de cinq jours à compter de la réception de ces projets.

III. - Par dérogation aux dispositions qui précèdent, dans les sociétés par actions simplifiées, les statuts fixent les règles relatives aux modalités d'examen des demandes d'inscription des projets de résolution adressées par les comités d'entreprise.

⁸⁰ Il est rare que les actionnaires de sociétés non cotées usent du droit de déposer des projets de résolution (subordonné à une demande préalable d'information de leur part), ce qui se traduit en pratique par une réunion du conseil d'administration à J-15, délai requis pour procéder à la convocation de l'assemblée.

⁸¹ Art. L. 232-1 du Code de commerce et 243 du décret du 23 mars 1967

⁸² art. L. 225-106 al. 7 du Code de commerce

Le Comité juridique a estimé qu'un refus d'inscription devrait être précisément motivé. Un tel refus n'est a priori concevable que pour des demandes du comité d'entreprise qui ne constitueraient pas de véritables projets de résolution (déclaration d'intention) ou qui ne seraient pas recevables parce qu'ils ne relèveraient pas de la compétence de l'assemblée à réunir (AGO – AGE), ou qu'ils ne seraient pas conformes aux règles de compétence des organes sociaux et plus généralement aux lois et règlements en vigueur⁸³.

4. Sanctions du défaut d'inscription

- responsabilité pénale

Un refus d'inscrire un projet de résolution pourrait être constitutif d'un **délit d'entrave** (art. L. 483-1 du code du travail) en privant le comité de l'exercice de l'une de ses fonctions.⁸⁴

- responsabilité civile

Par ailleurs, les administrateurs pourraient être tenus solidairement responsables du rejet fautif d'un projet de résolution présenté par le comité d'entreprise, si les conditions de la mise en jeu de la responsabilité civile étaient réunies (faute, préjudice, lien de causalité). Les administrateurs sont en effet responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, des infractions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes (article L. 225-251 du code de commerce).

- nullité

Le Comité juridique⁸⁵ a exclu que le défaut irrégulier d'inscription des projets soit sanctionné par la nullité de l'assemblée, car l'article L. 432-6-1 I al. 2 du code du travail n'est pas visé par l'article L. 225-121 du code de commerce (contrairement à l'article L. 225-105 qui établit le droit des actionnaires minoritaires de déposer des projets de résolution, et dont la violation est sanctionnée par la nullité de la délibération de l'assemblée).

III - L'assistance aux assemblées générales

Selon l'article L. 432-6-1 II du code du travail, « *Dans les sociétés, deux membres du comité d'entreprise, désignés par le comité et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, ou, le cas échéant, les personnes mentionnées aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 432-6, peuvent assister aux assemblées générales. Ils doivent, à leur demande, être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.* »

1. Champ d'application

La faculté d'assister aux assemblées générales est ouverte dans toutes les sociétés statutairement ou légalement dotées d'une assemblée générale et d'un comité d'entreprise. Ainsi, cette prérogative n'est pas limitée aux seules sociétés par actions, et peut trouver application dans les SARL par exemple pour lesquelles la loi exige la réunion d'une assemblée annuelle d'approbation des comptes.⁸⁶

⁸³ cf. *supra* I in fine à propos de l'ordonnance de référé du 7.11.2001.

⁸⁴ Comité juridique du 2 octobre 2002 et jurisprudence citée.

⁸⁵ 2 octobre 2002

⁸⁶ Sur le régime des décisions collectives, cf. fiche

En revanche, le comité d'entreprise ne peut se prévaloir d'aucun droit si les associés prennent leurs décisions autrement qu'en assemblée, par voie de consultation écrite par exemple. A la réunion physique d'une assemblée générale, il faut ajouter le cas de réunion par visioconférence qui est un équivalent, et prévoir les moyens nécessaires à la participation des représentants du comité d'entreprise.

Lorsque plusieurs sociétés de moins de 50 salariés chacune constituent une unité économique et sociale, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire⁸⁷. En ce cas, le comité pourrait déléguer l'un de ses membres aux assemblées de ces sociétés, sans qu'il en soit nécessairement salarié.

En revanche, ce droit n'est pas transféré aux délégués du personnel qui exercent certaines attributions du comité d'entreprise, limitativement énumérées par le Code du travail⁸⁸. L'assistance aux assemblées générales n'y figure pas.

2. Conditions préalables

- Désignation des représentants du comité d'entreprise

Le comité peut désigner les membres de son choix pour le représenter aux assemblées, à condition qu'ils satisfassent les conditions de représentativité imposées par la loi ; ils ne sont pas nécessairement ceux qui assistent aux réunions du conseil d'administration. Ils peuvent être le cas échéant des administrateurs ou membres du conseil de surveillance élus par les salariés.

- Convocation des représentants du comité d'entreprise

Il n'existe pas formellement d'obligation de convoquer, au sens juridique, les représentants du comité d'entreprise aux assemblées ; il est nécessaire de les *informer* de la réunion de l'assemblée.

Juridiquement, l'initiative d'assister aux assemblées appartient au comité d'entreprise, qui devrait en toute logique informer la société de l'identité de ses représentants. En principe, dans les sociétés anonymes, deux membres délégués par le comité d'entreprise assistent aux séances du conseil d'administration, et notamment à celle qui décide la réunion d'une assemblée.

Par ailleurs, le comité dispose dans les sociétés par actions, en vertu de l'article L. 432-4 du code du travail, d'un droit de communication préalable à l'assemblée annuelle et ses membres ont droit aux mêmes communications et mêmes copies que les actionnaires aux mêmes époques dans les conditions prévues par le code de commerce⁸⁹.

En pratique, de nombreuses sociétés, par bon sens, convoquent les représentants du comité d'entreprise, comme les actionnaires.

3. Exercice du droit d'assister aux assemblées

A la différence des réunions du conseil d'administration, les membres du comité d'entreprise n'ont pas voix consultative. Ils n'ont que le droit d'assister à l'assemblée. Ils ne votent pas, ils n'ont pas de droit d'amendement, quand bien même ils disposent du droit de déposer, en amont, des projets de résolution.

⁸⁷ art. L. 431-1 dernier al. du Code du travail

⁸⁸ art. L. 422-4 du Code du travail

⁸⁹ Comité juridique ANSA du 7.06.1995, BF 2792 ; communication 2767 mai- juin 1995, annales 1994-1996 p. 27

Si la loi ne permet pas au comité d'entreprise de s'exprimer en assemblée, il ne serait toutefois pas interdit au Président de l'assemblée de donner la parole à ses représentants s'il l'estimait nécessaire. Certains auteurs évoquent la faculté pour les représentants du comité de défendre les projets de résolution qu'ils auraient déposés. Cette interprétation dépasse la lettre du texte, et une telle faculté semble relever du bon vouloir du président de l'assemblée. Juridiquement, les représentants du comité ne peuvent demander à être entendus que lors des délibérations requérant l'unanimité des associés.

Il appartient aux représentants de rendre compte au comité d'entreprise des débats, selon les procédures internes ; ce point n'est pas précisément réglementé, et relève du mandat.

IV - Le droit d'être entendus lors de toute délibération requérant l'unanimité des associés

Les décisions, prises en assemblée, qui requièrent l'unanimité des associés sont peu nombreuses : ce sont celles qui augmentent les engagements des associés, la transformation en SAS, l'adoption de certaines clauses dans la SAS, le changement de nationalité... L'exigence d'unanimité renvoie à l'aspect contractuel de la société, et appelle chaque actionnaire considéré individuellement à se prononcer sur le contrat.⁹⁰

Le comité juridique de l'ANSA a estimé que le droit des représentants du comité d'entreprise d'être entendus lors de ces délibérations particulières dépassait le seul cadre formel des assemblées générales, et qu'il devait leur être ouvert dès lors qu'une décision requérant l'unanimité donnerait lieu à une réunion physique et un débat des associés⁹¹.

-oOo-

⁹⁰ Comité Juridique du 8 janvier 2003 (transformation de SA en SAS)

⁹¹ Comité Juridique du 3 octobre 2001 droits du comité d'entreprise dans une SAS dépourvue d'assemblée générale