

CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

AUDIT

19/05/2020

Conventions réglementées des SA et SCA non cotées : quelles modifications cette année ?

Dans le contexte des assemblées générales des sociétés, nous indiquons les modifications relatives aux conventions réglementées, apportées par la loi PACTE, dans les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés européennes non cotées (loi 2019-486 du 22 mai 2019, art. 20 et 198).

I. Procédures d'autorisation et d'approbation durcies

Principes inchangés

Pour rappel, une convention réglementée est définie comme toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et (c. com. art. L. 225-38, al. 1 et 2, L. 225-86, al. 1 et 2, et L. 226-10) :

- Son directeur général ou l'un de ses gérants dans les SCA ;
- L'un de ses directeurs généraux délégués ;
- L'un de ses administrateurs ou l'un de ses membres du conseil de surveillance dans les SCA ;
- L'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.

Les entreprises ayant des dirigeants communs sont également concernées (c. com. art. L. 225-38, al. 3, L. 225-86, al. 3 et L. 226-10).

S'agissant de la procédure de contrôle, toute personne intéressée à ce type de convention doit en informer le conseil d'administration ou de surveillance avant de la signer. En outre, cette convention doit être soumise à l'autorisation préalable de ce conseil (c. com. art. L. 225-38, al. 3, L. 225-86, al. 3 et L. 226-10).

De plus, le président du conseil d'administration, ou le président du conseil de surveillance dans les sociétés à gouvernance dualiste, soumet toutes les conventions autorisées et conclues à l'approbation de l'assemblée générale (c. com. art. L. 225-40, al. 2, L. 225-88, al. 2 et L. 226-10).

Renforcement de la procédure de contrôle

La loi PACTE a durci la procédure de contrôle des conventions réglementées par les trois mesures présentées ci-après (c. com. art. L. 225-40, al. 1 et 4 et L. 225-88, al. 1 et 4 modifiés par la loi PACTE précitée, art. 198, IV). Ces changements dans l'autorisation et l'approbation des conventions réglementées s'appliquent depuis le 10 juin 2019 (loi précitée art. 198, V).

- Obligation d'information du conseil d'administration étendue

L'obligation d'information du conseil d'administration, dès que la personne présentant un intérêt direct à ce type de conventions en a connaissance, est étendue aux personnes indirectement intéressées.

L'AMF a précisé la notion d'intérêt indirect : est considérée comme étant indirectement intéressée à une convention à laquelle elle n'est pas partie, la personne qui, en raison des liens qu'elle entretient avec les parties et des pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire un avantage (AMF, rec. 2012-05 modifiée le 5 octobre 2018, proposition n° 4.2).

- Non-participation des personnes intéressées, même indirectement, au vote

Les personnes intéressées à la convention réglementée, qu'elles le soient directement ou indirectement, ne peuvent prendre part ni au vote, ni aux délibérations du conseil d'administration sur l'autorisation sollicitée. En outre, elles ne peuvent pas prendre part au vote de l'assemblée générale.

- Modification du calcul du quorum de l'assemblée générale

Les personnes intéressées à la convention demeurent exclues du calcul de la majorité, mais seraient désormais prises en compte dans le calcul du quorum. En effet, leur exclusion du calcul du quorum a été supprimée suite à la loi PACTE.

En votant cette modification, les parlementaires ont souhaité que les actions de la personne intéressée soient prises en compte dans le calcul du quorum afin de permettre aux actionnaires d'obtenir un vote utile dès la première convocation (projet de loi pour la croissance et la transmission des entreprises, étude d'impact, 18 juin 2018).

Relevons sur ce même point que selon l'ANSA, la comparaison entre le texte avant et après modification conduit à prendre en compte les actions de la personne intéressée dans le quorum, même si, par ailleurs, l'article L. 225-98 du code de commerce, d'application générale, ne retient que les actions ayant le droit de vote dans le calcul du quorum d'une assemblée générale (ANSA, CJ 19-044, 3 juillet 2019).

II. Mentions dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise élargies

Modification apportée au texte par la loi PACTE

Avant la loi PACTE, devaient être mentionnées dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise les conventions conclues, directement ou par personne interposée, entre un dirigeant de la SA ou un actionnaire détenant plus de 10 % des droits de vote de la société, et une « autre société dont la première possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital » (c. com. art. L. 225-37-4, 2° dans sa rédaction antérieure).

Cette mention a été remplacée par « autre société contrôlée par la première au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce » (c. com. art. L. 225-37-4 modifié par la loi art. 198, IV).

Cette nouvelle disposition s'applique dès les rapports sur le gouvernement d'entreprise émis depuis le 10 juin 2019, donc notamment au rapport sur le gouvernement d'entreprise établi en 2020 au titre de 2019 (loi pacte précitée art. 198, V) (voir RF Comptable 480, « Les rapports de gestion et sur le gouvernement d'entreprise des sociétés non cotées », mars 2020).

Nouveau champ des conventions visées

Ainsi, le rapport sur le gouvernement d'entreprise mentionne les conventions réglementées conclues avec les sociétés (c. com. art. L. 233-3, I) :

- Dont la SA détient directement ou indirectement une fraction de capital lui conférant la majorité des droits de vote ;

- Dont la SA détient la majorité des droits de vote en vertu d'un accord conclu avec les actionnaires ;
- Sur lesquelles la SA exerce un contrôle de fait ;
- Dont la SA est un associé ou actionnaire disposant du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres de la direction.

La SA est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne (c. com. art. L. 233-3, II).

En l'absence dans le rapport de cette information obligatoire, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire de communiquer cette information (c. com. art. L. 225-102 par renvoi de l'art. L. 225-37-4).

III. Qui est en charge des rapports sur les conventions réglementées ?

Situation d'absence de CAC ou de nomination d'un CAC en mission ALPE

Les commissaires aux comptes réalisaient, jusqu'à ce que des seuils soient posés par la loi PACTE pour leur nomination dans les SA, des diligences spécifiques en matière de conventions réglementées, en particulier ils présentaient un rapport spécial à l'assemblée des actionnaires (c. com. art. L. 225-40 et L. 225-88). Or, suite à cette loi, les SA qui ne franchissent pas deux des trois seuils d'audit légal et qui n'appartiennent pas à un « petit groupe au sens de l'audit » ne sont plus tenues de désigner un commissaire aux comptes (c. com. art. L. 225-218 modifié par la loi Pacte art. 20).

Seuils d'audit

Pour rappel, les trois seuils d'audit définis qui rendent obligatoires la nomination d'au moins un commissaire aux comptes lorsque 2 d'entre les 3 sont dépassés à la clôture de l'exercice social par une SA sont (c. com. art. D. 225-164-1) :

- 4 M€ pour le total bilan ;
- 8 M€ pour le montant hors taxe de chiffre d'affaires ;
- 50 pour le nombre moyen de salariés.

Celles qui ne dépassent pas ces seuils sont des « petites entreprises au sens de l'audit ».

Par ailleurs, le CAC d'une SA qui intervient dans le cadre d'une mission d'« audit légal petites entreprises » (« ALPE ») sur trois exercices est notamment dispensé du rapport spécial en présence de conventions réglementées ainsi que du rapport exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation de ces conventions n'aurait pas été suivie (c. com. art. L. 823-12-1 modifié par la loi PACTE précitée, art. 20).

Des dispositions prévoient ces cas d'absence de commissaire aux comptes, ou d'intervention de ce dernier dans le cadre d'une mission « ALPE », à compter du premier exercice clos après le 26 mai 2019 (date de la publication du décret 2019-514 du 24 mai 2019 fixant les seuils d'audit légal).

Transfert de la charge du rapport spécial sur les conventions réglementées

Le président du conseil d'administration informe comme auparavant, les commissaires aux comptes, s'il en existe, de toutes les conventions autorisées et conclues. En présence de ces

conventions réglementées, le CAC est tenu d'établir d'un rapport spécial à présenter aux actionnaires sur lequel ces derniers se fondent pour approuver ou non les conventions qui y figurent. Mais, lorsque la société n'a pas désigné de CAC, c'est au président du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) qu'il revient de présenter ce rapport à l'assemblée (c. com. art. L. 225-40 et L. 225-88 modifiés par la loi PACTE précitée, art. 20).

Relevons en outre que les conventions conclues et autorisées, au cours d'exercices antérieurs, dont l'exécution a été poursuivie au cours du dernier exercice sont examinées chaque année par le conseil d'administration et également communiquées aux commissaires aux comptes, s'il en existe, pour les besoins de l'établissement de ce rapport spécial (c. com. art. L. 225-40-1 et L. 225-88-1 modifiés par la loi PACTE précitée, art. 20).

Transfert de la charge du rapport spécial sur les conventions non autorisées

Les conventions réglementées et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes. Désormais c'est au président du conseil qu'il revient d'exposer les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'aurait pas été suivie, en l'absence de désignation d'un CAC (c. com. art. L. 225-42 et L. 225-90 modifiés par la loi PACTE précitée art. 20).

Les personnes présentant un intérêt indirect à une convention réglementée doivent aussi en informer le conseil d'administration.

En outre, elles ne peuvent pas participer au vote ni aux délibérations du conseil d'administration.

Dans les SA sans commissaire aux comptes nommé pour une mission d'audit légal « classique » sur 6 ans, c'est le président du conseil d'administration qui présente le rapport à l'assemblée des actionnaires.

Le rapport sur le gouvernement d'entreprise mentionne les conventions réglementées passées avec une société contrôlée.