

LIBRE PROPOS

Le point sur les mesures d'accès au capital des salariés après la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit

La loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a été publiée au Journal Officiel du 18 Mai 2011 (p. 8537).

Parmi les mesures visées par le texte, il est intéressant de relever l'allègement du régime des augmentations de capital, en particulier celles réservées aux salariés.

1/ Une disposition de bon sens

Rappelons que l'article L.225.129-6 du code du commerce prévoit l'obligation d'ouverture du capital des sociétés aux salariés dans certaines circonstances. Jusqu'à la Loi de simplification, ces obligations visaient toutes les sociétés par actions, celles qui avaient des salariés et celles qui n'en avaient pas.

Désormais, les dispositions de l'article L.225-129-6 ne s'appliquent que dans les sociétés qui ont des salariés. C'est le sens de la modification apportée à l'alinéa 1 de l'article susvisé. Il aura quand même fallu attendre plusieurs années pour que le législateur procède à cet aménagement de bon sens, unanimement réclamé tant il était absurde de réserver des droits à des personnes qui n'existaient pas.

A l'occasion de ce texte, il nous est apparu qu'une piqûre de rappel sur les dispositions de l'article L.225-129-6 était nécessaire. Que prévoit-il ? Une obligation permanente pour

les entreprises ainsi que des obligations périodiques destinées, selon l'exposé des motifs, à faciliter l'actionariat des salariés. Rappelons que ces dispositions ne visent que les sociétés par actions.

2/ L'obligation permanente lors d'une augmentation de capital en numéraire

L'article L.225-129-6 du code du commerce dispose que «lors de toute décision d'augmentation du capital par apport en numéraire, sauf si elle résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital dans les conditions prévues à l'article L.443-5 du code du travail».

En clair, cela signifie que lors de tout projet d'augmentation de capital en numéraire direct ou différé, généralement motivé par des impératifs économiques, il doit être présenté aux actionnaires un projet d'augmentation de capital réservé aux salariés de la société. L'association de ces deux opérations rend perplexe.

Ce projet d'ouverture du capital aux salariés à l'occasion d'une augmentation de capital en numéraire n'a aucun fondement économique et peut s'avérer inopportun pour une entreprise, au moment où elle décide d'augmenter son



capital. Dans ce cas, sur la suggestion des dirigeants, l'assemblée ne votera pas la résolution présentée. On imagine néanmoins l'effet négatif d'un tel refus sur le climat social et en particulier dans les entreprises familiales à faible effectif.

Cette obligation permanente concerne les sociétés anonymes, en commandite par actions et les sociétés par actions simplifiées. Elle doit être respectée en cas d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital (obligations convertibles, bons de souscription d'actions, options de souscription, etc.), lors de l'émission desdites valeurs mobilières et non lors de l'augmentation de capital en résultant.

3/ La sanction de l'inobservation de cette obligation

La sanction de l'inobservation de cette obligation est la nullité de la décision d'augmentation de capital, sanction disproportionnée et inadaptée, de nature à remettre en question une opération économiquement nécessaire à l'entreprise.

Fort heureusement, l'action en nullité se prescrit par trois mois et il peut être procédé à une régularisation avant que le juge de première instance ne se prononce, lequel peut également accorder des délais.

Il convient donc naturellement de respecter cette obligation qui désormais ne vise plus les sociétés sans salariés. Dans les autres, les dirigeants auront à gérer auprès des salariés, la communication, pas toujours évidente, liée à un éventuel refus d'ouverture du capital souvent non réclamée par eux.

Si les actionnaires décident l'ouverture du capital de la société aux salariés, la société devra préalablement à la mise en oeuvre de la décision, procéder à la création d'un plan d'épargne entreprise si ce plan n'existe pas.

Les règles relatives à la libération de la souscription ne sont pas applicables aux augmentations de capital réservées aux salariés. Ainsi, il peut n'être exigé aucun versement lors de la souscription des actions nouvelles qui pourront être libérées par une suite de versements de montants égaux ou inégaux, à la demande de la société ou du salarié.

Les organes de gestion devront rendre compte, chaque année, dans leur rapport destiné aux actionnaires lors de l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes, de l'état de l'actionnariat salarié, en vue d'une éventuelle application de la deuxième mesure destinée à favoriser l'entrée des salariés au capital de la société.

4/ Le seuil des 3 %

Lorsqu'il ressort du rapport cité ci-dessus, que la quantité d'actions détenues collectivement par les salariés n'atteint pas le seuil de 3% du capital, le conseil d'administration doit convoquer une assemblée générale extraordinaire à l'effet de demander aux actionnaires de se prononcer sur un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés (art. L. 225-129-6 al.2).

Le dispositif de l'article L.225-129-6 du code de commerce est donc supposé ne laisser aucune chance aux action-

naires de se soustraire à l'entrée des salariés au capital, tout comme le rasoir à deux lames auquel le poil récalcitrant ne doit pas résister.

Rappelons qu'il existe une controverse quant à l'application de cette obligation périodique de consultation des actionnaires (associés) dans les SAS. En effet, celles-ci ne sont pas tenues d'établir le rapport visé ci-dessus. Après une réponse floue (rep. Brunel : au 30.3.2044) le ministre a pris une position peu convaincante en faveur de l'application de cette mesure aux SAS, qui consiste pour lui à interpréter un texte de façon extensive si aucun autre texte ne l'en empêche (rep. Zochetto : sen. 3.1.2008). Quant à la Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes, elle a tout d'abord opté pour la non-application du texte mais a jugé, par la suite « prudent » de respecter cette obligation dans les SAS.

A s'en tenir à la lettre du texte, malgré les recommandations des commissaires aux comptes, qui ne sauraient être considérées comme des obligations, l'alinéa 2 de l'article L. 225-129-6 n'est pas applicable aux SAS ; c'est actuellement la doctrine majoritaire. Le législateur a eu largement le temps de préciser le contraire s'il l'avait voulu et il ne l'a pas fait.

Notons que la Loi de simplification écarte désormais l'application de cette disposition dans les sociétés contrôlées exclusivement ou conjointement par une société qui a mis en place un dispositif d'épargne salariale dont peuvent bénéficier l'ensemble des salariés de ces sociétés. Les sociétés tenues d'appliquer ces dispositions, pourront faire l'objet d'une injonction de faire selon les dispositions de l'article L.225-149-3 en cas de carence, ce qui laisse au chef d'entreprise une certaine marge de manoeuvre.

5/ Conclusion

Si la loi nouvelle n'a pas apporté grand-chose au débat, puisque les sociétés sans salariés s'étaient bien souvent elles-mêmes affranchies des obligations nées de l'article L. 225-129-6 du code de commerce, ces dernières continuent de polluer les rapports entre les dirigeants et salariés sur l'éternel sujet de l'entrée de ces derniers au capital de l'entreprise.

La question était suffisamment importante pour être traitée directement entre les intéressés sans que le législateur ne s'invite au débat, à contretemps, d'une manière générale, en parfaite méconnaissance des spécificités de chaque entreprise et des relations existant entre ses salariés et ses dirigeants.

Pourtant, le sujet mériterait une intervention législative par des incitations fiscales attachées aux attributions d'actions aux salariés dans le cadre d'une véritable politique d'accession au capital que nombre d'entreprises cherchent à mettre en oeuvre, au moment opportun qu'elles devraient être les seules habilitées à définir avec les intéressés.

Jack DEMAISON
Avocat Ass

SS

SIMON ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS