
LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 9

Octobre 2003

Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

Sans être exhaustive, cette lettre d'information aborde les points principaux de la loi n° 2003-706 de Sécurité Financière (« *Loi de Sécurité Financière* ») et de la loi n° 2003-721 pour l'initiative économique (« *Loi pour l'Initiative Economique* »), toutes deux adoptées le 1^{er} août 2003.

Ces lois apportent de nombreuses modifications en droit des sociétés, droit financier et droit des affaires.

Cette lettre d'information est également disponible en anglais et en italien

DANS CE NUMERO

DROIT DES SOCIETES / DROIT BOURSIER

Loi de Sécurité Financière : aspects du droit des sociétés	1
Loi sur l'Initiative Economique : aspects du droit des sociétés	7

DROIT FINANCIER

Loi de Sécurité Financière : aspects du droit financier	10
---	----

DROIT DES AFFAIRES

Loi de Sécurité Financière : Les apports de la loi sur le mécanisme du bordereau Dailly	14
Loi de Sécurité Financière : concentrations	15

INFORMATIONS PRATIQUES	16
------------------------	----

DROIT DES SOCIETES/DROIT BOURSIER

Loi de Sécurité Financière : aspects du droit des sociétés

Adoptée à la suite des affaires « *Enron* » et « *Worldcom* » qui ont marqué la vie financière internationale, la Loi de Sécurité Financière a pour objectif de restaurer la confiance des actionnaires dans la gestion des entreprises.

La mise en œuvre de la Loi de Sécurité Financière n'est pas subordonnée à la parution d'un décret. Cette loi est entrée en vigueur le 4 août 2003, sauf dispositions contraires spécifiques pour certains de ses aspects.

La Loi de Sécurité Financière va entraîner de nouvelles adaptations en particulier lors des assemblées d'actionnaires qui se tiendront en 2004.

(Suite page 2)



Bersay & Associés

Société d'avocats
31, avenue Hoche
75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00

Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

Télécopie : 33 (0)1 56 88 10 49

www.bersay-associes.com

cb@bersay-associes.com

Loi de Sécurité Financière : aspects du droit de sociétés (Suite)

Nous examinerons successivement les dispositions de la Loi de Sécurité Financière afférentes aux points suivants :

- Transparence dans les entreprises (1).
- Conventions réglementées et conventions courantes (2).
- Cumul des mandats sociaux au sein des sociétés anonymes, le rôle du président du conseil d'administration et la cooptation des administrateurs (3) ;
- Contrôle légal des comptes (4) ;
- Transformation d'une société en société par actions (5) ;
- Augmentations de capital des sociétés par actions (6) ;
- Direction et représentation dans les sociétés par actions simplifiées (7) ;
- Déclarations de franchissement de seuil (8) ;
- Comptes consolidés (9) ;
- Titres « *super-subordonnés* » (10) ;
- Dépénalisation de certaines infractions, élargissement des cas de nullité en droit des sociétés, compétence judiciaire en matière de délits boursiers (11).

1. La transparence dans les entreprises

La Loi de Sécurité Financière renforce le droit d'information des actionnaires lors des assemblées générales, dans un but de responsabilisation des dirigeants et de transparence dans la prise des décisions.

1.1. Rapports sur les travaux du conseil d'administration

La Loi de Sécurité Financière impose aux organes de direction et de contrôle des sociétés anonymes (« SA ») de nouvelles obligations d'information. Ces nouvelles obligations s'appliquent aux exercices ouverts le 1^{er} janvier 2003 et donc aux assemblées générales qui se tiendront en 2004.

En particulier :

- le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doit établir un rapport complémentaire au rapport de gestion pour rendre compte à l'assemblée générale «*des conditions de*

préparation et d'organisation des travaux du conseil » et « *des procédures de contrôle interne mises en place par la société* ». Ce rapport doit indiquer en outre « *les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général* » (art. L. 225-37, al. 6 et L. 225-68, al. 7 nouveaux du Code de commerce) ;

- dans un rapport joint à son rapport général, le commissaire aux comptes doit présenter à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du président afférent aux « *procédures de contrôle interne qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière* » (art. L. 225-235, al. 5 nouveau du Code de commerce) ;
- dans les SA faisant appel public à l'épargne, les informations relevant des rapports susvisés sont rendues publiques dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF), non encore publié. L'AMF doit établir chaque année un rapport annuel sur le fondement de ces informations (art. L. 621-18-3 nouveau du Code monétaire et financier).

1.2. Le droit de communication des administrateurs

Afin de pouvoir exercer les contrôles et vérifications sur l'activité de la société, la loi NRE avait permis à chaque administrateur des SA le droit de se faire communiquer tous les documents qu'il estimait utiles sans aucune limitation.

La Loi de Sécurité Financière renforce le droit de communication des administrateurs. En effet, désormais, le président ou le directeur général à l'obligation de communiquer aux administrateurs tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions (art. L. 225-35, al. 3 modifié du Code de commerce).

1.3. La transparence des rémunérations et avantages des mandataires

Contrairement à ce qui avait été introduit par la loi NRE, le rapport de gestion des sociétés non cotées ne devra plus obligatoirement indiquer les rémunérations et avantages perçus par les mandataires sociaux au cours de l'exercice, sauf si ces sociétés sont contrôlées par une société cotée (art. L. 225-102-1, al. 5 nouveau du Code de commerce).

En revanche, l'obligation de publier les rémunérations et les avantages des dirigeants des sociétés cotées est étendue à la société contrôlant la société dans laquelle le dirigeant exerce son mandat (art. L. 225-102-1, al. 2 modifié du Code de commerce).

1.4. La publicité des opérations sur les titres des dirigeants

Dans des conditions qui seront ultérieurement fixées par décret, l'assemblée générale des actionnaires des sociétés faisant appel public à l'épargne devra être informée des acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges de leurs titres ainsi que des transactions sur ces titres au moyen d'instruments financiers à termes, réalisés par leurs dirigeants (administrateurs, membres du directoire/du conseil de surveillance, directeurs généraux et gérants) et les personnes ayant avec eux des liens personnels étroits (art. L. 621-18-2 nouveau du Code monétaire et financier).

Ces opérations devront être communiquées à l'AMF et rendues publiques, conformément aux modalités et conditions qui seront précisées dans le règlement général de l'AMF, non encore publié.

1.5. Autres obligations d'information vis-à-vis des actionnaires

- Avant la réunion de l'assemblée générale des actionnaires des SA, les projets de résolutions déposés par un ou plusieurs actionnaires devront désormais être portés à la connaissance des actionnaires dans des conditions déterminées par décret (art. L. 225-105, al.2 modifié du Code de commerce).

Actuellement ces projets de résolutions ne doivent être communiqués uniquement qu'aux actionnaires qui en font la demande.

- 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 doit être consulté (par exemple en cas de fusion, cession ou modification importante des structures de production), l'avis du comité d'entreprise sur ces questions doit être communiqué à l'assemblée (art. L. 225-105, al.2 nouveau du Code de commerce).

1.6. Contenu du rapport général du commissaire aux comptes

Aux termes du nouvel article L. 225-235, al. 1 et al. 2 du Code de commerce, les commissaires aux comptes doivent désormais « justifier » dans leur rapport général des appréciations qu'ils portent sur les comptes annuels et les comptes consolidés.

2. Les conventions réglementées et les conventions courantes

La Loi de Sécurité Financière allège l'obligation, introduite par la Loi NRE, de communiquer aux dirigeants,

aux commissaires aux comptes et aux actionnaires des SA, sociétés par actions simplifiées (« SAS »), sociétés en commandite par actions et personnes morales non commerçantes (essentiellement, les sociétés civiles ayant une activité économique) la liste des conventions courantes conclues à des conditions normales.

En effet, les conventions courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, « ne sont significatives pour aucune des parties », n'ont plus à être communiquées (art. L. 225-39 modifié, art. L. 225-87 modifié, L. 227-11 modifié, art. L. 612-5 modifié du Code de commerce).

Ces nouvelles dispositions pourront soulever des difficultés, notamment pour l'appréciation du caractère significatif ou non des conséquences financières des conventions, ce qui rendra plus difficile l'établissement de la liste des conventions courantes. En cas de doute, il sera évidemment préférable de les communiquer.

Par ailleurs, le seuil de détention des droits de vote entraînant l'application de la procédure de contrôle aux conventions conclues entre une SA, une SAS ou une société en commandite par actions et l'un de leurs actionnaires/associés est porté de 5% à 10% (art. L. 225-38 modifié, art. L. 225-86 modifié, L. 226-10 modifié, art. L. 227-10 modifié du Code de commerce).

3. Le cumul des mandats sociaux des sociétés anonymes, le rôle du président du conseil d'administration et la cooptation des administrateurs

3.1. Exception à la limitation du cumul des mandats dans les groupes de sociétés

La Loi NRE a institué un plafond global de 5 mandats de direction (directeur général, membre du directoire, directeur général unique, administrateur ou membre du conseil de surveillance) qui peuvent être exercés simultanément par une personne physique.¹

Certaines dérogations à la règle visée ci-dessus ont été prévues par la Loi NRE et la loi n°2002-1303 du 29 octobre 2002 (« loi Huillon »).

¹ Cf. nos lettres d'informations juridiques de juillet 2001 et de novembre 2002.

La Loi de Sécurité Financière introduit une nouvelle dérogation à la règle visée ci-dessus, lorsque le dirigeant (directeur général, membre du directoire, directeur général unique, administrateur ou membre du conseil de surveillance) d' une société A exerce également un mandat d' administrateur ou de membre du conseil de surveillance au sein d' une société contrôlée par la société A. Dans cette hypothèse, ce mandat au sein de la société contrôlée n' est pas pris en compte dans le décompte des 5 mandats (art. L. 225-94-1, al. 2 nouveau du Code de commerce.)

En conséquence, le dirigeant d' une société A peut exercer autant de mandats d' administrateur ou de membre d' conseil de surveillance qu' il le souhaite au sein de sociétés contrôlées par la société A.

Cette dérogation est entrée en vigueur rétroactivement le 16 novembre 2002.

3.2. Le rôle du président du conseil d'administration

La nouvelle loi supprime la disposition introduite par la Loi NRE qui prévoyait que le président représente le conseil d' administration (art. L. 225-51 modifié du Code de commerce). Ainsi, la Loi de Sécurité Financière élimine toute confusion avec le pouvoir de représentation de la société vis-à-vis des tiers conféré au directeur général.

3.3. La cooptation des administrateurs

Nous rappelons qu'en cas de décès ou démission du président du conseil d'administration, le conseil peut, lorsque le nombre d'administrateurs atteint le maximum légal ou statutaire et qu' il n' entend pas choisir le président parmi les administrateurs en exercice, nommer un nouvel administrateur en vue de le désigner comme nouveau président.

La Loi de Sécurité Financière a étendue cette faculté du conseil au cas de révocation du président (art. L. 225-17, al. 2 modifié du Code de commerce).

4. Contrôle légal des comptes

La Loi de Sécurité Financière apporte certaines modifications au statut des commissaires aux comptes et crée un Haut Conseil du commissariat aux comptes.

4.1. Statut des commissaires aux comptes

4.1.1. Indépendance des commissaires aux comptes

La Loi de Sécurité Financière abroge les incompatibilités spéciales et les interdictions applicables aux commissaires aux comptes et instaure de nouvelles dispositions, à savoir notamment :

- les commissaires aux comptes ne peuvent pas prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la société dont il certifie les comptes, ni auprès d' une société qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle (art. L. 822-11 I. nouveau du Code de commerce) ;

- les commissaires aux comptes ne peuvent pas fournir à une société A dont il certifie les comptes et/ou à une société qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, de conseil et/ou de prestation de services qui ne seraient pas liés directement à sa mission de certification des comptes de la société A (art. L. 822-11 II. nouveau du Code de commerce) ;

- si des commissaires aux comptes sont affiliés à un réseau national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun, qui fournit des prestations de service à une société qui n' ont pas de lien direct avec une mission de certification des comptes de cette société, alors les commissaires aux comptes affiliés à ce réseau ne pourront pas être mandatés par cette société pour certifier ses comptes (art. L. 822-11 II. al. 2 nouveau du Code de commerce) ;

- pendant 5 ans à compter de la cessation de leur mandat, les commissaires aux comptes et les membres signataires d' une société de commissaires aux comptes ne peuvent pas être nommés dirigeants ou, désormais, salariés des sociétés dont ils ont certifié les comptes, ni d' une société qui contrôle ou qui est contrôlée par la société qui les avait mandatés (art. L. 822-12 nouveau du Code de commerce).

4.1.2. Nomination des commissaires aux comptes et renouvellement de leur mandat

a) Nomination des commissaires aux comptes

La Loi de Sécurité Financière précise que les commissaires aux comptes de sociétés anonymes et de sociétés en commandite par actions sont désignés par l'assemblée générale sur proposition du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou des actionnaires (art. L. 225-228 al. 1 nouveau du Code de commerce).

Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, les administrateurs cumulant leur mandat avec celui de directeur général ou de directeur général délégué ne peuvent pas prendre part au vote du conseil d'administration sur le choix des commissaires aux comptes dont la désignation sera soumise au vote de l'assemblée générale (art. L. 225-228 al. 1 nouveau du Code de commerce).

Le conseil devra indiquer à l'assemblée générale si les commissaires aux comptes proposés ont été mandatés au cours des deux derniers exercices pour vérifier les éventuelles opérations de fusion ou d'apports réalisées par la société concernée ou par les sociétés qu'elle contrôle (art. L. 225-228 al. 2 nouveau du Code de commerce).

Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, l'AMF doit être informée des propositions de nomination des commissaires aux comptes. Si l'AMF formule à ce sujet des observations, ces dernières devront être portées à la connaissance de l'assemblée générale et du(des) commissaire(s) aux comptes intéressé(s) (art. L. 621-22 nouveau du Code de commerce).

b) Renouvellement du mandat des commissaires aux comptes

Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, les commissaires aux comptes personnes physiques, membres signataires d'une société de commissaires aux comptes ou personnes morales visées à l'article L. 612-1 du Code de commerce, ne peuvent pas certifier les comptes d'une société pendant plus de six exercices consécutifs (art. L. 822-14 nouveau du Code de commerce). Cette disposition ne sera applicable qu'à compter du 1^{er} août 2006.

Par ailleurs, dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, l'AMF doit être informée des propositions de renouvellement du mandat des commissaires aux comptes. Si l'AMF formule à ce sujet des observations, ces dernières devront être portées à la connaissance de l'assemblée générale et du(des) commissaire(s) aux comptes intéressé(s) (art. L. 621-22 nouveau du Code de commerce).

4.1.3. Missions des commissaires aux comptes

Outre les nouvelles missions des commissaires aux comptes instaurées par la Loi de Sécurité Financière qui ont déjà été mentionnées aux paragraphes 1.5 et 1.6 ci-dessus, la Loi de Sécurité Financière dispose que les commissaires aux comptes devront à présent être convoqués à toutes les réunions du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance afférentes à l'examen et/ou à l'arrêté des comptes annuels et des comptes intermédiaires des SA et des sociétés en commandite par actions (art. L. 225-238 nouveau du Code de commerce).

4.1.4. Honoraires des commissaires aux comptes

Toute société doit mettre à la disposition de ses actionnaires, au siège social, les informations relatives au montant des honoraires perçus par les commissaires aux comptes (art. L. 820-3 al. 2 nouveau du Code de commerce).

4.2. Création d'un Haut Conseil du commissariat aux comptes

La Loi de Sécurité Financière crée le Haut Conseil du commissariat aux comptes (art. L. 821-1 et suivants nouveau du Code de commerce) qui a pour mission :

- de « *surveiller la profession* », avec le concours de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes ;
- de veiller au respect de la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes ;
- de définir les orientations et le cadre des contrôles périodiques professionnels et superviser la mise en œuvre et le suivi de ces contrôles ;
- d'émettre des avis sur les normes d'exercice professionnel élaborées par la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes ;
- d'assurer, comme instance d'appel, l'inscription des commissaires aux comptes.

5. La transformation d'une société en société par actions

L'article L. 224-3, al. 1 modifié du Code de commerce précise que l'obligation de désigner un commissaire à la transformation s'applique exclusivement dans le cas où « *une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaires aux comptes se transforme en une société par actions* ».

En conséquence, les sociétés par actions ayant obligatoirement un commissaire aux comptes sont exonérées de l'obligation de désigner un commissaire à la transformation, lors de leur transformation en une autre forme de société par actions. Cette exonération s'applique également à toute les autres formes de sociétés qui ont désigné un commissaire aux comptes (ce peut être le cas des SARL, SNC et/ou des sociétés en commandite simple).

6. Les augmentations de capital des sociétés par actions

6.1. Suppression du droit préférentiel de souscription

L'article L. 225-129, III du Code de commerce prévoyait déjà la possibilité de déléguer la décision de supprimer le droit préférentiel au conseil d'administration ou au directoire.

L'article L. 225-138 du Code de commerce modifié par la Loi de Sécurité Financière prévoit que l'assemblée générale extraordinaire peut également déléguer au conseil d'administration le soin de fixer la liste précise des bénéficiaires de l'émission des titres² ainsi que le nombre de titres à attribuer à chaque bénéficiaire et le prix de l'émission, dans la limite du plafond fixé par l'assemblée.

Le conseil d'administration ou le directoire doit ensuite établir un rapport complémentaire sur les conditions définitives de l'opération.

6.2. Augmentation de capital réservée aux salariés

Nous rappelons que l'assemblée générale extraordinaire doit, en cas d'augmentation de capital, se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés.

La Loi de Sécurité Financière a supprimé cette obligation en cas d'augmentation de capital consécutive à un apport en nature ou résultant d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres représentant une quotité du capital (art. L. 225-129, VII al.1 modifié du Code de commerce).

7. Direction et représentation dans les SAS

La Loi de Sécurité Financière autorise à stipuler, dans les statuts des SAS, la possibilité de conférer aux directeurs généraux ou aux directeurs généraux délégués le même pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers que celui attribué au président (art. L. 227-6, al. 3 nouveau du Code de commerce).

8. Les déclarations de franchissement de seuil

Désormais :

- Le délai dans lequel une personne doit informer une société que sa participation dans le capital ou les droits de vote de celle-ci vient de dépasser les seuils prévus à l'article L. 233-7, al. 1 du Code de commerce est de 5 jours de bourse (au lieu de 15 jours calendaires auparavant) à compter du franchissement de seuil. Alors que cette obligation d'information concernait auparavant exclusivement le nombre d'actions détenues, la Loi de Sécurité Financière a élargi cette obligation aux droits de vote détenus (article L. 233-7, al. 1 modifié du Code de commerce).

² qui relèvent de la catégorie dont les caractéristiques sont fixées par l'assemblée.

- Le délai de déclaration des objectifs qu'une personne poursuit en cas de franchissement des seuils de 10% et 20% du capital et/ou des droits de vote est de 10 jours de bourse (au lieu de 15 jours calendaires auparavant).
- Les déclarations de franchissement de seuil et d'intention devront également être adressées à l'AMF dans les délais visés ci-dessus. Ces informations sont portées à la connaissance du public dans les conditions qui seront fixées par le règlement général de l'AMF (art. L. 233-7, al. 2 et al. 7 modifiés du Code de commerce) ;
- Depuis la Loi NRE un intermédiaire peut être inscrit comme actionnaire d'une société cotée pour le compte des propriétaires d'actions non-résidents en France. La Loi de Sécurité Financière supprime l'obligation faite à cet intermédiaire d'effectuer la déclaration de franchissement de seuil (art. L. 233-7, al. 8 ancien du Code de commerce) ;

9. Comptes consolidés

Le périmètre de la consolidation des comptes est étendu par la Loi de Sécurité Financière.

Le critère de détention du capital dans la définition de l'influence dominante a été supprimé. Désormais, la seule existence d'un contrat ou de clauses statutaires suffira à définir l'existence de l'influence dominante (art. L. 233-16 modifié du Code de commerce).

10. Titres « super-subordonnés »

La Loi de Sécurité Financière prévoit la création d'une catégorie de titres intermédiaires entre les titres subordonnés et les titres de capital : les titres « *super-subordonnés* ».

Contrairement aux titres subordonnés, les titres super-subordonnés sont remboursés après désintéressement des titulaires de prêts participatifs ou de titres participatifs (art. L. 228-97 nouveau du Code monétaire et financier).

11. Dépenalisation de certaines infractions, élargissement des cas de nullité en droit des sociétés et délits boursiers

11.1. La Loi de Sécurité Financière supprime un certain nombre d'infractions pénales et notamment les infractions suivantes :

- Le fait de voter à une assemblée générale en se faisant passer pour un actionnaire ;
- Le défaut de convocation des titulaires d'actions nominatives dans le délai légal ;
- Le défaut d'établissement d'une feuille de présence aux assemblées générales ;

- Le non-respect des règles sur les droits de vote en assemblée générale ;
- Le non-respect du droit de souscription des actionnaires en cas d'augmentation de capital ainsi que le non-respect des droits des titulaires d'obligations à bons de souscription d'actions, d'obligations convertibles en actions et d'obligations échangeables en actions ;
- Le défaut de convocation des associés à l'assemblée générale annuelle par le liquidateur ainsi que la poursuite des fonctions de celui-ci après l'expiration de son mandat.

11.2. En revanche, la Loi de Sécurité Financière a instauré de nouveaux cas de nullité et notamment :

- La nullité de toute délibération prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions (nouvel art. L 235-2-1 du Code de commerce).
- La nullité des délibérations prises en violation des articles L 228-91, L 228-93 et L 228-95 du Code de commerce afférents à l'émission de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres de capital (nouvel art. L 228-95 al. 5 du Code de commerce).
- La nullité de toute délibération prise en violation des règles sur les augmentations de capital des sociétés par actions (nouvel art. L 225-149-1 du Code de commerce).

11.3. Par ailleurs, s'agissant des délits boursiers, le Tribunal de Grande Instance de Paris est désormais seul compétent pour la poursuite, l'instruction et le jugement de tous les délits boursiers et les infractions connexes (art. 704-1 nouveau du Code de procédure pénale).

A Retenir :

- ⇒ *Suppression dans les sociétés non cotées de l'obligation d'indiquer dans le rapport de gestion les rémunérations des dirigeants.*
- ⇒ *La nouvelle dérogation à la règle sur le cumul des mandats sociaux.*
- ⇒ *Suppression de l'obligation de désignation d'un commissaire à la transformation, dans le cas de la transformation d'une société qui a un commissaire aux comptes en une société par actions.*
- ⇒ *Nouveaux cas de nullité de délibérations d'assemblées générales et d'organes de direction.*

La Loi pour l'Initiative Economique : aspects du droit des sociétés

La Loi pour l'Initiative Economique a été adoptée le 1^{er} août 2003. La plupart de ses dispositions sont entrées en vigueur le 7 août 2003. D'autres ne seront applicables qu'à compter de la publication de décrets d'application.

Cette loi poursuit l'objectif d'encourager et de faciliter la création d'entreprises. Nous examinerons successivement les dispositions de la Loi sur l'Initiative Economique en matière de :

- création d'entreprises ;
- transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur ;
- financement de la création et de la transformation d'entreprises.

Dans le cadre de cette lettre d'information, nous ne traiterons pas des dispositions de la Loi sur l'Initiative Economique relatives à la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur, au renforcement de l'information et de la protection des personnes physiques se portant caution pour un engagement contracté auprès d'un créancier professionnel.

1. Création d' entreprise

1.1. Suppression de l'exigence d'un montant minimum de capital pour la constitution d'une SARL

Précédemment fixé à 7.500 euros minimum, le montant du capital social d' une SARL ou d' une EURL est désormais librement par les associés (art. L. 223-2, al.1 modifié du Code de commerce).

1.2. Création d' un Récépissé de Dépôt de Création d' Entreprise (RDCE)

Afin de permettre le démarrage de l' activité d'une entreprise dès la demande de création et d'en simplifier les démarches de création, toute personne recevra gratuitement un récépissé de dépôt de création d' entreprise (RDCE) lors du dépôt d' dossier de demande d' immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés et/ou à la Chambre des métiers, dans des conditions qui seront précisées par décret.

Ce document, comportant la mention "*en attente d' immatriculation*", permettra aux entreprises en cours d' immatriculation d' accomplir les démarches nécessaires

auprès des organismes publics et des organismes privés chargés d'une mission de service public, sous la responsabilité personnelle de la personne physique commerçante ou de celle qui agit au nom de la société en formation (art. L. 123-9-1 nouveau du Code de commerce).

1.3. La déclaration d'entreprise sur Internet

Désormais, les déclarations relatives à la création de l'entreprise, à la modification de sa structure ou la cessation de son activité pourront être transmises par voie électronique au Centre de Formalités des Entreprises (« CFE »), dans des conditions qui seront fixées par décret en Conseil d'Etat (art. 4, III nouveau de la loi 94-126 du 11 février 1994).

1.4. Domiciliation

Les entreprises (sociétés et commerçants) qui demandent leur immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (« RCS ») doivent justifier d'une domiciliation commerciale qu'elles peuvent fixer pendant 2 ans au domicile du dirigeant.

Les personnes physiques qui demandent leur immatriculation au RCS peuvent dorénavant déclarer au CFE l'adresse de leur local d'habitation comme adresse de leur entreprise, dès lors qu'aucune disposition législative ou stipulation contractuelle ne s'y oppose (art. L. 123-10 modifié du Code de commerce).

Les personnes morales qui demandent leur immatriculation au RCS sont désormais autorisées à fixer leur siège social au domicile de leur représentant légal, sans limitation de durée, dès l'instant qu'aucune disposition législative ou stipulation contractuelle ne s'y oppose (art. L. 123-11-1 modifié du Code de commerce). S'il existe de telles dispositions ou stipulations (par exemple si le bail exclut toute possibilité de domiciliation et que le propriétaire refuse de donner son accord), la société sera autorisée à installer son siège au domicile de son représentant légal pour une période qui ne peut excéder 5 ans, ni dépasser le terme légal, contractuel ou judiciaire de l'occupation des locaux.

Ces mesures sont applicables à toutes les entreprises déjà immatriculées au RCS à la date de promulgation de la Loi pour l'Initiative Economique et aux entreprises nouvelles.

1.5. Incriminations pénales en matière de droit des sociétés

Un certain nombre d'incriminations pénales en matière de droit des sociétés sont supprimées :

- la sanction de l'omission des déclarations concernant la répartition des parts sociales entre les associés, de la libération des parts ou du dépôt

des fonds est supprimée (art. L. 241-1, al.1 modifié du Code de commerce).

- la sanction de l'omission de la mention, sur tous les documents commerciaux destinés aux tiers, de la dénomination de la société, précédée ou suivie de la forme et du capital de celle-ci, est supprimée.

Elle est remplacée par la possibilité pour le ministre public ou tout intéressé de demander au Président du Tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au représentant légal de la société de procéder à ces mentions (art. L. 238-3 nouveau du Code de commerce).

- la sanction prévue à l'encontre des présidents ou autres dirigeants des SAS qui ne consultent pas les associés pour la nomination des commissaires aux comptes, pour l'approbation des comptes ou pour la répartition des bénéfices, est supprimée (art. L. 244-2 modifié du Code de commerce).

En revanche, ces comportements peuvent toujours être sanctionnés civilement sur le fondement de l'article L. 227-9 du Code de commerce (action en nullité à la demande de tout intéressé).

2. Transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur

La Loi pour l'Initiative Economique vise à permettre une transition plus aisée entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur.

2.1. Les clauses d'exclusivité

Les clauses d'exclusivité, insérées dans un contrat de travail et destinées à interdire à un salarié d'exercer une autre activité professionnelle, ne peuvent lui être opposées pendant 1 an (à l'exception des VRP) suivant la création ou la reprise par le salarié d'une entreprise, dès l'instant où celui-ci respecte son obligation de loyauté à l'égard de son employeur (art. L. 121-9, al. 1 nouveau du Code de travail).

En cas de prolongation du congé ou de la période de travail à temps partiel pour la création ou la reprise d'une entreprise, cette mesure est applicable jusqu'au terme de la prolongation (art. L. 121-9, al. 2 nouveau du Code du travail).

2.2. Exonération de cotisations sociales

La Loi pour l'Initiative Economique institue, au profit des salariés qui créent une entreprise concomitamment à l'exercice de leurs fonctions salariées, une exonération des cotisations sociales dues au titre de leur nouvelle activité

d'entrepreneurs dans certaines limites qui seront déterminées par décret (art. L. 161-1-2 nouveau du Code de la sécurité sociale).

Cette mesure s'applique aux entreprises créées ou reprises à compter du 1^{er} janvier 2004.

2.3. Congé pour création d'entreprise

Le salarié dispose désormais d'un choix entre un congé pour création d'entreprise ou une période de travail à temps partiel pour une durée maximale d'un an. Cette durée peut être prolongée d'au plus un an (art. L. 122-32-12 et suivants modifiés du Code du travail).

Les conditions d'obtention du congé ou du travail à temps partiel sont réaménagées par la Loi pour l'Initiative Economique: l'ancienneté requise dans l'entreprise est réduite à 24 mois (au lieu de 36) et le salarié est soumis, lors de sa demande, à un délai de prévenance de 2 mois (au lieu de 3).

La Loi pour l'Initiative Economique prévoit que ce droit ne pourra pas être exercé par le salarié pour une nouvelle création d'entreprise ou une nouvelle reprise d'entreprise intervenant moins de 3 ans après la précédente.

L'employeur pourra recourir au contrat à durée déterminée ou à l'intérim pour remplacer le salarié passé à temps partiel pour cause de création d'entreprise.

3. Financement de la création et de la transformation d'entreprises

Un ensemble de mesures vise à améliorer le financement de l'initiative économique. En particulier, le capital de proximité est mieux mobilisé au bénéfice des projets locaux tandis que le développement et la transmission des entreprises est facilitée.

La Loi pour l'Initiative Economique prévoit essentiellement les dispositions suivantes :

- obligation de respecter un délai de préavis, qui ne devra pas être inférieur à une durée qui sera fixée par décret, en cas de réduction ou de suppression des concours bancaires consentis à une entreprise. Cette obligation est prévue sous peine de nullité de la rupture de crédit (art. L. 313-12, al. 2 nouveau du Code monétaire et financier) ;
- possibilité de sortie anticipée d'un livret d'épargne entreprise en cas de création ou de reprise d'une entreprise (art. 1^{er}, III complété de la loi n°84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique) ;
- création de Fonds d'investissement de proximité

(FIP) favorisant l'essor de l'investissement au niveau local et ayant les caractéristiques des Fonds Communs de Placement à Risque (FCPR) (art. L. 214-41-1 modifié du Code monétaire et financier ; art. L. 4211-1 du Code général des collectivités territoriales ; art. 125-O A, 150-O C, 163 bis G et 163 octodécies A modifiés du Code général des impôts) ;

- aménagement du taux de l'usure pour les prêts accordés à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole (art. L. 313-3 modifié du Code de la consommation ; art. L. 313-4 modifié du Code monétaire et financier ; art. L. 313-5-1 et L. 313-5-2 nouveaux du Code monétaire et financier) ;
- en matière de développement et transmission des entreprises :
 - réduction d'impôt sur le revenu au titre des intérêts des emprunts souscrits pour la reprise d'une société non cotée sous certaines conditions déterminées par la Loi pour l'Initiative Economique (art. L. 199 terdecies-O B modifié du Code général des impôts) ;
 - le plafond des versements ouvrant droit à réduction d'impôt sur le revenu en cas de souscription au capital de sociétés non cotées est porté, pour les versements effectués à compter du 1^{er} janvier 2003, de 6.000 à 20.000 euros pour les célibataires et de 12.000 à 40.000 euros pour les couples (art. 199 terdecies-O A modifié du Code général des impôts) ;
 - abattement pour les droits de mutation sur les cessions de parts sociales de sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions (art. 790 A modifié du Code général des impôts) ;
 - l'exonération des droits de mutation à titre gratuit en cas de transmission par décès de titres de sociétés ou d'entreprises individuelles accordée sous certaines conditions sera étendue à compter de 2004 à la donation en pleine propriété des mêmes biens et le régime sera assoupli sur divers points (art. 787 B nouveau du Code général des impôts) ;

- de nouvelles mesures en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (« ISF ») qui s'appliqueront à compter de 2004 (exonération à concurrence de 50% des parts ou actions de sociétés faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de 6 ans ; réduction de 75% à 50% des seuils permettant à certains dirigeants ne détenant pas 25% du capital social d'être exonérés d'ISF à u titre des biens professionnels).

A Retenir :

⇒ *Suppression de l'exigence d'un capital social minimum dans les SARL.*

⇒ *Possibilité d'immatriculation des sociétés au CFE sur Internet.*

⇒ *Possibilité de domiciliation des entreprises au domicile de leur dirigeant sans limitation de durée.*

⇒ *Suppression de certaines incriminations pénales en droit des sociétés.*

⇒ *Les règles visant à permettre la transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur.*

⇒ *Les nouvelles mesures relatives au développement et à la transmission des entreprises.*

La Loi de Sécurité Financière : aspects du droit financier

Nous examinerons successivement les principales dispositions de la Loi de Sécurité Financière afférentes aux points suivants :

- Création de l'Autorité des marchés financiers (1).
- Protection des investisseurs (2).
- Associations d'investisseurs (3).
- Analystes financiers et agences de notation (4).
- Organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (« OPCVM ») (5).
- Sociétés civiles de placement immobilier (« SCPI ») (6).

1. Création de l'Autorité des marchés financiers

L' Autorité des marchés financiers («AMF ») devient l' instance unique de contrôle des marchés financiers. Elle se substitue ainsi à la Commission des opérations de Bourse (« COB »), au Conseil des marchés financiers («CMF ») et au Conseil de discipline de la gestion financière (« CDGF »).

L'AMF concentrera quatre missions essentielles : (i) protection de l' épargne investie dans les instruments financiers et autres placements commercialisés par appel public à l'épargne, (ii) information des investisseurs, (iii) contrôle du bon fonctionnement des marchés financiers (art. L. 621-1 modifié du Code monétaire et financier) et (iv) apporter son concours à la régulation des marchés financiers aux échelons européen et international.

L'activité des agences de notation et des analystes financiers sera également soumise à son contrôle (art. L. 621-7 modifié du Code monétaire et financier).

L'AMF devrait être mise en place après la parution d'un décret. Les membres de la COB, du CMF et du CDGF sont maintenus dans leurs fonctions jusqu'à la première réunion de l'AMF (art. 49, I de la Loi de sécurité financière).

L'AMF devra établir un règlement général des marchés financiers qui devra être homologué par le Ministre chargé de l'Economie, détaillant notamment les règles de pratique professionnelle s'imposant aux émetteurs faisant appel public à l'épargne, les règles relatives aux OPA et les règles de bonne conduite applicables aux acteurs du marché (art. L.621-7 modifié du Code monétaire et financier).

L'AMF aura de larges pouvoirs de sanctions, identiques à

ceux de la COB. Elle pourra ainsi effectuer des contrôles et des enquêtes (art. L. 321-9, I nouveau du Code monétaire et financier), prononcer des injonctions (art. L. 621-14 nouveau du Code monétaire et financier) et prendre des sanctions (art. L. 621-15 nouveau du Code monétaire et financier).

Cette autorité publique indépendante sera, fait nouveau, dotée de la personnalité morale (art. L. 621-1 modifié du Code monétaire et financier).

En conséquence :

- elle pourra agir en justice par l'intermédiaire de son président, notamment pour se constituer partie civile en cas de délits boursiers ;

- un tiers s'estimant lésé par les décisions de l'AMF pourra agir directement contre elle (et non contre l'Etat) devant les tribunaux.

2. Protection des investisseurs

Jusqu' à présent, le cadre juridique du démarchage financier était constitué d' un ensemble de textes qui se superposaient. La définition même du démarchage financier se trouvait ne pas être la même selon les produits financiers concernés.

La Loi de Sécurité Financière contient un certain nombre de dispositions visant à clarifier ce cadre légal tout en améliorant la sécurité des épargnants.

2.1. Unification des règles de démarchage

La démarchage se définit comme l' activité visant à établir un contact non sollicité, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou morale déterminée, en vue d' obtenir de sa part un accord sur différentes opérations bancaires ou financières énoncées par la Loi de Sécurité Financière, à savoir notamment (art. L. 341-1, al.1 nouveau du Code monétaire et financier):

- la réalisation, par une personne habilitée, d' une opération sur instruments financiers, d' une opération de banque ou d' une opération sur biens divers (notamment rente viagère, droits mobiliers ou immobiliers), ou
- la fourniture, par une personne habilitée, d' un service d' investissement, d' un service connexe ou d' une prestation de conseil en investissement.

Cette définition permet d' étendre les règles sur le démarchage aux prises de contact effectuées par Internet.

Le fait de se rendre physiquement au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans des lieux non destinés à la commercialisation de produits financiers, en vue des mêmes fins, constitue également un acte de

démarche bancaire ou financier, quelle que soit la personne à l' initiative de la démarche (art. L. 341, al. 2 nouveau du Code monétaire et financier).

Sous peine de sanctions pénales, ne peuvent pas faire l' objet de démarchage, les produits financiers (art. L. 341-10 nouveau du Code monétaire et financier) :

- dont le niveau de risque est incertain ou trop élevé,
- non autorisés à la commercialisation en France,
- non cotés sur un marché réglementé (sauf titres de certains OPCVM ou titres émis par une société de capital-risque ou encore les produits d' épargne salariale).

2.2. Personnes habilitées à démarcher

Seuls sont habilités à exercer l' activité de démarchage bancaire ou financier, sous peine de sanctions pénales (art. L. 343-1 nouveau du Code monétaire et financier) :

- les établissements de crédit, les entreprises d' investissement, certaines entreprises d' assurance, certaines sociétés de capital risque ainsi que l' ensemble de établissements équivalents agréés dans un autre Etat membre de la Communauté Européenne, habilités à intervenir sur le territoire français,
- les conseillers en investissements financiers (voir étude ci-dessous),
- les entreprises proposant un dispositif d' épargne salariale.

En outre, les personnes mandatées par les professionnels cités ci-dessus sont également habilitées à démarcher dès lors que leur mandat est nominatif et mentionne la nature des produits, services proposés ainsi que les conditions dans lesquelles l'activité de démarchage doit être exercée.

Ces personnes mandatées doivent être enregistrées auprès des autorités de contrôle compétentes (AMF, Comité des établissements de crédit et des entreprises d' investissements, Comité des entreprises d' assurance).

La durée de leur mandat est limitée à deux ans renouvelable (art. L. 341-4, I et II nouveau du Code monétaire et financier).

La Loi de Sécurité Financière précise les règles relatives à la responsabilité professionnelle des mandataires et à celle de leur mandataires (art. L. 341-4 nouveau du Code monétaire et financier), ainsi que les obligations de ces derniers en matière d'assurance professionnelle (art. L. 341-5 nouveau du Code monétaire et financier).

2.3. Les conseillers en investissement

La loi de la Sécurité Financière a créé le statut de "conseiller en investissements financiers" (CIP). Jusqu' à présent, cette activité de conseil n' était régie par aucun texte.

Le conseiller en investissements financiers est une personne, autre qu'un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou d'assurance ou autre professionnel soumis à une réglementation spécifique, qui exerce à titre de profession habituelle une activité de conseil relative à la réalisation d'opérations sur instruments financiers, d'opérations de banque ou d'autres prestations de service d'investissement (art. L. 541-1, I et II nouveau du Code monétaire et financier).

Sous peine de sanctions pénales, les conseillers doivent obligatoirement être enregistrés auprès d'associations professionnelles agréées par l'AMF (art. L.541-4 et L. 541-5 nouveaux du Code monétaire et financier).

Les conseillers en investissement financier doivent naturellement respecter les conditions d'âge et d'honorabilité fixées par décret et les conditions de compétence professionnelle fixées par le règlement général de l'AMF (art. L. 541-2 nouveau dudit code).

Ils doivent disposer en outre d'une assurance de responsabilité civile professionnelle (art. L.541-3 nouveau du Code monétaire et financier).

En revanche, les conseillers en investissement financier ne sont habilités à donner des consultations juridiques et à rédiger des actes sous seing privé que sous certaines conditions (compétence juridique, etc.) et dans les limites de leur activité (art. L. 541-1, III nouveau dudit code).

2.4. Fichier national des démarcheurs bancaires ou financiers

Un fichier national des personnes habilitées à procéder au démarchage bancaire ou financier est créé. Celui-ci sera tenu à jour par les autorités de contrôle et sera librement consultable par le public. (art. L. 341-7 nouveau du Code monétaire et financier).

Un décret doit préciser prochainement les modalités de constitution et de consultation de ce fichier.

2.5. Règles de bonne conduite

Le démarcheur se rendant au domicile des personnes démarchées, sur leur lieu de travail ou dans des lieux non destinés à la commercialisation de produits et services financiers doivent être titulaires d'une carte de démarchage et la présenter à la personne démarchée (art. L. 341-8 nouveau du Code monétaire et financier).

Le démarcheur doit, avant toute offre de produits ou services financiers :

- s'informer sur la situation financière, l'expérience et les objectifs en matière de placement de son client,

- fournir, de manière claire et compréhensible, toutes les informations utiles pour permettre au client de prendre sa décision (art. L. 341-11 nouveau du Code monétaire et financier).

Lors de l'acte de démarchage, doivent être communiqué par écrit à la personne démarchée, les documents d'information relatifs aux produits ou services proposés en y indiquant les risques particuliers qu'ils peuvent comporter (art. L. 341-12 nouveau du Code monétaire et financier).

Le démarcheur ne peut recevoir aucun paiement de la personne démarchée (art. L. 341-15 nouveau du Code monétaire et financier). Sauf cas spécifique³, la personne démarchée dispose, à compter de la conclusion du contrat, d'un délai de 14 jours pour se rétracter, sans pénalité et sans avoir à motiver sa décision. Ce délai de rétractation court à compter de la date de réception par la personne démarchée du contrat signé par les deux parties (art. L. 341-16 nouveau du Code monétaire et financier).

A ce titre, en cas de manquement à ses obligations professionnelles, la Loi de Sécurité Financière prévoit un système de sanctions disciplinaires infligées par les différentes autorités de contrôle (art. L. 321-17 nouveau du Code monétaire et financier) et, le cas échéant, des sanctions pénales.

3. Associations d'investisseurs

La Loi de Sécurité Financière accroît la capacité à agir en justice des actionnaires.

En effet, elle abaisse les « seuils » d'agrément : désormais, les associations peuvent être agréées, dans des conditions fixées par décret, après avis du ministère public et de l'AMF, lorsqu'elles justifient de six mois d'existence et, pendant cette même période, d'au moins 200 membres cotisant individuellement, sous réserve que leurs dirigeants remplissent des conditions d'honorabilité et de compétence qui seront fixées par décret (art. L. 452-1 modifié du Code monétaire et financier).

En outre, les associations, même non agréées, qui répondent aux critères de détention de droits de vote définis par l'article L. 225-120 du Code de commerce, peuvent agir en justice si elles ont communiqué leurs statuts à l'AMF (art. L. 452-1 modifié du Code monétaire et financier).

³ Le délai de rétractation ne s'applique pas aux services de réception, transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers, ainsi qu'à la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211 du Code monétaire et financier.

Par ailleurs, la Loi de Sécurité Financière prévoit que lorsqu'une association agréée agit en réparation devant les juridictions civiles ou commerciales, le Président du Tribunal de Grande Instance ou le Président du Tribunal de commerce selon le cas peut, par ordonnance de référé, l'autoriser à solliciter des actionnaires un mandat pour agir en leur nom en ayant recours, à ses frais, aux moyens de publicité suivants : appel public télévisé ou radiophonique, affichage, tract ou lettre personnalisée (art. L. 452-2 modifié du Code monétaire et financier).

La loi précise que les associations agréées doivent établir chaque année un bilan, un compte de résultat et une annexe, dont les modalités d'établissement seront précisées par décret. En cas de demande d'autorisation d'un mandat, par voie de publicité, ces documents doivent être transmis au Président du tribunal concerné (art. L. 452-2 modifié du Code monétaire et financier).

4. Analystes financiers et agences de notation

Jusqu'à présent, la profession d'analyste financier n'était régie que par la réglementation du CMF. Désormais, quatre articles nouveaux leur sont consacrés dans le Code monétaire et financier (art. L. 544-1 à L. 544-4 nouveaux du Code monétaire et financier). Ces dispositions définissent et encadrent cette profession.

La Loi de Sécurité Financière définit les analystes financiers comme toute personne qui, à titre de profession habituelle, produit et diffuse des études sur les sociétés cotées, en vue de formuler et de diffuser une opinion sur l'évolution prévisible de celles-ci et, le cas échéant, sur l'évolution prévisible du prix des instruments financiers qu'elles émettent (art. L. 544-1 nouveau du Code monétaire et financier). Cette définition rejoint celle figurant à l'article 2-4-1 du Règlement général du CMF.

En outre, la Loi de Sécurité Financière vise à préserver l'indépendance de la profession. En effet, la loi précise que les dirigeants d'une entreprise rémunérant les services des analystes financiers doivent s'abstenir de mener auprès d'eux toute initiative qui aurait pour objet ou pour effet de privilégier leurs intérêts propres ou ceux de leurs actionnaires, au détriment d'une information sincère (art. L. 544-2 nouveau du Code monétaire et financier).

S'agissant des agences de notation, elles ne font pas l'objet d'un véritable encadrement juridique. La Loi de Sécurité Financière se limite à prévoir que l'AMF publie chaque année un rapport sur leur rôle, leurs règles déontologiques, la transparence de leurs méthodes et l'impact de leur activité sur les émetteurs et les marchés financiers (art. L. 544-4 nouveau du Code monétaire et financier).

Par ailleurs, la Loi de Sécurité Financière prévoit que tous les documents préparatoires à l'élaboration des publications

diffusées sous la responsabilité d'un service d'analyse financière ou d'une agence de notation devront être conservés pendant un délai de trois ans et tenus à disposition de l'AMF dans le cadre de sa mission de contrôle du respect par les analystes financiers de leurs obligations professionnelles (art. L. 544-3 nouveau du Code monétaire et financier).

Une certaine surveillance sur les agences de notation est donc mise en place, mais, en réalité, seuls les analystes financiers passent effectivement sous la tutelle et le contrôle de l'AMF. En effet, le règlement général de l'AMF déterminera : les conditions d'exercice de leur activité, les règles de bonne conduite s'appliquant aux analystes financiers, et les dispositions propres à assurer leur indépendance d'appréciation et la prévention des conflits d'intérêts (art. L. 621-7, VIII nouveau dudit code).

En cas de manquement à leurs obligations professionnelles, l'AMF pourra, après une procédure contradictoire, prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des analystes fautifs et/ou des sanctions pécuniaires (art. L. 621-15, III, b nouveau dudit code).

5. Organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (« OPCVM »)

5.1. Souscription de parts ou actions d'OPCVM

La Loi de Sécurité Financière dispose que la souscription de parts ou d'actions d'OPCVM, qui était jusqu'à présent possible à tout moment sauf circonstances exceptionnelles, peut être interrompue de façon définitive, dans les cas qui seront déterminés par le règlement général de l'AMF, non encore publié (art. L. 214-19, al. 2 et art. L. 214-30, al. 2 nouveaux du Code monétaire et financier).

En outre, il est désormais possible d'émettre plusieurs catégories de parts ou d'actions d'un même OPCVM (art. L. 214-2, al. 2 nouveau dudit code).

5.2. Exercice des droits de vote des titres détenus par les OPCVM

Par ailleurs, la Loi de Sécurité Financière oblige les sociétés de gestion de portefeuille à exercer les droits attachés aux titres détenus par les OPCVM qu'elles gèrent, dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts de ces OPCVM. En outre, ces sociétés doivent désormais rendre compte de leurs pratiques en matière d'exercice des droits de vote dans des conditions qui seront fixées par le règlement général de l'AMF.

La loi prévoit désormais que quand les sociétés de gestion de portefeuille n'exerceront pas ces droits de vote, elles devront faire part de leurs motifs aux porteurs de parts ou actionnaires (art. L. 533-4, al. 4 modifié du Code monétaire et financier).

Aucune sanction n'a été mise en place par la Loi de Sécurité Financière en cas de non-respect de ces dispositions.

5.3. Obligation de transformation en sociétés de gestion de portefeuille

La loi impose aux sociétés de gestion d'OPCVM de se transformer en sociétés de gestion de portefeuille, avant le 13 février 2004, après mise en harmonie de leur organisation et de leurs moyens avec les règles concernant ces sociétés (art. L. 214-24 modifié du Code monétaire et financier).

Ces sociétés devront effectuer une déclaration d'activité et déposer une demande d'agrément auprès de l'AMF avant le 31 décembre 2003 ; elles pourront alors poursuivre leur activité jusqu'à ce que l'AMF ait statué sur cette demande.

5.4. Les OPCVM « contractuels »

La Loi de Sécurité Financière crée une nouvelle catégorie d'OPCVM réservée aux investisseurs qualifiés, personnes physiques ou morales : les OPCVM « contractuels » (art. L. 214-35-2 nouveau du Code monétaire et financier).

Les règles d'investissement de ces organismes sont librement définies dans le règlement ou les statuts des OPCVM « contractuels », ces derniers doivent notamment contenir les dispositions précisées par le nouvel article L. 214-35-5 nouveau du Code monétaire et financier.

La constitution, la transformation, la fusion, la scission ou la liquidation des OPCVM « contractuels » n'est pas soumise à l'agrément de l'AMF, mais doivent être déclarées (art. L. 214-35-4 nouveau du Code monétaire et financier).

La Loi de Sécurité Financière précise qu'un OPCVM « contractuel » ne peut être géré que par une société de gestion spécialement agréée à cet effet, dans les conditions prévues par le règlement général de l'AMF, au vu notamment des conditions dans lesquelles s'exercera la gestion de ces organismes (art. L. 214-35-6 nouveau du Code monétaire et financier).

6. Sociétés civiles de placement immobilier (« SCPI »)

La Loi de Sécurité Financière permet désormais aux statuts des SCPI de déroger à la règle selon laquelle chaque associé de SCPI répond des dettes à l'égard des tiers en fonction de sa part dans le capital et dans la limite de deux fois le montant de cette part : la Loi de Sécurité Financière prévoit en effet que les statuts peuvent limiter la responsabilité de chaque associé des SCPI au montant de sa part dans le capital (art. L. 214-55, al. 1 modifié du Code monétaire et financier).

Seules pourront faire l'objet de démarchage les parts de SCPI dont les statuts auront prévu une telle clause.

DROIT DES AFFAIRES

Les apports de la loi sur le mécanisme du bordereau Dailly

La loi a également apporté des ajouts aux dispositions du Code monétaire et financier relatives à la cession ou au nantissement de créances par bordereau Dailly sur trois points.

1. Conformément aux dispositions de l'article L 313-27, alinéa 1, dudit code, la cession ou le nantissement de créances Dailly prend effet et est opposable aux tiers à compter de la date portée sur le bordereau.⁴

La loi ajoute (article 67, 1° de la loi) que cette prise d'effet :

- n'est subordonnée à aucune formalité,
- a lieu à la date portée sur le bordereau, quelle que soit celle de sa naissance, de l'échéance ou de l'exigibilité de la créance ainsi cédée ou nantie,
- n'est pas remise en cause par la mise en redressement ou en liquidation judiciaire du cédant ou du constituant du nantissement.

2. La loi ajoute également que ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi applicable aux créances cédées et la loi du pays de résidence des débiteurs.⁵

3. Enfin, aux termes de l'article L 313-27, alinéa 3, du Code monétaire et financier, sauf convention contraire, la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés garantissant chaque créance.

La loi vient préciser (article 67, 2°) que ce transfert porte notamment sur les sûretés hypothécaires ainsi que sur les « *garanties et accessoires* » des créances.

Cette précision vient mettre un terme à l'incertitude qui régnait s'agissant de la transmission des accessoires autres que les sûretés, qui étaient seules visées par les textes avant la loi.

La jurisprudence avait cependant déjà réglé le sort de certains de ces accessoires en admettant la transmission automatique de la clause d'arbitrage (Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 1999) ou de la clause de réserve de propriété (Cass. com., 15 mars 1998) attachée à la créance.

⁴ Il semble utile de rappeler que c'est l'établissement de crédit bénéficiaire de la transmission qui appose cette date (article L 313-25). En l'absence de cette date, la cession ne peut pas prendre effet entre les parties et n'est pas opposable aux tiers.

⁵ Cette précision constitue une mise en conformité de la législation française avec la Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international, adoptée le 12 décembre 2001 par la Commission des Nations Unies pour le Droit International, non encore ratifiée par la France.

Loi de sécurité financière : contrôle des concentrations dans les secteurs bancaire et des assurances

La Loi de Sécurité Financière a également modifié la législation relative au contrôle national des concentrations dans les secteurs bancaires et des assurances.

Le contrôle national des concentrations, nous le rappelons, relève du Ministre chargé de l'économie qui peut éventuellement consulter pour avis le Conseil de la concurrence.

1. Activités bancaires

La loi fait expressément entrer le secteur bancaire dans le droit commun des concentrations, tout en prévoyant que le Conseil de la concurrence devra rendre son avis, après avoir recueilli celui du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

En effet, l'article L. 511-4, al. 1 nouveau du Code monétaire et financier prévoit que lorsque le Conseil de la concurrence est saisi de concentrations ou de projets de concentrations concernant, directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement, il doit communiquer au CECEI sa saisine et recueillir l'avis du CECEI. Le CECEI doit transmettre son avis au Conseil de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la réception de cette communication. L'avis du CECEI est rendu public dans les conditions fixées par l'article L. 430-10 du Code de commerce.

Par ailleurs, l'article L. 511-12-1 modifié par la Loi de Sécurité Financière prévoit désormais que dans le cadre d'une opération de concentration concernant directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement, le CECEI peut, s'il l'estime nécessaire à sa complète information, rendre sa décision après la décision rendue par le Ministre chargé de l'économie ou celle rendue par la Commission Européenne, dans le cadre de l'exercice de leur contrôle des concentrations.

2. Secteur des assurances

La Loi de Sécurité Financière précise également que le Conseil de la concurrence recueille l'avis du Comité des entreprises d'assurance lorsqu'il est saisi de concentration ou de projet de concentrations concernant, directement ou indirectement, des entreprises appartenant au secteur des assurances. Le Conseil de la concurrence communique, à cet effet, au Comité des entreprises d'assurance toute

saisine relative à de telles opérations.

Le Comité des entreprises transmet son avis au Conseil de la concurrence dans un délai d'un mois suivant la réception de cette communication. L'avis du Conseil de la concurrence est rendu public dans les conditions fixées par l'article L. 430-10 du Code de commerce (art. L. 413-2 nouveau du Code des assurances).



LES DEPARTEMENTS DU CABINET

- Le conseil en droit des sociétés et droit boursier

Acquisitions et fusions d'entreprises, audit juridique, propositions de montage juridique approprié, opérations de restructuration, introduction en bourse, opérations sur le « haut de bilan », augmentations de capital, capital risque, pacte d'actionnaires, apports partiels actif, émissions de valeurs mobilières composées, plans de souscription ou d'achat d'actions (« stock-options »), joint ventures, groupements momentanés d'entreprises, management fees et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

- Le conseil en droit des affaires et contrats commerciaux

Distribution (produits matériels et logiciels), concession, franchise, agence commerciale, commissionnaire, VRP, relations clients/fournisseurs, conditions générales de vente et d'achat, prestations de services, partenariats, contrats de fabrication, de façonnage, de sous-traitance, cession et location-gérance de fonds de commerce, crédit et garanties, droit bancaire, consommation, marketing et publicité, concurrence (droit national et communautaire), marchés publics et privés.

- Le contentieux en droit des affaires, droit des sociétés et droit boursier

L'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, tels que visés ci-dessus, ainsi que les procédures collectives et le droit pénal des affaires. Le Cabinet intervient à tous les stades de l'évolution du litige, à savoir précontentieux, contentieux judiciaire et arbitral, mesures conservatoires et voies d'exécution.

- Le conseil et le contentieux en droit social

Tant en conseil qu'en contentieux en matière collective (notamment : mise en place, fonctionnement, information et consultation des institutions représentatives du personnel, droit syndical, négociation avec les syndicats, relations avec les inspections du travail, les directions départementales du travail et les organismes de sécurité sociale, restructurations et licenciements collectifs, « loi sur les 35 heures », mise en place d'accords d'intéressement et de participation, grève) et en matière individuelle (notamment : contrats de travail, licenciement, transactions, représentation devant les juridictions prud'homales et sociales) ainsi qu'en droit de la sécurité sociale (redressements URSSAF, accidents du travail et maladies professionnelles) et en droit pénal du travail (prêt de main

d'œuvre illicite, travail dissimulé, délit d'entrave, réglementation relative à la durée du travail et en matière d'hygiène et de sécurité, accidents du travail).

- Le conseil et le contentieux en droit des nouvelles technologies et de la propriété intellectuelle

Tant en conseil qu'en contentieux, notamment en informatique (développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels, infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, piratage de logiciels), dans le domaine des nouvelles technologies (multimédia, internet, commerce électronique), des télécommunications, ainsi qu'en propriété industrielle (brevets, marques, modèles).

- Le conseil et le contentieux en droit de l'audiovisuel et du multimédia

Contrats de production, d'édition, de coproduction, de distribution et d'exploitation, en France et à l'étranger, d'œuvres cinématographiques et/ou audiovisuelles et multimédia et contrats accessoires. Réglementation audiovisuelle et cinématographique. Financement.

- Le conseil et le contentieux en droit fiscal

Dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, tant sur un plan national (IS, TVA, taxe professionnelle, etc.) que sur un plan international (flux transfrontaliers, application des traités internationaux etc.). Gestion courante des affaires fiscales. Opérations d'acquisition (audit pré-acquisition ou « due diligence »), de fusion et de restructuration. Contrôles fiscaux, contentieux devant le juge de l'impôt. En fiscalité individuelle, le cabinet intervient également en matière d'ingénierie patrimoniale.

Un important réseau de correspondants étrangers

Le Cabinet a tissé un important réseau de correspondants à l'étranger, dans la plupart des pays industrialisés et dans certains pays en voie de développement.

Iso 9001

Le Cabinet a été le premier cabinet d'avocats parisien à être certifié ISO 9001 et ce, dès 1998.

31, avenue Hoche, 75008 Paris
Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00
Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

www.bersay-associés.com
cb@bersay-associés.com

BERSAY & ASSOCIES
Société d'Avocats

Notes