

**L'obligation des sociétés par actions de prévoir un projet
d'augmentation de capital réservée aux salariés suite à la Loi n° 2011-525
du 17 mai 2011 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 introduit en droit des sociétés de nouvelles dispositions relatives à la gouvernance des entreprises.

Parmi ces dispositions, la loi du 17 mai 2011 précise ou aménage le champ d'application de l'obligation, visée à l'article L.225-129-6 du Code de Commerce, relative à la présentation par l'assemblée générale extraordinaire (AGE) des SA et, par transposition, des SAS¹ d'un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE)².

L'article L.225-129-6 du Code de Commerce, qui prévoit cette obligation (ci-après « l'obligation »):

- 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 (premier alinéa);
- et tous les trois ans, si, au vu du rapport présenté à l'assemblée générale par le Conseil d'Administration ou le Directoire en application de l'article L.225-102 du Code de Commerce, les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés qui lui sont liées au sens de l'article L.225-180 dudit Code représentent moins de 3 % du capital (deuxième alinéa),

est modifié en son premier alinéa et complété d'un troisième alinéa pour :

► **Dispenser de l'obligation les sociétés sans salariés qui décident une augmentation de capital en numéraire** (obligation du premier alinéa) :

Lorsqu'elle décide une augmentation de capital en numéraire, l'AGE ou la décision collective des associés/la décision de l'associé unique d'une société sans salariés n'a plus à se prononcer sur un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés adhérents d'un PEE.

Cette question faisait jusque là débat, dans la mesure où il paraissait en effet incohérent de devoir appliquer à une société sans personnel une obligation laissant supposer la présence de salariés. Toutefois, en l'absence d'autres précisions du texte, et compte tenu de la nullité de l'augmentation de capital en numéraire encourue à défaut de présentation simultanée d'un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés, la prudence recommandait de respecter cette obligation également dans ce cas.

¹ Application aux SAS :

- du premier alinéa de l'article L.225-129-6, sur renvoi de l'article L.227-1 C.Com ;
- du deuxième alinéa de l'article L.225-129-6, selon deux positions ministérielles (Rep.Brunel AN 30-3-2004 . suivie par la CNCC (Bull.CNCC, déc.2004) / Rep.Zochetto , Sén.3-1-2008),

² Rappelons que les augmentations de capital réservées aux salariés adhérents d'un plan d'épargne entreprise sont régies par les articles L. 3332-18 à L 3332-24 du Code du Travail

Le nouveau texte précise désormais clairement que l'AGE, qui décide une augmentation de capital en numéraire, doit se prononcer sur un tel projet « *lorsque la société a des salariés* ».

► Dispenser les sociétés contrôlées, dont les salariés peuvent bénéficier d'un dispositif d'augmentation de capital mis en place par la société contrôlante dans les conditions prévues par le Code du Travail, de l'obligation lors d'une décision d'augmentation du capital en numéraire (premier alinéa), d'une part, et tous les trois ans (deuxième alinéa) d'autre part :

Le troisième alinéa qui complète désormais l'article L.225-129-6 du Code de Commerce est rédigé comme suit :

« Les premier et deuxième alinéas ne sont pas applicables aux sociétés contrôlées au sens de l'article L.233-16 du présent code lorsque la société qui les contrôle a mis en place, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L.3344-1 du code du travail, un dispositif d'augmentation de capital dont peuvent bénéficier les salariés des sociétés contrôlées. »

Par suite, une société est désormais dispensée de présenter un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés lors d'une décision d'augmentation de capital en numéraire, d'une part, et tous les 3 ans tant que les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés qui lui sont liées au sens de l'article L 225-180 dudit Code représentent moins de 3 % du capital, d'autre part, si les deux conditions suivantes sont réunies :

- La société concernée fait l'objet du contrôle défini par l'article L.233-16 du code de Commerce (qui concerne l'obligation de consolidation des comptes) ;
- La société qui exerce ce contrôle a mis en place, dans les conditions de l'article L.3344-1, alinéa 2 du code du travail, un dispositif d'augmentation de capital pouvant bénéficier aux salariés de la société contrôlée :

Le deuxième alinéa de l'article L.3344-1 du Code du Travail définit le champ d'application des augmentations de capital réservées aux adhérents d'un PEE régies par les articles L.3332-18 et suivants du même code.

Selon cette disposition, ces augmentations de capital ne peuvent, pour les entreprises régies par le Code de Commerce, s'appliquer qu'au sein d'un groupe d'entreprises incluses dans le même périmètre de consolidation ou de combinaison des comptes en application de l'article L.233-16 du Code de Commerce.

Dans ce périmètre des sociétés pouvant bénéficier de ces augmentations de capital (qui constitue selon une circulaire interministérielle du 14/9/2005 un périmètre maximal), la société mettant en œuvre le dispositif d'augmentation de capital dans le cadre des articles L 3332-18 et suivants du Code du Travail pourrait donc le réserver aux salariés de toutes les sociétés du groupe adhérents du PEE ou de certaines d'entre elles.

Dès lors, à notre avis :

- Seules les sociétés contrôlées (au sens de l'article L.233-16 du code de Commerce) sont dispensées, dans les deux cas (lors d'une augmentation de capital en numéraire / tous les trois ans), de l'obligation de se prononcer sur un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés :
 - si la société contrôlante a mis en place un dispositif d'augmentation de capital réservée aux adhérents d'un PEE, régi par les articles L.3332-18 et suivants du Code du Travail;
 - et si les salariés des sociétés contrôlées ont la possibilité de bénéficier de ce dispositif (il s'agit alors d'un plan d'épargne de groupe).
- Et restent donc soumises à cette double obligation (sauf la dispense de l'obligation du premier alinéa pour les sociétés sans salariés) :
 - les sociétés qui ne sont pas contrôlées au sens de l'article L.233-16 du Code de Commerce;
 - les sociétés qui sont contrôlées au sens de l'article L.233-16 du Code de Commerce mais dont la société contrôlante n'a pas mis en place un dispositif d'augmentation de capital réservée aux adhérents d'un PEE ;
 - les sociétés qui sont contrôlées au sens de l'article L.233-16 du Code de Commerce, mais qui ne seraient pas comprises dans le périmètre des sociétés du groupe pouvant bénéficier du dispositif d'augmentation de capital réservée aux adhérents d'un PEE mis en place par la société contrôlante.

27 mai 2011

Katia Mardesic