



**HAL**  
open science

# La protection des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes : étude comparée des droits français et irakien en vue d'une amélioration du droit irakien

Husam Abdulateef Muhi

## ► To cite this version:

Husam Abdulateef Muhi. La protection des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes : étude comparée des droits français et irakien en vue d'une amélioration du droit irakien. Droit. Université Grenoble Alpes, 2016. Français. NNT : 2016GREAD007 . tel-01680852v1

**HAL Id: tel-01680852**

**<https://theses.hal.science/tel-01680852v1>**

Submitted on 11 Jan 2018 (v1), last revised 11 Jan 2018 (v2)

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **THÈSE**

Pour obtenir le grade de

### **DOCTEUR DE LA COMMUNAUTÉ UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES**

Spécialité : **Droit Privé**

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par

**Husam Abduleef MUHI**

Thèse dirigée par Madame **Frédérique COHET**

préparée au sein du **Centre de Recherches Juridiques (CRJ)**  
dans l'**École Doctorale Sciences Juridiques (EDSJ)**

## **La protection des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes.**

**Etude comparée des droits français et  
irakien en vue d'une amélioration du droit  
irakien.**

Thèse soutenue publiquement le **20 octobre 2016**,  
devant le jury composé de :

**Madame Frédérique COHET**

Maître de conférences-HDR, Université Grenoble Alpes (directrice de thèse)

**Monsieur Nicolas BORGA**

Professeur, Université Jean-Moulin Lyon 3 (Président du jury)

**Monsieur Christophe VERNIERES**

Professeur, Université Grenoble Alpes (Membre du jury)

**Monsieur Thomas LE GUEUT**

Professeur, Université Grenoble Alpes (Membre du jury)

**Madame Cécile LE-GALLOU**

Maître de conférences-HDR, Université de Toulouse Capitole1  
(Rapporteur du jury)

**Monsieur Thierry FAVARIO**

Maître de conférences-HDR, Université Jean-Moulin Lyon 3  
(Rapporteur du jury)



**UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES  
FACULTÉ DE DROIT**

**LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES A L'OCCASION DE L'AUGMENTATION  
DE CAPITAL DES SOCIETES ANONYMES**

**ETUDE COMPAREE DES DROITS FRANÇAIS ET IRAKIEN  
EN VUE D'UNE AMELIORATION DU DROIT IRAKIEN**

**THÈSE**

Pour l'obtention du grade de Docteur en Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement le 20 octobre 2016

Par

Husam Abdulateef MUHI

**DIRECTRICE DE THÈSE :**

Madame Frédérique COHET, Maître de Conférences HDR à l'Université Grenoble Alpes

**MEMBRES DU JURY :**

Monsieur Nicolas BORGA, Professeur à l'Université Jean-Moulin Lyon 3 (Président du jury)

Monsieur Christophe VERNIÈRES, Professeure à l'Université Grenoble Alpes (Membre du jury)

Monsieur Thomas LE GUEUT, Professeur à l'Université Grenoble Alpes (Membre du jury)

Madame Cécile LE-GALLOU, Maître de Conférences HDR à l'Université de Toulouse  
Capitole1 (Rapporteur du jury)

Monsieur Thierry FAVARIO, Maître de conférences HDR à l'Université Jean-Moulin Lyon 3  
(Rapporteur du jury)

## Liste des abréviations

ABSA	Actions avec bon de souscription d'actions
AGA	Attribution gratuites d'actions
al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
art.	article
BSA	Bons de souscription d'actions
Bull.	Bulletin
Bull. Joly	Bulletin Joly des sociétés
C. civ. F.	Code civil français
<i>C. civ. I.</i>	<i>Code civil irakien</i>
C. com. F.	Code de commerce français
C. pén. F.	Code pénal français
<i>C. pén. I</i>	<i>Code pénal irakien</i>
<i>C. PMIV</i>	<i>Code provisoire du marché d'Irak des valeurs mobilières.</i>
<i>C. SIA</i>	<i>Code des sociétés irakien actuel</i>
C. trav. F.	Code du travail français
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ. com.	Chambre civile et commerciale de la cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la cour de cassation
Cass. Req	Chambre de requête de la cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
CE	Conseil d'État
cf.	confer
ch.	chambre
CMF	Code monétaire et financier
CNCC	Compagnie Nationale des commissaires aux comptes
COB	Commission de bourse antérieure en France
Com.	Comité
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>CPCI</i>	<i>Code de procédure civile irakien</i>
DPS	Droit préférentiel de souscription
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
éd.	édition
Gaz. Pal.	La gazette du palais
Gaz. Pal. Rec. Bim.	La gazette du palais, Recueil Bimestriel
ibid	ibidem (même ouvrage, même page)
infra	ci-dessous
JCP E.	La semaine juridique édition Entreprise et affaires
Juris-Data	Juris-Data, banque de données juridiques
L.	loi
n°	numéro
obs.	observation
OBSA	Obligations avec bon de souscription d'actions
OBSAR	Obligations à bon de souscription d'actions remboursables
OCA	Obligations convertibles en actions
OEA	Obligations échangeables en actions
op. cit.	opere citato, ouvrage précité
OPA	Offre publique d'acquisition

ORA	Obligations remboursables en actions
p.	page
PEE	Adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise
R.	Règlement
<i>R. AC. OPMV</i>	<i>Règlements de l'augmentation de capital par offre au public effectuant par le marché des valeurs mobilières n° 1- 2006</i>
<i>R. AMIV</i>	<i>Règlement de l'Autorité des marchés irakiens des valeurs mobilières n° 10- 2009</i>
<i>R. DISI. MC. G.SA</i>	<i>Règles émanant du département d'immatriculation des sociétés irakiennes du ministère de commerce, au guide des sociétés anonymes</i>
<i>R. DISI. MC. GS</i>	<i>Règles émanant du département d'immatriculation des sociétés irakiennes du ministère de commerce, au guide des sociétés</i>
R. J. Com.	Revue de jurisprudence commerciale
<i>R. PNMIV</i>	<i>Règlements du placement non-résident dans le marché irakien des valeurs mobilières n° 1-2010.</i>
<i>R.MIV</i>	<i>Règlements du marché d'Irak des valeurs mobilières n° 2008</i>
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rec.	Recueil
Règl. gén.	Règlement général
Rép. Min.	Répertoire Ministériel
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence en droit des affaires
SA	Société anonyme
sect.	section
Sté	Société
supra	ci-dessus
T.	Tribunal
T. com.	Tribunal de commerce
V.	voir
V. égal.	voir également

## Dédicace

Je dédie cette thèse

A Dieu,

A mes parents, en témoignage de ma reconnaissance pour tous les sacrifices,  
Les encouragements qui mon été d'un grand soutien.

A ma directrice de thèse Madame **Frédérique COHET**.

A mon cher frère aîné qui était mort pendant la troisième année de ma thèse  
A mon petit frère et mes sœurs

A tous mes amis

A tous ce qui, croit, respecte, et contribue au droit de l'homme, et la justice.

## Remerciements

Je remercie avant tous Dieu

Je tiens à exprimer mes vifs remerciements à ma encadreuse Madame **Frédérique COHET** pour l'honneur qu'elle m'a fait en acceptant de diriger cette thèse, pour sa gentillesse, son soutien, ses encouragements.

Je voudrais remercier les membres du jury pour avoir accepté de juger mon travail de thèse et pour le temps qu'ils ont consacré à la lecture de ce travail.

Ma reconnaissance à tous ceux qui m'ont aidée à la réalisation de ce travail.

## **Sommaire**

### **PREMIÈRE PARTIE : PROTECTION DES ACTIONNAIRES A L'OCCASION DE LA MISE EN PLACE DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL**

#### **CHAPITRE 1 : SITUATION DE L'ACTIONNAIRE LORS DE L'INFORMATION PRÉALABLE A UNE ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DEVANT STATUER SUR L'AUGMENTATION DE CAPITAL**

**Section 1** : Information des actionnaires par la convocation

**Section 2** : Information accordée aux actionnaires par le(s) rapport(s) relatifs à l'augmentation de capital

#### **CHAPITRE 2 : SITUATION DE L'ACTIONNAIRE FACE A UNE ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DEVANT STATUER SUR L'AUGMENTATION DE CAPITAL**

**Section 1** : Situation de l'actionnaire avant la prise de décision par l'assemblée

**Section 2** : Situation de l'actionnaire pendant et après la prise de décision par l'assemblée

### **DEUXIÈME PARTIE : PROTECTION DES ACTIONNAIRES A L'OCCASION DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL**

#### **CHAPITRE 1 : SITUATION DE L'ACTIONNAIRE AU COURS DE L'ÉMISSION D' ACTIONS**

**Section 1** : Protection de l'actionnaire par les droits spécifiques accordés à l'occasion de cette émission

**Section 2** : Protection de l'actionnaire à l'occasion de l'émission de nouvelles actions

#### **CHAPITRE 2 : SITUATION DE L'ACTIONNAIRE LORS DE LA SOUSCRIPTION PUBLIQUE DES ACTIONS**

**Section 1** : Protection par l'information de l'actionnaire préalablement à la souscription publique des actions

**Section 2** : Protection lors de l'opération de souscription publique des actions



## Introduction

**1.** Le capital social est le noyau dur d'une société. Chaque société doit avoir un capital lors de sa constitution afin d'exercer son activité et de remplir ses obligations.

Dans les deux droits étudiés (français et irakien), le législateur ne donne pas de définition du capital social.

**2.** En droit français, la cour de cassation le définit comme la somme de la valeur nominale des actions ou des parts sociales<sup>1</sup>. Les définitions doctrinales diffèrent quelque peu. C'est ainsi que selon Jean-Marc MOULIN<sup>2</sup>, il «est constitué par l'ensemble des apports effectués par les associés susceptible d'une évaluation monétaire (tous les apports à l'exception de l'industrie)». De plus, il le définit également en termes comptables « tous les biens apportés se trouvent au bilan : au passif, sous l'expression de leur valeur (sous forme abstraite), et à l'actif sous l'expression de leur emploi (individualisation des biens apportés)».

Pour Renaud MORTIER<sup>3</sup>, le capital social «est le poste du passif du bilan qui, exprimé en euros, parfois d'un montant minimal impératif, égale la somme des apports capitalisés (et, le cas échéant, des valeurs lui ayant été incorporées), forme la dette de dernier rang de la société envers ses associés qui tiennent leur créance des titres de capital, et a pour fonction de financer la société, de protéger ses créanciers, et d'établir entre associés les droits et obligations».

**3.** En droit irakien, certains définissent le capital social. *Halid CHAOU*<sup>4</sup> le définit comme «l'ensemble des biens apportés par les associés à la société afin de les utiliser pour son activité, réaliser les dividendes et les ajouter aux biens apportés lors de la vie de la société par l'augmentation de capital, ou les biens restants après une perte financière ou la décision de la réduction de capital social».

*Maan Abdul Rahim Abdul Aziz JWAIHAN*<sup>5</sup> le définit comme «l'ensemble des apports en numéraire et des apports en nature effectués par les actionnaires à la société, prévu dans sa contrat et n'est modifiable par l'augmentation ou par la réduction que conformément aux règles prévues par la loi».

---

<sup>1</sup> Cass. civ., 21 novembre 1907, Journ. Sociétés 1908, p. 345.

<sup>2</sup> J.-M. MOULIN, Droit des sociétés et des groupes, Mémento LMD, Gualino, 6<sup>e</sup> éd., Lextenso 2012, p. 52.

<sup>3</sup> R. MORTIER, les opérations sur capital social- les aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés, LexisNexis, éd., Litec 2010, p. 3.

<sup>4</sup> H. CHAOU, *Le commentaire du droit des sociétés commerciales irakien, étude comparée, Bagdad, Irak, 1<sup>er</sup> éd., Librairie du peuple 1968, p. 282.*

<sup>5</sup> M. A.-R. A.-A. JWAIHAN, *Le régime juridique de la réduction du capital social dans les sociétés de capitaux privées, étude comparée, Bagdad, Irak, 1<sup>er</sup> éd., Al- Hamed 2008, p. 24.*

Nous partageons la définition donnée par Renaud MORTIER car elle est plus complète en ce qu'elle mêle les sens juridique et comptable de la notion.

4. La définition indique que le capital social a trois fonctions : une première technique de financement de la société, une seconde d'étalonnage entre actionnaires des droits et obligations et une troisième de protection des créanciers sociaux.

5. La société anonyme (SA) doit avoir un capital, comme les autres formes de l'entreprise. En raison de certaines différences au régime juridique de cette SA dans les deux droits étudiés, celle-ci est exposée séparément.

Dans le droit français, elle est définie par l'article L. 225-1 al. 1 du C. com. F. «*La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports*». Selon cette définition, son capital est divisé en actions. De ce fait que la personne qui y acquiert un action, elle dénomme (actionnaire).

En outre, la SA est une des sociétés de capitaux qui ne sont pas constituées sur *l'intuitus personae* car la responsabilité des actionnaires est limitée seulement à ses apports et la cession des actions est libre, sauf exceptions statutaires. Elle peut être ouverte émanant ses actions par offre au public ou fermée non faisant cette offre<sup>6</sup>. Elle peut être cotée (dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé) ou non<sup>7</sup>.

Par ailleurs, deux minimums doivent y être respectés<sup>8</sup>: celui-ci du montant de capital qui soit de 37 000 euros et celui du nombre d'actionnaires qui soit en deux (pour la SA non cotée) ou en sept (pour celle cotée).

6. Dans le droit irakien, avant de détailler le régime juridique de la SA, il est important de connaître l'évolution historique du droit des sociétés irakien. Celle-ci s'est passée aux 5 étapes : l'étape de l'occupation ottomane, celle de l'occupation anglaise<sup>9</sup>, celle de fondation du régime royal irakien lors de l'occupation anglaise, celle après de la fin de ce régime royal et cette occupation, et celle de l'occupation américaine.

Lors d'étape de l'occupation ottomane, c'était la première fois de la promulgation du droit des sociétés. Cette promulgation a été faite d'une manière indépendante dans un livre intitulé « le livre de la société » qui a été diffusé dans le Revue judiciaire islamique. Elle s'est inspirée des dispositions de la loi islamique (la Charia) et celles du droit de commerce ottomane de 1850. Mais l'application des dispositions de ce droit des sociétés ne continuait pas beaucoup car elles ont été modifiées par la législation de la nouvelle loi des sociétés de 1883.

<sup>6</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ 2013, p. 24 et 419.

<sup>7</sup> Art. L. 225-1 al. 2 du C. com. F.

<sup>8</sup> Art. L. 224-2 al. 1 et L. 225-1 al. 2 du C. com. F.

<sup>9</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *Le droit commercial irakien, Les sociétés commerciales, Bagdad, Irak, éd., Sagesse 1989, p. 14 à 15.*

Lors d'étape de l'occupation anglaise, cette loi des sociétés de 1883 a été supprimée par l'ordonnance anglaise des sociétés de 1919 qui s'est imposée de lui remplacer par le droit des sociétés indien de 1913.

Lors d'étape de fondation du régime royal irakien au cours de l'occupation anglaise, l'Irak a observé une époque importante car c'était la première fois que la législation du droit des sociétés était effectuée par la volonté irakienne. Cette législation a été remplacée par la loi de commerce irakienne n° 60 de 1943. Pourtant, en raison du règlement incomplet des sociétés dans cette loi, certaines dispositions se sont inscrites dans une section autonome au droit civil de 1951.

Toutes ces dispositions se sont inspirées de la loi islamique (la Charia), du droit égyptien, de celui-ci anglais et de celui français.

En vue de réunir toutes ces dispositions concernant les sociétés dans une seule loi et de leur ajouter certaines règles nécessaires, la nouvelle loi des sociétés commerciales n° 31 de 1957 a été élaborée.

Lors d'étape d'après de la fin du régime royal irakien et de l'occupation anglaise, deux lois des sociétés ont été légiférées : celle n° 36 de 1983 puis celle n° 21 de 1997.

Enfin, lors d'étape de l'occupation américaine, c'était représenté la dernière réforme du droit des sociétés (c'est -à- dire loi des sociétés n° 21 de 1997) qui était faite sous l'ordonnance n° 64- 2004 de l'autorité de la coalition provisoire américaine et s'est inspirée de certaines dispositions du droit américain.

Les justifications essentielles de cette réforme étaient de la transmission de l'Irak de l'économie limitée à celle libre, des nombreuses dispositions de la loi n° 21 de 1997 étaient reflétées la pensée du parti antérieur supprimé et de la nécessité de prévision de certaines règles.

Depuis cette ordonnance n° 64- 2004 jusqu'à ce notre jour (en octobre 2016), il n'a y pas de nouvelle réforme sur loi des sociétés n° 21 de 1997 car, en général, les réformes législatives en Irak ne sont pas effectuées annuellement ou après une durée imposée, par exemple 2, 5, 10 ans ou plus. Elles sont faites normalement lorsqu'il y a des plusieurs dispositions prévues dans un droit ne sont plus opportunes avec la pratique ou de la nécessité de prévision des plusieurs nouvelles dispositions.

**7.** Pour le régime juridique de la SA, l'article L. 6 al. 1 du C. SIA. définit celle-ci «*La société est constituée entre un nombre d'actionnaires ne peut être inférieur à cinq qui s'inscrivent aux actions et ne sont responsable des créances pesées sur la société qu'à concurrence des valeurs nominales de leurs actions*». En s'appuyant sur cette définition, il apparaît que le régime juridique de la SA dans le droit irakien ne différencie de celui en droit français qu'à une seule règle concernant le minimum du nombre d'actionnaires. A la différence du droit français, le droit irakien ne le distingue pas pour la SA cotée ou non en déterminant à cinq actionnaires.

Cela se justifie par la volonté du législateur irakien toujours de répartir la responsabilité des créances aux nombreux actionnaires.

Par ailleurs, il semble qu'il impose un minimum du montant de capital de la SA étant plus inférieur de celui prévu par le droit français, de 2 000 000 dinars irakiens<sup>10</sup> (soit environ 1 400 euros).

**8.** La loi règlemente le principe d'intangibilité du capital social par plusieurs dispositions, en particulier celle qui prévoit que le capital social n'est pas modifiable par augmentation ou réduction. Cela ne signifie pas que ces modifications du capital social ne sont jamais permises car, lors de la vie de la société, elle a besoin d'augmenter son capital par exemple pour financer ses nouveaux projets ou de le réduire en cas de perte financière. Cela indique que la procédure de ces modifications est strictement encadrée<sup>11</sup>.

**9.** La modification du capital social qui nous intéresse est l'augmentation de capital. C'est un acte juridique par lequel les statuts de la société sont modifiés en augmentant le montant du capital préexistant conformément aux procédures et règles imposées par la loi. Divers motifs peuvent l'expliquer. Elle est proposée par exemple pour le développement de l'entreprise, la demande par les actionnaires de l'incorporation des réserves, la demande par les actionnaires de l'incorporation (partielle ou totale) des dividendes pour l'obtention d'actions au lieu des dividendes distribuables, l'apurement d'une perte financière ou (seulement en droit français, le remboursement des dettes pesant sur la société).

L'augmentation de capital qui peut être effectuée par l'émission d'actions ordinaires (ou d'actions de préférences ou par majoration du montant nominal des titres de capital existant, seulement en droit français)<sup>12</sup>, peut être immédiate ou différée (seulement en droit français). Cette dernière peut résulter de l'exercice des droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital et de celui résultant des levées d'options de souscription d'actions<sup>13</sup>.

Elle peut être effectuée par apports en numéraire ou par apports en nature, mais dans le droit irakien, cette dernière ne résulte que de l'opération de fusion-absorption<sup>14</sup>. Elle peut être effectuée avec le droit préférentiel de souscription (DPS) ou non<sup>15</sup>.

**10.** C'est autour du thème de l'augmentation de capital que nous avons choisi notre sujet de recherche. Celui-ci porte sur la protection des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes – étude comparée des droits français et irakien en vue d'une amélioration du droit irakien.

---

<sup>10</sup> Art. L. 28 al. 1 du C. SIA.

<sup>11</sup> M. A.-R. A.-A. JWAHANI, *op. cit.*, p. 49.

<sup>12</sup> Art. L. 225-127 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. L. 54 al. 2 du C. SIA.

<sup>13</sup> Art. L. 225-127 al. 2 et L. 225-177 al. 1 du C. com. F.

<sup>14</sup> Art. L. 228-7 du C. com. F. V. égal. art. L. 55 al. 1, 2 et 3 du C. SIA.

<sup>15</sup> Art. L. 225-132 al. 1 et L. 225-135 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. L. 56 al. 3 et 4 du C. SIA.

Nous limitons le domaine de notre recherche aux seules SA privées (cotées ou non) car elles occupent une place importante dans le commerce. De plus, nous réservons notre recherche à un seul organe de direction de la société, le conseil d'administration car le droit irakien ne prévoit pas le conseil de surveillance.

**11.** Notre recherche est plus particulièrement consacrée à la question de savoir dans quelle mesure la protection juridique des actionnaires, à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes, est suffisante- en droit irakien, afin de garantir leur égalité de traitement et comment l'améliorer à l'aulne du droit français.

Nous nous intéresserons ici aux actionnaires préexistants à l'augmentation de capital. L'actionnaire «est d'abord la personne -physique ou morale- qui possède des actions, lesquelles sont configurées pour circuler facilement»<sup>16</sup>. Cette qualité de l'actionnaire peut être acquise en deux temps, lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, lors d'une augmentation de capital<sup>17</sup>.

Il peut être majoritaire «est en principe celui qui détient plus de la moitié des droits de vote» ou minoritaire «qui ne détient pas la majorité du capital ou des droits de vote ; mais il est surtout - qualité éventuellement passagère – celui qui ne vote pas de la même façon que la majorité». De plus, il peut être celui de contrôle «qui fait à lui seul la majorité dans les assemblées» ou celui de bailleurs de fond qui cherche une plus-value rapide (aller et retour en bourse) ou des dividendes importants plus que le désir de participer activement au fonctionnement de la société. En outre, il peut être principal «qui détient la participation, ou le nombre de droits de vote, les plus élevés» ou significatif «qui celui dont la participation lui donne une influence réelle sur le vote en assemblée générale»<sup>18</sup>.

Les actionnaires préexistants ont un rôle important dans la société, en particulier à l'occasion de l'augmentation de capital. Eux seuls peuvent décider en assemblée générale extraordinaire de voter cette augmentation, car ils représentent, par rapport au système d'un Etat, comme l'autorité législative dans la société.

La direction de la société doit respecter les règles et procédures d'augmentation de capital. Elle doit également permettre aux actionnaires préexistants d'exercer leurs droits à l'occasion de cette augmentation de capital. Ces droits sont pécuniaires, politiques et patrimoniaux. Il s'agit principalement du droit de l'actionnaire à l'information, de celui de demander la convocation de l'assemblée, de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution, de communication, de participation à l'assemblée et aux délibérations, de vote sur la résolution, de recours en nullité contre la décision, de préemption, droit préférentiel de souscription (DPS),

---

<sup>16</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 593. V. égal. en ce sens, B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, op. cit., p. 214.

<sup>17</sup> P. LE CANNU, L'acquisition de la qualité d'actionnaire, Rev. Sociétés juillet/septembre 1999, n° 3, p. 522 et 525.

<sup>18</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, p. 595.

de priorité de souscription (seulement en droit français), à la prime d'émission, aux dividendes, aux réserves et au maintien du contrôle de la société.

L'exercice de ces droits peut être conditionné ou non à la détention par l'actionnaire ou plusieurs actionnaires d'un pourcentage de capital social, par exemple, l'exercice du droit de demander la convocation de l'assemblée exige cette condition, pas celui du droit de communication.

L'octroi des droits pécuniaires et politiques peut être proportionnel ou non au nombre d'actions possédées par l'actionnaire, par exemple, le DPS doit être accordé en respectant cette proportion alors que cela n'est pas applicable pour le droit de recours en nullité contre la décision.

**12.** Pourtant, lors de l'augmentation de capital, les droits pécuniaires, politiques et patrimoniaux des actionnaires préexistants peuvent courir certains risques lors de deux étapes, celle de la mise en place de l'augmentation de capital et celle de sa mise en œuvre. Ils sont principalement : le non-respect du principe d'égalité entre les actionnaires comme par exemple ; une attribution erronée des droits sociaux notamment en cas du non-respect de la règle de proportionnalité imposée pour l'attribution de certains de ceux-ci ; des modalités incorrectes appliquées par la direction de la société pour l'exercice d'un droit ; la non jouissance d'un actionnaire des mêmes conditions de l'exercice d'un droit accordées aux tous actionnaires ; et la privation d'un actionnaire d'exercice d'un droit, hors des cas résultant d'une sanction.

**13.** De plus, ils peuvent être concernés le droit d'information des actionnaires préalable à une assemblée comme si ; en cas de perte financière d'un pourcentage limité, le principal organe compétent (le conseil d'administration) ne convoque pas l'assemblée pour décider une augmentation de capital ; la difficulté de réunir le pourcentage imposé en vue de la convoquer indirectement par les actionnaires ; seulement en droit français, l'obtention de l'information défectueuse, la non obtention de l'information ou l'obtention tard de celle-ci sur l'avis de réunion et son influence sur la demande l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour ; le défaut de l'information transmise traditionnellement par l'avis de convocation (par ex. trompeuse, incomplète ou inobservée le délai imposé) ; seulement en droit français, le défaut de transmission électronique de l'information par l'avis de convocation (par ex. la non-respect des conditions exigées de cette transmission ou éventuellement, l'incapacité d'ouvrir le dossier électronique reçu ; seulement en droit irakien, la durée très courte pour la demande l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour et, ensuite, l'information, la discussion et le vote sur ceux-ci ; la non application du délai imposé pour la consultation des documents sociaux ou, seulement en droit irakien, celui-ci court ; seulement en droit irakien, malgré l'existence de possibilité de représentation à l'assemblée, la non permission à l'actionnaire de choisir un mandataire ou de se faire assister d'un expert en vue de communiquer les

documents sociaux ; le défaut de l'information concernant certains document envoyés à l'actionnaire sur sa demande (par ex. incomplète ou tard) ; l'empêchement total ou partiel par la direction de la société de communication des documents autorisés préalablement à une assemblée devant statuer sur l'augmentation de capital ; le défaut de l'information contenue dans le rapport présenté par le conseil d'administration, lors de l'augmentation de capital avec suppression ou non du DPS (par ex. inexacte ou incomplète), et seulement en droit irakien, en cas de cette suppression du DPS, l'absence de prévision des indications propres sur celle-ci ou la prévision d'une formule globale sur certaines de celles-ci; le défaut de l'information présentée par le contrôleur externe (commissaire aux comptes en droit français ou le censeur du secteur bancaire en droit irakien) lors de l'augmentation de capital par rapport en numéraire avec toujours la suppression du DPS notamment son influence sur la fixation du prix d'émission ( le montant de la prime). Il peut être représenté par exemple, la certification sans vérification de l'information donnée par le conseil d'administration, la présentation des informations fausses ou incomplètes ; seulement en droit français, le défaut de l'information donnée par le contrôleur particulier lors de l'augmentation de capital par rapport en nature (résultant ou non des opérations de restructuration) avec toujours la suppression du DPS (par ex. l'appréciation d'un apport en nature à la valeur supérieure à celle-ci réelle, l'absence de l'indication sur les détails de modalités adoptées lors de cette appréciation et sa rémunérations en actions) ; et seulement en droit irakien, lors de l'augmentation de capital par rapport en nature (seulement résultant de l'opération de fusion-absorption) avec toujours la suppression du DPS, outre ces risques déjà indiqués, l'absence de prévision de l'obligation à un contrôleur de présenter des informations sur cette augmentation.

**14.** En outre, les risques peuvent être concernés le droit de participation à l'assemblée notamment l'empêchement d'un actionnaire d'y participer ; seulement en droit irakien, la non prévision de l'obligation au mandataire d'informer sur tout conflit d'intérêt ; et seulement en droit français, certains effets négatifs du mandat sans indication du mandataire- pouvoir en blanc (émission un vote favorable à l'adoption des projets de résolutions présentés ou agréés par le conseil d'administration).

**15.** Ils peuvent être également concernés les règles de réunion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital notamment la non-respect du quorum et la majorité de vote requis ; seulement en droit irakien, lors de cette réunion, l'existence de possibilité large de modifier l'ordre du jour en ajoutant certaines questions où les actionnaires n'en sont pas préalablement informés ; et la non octroi à un actionnaire l'occasion de participer au débat.

**16.** Ils peuvent être concernés le droit de vote comme, la non application par le bureau de l'assemblée des cas imposés de la privation de vote ; celle-ci hors de ces cas ou en cas de la non information sur le franchissement de seuils non étant avéré; les effets des pactes d'actionnaires sur l'opération de l'augmentation de capital, seulement ces pactes concernant de vote en raison de leurs existence seules dans le pratique en Irak ; seulement en droit français, l'augmentation des engagements des actionnaires en cas de décision de l'augmentation de capital par élévation de la valeur nominale des actions préexistantes sans obtention de leurs consentement unanime ; et seulement en droit irakien, la prévision imprécise des indications imposées dans le procès-verbal.

**17.** Les risques peuvent être concernés le droit de recours contre la décision de l'augmentation de capital prise par l'assemblée comme seulement en droit irakien, le délai de prescription court pour l'exercer ; la non possibilité à l'actionnaire de contester contre la décision du greffier<sup>19</sup> statuant sur la demande de recours ; et dans les deux droits étudiés, l'abus de minorité.

**18.** Ils peuvent être concernés le DPS comme, la dilution des droits sociaux en raison, soit de la non utilisation des DPS attribués, soit de la décision de suppression de ces DPS (plusieurs cas de suppression en droit français ou seulement deux cas en droit irakien) ; et seulement en droit français, lors d'émission par offre au public avec suppression du DPS, la non prévision par l'assemblée le droit de priorité de souscription et sa non négociabilité.

**19.** Les risques peuvent être concernés la fixation de prix de l'émission comme, la dilution des droits sociaux en raison d'émission à la valeur nominale en particulier le cas de la non utilisation ou la suppression du DPS ; la non stipulation de prime d'émission par l'assemblée ; la difficulté de fixation de cette prime ; sa fixation forte pouvant priver d'actionnaires de la souscription des actions à émettre ; et seulement en droit irakien, la non autorisation de prévision d'une prime de fusion rémunérée selon la dilution résultant de la suppression du DPS.

**20.** Ils peuvent être concernés la prise du contrôle de la société émettrice, notamment en droit français et seulement en deux cas : celui qui concerne l'émission d'actions de préférence, comme la dilution des droits sociaux (en particulier celui-ci aux dividendes et au vote) ; la non consultation de l'assemblée spéciale de la catégorie des actions de préférence concernée ; et le défaut de l'information présentée par (le commissaire aux comptes ou celui aux droits particuliers) préalablement à l'assemblée lors d'émission d'actions de préférence.

---

<sup>19</sup> V. infra, n° 24.



Le deuxième cas qui concerne la non réalisation de l'objectif souhaitable d'émission de bons d'offre étant échoué l'offre publique d'acquisition (OPA) en conservant le contrôle de la société émettrice.

**21.** Les risques peuvent être concernés les délégations accordées pour l'émission des actions, seulement en droit français, comme la liberté partiel ou totale au conseil d'administration de déterminer les conditions d'émission (en particulier le prix d'émission) ; et le défaut de l'information contenue dans les rapports complémentaires établis par le conseil d'administration et le commissaire aux comptes.

**22.** Enfin, ils peuvent être concernés l'exercice de la souscription publique des actions résultant de l'utilisation des DPS, comme les informations fausses, imprécises ou incomplète données avant de cette souscription ; seulement en droit irakien, l'absence d'obligation à la société émettrice de mise à jour de la note de souscription lorsque certaines informations ayant une influence significative sur l'émission d'action apparaissent après publication de cette note ; l'atteinte de consentement du souscripteur-actionnaire d'un des trois vices (violence, erreur ou dol) ; en cas des souscriptions surabondantes, le non-respect de règles de la réduction proportionnelle de celles-ci ; seulement en droit français, d'abord en cas d'extension de l'augmentation de capital initiale, particulièrement si le prix d'émission complémentaire est bas que celui initial ; et ensuite, en cas d'échec de la souscription et en conséquence, de la non réalisation de l'augmentation de capital décidée.

**23.** Par ailleurs, nous choisissons de faire une étude comparative s'appuyant sur le constat de la nécessité d'améliorer la protection des actionnaires contre les risques touchant aux droits pécuniaires, politiques et patrimoniaux, notamment ceux concernant la dilution de ces droits à l'occasion d'une augmentation de capital en droit irakien au regard du droit français.

Les justifications de ce choix sont, dans le droit irakien : l'absence de prévision de certaines règles protectrices ; le fait que, dans plusieurs cas, le législateur se contente de prescrire les principes généraux sans les détailler ce qui entraîne des problèmes dans la pratique du droit des sociétés ; la fragilité de la protection résultant des sanctions pénales légères ou inexistantes ; l'absence de prévision de l'utilisation de moyens électroniques au service de l'exercice de certains droits par les actionnaires ; le manque d'attentions particulières envers les actionnaires dans les SA cotées alors même qu'elles ont une place importante dans le marché financier (actionnaires étrangers) ; et l'absence de recherche sur notre sujet.

**24.** Nous souhaitons renforcer notre recherche en nous inspirant de la pratique dans les deux pays objets de notre étude (la jurisprudence et, seulement en droit irakien, les décisions du greffier sur les sociétés). Nous avons toutefois été doublement surpris. D'une part, il n'existe pas de décisions judiciaires relatives à notre recherche, en droit irakien. Cela s'explique certainement par la volonté du législateur irakien de réduire l'intervention judiciaire dans le

commerce en accordant davantage de pouvoirs au greffier ainsi que par l'impossibilité pour le greffier de nous fournir ses décisions sur les sociétés en raison de l'obligation du secret qui le contraint. Ce greffier n'est défini ni par le législateur ni par la doctrine. Pourtant, nous pouvons donner un éclaircissement sur le concept de greffier dans le droit irakien. Il s'agit d'un fonctionnaire ayant une licence universitaire, une expérience de dix ans au moins dans le domaine de sa spécialité et occupant un poste de directeur général. Il est en charge de la direction du département d'immatriculation des sociétés situé au sein du ministère du commerce et composé de personnel compétent dans plusieurs spécialités dont le droit. Les attributions de cette fonction lui accorde le pouvoir d'exercer un contrôle large sur les sociétés pour garantir l'application des règles prévues par la loi ainsi que par les statuts en vue de protéger les actionnaires<sup>20</sup>.

Pour la raison déjà indiquée, notre recherche s'appuie uniquement sur la jurisprudence française.

D'autre part la bibliographie irakienne relative à la question étudiée est très limitée, à la différence de celle-ci en France. Le plus souvent les ouvrages se contentent d'exposer les règles de droit irakien sans commenter ces dispositions. Il nous a donc fallu réaliser nous-même ce commentaire, à partir du code des sociétés irakien actuel (C. SIA), préalablement à la réalisation de l'étude comparée des droits français et irakien.

**25.** Avant d'entrer dans le cœur de notre étude, il nous appartient désormais d'en préciser les différentes articulations. En raison du fait que l'augmentation du capital ne peut se réaliser sans une préparation préalable à sa mise en œuvre, nous diviserons notre recherche en deux parties chronologiques. **La première** sera consacrée à la protection des actionnaires à l'occasion de la mise en place de l'augmentation de capital. Nous y présenterons la situation de l'actionnaire tant lors de l'information préalable à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital que face à cette assemblée.

**La seconde partie** traitera de la protection des actionnaires à l'occasion de la mise en œuvre de l'augmentation de capital. Nous y analyserons la situation de l'actionnaire au cours de l'émission d'actions puis au cours de la souscription publique des actions.

Chacun de ces développements sera l'occasion d'une étude des deux droits comparés afin de mettre en exergue les différences qui les animent et d'imaginer en quoi le droit français, plus riche et développé sur le sujet, est en mesure d'influencer le droit irakien dont un pan non négligeable emprunte à ce dernier. Il a toutefois été réformé sous l'influence américaine de telle manière que l'on puisse constater l'apparition de manques, voire de contradictions pour lesquelles nous nous permettrons de réaliser des propositions d'amélioration. Aussi, notre travail donnera-t-il lieu à une conclusion générale comportant certaines propositions pour améliorer le droit irakien en regard des remarques que nous aurons préalablement pu réaliser.

---

<sup>20</sup> Art. 7 de la loi du ministère de commerce irakien n° 37-2011. V. égal. notamment le chapitre cinquième du C. SIA., le contrôle des sociétés, les articles L. 127 al. 2, L. 128, L. 130 et L. 132 al.1.

## Première partie : Protection des actionnaires à l'occasion de la mise en place de l'augmentation de capital

**26.** La société peut augmenter son capital. Cette proposition produit un droit essentiel accordé par les code de commerce français et irakien (C. com. et SIA.) aux actionnaires, celui de participer. Il s'incarne tout d'abord dans le processus du vote de la résolution d'augmentation de capital.

Il s'exprime ensuite par la faculté accordée aux actionnaires d'exercer un droit de recours contre la décision d'augmentation de capital.

Cependant, la proposition de résolution d'augmentation de capital est considérée comme un avantage pour la société et une difficulté pour les actionnaires. En effet, les actionnaires peuvent ne pas être suffisamment informés relativement à la résolution d'augmentation de capital. Pire, ils peuvent être privés du droit à participer à la vie de la société et de s'opposer à la décision prise lors d'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

L'assemblée générale des actionnaires conserve cependant un rôle primordial tout au long de la vie sociale puisque d'une part, elle peut être considérée comme une source de pouvoirs dans la société, et, d'autre part, comme l'expression d'une démocratie.

**27.** Ainsi afin d'assurer une participation active des actionnaires au sein de l'assemblée et un contrôle sur la décision de l'augmentation de capital, il est nécessaire que les actionnaires soient bien informés en aval et qu'ils bénéficient d'une protection juridique suffisante.

Du fait de ces précédentes considérations, il est capital de renforcer les règles protectrices de l'actionnaire tant lors des informations préalables que pendant et après l'assemblée.

Les deux droits étudiés (français et irakien) n'ont pas la même approche de ces questions inhérentes aux règles protectrices de l'actionnaire.

Nous analyserons ces règles protectrices de l'actionnaire en deux temps. Nous nous attacherons tout d'abord à la situation de l'actionnaire lors de l'information préalable à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital (**chapitre1**) puis à celle de l'actionnaire face à l'assemblée générale (**chapitre2**).

## **Chapitre 1 : Situation de l'actionnaire lors de l'information préalable à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital**

**28.** Le caractère durable de la société rend nécessaire l'obtention d'informations au cours de sa vie. De plus, la qualité d'actionnaire confère un droit d'information qui permet à celui-ci de mieux participer au fonctionnement de la société. Ce droit s'appuie sur un principe essentiel qui est celui de préserver les droits sociaux des actionnaires en faisant l'équilibre entre deux intérêts : celui de la société qui est de maintenir un certain secret et celui des actionnaires qui est de contrôler la société.

Dans le cadre de cette protection, dans le cas d'une proposition de résolution d'augmentation du capital social, les actionnaires doivent en être informés par la convocation de l'assemblée et par le(s) rapport(s) prévu(s) pour une augmentation de capital.

**29.** Toutefois, cette obligation d'information des actionnaires, qui permet aux actionnaires de voter en toute connaissance de cause sur cette résolution, n'est pas toujours complète. En effet, les actionnaires rencontrent des difficultés comme celle de son obtention et celle de l'inexactitude des informations fournies dans le(s) rapport(s) d'augmentation de capital.

Les deux droits étudiés se différencient sur ces deux questions de l'information préalable à une assemblée générale en vue de l'augmentation de capital que nous aborderons successivement par l'étude de l'information des actionnaires par la convocation (**section 1**) puis de l'information des actionnaires par le(s) rapport(s) d'augmentation de capital (**section 2**).

## **Section 1 : Information des actionnaires par la convocation**

**30.** Le droit d'information est un droit fondamental pour tout actionnaire. Il en bénéficie, notamment, pendant la période qui précède l'assemblée qui décidera l'augmentation de capital.

Pourtant, cette information peut être incomplète ou inexacte. De plus, la direction de la société peut profiter de certaines lacunes juridiques afin de réduire l'importance de l'information qui lui est due.

**31.** En conséquence, il est nécessaire de fournir à l'actionnaire une protection juridique suffisante à l'occasion de cette information.

Si les deux droits étudiés prévoient des règles protectrices de cette information de l'actionnaire, ils se différencient par certains détails que nous mettrons en exergue. Pour ce faire, nous présenterons l'information des actionnaires par la convocation (**S.section1**), les droits liés à celle-ci (**S.section2**).

### **S. section 1 : Information par la convocation elle-même**

**32.** Afin de mettre en lumière les risques liés aux droits des actionnaires en raison de l'irrespect de leur droit d'information sur le projet d'augmentation par la convocation, il est important de savoir qui a pouvoir de convoquer une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital (**§1**) et par quels modes cette information doit être transmise (**§2**).

#### **§1 : Pouvoir de convocation de l'assemblée**

**33.** L'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital peut être convoquée, en général par le principal organe compétent (**A**) ou exceptionnellement par les actionnaires (**B**).

#### **A- Pouvoir du principal organe compétent pour la convocation**

**34.** Il est capital de savoir qu'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital ne peut pas être réunie sans convocation préalable remplissant toutes les règles exigées par la loi et les statuts<sup>21</sup>. Cette convocation est faite généralement par le principal organe compétent. Celui-ci a la pouvoir de convocation car il est tenu de prendre toutes les mesures

---

<sup>21</sup> H. CHAOUÏ, *op. cit.*, p.516 et 517.

nécessaires en vue de la bonne marche de la société<sup>22</sup>. Une de celles-ci est de convoquer une assemblée générale afin de décider l'augmentation de capital social.

**35.** En droit français cette convocation est faite, en principe, par le conseil d'administration dans la société anonyme classique. Cette compétence est prévue par l'article L. 225-103 I du C. com. F. aux termes duquel «*L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration (..)*».

**36.** En droit irakien la compétence de convocation est aussi accordée, en principe, au conseil d'administration<sup>23</sup>. Cette compétence est prévue par l'article L. 87 al. 2 du C. SIA. «*La convocation de l'assemblée générale est adressée par une des autorités et personnes suivantes : 2- Par le président du conseil d'administration selon une décision collégiale émanant de son conseil (...)*». Mais cette compétence, à la différence du droit français, est limitée à l'obtention de l'accord du greffier<sup>24</sup> sur la demande de la convocation<sup>25</sup>. Celui-ci ne la reçoit que si elle satisfait aux conditions<sup>26</sup> exigées par le département d'immatriculation des sociétés irakiennes. Une des conditions les plus importantes est le rapport d'utilité économique de la résolution de l'augmentation de capital. Cette limitation imposée dans le droit irakien est, à notre avis, particulièrement bienvenue car elle empêche la direction de la société de prendre certaines mesures qui ne sont d'aucun intérêt pour la société et alourdissent ses charges.

Il nous apparaît donc que les deux droits comparés sont similaires en accordant principalement le pouvoir de cette convocation au conseil d'administration puisque celui-ci, représentant l'autorité exécutive dans la société, est le principal organe compétent de la direction de la société et de la protection des droits des actionnaires.

**37.** Par ailleurs, la convocation d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital pouvant être rendue obligatoire, notamment en cas de perte financière d'un

---

<sup>22</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, tome. 1, Volume. 2, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ 2009. p.471.

<sup>23</sup> Le droit irakien ne règlemente que la société anonyme classique, c'est-à-dire sans le directoire ni le conseil de surveillance.

<sup>24</sup> Notons que l'émission de cet accord du greffier est un des contrôles autorisés sur les sociétés. Pour comprendre mieux cela, v. supra, n° 24.

<sup>25</sup> F. H. AL-AMIRI, *Le contrôle du greffier sur les sociétés privées irakiennes, étude juridique pratiquée, thèse Bagdad, Irak, 2000, p. 69.*

<sup>26</sup> Ces conditions sont prévues par les règles émanant du département d'immatriculation des sociétés irakiennes du ministère de commerce, au guide des sociétés anonymes (R. DISI. MC. G.SA) p. 11 : «le procès-verbal du conseil d'administration comprenant la décision de la convocation d'une assemblée générale en vue de l'augmentation de capital ; une copie de la convocation signée par le président du conseil d'administration ; la demande de la convocation signée par le directeur délégué et adressée au greffier avec la libération des frais de la demande, et au cas où l'ordre du jour comprend (...) ou la question d'une augmentation de capital social, il faut présenter les comptes annuels de l'exercice précédent et le rapport d'utilité économique de l'augmentation de capital ».

pourcentage limité<sup>27</sup>, il est naturel que cette obligation incombe principalement au conseil d'administration<sup>28</sup>.

**38.** La question se pose aussi de savoir si un des membres du conseil d'administration a le pouvoir de convoquer une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

Une réponse négative s'impose puisque les deux droits étudiés prévoient expressément de l'accorder seulement au conseil d'administration, organe collégial, et non à un de ses membres<sup>29</sup>.

**39.** Par ailleurs, le droit irakien précise clairement que le pouvoir d'exécuter cette décision collégiale, c'est-à-dire de procéder aux formalités de convocation, appartient au président du conseil d'administration<sup>30</sup> tandis que le droit français laisse aux statuts la possibilité de préciser l'organe compétent afin de procéder à cette convocation.

Après avoir exposé le pouvoir de convocation par le principal organe compétent, nous nous focaliserons sur les actionnaires en examinant leur pouvoir de demander la convocation.

## **B- Pouvoir des actionnaires de demander la convocation**

**40.** Il apparaît utile que nous rappelions que la convocation de cette assemblée dans les deux droits étudiés peut être faite, directement ou indirectement, par d'autres organes<sup>31</sup> que le principal organe compétent. Cette faculté donnée à ces autres organes se justifie par la volonté de préserver l'intérêt de la société, dont les intérêts d'actionnaires par d'autres organes que le principal organe compétent et parmi ceux-ci, les actionnaires.

**41.** Toutefois cette demande de convocation n'est pas largement ouverte à tous les actionnaires, mais limitée par certaines conditions.

Il convient de remarquer que les deux droits étudiés sont identiques en accordant à un certain nombre d'actionnaires, à titre exceptionnel, la possibilité de convoquer indirectement

---

<sup>27</sup> Cette perte en France est constatée si les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à 50% de son capital (art. L. 225-248 al. 1 du C. com. F). En Irak, cette perte est constatée si les capitaux propres de la société deviennent égaux ou supérieurs à 75 % de son capital (art. L.76 al. 2 du C. SIA.).

<sup>28</sup> Art. L. 225-248 al. 1 et 2, et L. 224-2 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L.76 al. 2 du C. SIA. prévoit : « Si les capitaux propres de la société deviennent égaux ou supérieurs à 75 % de son capital social, la société doit engager une des procédures suivantes : A- Réduire ou augmenter son capital social. B- Demander la dissolution de la société ».

<sup>29</sup> Art. L. 225-103 I du C. com. F. V. également art. L. 87 al. 2 du C. SIA.

<sup>30</sup> H. CHAOUÏ, *op. cit.*, p. 510.

<sup>31</sup> Art. L. 225-103 II et III du C. com. F. V. égal. Art. L. 87 al. 2 et 3 du C. SIA.

l'assemblée. Mais ils sont différents en ce qui concerne les conditions d'exercice de cette faculté et l'autorité qui reçoit la demande de la convocation.

**42.** Trois conditions de recevabilité doivent être respectées. Il s'agit de la carence du principal organe compétent (1), de la détention d'un pourcentage déterminé du capital (2) et du respect de l'intérêt social (3).

### **1- Carence du principal organe compétent**

**43.** Les deux droits se différencient sur cette condition. Pour cela, nous examinerons d'abord le droit français puis le droit irakien.

**44.** Le droit français considère que la convocation à la demande des actionnaires est une voie subsidiaire et non principale car il limite cette convocation à la carence du principal organe compétent. Cette considération est confirmée par l'article L. 225-103 II du C. com. F. qui prévoit expressément la carence : «A défaut,(...)». Ce terme est relatif à la négligence du principal organe compétent malgré la nécessité de convoquer une assemblée, c'est-à-dire lorsque la société est en perte financière d'un pourcentage limité <sup>32</sup> (et a donc besoin de nouveaux fonds ne pouvant être obtenus que par l'augmentation de capital<sup>33</sup>) ou lorsque la société a besoin de nouveaux fonds (pour le renouvellement des outillages de son entreprise par exemple) afin d'être en capacité de faire face à la concurrence des autres sociétés. La condition liée à la carence s'explique par la volonté du législateur de laisser les pouvoirs principaux de fonctionnement de la société aux mains du conseil d'administration selon la loi de la majorité.

Les actionnaires peuvent arguer la carence du principal organe compétent afin d'agir en vue de la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée<sup>34</sup>.

**45.** Contrairement au droit français, le droit irakien ne prévoit pas une telle condition préalable car l'article L. 87 al. 2 du C. SIA.<sup>35</sup>, qui accorde aux actionnaires la possibilité de demander la convocation, ne comporte pas cette condition de carence. En effet, les actionnaires peuvent demander la convocation d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital qu'il y ait carence du conseil d'administration ou non. Nous pensons toutefois qu'il est concrètement impossible d'imaginer que ces actionnaires puissent utiliser cette possibilité alors qu'il n'y a pas carence du conseil d'administration car, dans ce cas, cela signifie que le

---

<sup>32</sup> La société est en situation de perte permettant d'augmenter son capital, si ses capitaux propres deviennent inférieurs à 50 % de son capital.

<sup>33</sup> Art. L. 225-248 al. 2 et L. 224-2 al. 2 du C. com. F.

<sup>34</sup> Protection des minoritaires, Sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne, Éditions Francis LEFEBVRE 2001, p. 171.

<sup>35</sup> Art. L. 87 al. 2 du C. SIA. prévoit : «La convocation de l'assemblée générale est adressée par une des autorités et personnes suivantes : ...2- Par le président du conseil d'administration (...) à la demande des actionnaires ayant au moins 10 % du capital social».



conseil d'administration accomplit son obligation de convocation. Si nous suivons à la lettre la possibilité accordée à l'actionnaire, il peut y avoir parallèlement convocation par les actionnaires et par le conseil d'administration : ceci est une source possible de conflit entre cette faculté accordée aux actionnaires et le fonctionnement du conseil d'administration.

Par contre, le législateur irakien impose au greffier de respecter la condition de carence<sup>36</sup> pour la convocation alors même que, comme les actionnaires, il n'est pas son principal organe compétent.

Nous estimons que l'absence de prévision de la carence par le droit irakien, alors qu'il accorde aux actionnaires la possibilité de convocation, est un oubli législatif devant être comblé. Il serait souhaitable que le droit irakien, à l'instar du droit français, y remédie en vue de garantir l'équilibre juridique entre les droits de ces derniers et le fonctionnement du conseil d'administration.

## **2- Détention d'un pourcentage déterminé du capital**

**46.** Pour qu'un (ou plusieurs) actionnaire puisse exercer sa faculté de demander la convocation d'une assemblée générale, il est nécessaire qu'il soit détenteur d'une fraction déterminée du capital social.

Il s'agit là d'une condition de recevabilité de la demande. Si le droit français et droit irakien se rapprochent relativement à cette exigence, ils se différencient quant au montant du pourcentage de fraction du capital requis. Le législateur français exige d'avoir un pourcentage d'au moins 5 % du capital social<sup>37</sup>, là où le législateur irakien exige au moins 10 % du capital social libéré<sup>38</sup>.

**47.** Le législateur irakien estime que ce pourcentage représente une garantie minimale de respect de l'intérêt de la société lors de l'exercice de certains pouvoirs par les actionnaires, à titre d'exemple, on citera la demande de convocation. Cette estimation est, à notre avis, discutable. En effet, d'une part, ce pourcentage n'est pas un critère fiable de mesure du respect de l'intérêt de la société. Une demande de convocation peut ne pas prendre en compte l'intérêt de la société, même si elle respecte ce pourcentage et, a contrario, peut respecter cet intérêt alors qu'il n'est pas respecté. D'autre part, il est parfois un obstacle pour demander la convocation parce que le regroupement d'actionnaires pour atteindre le quota n'est pas facile

---

<sup>36</sup> Art. L. 88 al. 2 du C. SIA. prévoit : « A défaut...ou le président du conseil d'administration de la SA (...) d'adresser la convocation de la réunion d'une assemblée générale (...), le greffier est tenu de déterminer...et adresser directement la convocation aux organes sociaux (...) ».

<sup>37</sup> Art. L. 225-103 II al. 2° et L. 236-11 al. 2 du C. com. F.

<sup>38</sup> Art. L. 87 al. 2 du C. SIA. est prévu : «La convocation de l'assemblée générale est adressée par une des autorités et personnes suivantes : (...) 2- Par le président du conseil d'administration (...) à la demande des actionnaires ayant au moins 10 % du capital social».

dans certaines sociétés comportant un nombre important de petits actionnaires. Ceci aboutit à une fragilisation du contrôle de la société par les actionnaires. Pour ces raisons, il serait judicieux que le législateur irakien réduise ce pourcentage.

**48.** Par ailleurs, on relèvera que le législateur français ne dispose pas que les actions représentant 5 % du capital soient libérées : les actionnaires possédant le pourcentage nécessaire introduisent librement leur demande.

Par contre, le législateur irakien prévoit expressément que, si un actionnaire ou un groupe d'actionnaires détient 10 % du capital sans que ses actions soient entièrement libérées, il est impossible de recevoir sa demande de convocation. Il nous semble que cette condition est particulièrement favorable car elle protège les droits des actionnaires tout en les encourageant à libérer entièrement leurs actions dans un délai court.

**49.** Cette limitation de la possibilité de demander la convocation d'une assemblée, offerte aux actionnaires, peut être regardée comme une des applications de la démocratie dans la société. Cette démocratie s'incarne dans l'exercice du contrôle par la minorité sur la majorité dirigeant la société<sup>39</sup>. Ce contrôle est renforcé par les règles de la gouvernance d'entreprise qui ont pour objet de réorganiser les pouvoirs dans l'entreprise. Ces règles redonnent le pouvoir aux actionnaires dans le but d'activer leur rôle dans la société et de mettre fin aux atteintes de leurs droits sociaux.

**50.** Il n'est pas possible que les statuts de la société exigent un pourcentage supérieur à celui prévu par la loi. En revanche, il est admissible que ceux-ci prévoient un pourcentage moindre car ils restent conformes à l'intention du législateur qui est de garantir l'exercice du contrôle de la direction par un grand nombre d'actionnaires<sup>40</sup>.

**51.** Nous partageons l'opinion estimant qu'il suffit que ce pourcentage minimum du capital soit atteint à la date d'introduction de la demande de convocation l'assemblée par les actionnaires sans tenir compte d'une autre date<sup>41</sup>. Cela s'explique, à notre avis, par le fait que l'important est d'exercer le contrôle de la société et non de le limiter en exigeant de maintenir ce pourcentage jusqu'à la réunion de l'assemblée.

**52.** Nous ajoutons que le droit français, dans les SA cotées, permet aux associations d'actionnaires de demander la désignation en justice d'un mandataire chargé de convoquer une assemblée générale en vue d'augmenter le capital social<sup>42</sup>. Ces associations peuvent être

---

<sup>39</sup> M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, Convocation d'une assemblée générale à la demande d'actionnaires minoritaires, note sous T. com. Paris, 3 décembre 2003, Revue sociétés octobre / décembre 2005, n° 4, p. 850.

<sup>40</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 2, éd., Dalloz 1974, p. 10.

<sup>41</sup> M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, ibid, p. 850 et 851.

<sup>42</sup> Art. L. 225-103 II al. 2° du C. com. F.

créées et exercer leur pouvoir de convoquer l'assemblée, si les actionnaires dans les sociétés cotées justifient d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détiennent ensemble au moins 5 % des droits de vote. De plus, elles doivent avoir communiqué leurs statuts à la société et à l'Autorité des marchés financiers<sup>43</sup>. Ces associations ont pour objet de préserver et de défendre les droits des actionnaires à l'encontre des sociétés émettrices et des pouvoirs publics<sup>44</sup>.

**53.** A la différence du droit français, le droit irakien ne prévoit pas ces associations d'actionnaires. Pour des raisons culturelles, à ce jour, les demandes n'ont pas abouties à ce type de modifications. Pourtant les objectifs de ces associations protègent les actionnaires et servent leurs droits: dans ce type de société, les petits actionnaires sont nombreux et cela facilite leur regroupement en vue de l'obtention des quotas dans un cadre juridique organisé qui permet par ailleurs des actions plus rapides que le regroupement d'individualités. De fait, cela augmente les pourcentages de participants donc fortifie le contrôle de la société par les actionnaires. Pour cela, il serait souhaitable que le droit irakien prévoie la création de ce type d'association.

### **3- Respect de l'intérêt social**

**54.** La condition de l'intérêt social<sup>45</sup> est devenue une sorte de critère général de mesure des actes dans la société. Les actionnaires doivent respecter cette condition quand ils présentent leur demande de convocation d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

Les deux droits étudiés se différencient sur les détails de cette condition. Nous commencerons donc par le droit français avant de voir ce qu'il en est en droit irakien.

**55.** Concernant le droit français, même s'il ne la prévoit pas par législation, la jurisprudence française l'induit. Le juge est tenu de vérifier si cette demande justifie d'un intérêt social ou non et ensuite, après avoir rempli les deux conditions déjà indiquées, d'y faire droit ou non, car le respect de l'intérêt social empêche de produire des effets nuisibles aux autres actionnaires.

En ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Colmar précise qu' «il n'appartient pas au juge, saisi d'une telle demande, d'en apprécier l'opportunité mais de contrôler la finalité de l'action en

---

<sup>43</sup> Art. L. 225-120 I du C. com. F.

<sup>44</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 851.

<sup>45</sup> Pour comprendre l'intérêt social, v. infra, n° 557 à 558 et 606.

vérifiant que la demande tend bien à des fins légitimes conformes à l'intérêt social et non à la satisfaction des fins propres des demandeurs»<sup>46</sup> .

**56.** Cet intérêt social peut être considéré comme respecté lorsqu'un ou plusieurs actionnaires demandent, en cas de perte financière de la société<sup>47</sup>, la convocation d'une assemblée générale en vue d'augmenter le capital social.

Il est également admis que l'intérêt social est respecté si un ou plusieurs actionnaires d'une société mère demandent la convocation d'une assemblée générale de sa filiale déficitaire afin de se prononcer sur le projet d'augmenter le capital social de celle-ci par l'émission d'obligations convertibles en actions. Cette demande est bien conforme à l'intérêt social car elle protège les droits de tous les actionnaires de la société mère et de sa filiale<sup>48</sup> .

**57.** Le droit irakien, comme le droit français, prévoit la condition de respect de l'intérêt social. Ainsi que nous l'avons déjà vu, la procédure de toute convocation de l'assemblée générale est soumise à l'obtention de l'accord du greffier. Celui-ci est compétent pour vérifier si, dans la demande de la convocation présentée, l'intérêt social est ou non respecté.

Par ailleurs, à la différence du droit français, il impose auparavant de présenter la demande de convocation faite par les actionnaires auprès du président du conseil d'administration. De ce fait, celui-ci est compétent, après avoir rempli les deux conditions déjà indiquées, pour faire droit à cette demande.

Nous remarquons que, sur ce point, le droit irakien est moins favorable que le droit français pour les actionnaires car il exige de présenter leur demande de convocation au principal organe compétent pour celle-ci, celui-là même qui est en défaut, au risque presque certain d'obtenir, une réponse négative. Cette situation est en elle-même génératrice d'abus de pouvoir.

Une solution simple pour l'éviter serait de permettre aux actionnaires, comme c'est le cas en droit français, de demander la convocation par un organe autre que celui compétent pour la convocation, mais pas une autorité judiciaire comme en France car le désir du législateur irakien est de réduire l'intervention du tribunal à la vie des affaires. Ce pourrait donc être par exemple le greffier car il est compétent, en général, pour exercer le contrôle sur les sociétés.

## **§2 : Modes de transmission de la convocation de l'assemblée**

**58.** La convocation est importante pour les actionnaires, car elle leur permet de connaître les renseignements concernant la décision d'augmenter le capital social. Cette connaissance leur

---

<sup>46</sup> CA Colmar 24 septembre 1975, cité par M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, note sous T. com. Paris, 3 décembre 2003, Convocation d'une assemblée générale à la demande d'actionnaires minoritaires, op. cit., p. 852.

<sup>47</sup> V. supra, n° 37.

<sup>48</sup> Éditions Francis LEFEBVRE, Protection des minoritaires, op. cit., p.176 et 177.

permet de voter de manière éclairée lors de l'assemblée. Pour cela, il est nécessaire que tous les actionnaires soient bien informés de manière égale par cette convocation.

**59.** Cette information peut être obtenue, quelle que soit la distance entre le siège social et le domicile de l'actionnaire, par un mode traditionnel de convocation ou par un mode moderne. Le droit français permet d'informer l'actionnaire de la convocation par ces deux modes. Le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit que le mode traditionnel.

**60.** Nous étudierons donc l'information des actionnaires par le mode de convocation traditionnel **(A)**, puis par le mode moderne **(B)**.

### **A- Convocation des actionnaires selon le mode traditionnel**

**61.** Le mode traditionnel de convocation peut porter à la connaissance des actionnaires des informations par l'avis de réunion et l'avis de convocation.

Le droit français prévoit les deux avis mais les organise différemment pour les sociétés faisant offre au public ou celles-ci ne faisant pas offre au public.

Contrairement au droit français, le droit irakien ne prévoit que l'avis de convocation. Par ailleurs, il ne distingue pas la société faisant ou non offre au public.

**62.** Nous étudierons donc la voie de l'avis de réunion **(1)** et celle-ci de l'avis de convocation **(2)**.

#### **1- Information par l'avis de réunion**

**63.** Les deux droits sont différents sur cette condition car le droit français le prévoit, le droit irakien ne le prévoit pas. Pour cela, nous commencerons par l'étude du droit français, puis celle du droit irakien.

**64.** Dans le droit français, quel que soit l'auteur de la convocation, le projet d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital est nécessairement porté à la connaissance des actionnaires sous forme d'un avis de réunion. Son objectif est de permettre aux actionnaires de demander l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée<sup>49</sup> qui figurera dans l'avis de convocation de l'assemblée.

---

<sup>49</sup> A. CONSTANTIN, Droit des sociétés, 4<sup>e</sup> éd., DALLOZ 2010, p. 226.

**65.** Cependant dans les sociétés ne faisant pas offre au public, cet avis ne s'impose que si un actionnaire le demande, une copie lui sera alors transmise par lettre recommandée. La société doit envoyer cet avis par courrier à l'actionnaire demandeur à condition qu'il lui ait adressé le montant des frais d'envoi<sup>50</sup>. La non obligation de diffuser l'avis de réunion dans ce type de société provient du fait que cette société a un nombre d'actionnaires réduit et ses actions sont nominatives ; il est donc facile aux actionnaires d'être informés de la convocation à l'assemblée par lettre et de demander l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour par le même moyen.

**66.** La question se pose de savoir quelle est la solution si un actionnaire demande un avis de réunion par lettre sans envoyer le montant des frais d'envoi.

Dans ce cas, il est possible d'obtenir cet avis par deux voies gratuites soit par l'envoi électronique à l'adresse indiquée par l'actionnaire<sup>51</sup>, soit par la communication au siège social<sup>52</sup>. En toutes hypothèses, la société n'est pas obligée d'envoyer à l'actionnaire l'avis de réunion à sa charge car dans l'article R. 225- 72 al. 1 C. com. F. il est prévu expressément que le montant des frais d'envoi doit être payé par l'actionnaire et non par la société.

**67.** Dans les sociétés faisant offre au public, la diffusion d'un avis de réunion au Bulletin des annonces légales obligatoires, au moins trente-cinq jours avant la date prévue pour la réunion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital<sup>53</sup>, est obligatoire.

---

<sup>50</sup> Art. R. 225-72 al.1 et 2 du C.com. F.

<sup>51</sup> Art. R. 225-72 al. 1 du C. com. F. prévoit : « (...) Ou de le lui adresser par un moyen électronique de télécommunication (...), à l'adresse indiquée par lui ».

<sup>52</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 34.

<sup>53</sup> Art. R. 225-73. I du C. com. F.

Cet avis doit notamment comporter, parmi les informations prévues à l'article R. 225-73 I C. com. F.<sup>54</sup>, le texte de la résolution d'augmentation de capital qui sera présenté à l'assemblée par le conseil d'administration et l'indication de la durée pendant laquelle les actionnaires pourront demander l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée.

**68.** Le droit irakien n'oblige pas les sociétés à diffuser un avis de réunion car il permet aux actionnaires de demander l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour, seulement pendant le temps de réunion de l'assemblée<sup>55</sup>.

## **2- Information par l'avis de convocation**

**69.** Afin de protéger l'information des actionnaires, les statuts de la société peuvent fixer les règles de l'avis de convocation d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, sous réserve de respecter certaines dispositions juridiques<sup>56</sup>. Cet avis a pour objet de transmettre l'information aux actionnaires.

---

<sup>54</sup> Art. R.225-73 I C. com. F prévoit : «- Une description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre pour participer et voter à l'assemblée, en particulier des modalités de vote par procuration, par correspondance ou par voie électronique ;

- une description claire et précise des modalités d'exercice des facultés de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution et de poser des questions écrites, en particulier l'adresse postale et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressés points ou projets de résolutions et les questions écrites, le délai imparti pour leur transmission ;

- sauf dans les cas où la société adresse à tous ses actionnaires un formulaire de vote par procuration ou par correspondance ou le document unique (le formulaire de vote par correspondance et la formule de procuration), les lieux et les conditions, notamment de délais, dans lesquels ceux-ci peuvent être obtenus et retournés ;

- l'adresse du site internet sur lequel sont diffusées les informations sociales ;

- la date d'enregistrement comptable des titres au nom de l'actionnaire ou de son intermédiaire qui est déterminée au troisième jour ouvré précédant l'assemblée, en précisant que seuls pourront participer à l'assemblée les actionnaires remplissant à cette date les conditions d'enregistrement ;

- le texte du projet d'augmentation de capital qui sera présenté à l'assemblée par le conseil d'administration...;

- le lieu et la date de mise à disposition du texte intégral :

a- des documents destinés à être présentés à l'assemblée ;

b- des projets de résolution présentés, le cas échéant, par les actionnaires ainsi que de la liste des points ajoutés, le cas échéant, à l'ordre du jour à leur demande ;

- lorsque la SA a émis des actions à dividende prioritaire sans droit de vote ou des valeurs mobilières donnant accès au capital, les avis publiés mentionnent également l'obligation de soumettre les résolutions à l'avis, à l'accord ou à l'approbation, selon le cas, de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ou des assemblées générales des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital ;

- l'avis mentionne le délai imparti pour l'envoi des demandes d'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour».

<sup>55</sup> Comme nous le verrons lors de l'exposé du sujet sur l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour en droit irakien, infra, n° 103 à 107.

<sup>56</sup> Art. R. 225-62 du C. com. F.

Les modalités de cette transmission passent par trois points qui sont le moyen de publication de l'avis de convocation **(a)**, le délai de transmission de l'information prévue dans cet avis **(b)** et l'information contenue dans celui-ci **(c)**.

#### **a- Moyens de publication de l'avis de convocation**

**70.** Dans le droit français, cet avis doit être inséré, pour la société faisant offre au public ou si toutes ses actions ne revêtent pas la forme nominative, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social et dans le Bulletin des annonces légales obligatoires.

Pour la société ne faisant pas offre au public, l'avis de convocation doit être inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social. Si toutes ses actions sont nominatives, l'insertion peut être remplacée par une convocation faite, aux frais de la société, par lettre simple ou recommandée adressée à chaque actionnaire<sup>57</sup>.

**71.** Dans le droit irakien, le législateur unifie la forme d'avis de convocation, pour tous les types de sociétés anonymes (faisant offre au public ou non) et pour les actions nominatives<sup>58</sup>. Il prescrit que cet avis doit être publié par trois voies<sup>59</sup> : dans le Bulletin des Sociétés émanant du département du greffier<sup>60</sup> et dans deux journaux quotidiens du département du siège social<sup>61</sup>, et dans le marché financier irakien de valeurs mobilières. Cette publication est à la charge de la société<sup>62</sup>.

**72.** Par ailleurs, le législateur irakien ne prévoit pas la possibilité d'adresser l'avis de convocation par lettre simple ou recommandée à chaque actionnaire, peut-être pour éviter des frais importants de traitement et d'envoi en raison du nombre important d'actionnaires. Pourtant cette possibilité serait, à notre avis, intéressante pour le droit irakien : d'une part, pour le droit des sociétés qui prévoit seulement les actions nominatives, d'autre part, pour la garantie de transmission de l'information contenue dans la convocation de l'assemblée aux actionnaires. En effet, l'actionnaire n'a pas obligatoirement connaissance de cette information

---

<sup>57</sup> Art. R. 225-67 al. 1 et 2 du C. com. F. V. égal. R. 236-2 al. 1 du même code si la société décide l'augmentation de son capital par des opérations de restructurations (la fusion-absorption ou la fusion-scission).

<sup>58</sup> Il est à noter que le législateur irakien ne prévoit pas les actions au porteur pour éviter des difficultés qui peuvent apparaître avec ce type d'actions, par exemple, la répartition de certains droits sociaux nouveaux aux actionnaires ayant les actions au porteur. Cette difficulté provient du fait que les propriétaires de ce type d'actions ne sont pas facilement identifiables.

<sup>59</sup> Art. L. 88 al. 1 du C. SIA.

<sup>60</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>61</sup> Art. L. 200 du C. SIA.

<sup>62</sup> Art. L. 206 du C. SIA.



transmise par les journaux (éloignement du lieu de publication, voyage ...), ce qui la rend aléatoire. Il serait utile que le législateur irakien prévoie la possibilité de convocation individuelle dans le C. SIA, même si elle s'avère couteuse en raison de l'importance de la garantie d'une bonne transmission de l'information.

**73.** L'avis de convocation doit être adressé à tous les actionnaires<sup>63</sup> (quels que soient leur nombre d'actions), qu'ils soient titulaires de titres nominatifs<sup>64</sup> ou de titres au porteur<sup>65</sup> ainsi qu'aux organes<sup>66</sup> autres que les actionnaires.

**74.** S'agissant des actions indivises, les deux droits étudiés se différencient sur ce point. Dans le droit français, leurs titulaires sont convoqués, comme les actionnaires titulaires de titres nominatifs, par lettre ordinaire ou par lettre recommandée à leurs propres frais, lorsque leurs droits sont constatés par une inscription nominative. Si les actions sont grevées d'un usufruit, le titulaire du droit de vote est convoqué aussi dans les mêmes formes et sous les mêmes conditions que les titulaires de titres nominatifs<sup>67</sup>.

**75.** Le droit irakien, d'une part, prohibe les actions indivises<sup>68</sup>, à l'exception des situations résultant de l'héritage<sup>69</sup>. Cette prohibition se justifie par la volonté du législateur d'éviter la difficulté de répartition de droits sociaux entre les titulaires de ces actions (copropriétaires). Les héritiers sont convoqués par les mêmes moyens de publication (les journaux) que ceux imposés pour tous les actionnaires.

D'autre part, le C. SIA., reste muet relativement à la possibilité d'accorder à l'actionnaire un usufruit sur ses actions. En référence au C. civ. I., nous remarquons qu'il le permet et en prescrit l'organisation par le contrat d'usufruit<sup>70</sup>. En présence d'actions grevées d'un usufruit, la convocation à l'assemblée est faite par les moyens déjà indiqués.

Ainsi donc le droit irakien, comme nous avons déjà vu, retient seulement les journaux comme moyen de publication de la convocation.

---

<sup>63</sup> Art. L. 225-113 du C. com. F. V. égal art. L. 85 du C. SIA.

<sup>64</sup> Art. R. 225-68 al.1 du C. com. F. V. égal. art. L. 88 al. 2 du C. SIA. prévoit : «(...) la convocation est directement adressée aux actionnaires des sociétés anonymes par l'insertion (...)» et L. 29 al. 1 du même code «le capital de la SA est composé d'actions nominatives (...)».

<sup>65</sup> Art. R. 225-67 al. 1 du C. com. F.

<sup>66</sup> En France, les autres organes sont les commissaires aux comptes (art. L. 823-17 du C. com. F.), le comité d'entreprise (art. L.2323-67 al. 3 du C. trav. F.) et les représentants de la masse en cas d'émission des obligations conduisant à l'augmentation de capital (art. L. 228-55 al. 1 et 2 du C. com. F). En Irak, le commissaire aux comptes (art. L. 136 du C. SIA et R.11 al. 6 de la norme d'exercice professionnel du commissaire aux comptes n° 3, 1999) et le greffier (art. L. 127 al. 1 et L. 93 du C. SIA.).

<sup>67</sup> Art. R. 225-68 al. 2 et 3 du C. com. F.

<sup>68</sup> Art. L. 29 al. 1 du C. SIA. prévoit : «Le capital de la SA (...) se compose des actions étant (...) et n'étant pas divisibles ».

<sup>69</sup> Art. L. 67 du C. SIA.

<sup>70</sup> Art. 1249 du C. civ. I.

Sur la convocation des titulaires des actions indivises comme sur celles des titres grevés d'un usufruit, le droit irakien est moins favorable pour ces titulaires que le droit français. Cela se justifie par les mêmes raisons déjà indiquées concernant la possibilité d'adresser l'avis de convocation par lettre simple ou recommandée à chaque actionnaire. Pour cela, il serait souhaitable que le droit irakien intègre, dans la proposition concernant cette possibilité, les titulaires d'actions indivises ou grevées d'un usufruit.

#### **b- Délai de transmission de l'avis de convocation**

**76.** Le délai obligatoire d'envoi de l'information aux actionnaires (dans le droit français et irakien), entre la date soit de l'insertion contenant l'avis de convocation, soit de l'envoi des lettres (en France seulement), et la date de tenue de l'assemblée générale est d'au moins quinze jours sur première convocation<sup>71</sup>.

Nous remarquons que, dans les deux droits comparés, l'obligation d'un délai de quinze jours pour convoquer d'une assemblée générale est identique et justifiée par l'intérêt de l'actionnaire. En effet ce délai est suffisant, d'une part, pour porter à la connaissance de l'actionnaire le contenu de l'avis de convocation et, d'autre part, pour assurer son information sur le projet de l'augmentation de capital par la communication de documents sociaux.

Par ailleurs, pour la convocation suivante, le droit français prévoit que le délai d'envoi de l'information aux actionnaires est de dix jours<sup>72</sup>.

Le droit irakien n'a pas expressément prévu, comme c'est le cas en droit français, ce délai. Mais nous pouvons considérer que, pour le droit irakien, le délai de la convocation suivante est également au moins de quinze jours puisqu'il est indiqué, sans précision, dans l'article L. 88 al. 1 du C. SIA. sur le délai exigé de la première convocation «*le délai (...) est au moins de 15 jours*».

**77.** La question se pose de savoir si les statuts de société peuvent prévoir pour la première convocation un délai de moins de quinze jours.

La réponse négative s'impose puisque ce délai de transmission de l'information est impératif dans les deux droits comparés.

---

<sup>71</sup> Art. R. 225-69 du C. com. F. ; V. égal. art. L. 88 al. 1 du C. SIA. prévoit : «(...) le délai entre la date d'insertion de l'avis de convocation et la date de tenue de l'assemblée est au moins de 15 jours». V. égal. A. JOLY- DESCAMPS, La protection des actionnaires dans les sociétés cotées, thèse, volume 1, Paris 1, 2008, p. 43 et 44.

<sup>72</sup> Art. R. 225-69 du C. com. F.

Par contre, à juste titre, *Halid CHAOUI* pense que les statuts peuvent prévoir un délai de transmission de l'information supérieur à quinze jours tant que cela ne diminue pas l'information de l'actionnaire<sup>73</sup>.

**78.** *Samiha QELIOBI*, pense que la société doit suspendre l'enregistrement des inscriptions de transmissions d'actions de la date d'envoi de l'avis de convocation jusqu'à la fin de la tenue de l'assemblée décidant de l'augmentation de capital. Cette opinion s'explique par la volonté d'assurer l'information à tous les actionnaires, car la société adresse la convocation en fonction de ses registres, et de garantir participation et délibérations sérieuses à l'assemblée<sup>74</sup>.

Nous partageons cette opinion parce qu'elle ne suspend pas le droit de l'actionnaire à céder ses actions lors de la période de convocation, mais seulement l'inscription des transmissions d'actions au nom de l'acquéreur dans les livres de société. De plus, elle assure l'information complète, pendant quinze jours, de l'actionnaire qui va assister à l'assemblée. Il serait utile d'adopter cette option dans le droit irakien.

### **c- Informations de l'avis de convocation**

**79.** L'avis de convocation doit comporter certaines informations. Les deux droits étudiés sont identiques sur le fait que le contenu de cet avis doit comprendre les informations suivantes<sup>75</sup> : la dénomination sociale, suivie le cas échéant de son sigle ; la forme de la société (SA) ; le montant du capital social ; l'adresse du siège social ; les jours, heure et lieu de l'assemblée ; l'ordre du jour de l'assemblée, contenant le texte de résolution de l'augmentation de capital.

Cette similitude se justifie car ces informations sont considérées comme les éléments principaux d'information de l'actionnaire sur la réunion de l'assemblée et sont intéressantes pour préparer l'actionnaire à participer aux délibérations lors de l'assemblée<sup>76</sup>.

**80.** Contrairement au droit irakien, le droit français prévoit que l'avis de convocation doit comporter en outre les informations suivantes<sup>77</sup> : le numéro unique d'identification de l'entreprise ; la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est

---

<sup>73</sup> *H. CHAOUI*, op. cit., p. 519. V. égal. art. R. 225-62 du C. com. F.

<sup>74</sup> *S. QELIOBI*, *Les sociétés commerciales, volume 2, Egypte, 3<sup>e</sup> éd., Renaissance arabe.1993, p. 352.*

<sup>75</sup> Art. R. 225-66 al. 1 et 2 du C.com. F. V. égal. dans le C. SIA. les articles suivants : L. 201 «la société doit donner sa dénomination complète (la dénomination, le sigle social, la forme sociale) ; son capital social ; (...) et elle doit aussi les mentionner sur ses documents et tout ce qui est émis par elle (...)», L. 88 al. 1 «dans la SA, (...) la convocation doit comporter le lieu d'assemblée et sa date,(...)», et L. 89 «toute convocation d'assemblée générale doit comprendre l'ordre du jour,( ...)».

<sup>76</sup> *A. I. AL-BASSAM*, *Les sociétés commerciales en droit irakien, Bagdad, Irak, 2<sup>e</sup> éd., Al- Ani. 1967, p. 197.*

<sup>77</sup> Art. R. 225-66 al. 1 et 2 du C. com. F.

immatriculée ; la nature de l'assemblée ; les lieux et les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent obtenir les formulaires nécessaires et les documents qui y sont annexés ; les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance.

**81.** L'absence de ces informations en droit irakien s'explique, à notre avis, par le défaut d'évaluation de l'utilité des quatre premiers items pour les actionnaires convoqués à la réunion de l'assemblée et par l'absence de cette dernière information dans le C. SIA (inadaptés au cadre irakien)<sup>78</sup>.

Nous regrettons que le législateur irakien n'exige pas que les quatre premières mentions soient comprises dans l'avis de convocation. Elles sont pourtant utiles aux actionnaires convoqués à l'assemblée parce qu'elles donnent certaines informations importantes : sur le numéro d'identification de l'entreprise, permettant, en dehors du siège, de connaître tous les documents officiels comptables et fiscaux de l'entreprise ; sur le greffe<sup>79</sup> compétent, information nécessaire en cas d'exercice du droit de recours. Elles précisent également la nature de l'assemblée qui va se réunir, ce qui permet de savoir quelles règles doivent être respectées (par exemple quorum). Elles attirent l'attention des actionnaires sur les lieux et les conditions nécessaires notamment pour exercer leurs droits politiques par exemple, l'exercice du droit de se faire représenter qui doit être fait par le formulaire de procuration et celui du droit de communication. Pour cela, il serait souhaitable que le législateur irakien prévoie que l'avis de convocation comporte ces informations.

**82.** Par ailleurs, dans le cas où l'ordre du jour de la convocation comprend une résolution d'augmentation de capital résultant d'opérations de restructurations<sup>80</sup>, il est important de fournir aux actionnaires certaines informations relatives à celles-ci. Le droit français prévoit ces informations lors du projet de fusion, à l'article R. 236-1 al. 1 C. com. F<sup>81</sup>. Elles permettent aux actionnaires de la société absorbante d'avoir des indications importantes de l'opération de

---

<sup>78</sup> V. infra, n° 331.

<sup>79</sup> Il faut entendre qu'il y a une différence entre le greffier dans le droit français et celui-ci en droit irakien, v. supra, n° 24.

<sup>80</sup> Ces opérations, résultat d'une augmentation de capital, sont au nombre de trois en droit français (la fusion-absorption, la fusion-scission art. L. 236-1 al.1 C. com. F., et l'apport partiel d'actif L. 236-22 du même code) et sont une seule opération en droit irakien (la fusion-absorption art. L. 148 C. SIA.). Pour comprendre ces opérations, v. infra, n° 307 à 317.

<sup>81</sup> Ces informations, conformément à l'article R. 236-1 al. 1 C. com. F., sont « la forme, la dénomination et le siège social de la société absorbante ; les motifs, buts et conditions de la fusion ; la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission à la société absorbante est prévue ; les modalités de remise des actions et la date à partir de laquelle ces actions donnent droit aux bénéficiaires, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ; les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes de la société intéressée utilisés pour établir les conditions de l'opération ; le rapport d'échange des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ; le montant prévu de la prime de fusion ; les droits accordés aux actionnaires ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers ».

fusion notamment les indications financières. Elles leur donnent aussi la possibilité de comprendre les modalités d'évaluation de l'actif et du passif de la société absorbée ou scindée et de connaître les modalités de remise des actions nouvelles.

Elles indiquent également la date à partir de laquelle ces actions donnent droit aux bénéficiaires, les modalités de l'échange en respect de l'égalité des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte.

**83.** Le droit irakien, en référence aux dispositions de fusion<sup>82</sup> dans le C. SIA., ne prévoit pas, comme le droit français, que le projet de fusion doit comprendre des informations précises. L'absence de prévision de ces informations s'explique, à notre avis, par le fait que le législateur irakien se contente de se focaliser sur le contenu du rapport<sup>83</sup> de fusion-absorption lors de l'information de l'actionnaire sur l'augmentation de capital résultant de l'opération de fusion. Pourtant, nous remarquons que ce dernier n'est pas déterminé précisément dans la mesure où il ne permet pas à l'actionnaire de la société absorbante de comprendre tous les détails de la fusion-absorption. En faisant cela, à notre avis, le législateur irakien donne à l'auteur de la convocation une autre occasion de ne pas mentionner des informations pouvant influencer sur la prise de décision dans l'assemblée générale. Pour pallier cette lacune, il serait souhaitable que le droit irakien prévoie, comme le droit français, que ce projet les contienne et de manière précise. Ce projet peut contenir toutes les informations prévues dans le droit français sauf la dernière information, à l'article R. 236-1 al. 1 C. com. F., qui doit être modifiée car le droit irakien ne prévoit pas d'accorder des droits spéciaux et avantages particuliers, ni des titres autres que des actions, excepté les obligations.

Après avoir exposé la transmission de la convocation aux actionnaires selon le mode traditionnel, il nous reste à savoir comment ceux-ci l'obtiennent selon le mode moderne.

## **B- Convocation des actionnaires selon le mode moderne**

**84.** En raison des différences entre les deux droits sur la prévision de ce mode, nous examinerons le droit français **(1)** puis le droit irakien **(2)**.

### **1- Mode prévu en droit français**

---

<sup>82</sup> Art. L. 148 à L. 152 du C. SIA.

<sup>83</sup> Ce contenu est : les buts, motifs, conditions de la fusion et toutes autres indications (art. L. 150 al.1 C. SIA.) ; nous le détaillerons dans la section 2 de ce chapitre.

**85.** Avec l'utilisation généralisée de la communication électronique dans la vie des sociétés, il est devenu possible de transmettre aux actionnaires, par la voie de la messagerie électronique, l'information contenue dans la convocation à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

Le législateur français permet aux SA d'adopter la convocation électronique pour transmettre l'information aux titulaires d'actions nominatives<sup>84</sup>.

**86.** Les avantages de ce mode de transmission de l'information sont multiples. Nous pouvons mentionner la rapidité de transmission des informations aux actionnaires, la possibilité de leur envoyer les informations de façon simultanée, réalisant une égalité effective entre les actionnaires et notamment entre les résidents et non-résidents, la faculté pour les actionnaires de prendre connaissance de la convocation sans être présent à son domicile. Nous ajouterons également la réduction des frais d'envoi par rapport à l'envoi traditionnel par voie postale<sup>85</sup>.

Il faut noter qu'en matière de contenu de l'information et de délai obligatoire de transmission, il n'y a pas de différence entre la transmission de l'information selon le mode électronique ou traditionnel.

**87.** Soulignons également que l'utilisation de la transmission de l'information par la convocation électronique est offerte aux SA sous trois conditions qui sont l'existence d'une clause statutaire prévoyant la possibilité de transmission de la convocation par voie électronique **(a)**, l'existence d'une proposition d'utiliser la convocation par voie électronique adressée aux actionnaires inscrits au nominatif **(b)** et, corrélativement, l'expression écrite de l'accord de l'actionnaire inscrit au nominatif **(c)**.

#### **a- Existence d'une clause statutaire prévoyant la possibilité de transmission de la convocation par voie électronique**

**88.** Le législateur français ne prévoit pas expressément cette condition. Mais si l'on se réfère à l'article R.225-63 al. 1 du C. com. F. qui précise que «*Les sociétés qui entendent recourir à la communication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67, R.225-68 ,(...)*», et à l'article R. 225-62 du même code selon lequel «*(...) les statuts de la société fixent les règles de convocation des assemblées d'actionnaires*», on constate que le législateur accorde à la société la faculté de transmission de la convocation par voie électronique dès lors que ses statuts la prévoit.

---

<sup>84</sup> Art. R. 225-67 al. 2 et R. 225-63 du C. com. F.

<sup>85</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p.559.

La raison d'une telle limitation est que la direction de la société, considérant que toute société est conçue comme un contrat conclu entre les actionnaires, ne peut pas imposer un mode de transmission des informations qui n'est pas prévu dans la loi ou dans ses statuts. Cette limitation vise, selon nous, à protéger les actionnaires du risque d'être surpris par l'application d'une règle inconnue d'eux et qui peut être contraire à leurs intérêts.

En conséquence, si la SA ne prévoit pas dans ses statuts la clause permettant de transmettre les informations aux actionnaires par la voie électronique, il lui est impossible de mettre en œuvre ce mode de convocation.

### **b- Existence d'une proposition d'utiliser la convocation par voie électronique adressée aux actionnaires inscrits au nominatif**

**89.** En complément de la clause statutaire précédemment exposée, concernant les SA ayant des actionnaires inscrits au nominatif, l'article R. 225-63 al. 1 du C. com. F. impose qu'une proposition d'utilisation de la convocation électronique leur soit adressée. Cette exigence vise à assurer le respect des droits des actionnaires en général, et, en particulier, de ceux qui n'ont pas l'expérience des nouvelles technologies ou le désir de les utiliser.

La proposition de convocation par voie électronique est adressée aux seuls titulaires des actions nominatives. Si ces dispositions concernent les actionnaires inscrits au nominatif et non les actionnaires au porteur c'est simplement parce que, par définition, la société ne connaît ni le nom ni l'adresse de ceux-ci. En outre, lorsque le législateur français prévoit la convocation par voie électronique, il essaie, dans plusieurs articles<sup>86</sup>, d'intégrer ce mode de convocation dans les dispositions organisant la convocation par voie traditionnelle adressée aux titulaires d'actions nominatives seulement.

### **c- Expression écrite de l'accord de l'actionnaire inscrit au nominatif**

**90.** L'accord de l'actionnaire est considéré une limitation principale d'autorisation à la société d'adopter la transmission de la convocation par voie électronique. Cet accord doit être exprimé selon certaines règles. Il ne doit pas être entaché d'un des vices de consentement comme l'erreur, violence et le dol<sup>87</sup>. Dans le cas contraire, l'actionnaire peut demander la nullité de l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

---

<sup>86</sup> Art. R.225-67, R. 225-68 et R. 225-69 du C. com. F.

<sup>87</sup> Art. L. 1109 du C. civ. F.

Par précaution et pour éviter un conflit entre la société et l'actionnaire intéressé quant à la question d'affirmation de l'accord, le législateur français exige que l'acceptation de l'actionnaire soit donnée par voie postale ou électronique<sup>88</sup>. Ainsi l'acceptation orale n'est pas admise.

De plus, la non réponse de l'actionnaire ne vaut pas accord à utiliser la convocation électronique, et si l'actionnaire intéressé ne donne pas son accord au plus tard trente-cinq jours avant la date de la prochaine assemblée générale, la société doit utiliser la convocation simple par lettre pour informer l'actionnaire<sup>89</sup>.

**91.** Cet accord pour correspondre de façon informatique est individuel et fragile<sup>90</sup> car après avoir donné son accord à utiliser la convocation électronique, l'actionnaire peut se rétracter en choisissant l'envoi postal, au moins trente-cinq jours avant la date de l'insertion de l'avis de convocation, par les mêmes voies utilisées pour son acceptation<sup>91</sup>.

Monique BANDRAC et Jean-Philippe DOM<sup>92</sup>, justifient la raison d'être de cette convocation électronique par le fait que pour la société comportant un nombre important d'actionnaires, cela peut participer à réaliser d'importantes économies sur les frais de secrétariat et d'envois postaux. Mais ils regrettent la possibilité accordée à l'actionnaire de revenir unilatéralement sur son accord à l'utilisation de la convocation électronique.

Nous ne sommes pas d'accord avec ce dernier point. En effet, nous pensons qu'il est important de laisser la possibilité à l'actionnaire de revenir sur son accord parce que cette liberté relève des droits fondamentaux accordés à l'actionnaire par le législateur. Ainsi l'actionnaire peut utiliser cette possibilité si la convocation par voie électronique ne correspond pas à son choix d'obtenir facilement des informations.

**92.** Par ailleurs, la question se pose de savoir si la transmission de la convocation à l'actionnaire par cette voie électronique est fiable ou non.

Malgré les avantages de ce mode de convocation et l'autorisation législative aux sociétés de l'utiliser, il existe une sérieuse difficulté, à notre avis, la transmission de la convocation par cette voie est incertaine car la voie de la messagerie électronique ne donne pas d'indication d'avis de réception. En outre, parfois l'actionnaire ne peut pas ouvrir le dossier reçu.

En effet, si l'actionnaire ne reçoit pas ou reçoit mal la convocation par voie électronique, il ne peut pas prendre connaissance des informations qu'elle contient et ne sera donc pas avisé de la date de l'assemblée : dans ce cas, la société n'aurait pas rempli son obligation d'information.

---

<sup>88</sup> Art. R. 225-63 al. 1 du C. com. F.

<sup>89</sup> Art. R. 225-63 al. 2 du C. com. F.

<sup>90</sup> M. BANDRAC et J.-P. DOM, *Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés*, éd., JOLY. 2002, p.271.

<sup>91</sup> Art. R. 225-63 al. 3 du C. com. F.

<sup>92</sup> M. BANDRAC et J.-P. DOM, *ibid*, p. 272.



## **2- Mode non prévu en droit irakien**

**93.** Le C. SIA. ne prévoit pas la possibilité de transmettre aux actionnaires l'information contenue dans la convocation par voie électronique. Cela peut s'expliquer par une utilisation moindre d'Internet dans la vie des affaires en Irak, en raison de réticences culturelles et parfois de méconnaissance de cet outil. Mais cette situation est appelée à évoluer pour être en phase avec le monde économique notamment et, au regard des avantages importants de la convocation par voie électronique, développés précédemment<sup>93</sup>, nous pensons qu'il serait souhaitable que le législateur irakien la prévienne dans le C. SIA., à l'instar du droit français (sous respect également des trois conditions) en évitant l'écueil de l'incertitude de la transmission aux actionnaires.

Afin de remédier à cette difficulté de la certitude de la bonne transmission de la convocation, le législateur doit imposer à l'actionnaire d'en accuser réception par retour d'un message électronique dans un délai fixé. A défaut, la société serait tenue soit de renvoyer les informations à l'actionnaire par voie postale, ce qui impose que la transmission électronique soit faite avec antécédence par rapport aux délais légaux de convocation.

Après avoir exposé à qui le pouvoir de la convocation revient et comment informer les actionnaires sur ses modes de transmission, il nous reste à savoir quels droits, liés à celle-ci, renforcent cette information sur la résolution de l'augmentation de capital.

### **S. section 2 : Information par les droits liés à la convocation**

**94.** L'information de l'actionnaire par la convocation à l'assemblée n'est pas, à elle seule, suffisante pour l'informer pleinement sur la démarche de la société en général, et sur le projet d'augmentation de capital en particulier. Toutefois son importance ne serait être déniée. Car, d'une part, elle peut participer à empêcher ou au moins à réduire certains effets négatifs du projet sur l'activité de la société et sur les droits des actionnaires, et d'autre part, elle peut contribuer à rendre l'actionnaire plus compétent pour contrôler la direction de la société.

A cette fin, il est nécessaire d'assurer l'information contenue dans la convocation en accordant deux droits à l'actionnaire. Le premier donnerait à l'actionnaire la possibilité d'obtenir des informations au travers de son droit de requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre

---

<sup>93</sup> V. supra, n° 86.

du jour, autres que ceux proposés par l'auteur de la convocation. Le deuxième permettrait à l'actionnaire d'obtenir des informations plus larges et plus précises.

Les droits liés à la convocation sont totalement règlementés tant en droit français qu'en droit irakien.

**95.** Nous analyserons les droits liés à la convocation d'une assemblée, en envisageant les difficultés de leur exercice par l'actionnaire, en deux étapes, le droit de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution **(§1)** et celui de communiquer des documents sociaux **(§2)**.

### **§1 : Droit de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution**

**96.** Ce droit est un des droits liés à la convocation de l'assemblée. L'exercice de ce droit conduit à fournir aux actionnaires de nouvelles informations.

Le droit français accorde à l'actionnaire la faculté de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution avant la réunion de l'assemblée. Contrairement au droit français, le droit irakien limite cette faculté au seul temps de réunion de l'assemblée.

**97.** C'est pourquoi nous étudierons séparément la demande d'inscription de points ou de projets de résolution, comme moyen d'information avant la réunion de l'assemblée en droit français **(A)** et lors de la réunion de l'assemblée en droit irakien **(B)**.

### **A- Demande d'inscription de points ou de projets de résolution, moyen d'information avant la réunion de l'assemblée en droit français**

**98.** Une des innovations méritantes dans le droit des sociétés (datant de 1966) est la faculté de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour.

L'ordre du jour, d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, est arrêté par l'auteur de la convocation. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 du C. com. F. ont la faculté de demander l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution<sup>94</sup>.

Atteindre le pourcentage minimum de 5 % s'impose, pour exercer cette faculté, si le montant du capital social est inférieur à 750 000 euros. Si le montant du capital est supérieur, ce

---

<sup>94</sup> Art. L. 225-105 al. 1 et 2 du C. com. F.

pourcentage minimum de 5 % est réduit<sup>95</sup> selon l'importance du montant du capital<sup>96</sup>. La réduction de ce pourcentage, dans cette hypothèse de société à capital très important, se justifie par la volonté du législateur d'alléger les difficultés des actionnaires à se grouper.

**99.** Le but de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution est en outre de permettre à l'actionnaire de participer à la vie de la société<sup>97</sup> et de fournir aux actionnaires des nouvelles informations. Celles-ci viennent en complément de celles liées au projet de l'augmentation de capital proposé par l'auteur de la convocation dans la connaissance et la compréhension de la société.

Pourtant, la réalisation de ce but, c'est-à-dire fournir aux actionnaires de nouvelles informations, au travers de ce droit, est moins pertinente dans les sociétés faisant offre au public que dans celles ne faisant pas offre au public. Cela s'explique par le fait que les sociétés faisant offre au public ont obligation de diffuser un avis de réunion grâce auquel le délai pour requérir l'inscription de points ou de projets de résolution est limité dans le temps et connu de tous les actionnaires<sup>98</sup>. Pour les sociétés ne faisant pas offre au public, ce délai n'est ni limité ni connu par les actionnaires, car elles ne sont pas tenues d'adresser un avis de réunion à leurs actionnaires, sauf si un actionnaire leur fait une demande d'envoi<sup>99</sup>. Si ce dernier ne demande pas l'avis de réunion en temps utiles, il risque de ne pas pouvoir utiliser cette faculté et donc de ne pas être en mesure de présenter des nouvelles informations aux actionnaires.

Nous regrettons que le droit français réduise aux seules sociétés faisant offre au public l'obligation de diffuser l'avis de réunion où figure le délai de réquisition, limitant de fait la faculté de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour pour les actionnaires des sociétés ne faisant pas offre au public.

**100.** Le législateur français impose d'envoyer les demandes d'inscription de projets de résolution au moins vingt-cinq jours avant la date de réunion de l'assemblée<sup>100</sup>. Elles doivent être adressées au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par télécommunication électronique. En outre, elles doivent être accompagnées du texte des projets de résolution, qui peuvent être assortis d'un bref exposé des motifs. Par ailleurs, elles doivent être justifiées, à la date de leurs présentations, par la possession, par les actionnaires demandeurs, ou la représentation de la fraction du capital exigée. Cela peut être réalisé par l'inscription des titres correspondants soit dans les comptes de titres nominatifs tenus par la

---

<sup>95</sup> Art. L. 225-105 al. 1 et 2 et R. 225-71 al. 2 du C. com. F.

<sup>96</sup> Conformément à l'article. R. 225-71 al. 2 du C. com. F. ce pourcentage est, selon l'importance du capital, réduit ainsi qu'il suit « A- 4 % pour les 750 000 premiers euros ; B- 2,50 % pour la tranche de capital comprise entre 750 000 et 7 500 000 € ; C- 1 % pour la tranche de capital comprise entre 7 500 000 et 15 000 000 € ; D- 0,50 % pour le surplus du capital ».

<sup>97</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 43.

<sup>98</sup> Art. R. 225-73 I et II du C. com. F.

<sup>99</sup> Art. R. 225-72 al.1 et 2 du C. com. F.

<sup>100</sup> Art. R. 225-72 al. 2 et R.225-73 II du C. com. F.

société, soit dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 du CMF. De plus, ces actionnaires doivent transmettre avec leur demande une attestation d'inscription en compte<sup>101</sup>.

L'objectif de l'obligation d'envoyer ces demandes avant la date de réunion de l'assemblée est de les inscrire à l'ordre du jour de l'avis de convocation et d'assurer à tous les actionnaires un délai d'information suffisant.

Le président du conseil d'administration accuse réception des demandes d'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution, par lettre recommandée ou par un moyen électronique de télécommunication. Cet accusé de réception doit être fait dans le délai de cinq jours à compter de la réception de ces demandes<sup>102</sup>. La limitation de cet accusé à ce délai se justifie par le fait qu'il permet à l'actionnaire de connaître la réception ou non de sa demande d'inscription de projets de résolution et lui laisse une autre chance de renvoyer sa demande non réceptionnée, notamment si ce actionnaire l'avait envoyée plus du trente jours avant de la date de réunion de l'assemblée.

**101.** Comme les demandes précédentes sont inscrites à l'ordre du jour de l'avis de convocation, le délai d'information des actionnaires est identique au délai de communication de cet avis<sup>103</sup>. Ce délai d'information est donc d'au moins quinze jours avant l'assemblée.

**102.** L'examen du projet de résolution lors de l'assemblée est subordonné à la transmission, par l'actionnaire demandeur, d'une nouvelle attestation justifiant de l'enregistrement comptable des titres dans les mêmes comptes au troisième jour ouvré précédant l'assemblée<sup>104</sup>.

### **B- Demande d'inscription de projets de résolution, moyen d'information lors de la réunion de l'assemblée en droit irakien**

**103.** L'article L. 89 du C. SIA. prévoit que : «*Toute convocation de l'assemblée générale doit comprendre l'ordre du jour qui ne peut être modifié, lors de la réunion de l'assemblée, qu'à la proposition présentée par les actionnaires représentant au moins 10 % du capital social (...)*».

En raison des termes soulignés dans cet article, il en résulte que le législateur irakien, comme le législateur français, accorde à l'actionnaire la faculté de demander l'inscription des projets de résolution à l'ordre du jour. Cette faculté est considérée comme un exercice du droit d'expression par l'actionnaire demandeur. En outre, elle est considérée comme un moyen

<sup>101</sup> Art. R. 225-71 al. 1, 3 et 5 du C. com. F.

<sup>102</sup> Art. R. 225-74 al. 15 du C. com. F.

<sup>103</sup> Art. L. 225-105 al. 2 du C. com. F.

<sup>104</sup> Art. R. 225-71 al. 6 du C. com. F.

d'informer les actionnaires des projets pouvant renforcer le projet d'augmentation de capital proposé par l'auteur de la convocation.

**104.** Le législateur irakien, contrairement au législateur français, limite à la seule durée de réunion de l'assemblée, le délai d'utilisation de la faculté de demander l'inscription des projets de résolution à l'ordre du jour. De fait, il attribue aux actionnaires le même délai, court, d'information sur les projets instaurant une inégalité avec ceux figurant sur la convocation. En outre, les besoins d'informations sur les demandes d'inscription des projets de résolution prennent le pas sur et perturbe la discussion du projet de résolution proprement dit. Le temps de la réunion n'étant pas extensible, chaque proposition ne peut bénéficier que d'un temps réduit, et d'autant plus réduit que les propositions sont nombreuses.

Il nous apparaît que cette limitation du législateur irakien réduit la possibilité offerte par cette faculté de fournir aux actionnaires des informations suffisantes sur les projets et ne leur permet pas de délibérer et de voter en toute connaissance de cause en raison de l'exposition souvent seulement orale des projets et des informations qui leur sont liés.

Pour les raisons précédemment indiquées, il serait souhaitable que le législateur irakien, à l'exemple du législateur français, laisse un temps suffisant aux actionnaires pour communiquer sur les projets de résolution proposés par l'actionnaire. Cette proposition au législateur irakien peut être réalisée au travers de deux dispositions. La première concerne l'établissement et la diffusion de l'avis de réunion (pour les sociétés anonymes faisant ou non offre au public) afin de permettre aux actionnaires de bénéficier de nouvelles informations au service du développement de l'activité de la société et de demander l'inscription à l'ordre du jour des projets de résolution. La deuxième est qu'il prévienne la possibilité d'inscrire ces projets à l'ordre du jour de l'avis de convocation.

**105.** En ce qui concerne le pourcentage de capital à détenir pour que la demande d'inscription à l'ordre du jour des projets de résolution soit recevable, le législateur irakien fixe un pourcentage du capital supérieur à celui prévu par le législateur français. Il est d'au moins 10 % du capital social.

L'exigence de ce pourcentage se justifie aux yeux du législateur irakien par la volonté de voir des projets de résolution réalisés dans l'intérêt collectif des actionnaires. Pourtant, qu'il y ait 5 ou 10 % ne garantit en rien le bien-fondé d'un projet mais cela limite les propositions alors qu'en fin de compte, c'est le vote des actionnaires qui sera décisif. Nous pensons donc qu'il serait préférable de réduire ce pourcentage.

**106.** Contrairement au législateur français, le législateur irakien ne prévoit pas l'obligation pour l'actionnaire de mettre par écrit ses projets de résolution qui peuvent donc être présentés par écrit ou oralement. Pourtant nous pensons que la forme textuelle offre l'avantage de présenter l'information de manière claire et précise, notamment si elle comporte un bref exposé. Ceci

serait d'ailleurs en accord avec la proposition de joindre ces projets écrits à l'avis de convocation, comme en droit français. Il serait alors judicieux que le législateur irakien adopte cette obligation dans le C. SIA.

**107.** Mais faut-il que les projets de résolution ou les nouvelles informations, proposés par l'actionnaire, aient un rapport avec l'ordre du jour et la compétence d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital ?

Aucun texte n'impose que ces projets de résolution ou ces informations soient en liaison avec l'ordre du jour ou la compétence de l'assemblée réunie.

Nous pensons qu'ils doivent être parmi les questions entrant à cette compétence de l'assemblée. De plus, il conviendrait qu'ils soient en correspondance ou du moins ne soient pas en opposition avec le projet d'augmentation de capital inscrit à l'ordre du jour. S'ils sont contraires, ils risquent de ne pas être votés lors de l'assemblée. Ainsi une proposition faite par un actionnaire de réduire le capital social n'est pas compatible avec le projet de l'augmentation de capital car elle a un but contraire à l'objet de l'ordre du jour de la réunion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital. De même, ne peut pas être considérée comme compatible avec l'ordre du jour la proposition d'un actionnaire de soumettre un projet d'augmentation de capital par incorporation des dividendes, dès lors que ceux-ci ont été distribués aux actionnaires. Par contre, cette dernière proposition peut être considérée comme compatible avec l'ordre du jour (si ce dernier comporte le projet de l'augmentation de capital en numéraire), à la condition que l'actionnaire requière l'augmentation de capital par incorporation des dividendes au capital avant leur distribution aux actionnaires.

## **§2 : Droit de communication des documents sociaux**

**108.** L'actionnaire peut obtenir de l'information complémentaire selon des modalités définies **(A)** et consulter tous les documents sociaux que la loi permet de communiquer **(B)**.

### **A- Modalités d'obtention de l'information par l'actionnaire**

**109.** Nous examinons l'obtention de l'information par les mode, lieu, délai **(1)**, la communication de documents sociaux à un tiers agissant dans l'intérêt de l'actionnaire **(2)**, le droit de copie et demande d'envoi de documents **(3)** et l'hypothèse d'empêchement de communication des documents par la direction de la société **(4)**.

## **1 - Mode, lieu, délai**

**110.** Les deux droits étudiés se différencient sur ces modalités. Le droit français permet à tout actionnaire de prendre connaissance des documents sociaux. La prise de connaissance peut être faite par consultation de documents au siège social ou au lieu de la direction administrative<sup>105</sup>, et par communication de documents adressés à l'actionnaire par la société<sup>106</sup>.

**111.** Le délai de consultation des documents court à compter de la convocation de l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital et s'étend au moins sur le délai de quinze jours qui précède la date de celle-ci<sup>107</sup>, sauf exception<sup>108</sup>.

Mais certains documents, comme la liste des actionnaires, ne sont consultables que pendant la durée de quinze jours précédant l'assemblée. Cette liste doit être arrêtée par la société le seizième jour précédant l'assemblée<sup>109</sup>. En arrêtant cette liste pendant ce délai, le législateur veut garantir la conformité à la réalité de cette information, ceci même si certains acquièrent les actions pendant les quinze jours précédant l'assemblée.

**112.** En droit irakien, le législateur accorde également à l'actionnaire<sup>110</sup> le droit de communiquer des registres et documents sociaux. Ce droit s'exerce par consultation de ceux-ci mis à disposition des actionnaires et par communication des documents publiés avec la convocation.

Le législateur irakien ne prévoit pas expressément, comme le droit français, le lieu où l'actionnaire peut obtenir communication des registres et documents sociaux malgré l'importance du lieu dans l'utilisation de son droit à l'information. Mais en se référant à l'article L. 129 du C. SIA. qui prévoit : «*Toute SA (...) a un registre des actionnaires qui est conservé au siège social (.....)*», nous pouvons comprendre que le législateur détermine clairement le siège social comme le lieu de conservation notamment d'un des registres sociaux. Il en découlerait que l'actionnaire peut consulter le registre des actionnaires au lieu même de la conservation, c'est -à-dire au siège social. Pour les autres registres et documents, par assimilation avec ce qui précède, ils seraient aussi consultables au siège social, ce que confirme la pratique de la société

---

<sup>105</sup> Art. R. 225-89 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>106</sup> Art. R. 225-81, R. 225-83 et R. 255-88 du C. com. F.

<sup>107</sup> Art. R. 225-89 al. 2 du C. com. F.

<sup>108</sup> Notons que ce minimum de quinze jours contient trois exceptions : la première concerne la consultation du rapport du commissaire aux apports et du rapport du commissaire aux droits particuliers (v. infra, p. 86 et 219), la deuxième concerne seulement, sous une condition, la consultation de ce rapport dernier (v. infra, p. 219) et la troisième concerne la consultation à l'occasion d'émission des bons d'offre (v. infra, p. 226).

<sup>109</sup> Art. R. 225-90 du C. com. F.

<sup>110</sup> Art. L. 132 al. 1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a le droit de communication (...)» et al.2 du même article : « Dans les SA (...),les registres et documents sociaux sont mis à la disposition des actionnaires (...)».

qui consiste à mettre ces registres consultables à la disposition des actionnaires à son siège social.

Dans le droit irakien, le délai de consultation des registres et documents sociaux est moins avantageux pour les actionnaires qu'en droit français. En effet le législateur irakien prévoit une durée de communication de dix jours avant l'assemblée pour tous les registres et documents<sup>111</sup>, au lieu d'un minimum de quinze jours à compter de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire (et même avant) en droit français.

Nous considérons que ces durées sont insuffisantes pour l'information approfondie des actionnaires. En effet, les documents mis à disposition, notamment les documents comptables, peuvent être complexes et demander du temps pour être compris. Par ailleurs, l'actionnaire peut ne pas être facilement disponible pour se rendre au siège.

Malgré cela, en prévoyant un délai de communication de minimum de vingt-cinq jours, le législateur irakien prendrait en compte l'utilité de ce délai pour l'actionnaire.

## **2- Communication de documents sociaux à un tiers agissant dans l'intérêt de l'actionnaire**

**113.** Les deux droits se différencient sur la possibilité de communiquer des documents sociaux à une personne, comme un mandataire ou un expert, autre que l'actionnaire, mais agissant dans son intérêt.

**114.** En droit français, la réponse à la question de savoir si une telle communication est envisageable est affirmative puisque le législateur accorde à l'actionnaire la possibilité de choisir un mandataire pour exercer son droit de communication. Ce mandataire est celui désigné pour représenter l'actionnaire à l'assemblée<sup>112</sup>. Cette possibilité de communication par personne interposée provient du désir du législateur de maintenir le droit d'information de l'actionnaire et d'inciter ce dernier à ne pas l'omettre dans le cas où il ne peut l'exercer lui-même.

Pour ce qui est de se faire assister, le législateur français autorise l'actionnaire, lors de la consultation de documents et de renseignements auprès de la société, à se faire assister d'un expert. Ce dernier n'est pas n'importe quel expert, il est choisi parmi les experts agréés auprès des cours et tribunaux<sup>113</sup>.

Nous saluons le législateur français pour cette autorisation d'assistance par un expert. D'une part il essaie ainsi de renforcer le droit d'information des actionnaires, notamment de ceux qui ne sont pas suffisamment compétents en ce qui concerne, par exemple, les documents

---

<sup>111</sup> Art. L. 132 al.2 du C. SIA. prévoit : « Dans les SA (...),les registres sociaux sont mis à la disposition des actionnaires pendant les dix jours précédents l'assemblée et lors de l'assemblée».

<sup>112</sup> Art. R. 225-91 du C. com. F.

<sup>113</sup> Art. R. 225-94 du C. com. F.



comptables. D'autre part la désignation d'un expert, à partir de la liste des experts agréés, rejoint l'intérêt de l'actionnaire à obtenir des informations précises et celui de la société à maintenir ses secrets face à des experts indécis ou qui auraient des intérêts contraires.

**115.** En droit irakien, la réponse à cette même question de la possibilité d'une communication d'information à un mandataire négative. En effet, lorsque le législateur qui réglemente le droit de communication à l'actionnaire, ne prévoit d'accorder ni le pouvoir de communiquer par un mandataire, ni celui de se faire assister d'un expert<sup>114</sup>. Ce désir du législateur de réserver le droit de communication au seul actionnaire s'explique par le souhait de préserver les intérêts de la société en empêchant le non-actionnaire de prendre connaissance de ses registres et documents.

En revanche, nous observons que cette position du législateur irakien, sur l'exercice du droit de l'actionnaire à communication par le biais d'un mandataire, est discordante avec les dispositions le texte de l'article L. 91 al. 1 C. SIA<sup>115</sup>. Dans ce dernier, le législateur permet à l'actionnaire de choisir un mandataire, afin de le représenter à l'assemblée, semblant ignorer que ce mandataire peut aussi, lors de la présentation à l'assemblée, prendre connaissance des secrets de la société. Ce mandataire ne peut pas protéger au mieux les droits de l'actionnaire représenté lors de l'assemblée s'il n'a pas eu préalablement communication des registres et documents sociaux.

Nous souhaiterions que le législateur irakien accorde à l'actionnaire, comme pour sa représentation à l'assemblée, la possibilité d'exercer son droit de communication par un mandataire, et lui accorde également, pour renforcer son information sur les registres sociaux et documents, la possibilité de se faire assister d'un expert en raison, notamment, de la complexité des documents fiscaux et comptables, à condition que ce dernier soit choisi parmi les experts agréés auprès des cours, tribunaux et greffes.

### **3-Droit de copie et demande d'envoi de documents**

**116.** Le deux droits étudiés sont identiques en ce qu'ils affirment que le droit d'information de l'actionnaire n'est pas seulement le droit de communication des documents sociaux au siège social, mais aussi celui de les avoir en copie<sup>116</sup>. Cela ne signifie pas cependant que l'actionnaire puisse exiger de la société la délivrance ou l'envoi d'une copie de ces documents<sup>117</sup> sauf si ceux-

---

<sup>114</sup> Art. L. 132 al.1 et 2 du C. SIA.

<sup>115</sup> Art. L. 91 al. 1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a la faculté de se faire représenter par un tiers au travers d'une procuration (...)».

<sup>116</sup> Art. R. 225-89 al. 4 et R. 225-90 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. L. 127 al. 2 du C. SIA. prévoit : «En cas de la SA, (...) Les actionnaires ont le droit de consulter et prendre copie de ce rapport dernier (...) et de tous autres documents et rapports».

<sup>117</sup> A. CONSTANTIN, op, cit., p.232. V. égal. Cass. com., 17 mai 1965, n° 63-12347, Bull. n° 320.

ci (pour le droit français) sont prévus dans les documents sociaux pouvant être envoyés à l'actionnaire.

**117.** Le législateur français élargit le droit de communication de l'actionnaire en lui accordant la possibilité de demander à la société l'envoi des documents et renseignements déterminants<sup>118</sup> à l'adresse indiquée dans sa demande. Cette demande peut être introduite par tout actionnaire quels que soient les titres dont il est titulaire, nominatifs ou au porteur. La société est tenue de satisfaire cette demande et à sa charge<sup>119</sup>.

Mais, afin que cette demande soit reçue par la société, l'actionnaire demandeur doit justifier de sa qualité en présentant une attestation d'inscription dans les comptes de la société pour les titulaires de titres nominatifs, et par une attestation d'inscription dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire pour les titulaires de titres au porteur. En outre, l'actionnaire doit également adresser à la société sa demande d'envoi de documents, à compter de la convocation de l'assemblée et jusqu'au cinquième jour inclusivement avant la réunion<sup>120</sup>. Cette dernière limitation est faite dans le but de laisser à la société une période suffisante pour la préparation de la réunion.

**118.** Par ailleurs, le législateur français essaie d'encourager l'utilisation des moyens électroniques de télécommunication dans l'exercice du droit de communication de l'actionnaire. Il permet à la société d'utiliser ces moyens<sup>121</sup> afin d'envoyer, avant l'assemblée, certains documents et renseignements déterminés à l'adresse indiquée par l'actionnaire titulaire de titres nominatifs<sup>122</sup>. De plus, le législateur français accorde, aux actionnaires des sociétés cotées, le droit d'information en leur communiquant les documents sociaux par la diffusion sur le site Internet de leurs sociétés<sup>123</sup>. Ce droit de communication électronique devrait permettre à la société de réduire les frais d'envoi de certains documents sociaux à l'actionnaire, et, à l'actionnaire, d'éviter les difficultés de déplacement en vue de les consulter<sup>124</sup>.

**119.** En droit irakien, à la différence du législateur français, le droit de l'actionnaire à demander à la société de l'envoi de documents déterminés n'est pas prévu. Cela se justifie par le désir du législateur de se contenter de prévoir la communication et la prise en copie au siège social<sup>125</sup>.

---

<sup>118</sup> Pour connaître ces documents et renseignements, v. infra, n° 135 à 139.

<sup>119</sup> Art. R. 225-88 al. 1 et 2 du C.com. F.

<sup>120</sup> Art. R. 225-88 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>121</sup> Pour connaître les conditions d'utilisation des moyens électroniques de télécommunication, v. supra, p. 36 et s.

<sup>122</sup> Art. R. 225-88 al. 1 du C. com. F.

<sup>123</sup> Art. R. 210-20 du C. com. F.

<sup>124</sup> A. JOLY- DESCAMPS, op. cit., p.48.

<sup>125</sup> Art. L. 127 al. 2 du C. SIA.

Il ne prévoit pas non plus le droit de l'actionnaire d'obtenir des informations par la voie électronique<sup>126</sup>. Au regard des utilités de ce droit décrites ci-dessus, tant pour la société que pour l'actionnaire, il serait préférable que le législateur irakien le prévoit dans le cadre du C. SIA.

#### **4- Hypothèse d'empêchement de communication des documents par la direction de la société**

**120.** La question de l'empêchement de communication des documents sociaux à l'actionnaire avant l'assemblée, n'est pas traitée également par chacun des droits étudiés.

**121.** En droit français, le législateur autorise l'actionnaire à adresser une demande au président du tribunal statuant en référé afin d'exercer son droit d'information sur ces documents. Il donne à l'actionnaire deux solutions, soit enjoindre sous astreinte les administrateurs et dirigeants de lui communiquer les documents, soit demander la désignation d'un mandataire chargé de procéder à cette communication<sup>127</sup>. Cependant, la demande ne peut concerner que les documents<sup>128</sup> précédents l'assemblée en vue d'augmenter le capital<sup>129</sup>. Aucun autre document que ceux-ci, par exemple les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration pour une période déterminée ainsi que le registre de présence à ce dernier<sup>130</sup>, ne peut être demandé, ces documents ne faisant pas partie des documents consultables par l'actionnaire avant le vote du projet de l'augmentation de capital.

**122.** Par ailleurs, le législateur renforce le droit de l'actionnaire à demander, au président du tribunal statuant en référé, de prendre connaissance des documents en exigeant que les frais de ces demandes soient à la charge des administrateurs et dirigeants mis en cause<sup>131</sup>.

**123.** En droit irakien, le législateur se trouve aussi devant cette difficulté. Mais contrairement au droit français, il n'accorde pas à l'actionnaire, empêché d'exercer son droit de communication, la faculté de présenter sa demande de communication devant la juridiction. Toutefois il permet à l'actionnaire d'introduire sa demande devant le greffier<sup>132</sup>. Cela s'explique par le désir du législateur d'éviter à la société des formalités judiciaires lourdes, d'autant que le

---

<sup>126</sup> Pour des raisons invoquées, v. supra, n° 93.

<sup>127</sup> Art. L. 238-1 al. 1 du C. com. F.

<sup>128</sup> V. infra, p. 50 et s.

<sup>129</sup> Art. L. 238-1 al. 1 du C. com. F.

<sup>130</sup> J.-P. MATTOUT, Les limites du droit à l'information de l'actionnaire, note sous Cass.com., 23 juin 2009, Rve. Sociétés octobre / décembre 2009, n°4, p.820.

<sup>131</sup> Art. L. 238-1 al. 3 du C. com. F.

<sup>132</sup> Art. L. 132 al. 1 du C. SIA. prévoit : « (...)si l'actionnaire est empêché de consulter le registre des actionnaires, il peut demander au greffier d'immatriculation des sociétés irakiennes d'enjoindre sous astreinte les administrateurs et dirigeants de le lui communiquer ».

greffier est, compétent, selon le C. SIA., dans le contrôle de la bonne application du droit par la société.

Par ailleurs, le législateur donne à l'actionnaire une seule solution, demander d'enjoindre sous astreinte les administrateurs et dirigeants à communiquer. En outre, il permet d'utiliser cette possibilité seulement dans la mesure où l'actionnaire est empêché de consulter le registre des actionnaires<sup>133</sup> et non tous les registres et documents sociaux avant l'assemblée comme en droit français. Le législateur ne règle pas dans le C. SIA., la question des frais de cette demande. On peut cependant considérer, en référence aux règles générales de frais de l'action, que ces frais sont à la charge des défendeurs<sup>134</sup>, c'est-à-dire les administrateurs et dirigeants.

Nous regrettons que le législateur irakien réserve cette possibilité au seul registre des actionnaires (qui contient seulement les identités et le nombre d'actions des actionnaires), car les autres registres et documents sont plus importants pour l'information de l'actionnaire sur le projet d'augmentation de capital : ils contiennent les informations approfondies sur la santé financière de la société et autres éléments nécessaires pour fonder la décision de vote lors de ce projet. Il serait souhaitable qu'il élargisse l'application de cette faculté à tous les registres et documents sociaux.

## **B- Documents sociaux portés à la connaissance de l'actionnaire**

**124.** Les deux droits étudiés ne déterminent pas précisément les documents à communiquer aux actionnaires à l'occasion de la convocation d'une assemblée en vue de l'augmentation de capital. Nous pensons donc que ces documents sont les mêmes que ceux exigés avant l'assemblée générale annuelle en retranchant certains de ces derniers qui n'intéressent que l'approbation des comptes annuels et en ajoutant certains qui concernent spécifiquement la résolution de l'augmentation de capital.

**125.** Pourtant, les deux droits étudiés différencient ces documents. Le droit français prévoit deux types de documents, les documents sociaux mis à la disposition de l'actionnaire et ceux envoyés à l'actionnaire. Le droit irakien prévoit seulement les premiers.

Nous présenterons les documents sociaux mis à la disposition de l'actionnaire **(1)** et ceux envoyés à l'actionnaire **(2)**.

### **1- Documents sociaux mis à la disposition de l'actionnaire**

---

<sup>133</sup> Art L. 132 al. 1 du C. SIA.

<sup>134</sup> Art. L. 166 al. 1 du CPCI.

**126.** Même s'il y a similitude entre les deux droits étudiés à prévoir ce type des documents, nous remarquons qu'elle est partielle car elle ne porte que sur certains documents<sup>135</sup>. En raison de cela, nous examinerons le droit français, puis le droit irakien.

**127.** Le droit français, pour toutes les SA, donne à tous les actionnaires la faculté de consulter les documents du premier type au siège social ou au lieu de la direction administrative.

**128.** En premier lieu, cette consultation porte sur le texte de résolution de l'augmentation de capital, les rapports de l'augmentation de capital<sup>136</sup> et la liste des actionnaires<sup>137</sup> parce que ces documents sont intéressants pour comprendre le contenu de la résolution de l'augmentation de capital.

**129.** Ensuite, lorsque l'augmentation de capital est le produit d'une opération de fusion-absorption réalisée entre sociétés anonymes, la société absorbante doit mettre à la disposition de ses actionnaires, au siège social, trente jours au moins avant la date de l'assemblée, certains documents<sup>138</sup>. Cette obligation s'explique par la volonté du législateur français d'informer les actionnaires avant de se prononcer sur le projet d'augmentation de capital, résultat de la fusion-absorption.

Ces documents<sup>139</sup> sont importants pour les actionnaires de la société absorbante car ils leur permettent de prendre connaissance d'une manière détaillée du projet d'augmentation du capital résultant de la fusion-absorption. Il en est ainsi des rapports éclairés de ce projet<sup>140</sup>.

De plus, ces documents informent les actionnaires des comptes annuels approuvés par les assemblées générales grâce auxquels il est possible de savoir si la société a généré des dividendes ou des pertes. Ils les informent également de l'évaluation de la gestion de la société

---

<sup>135</sup> Ces documents sont le texte de résolution de l'augmentation de capital, le rapport de l'augmentation de capital et la liste (ou le registre en droit irakien) des actionnaires .

<sup>136</sup> Art. R. 225-89 al.2, L. 225-147 et R. 225-136 du C. com. F. Pour les détails sur ces rapports, v. infra, p. 56 et s.

<sup>137</sup> Cette liste des actionnaires comprend les nom, prénom usuel et domicile de chaque titulaire d'actions nominatives. Le nombre d'actions dont chaque actionnaire est titulaire au porteur est en outre mentionné (art. L. 225-116, et R. 225-90 al.2 du C. com. F.).

<sup>138</sup> - Art. R. 236-3 al. 1 du C. com. F.

<sup>139</sup> Les documents prévus par article R. 236-3 al. 1 du C. com. F. sont les suivants :

- le projet de fusion et de l'augmentation de capital ;
- le cas échéant, le rapport du conseil d'administration, le rapport du commissaire à la fusion et le rapport du commissaire aux apports ;
- les comptes annuels approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices ;
- un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieur de plus de six mois à la date du projet de fusion, doit être antérieur de moins de trois mois à la date de ce projet.

<sup>140</sup> Pour plus de détails sur ces rapports, v. infra, p. 59 et s. et 87-89.

pour les trois derniers exercices et de son évaluation de l'état comptable réel pour une durée antérieure d'au moins trois mois à la date de proposition de ce projet.

Cependant la société absorbante n'est pas obligée de mettre ces documents à la disposition des actionnaires au siège social lorsqu'elle les publie sur son site internet (sauf le cas où ce site n'est plus accessible) dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents<sup>141</sup>.

**130.** Pour ce qui concerne spécifiquement les SA cotées, le droit français les oblige à publier sur leurs sites internet certains documents, outre ceux fixés dans l'obligation de communication au siège social. Cette publication doit être faite pendant une période ininterrompue commençant au plus tard le vingt et unième jour précédant l'assemblée<sup>142</sup>, en raison de l'importance de la place occupée par ces sociétés sur le marché financier international.

Ces documents<sup>143</sup> sont portés à la connaissance des actionnaires sur l'avis de réunion : les droits de vote existants et les actions composant le capital ; les documents consultables en permanence et ceux pouvant être envoyés aux actionnaires ; le texte du projet de l'augmentation de capital et les formulaires de vote par correspondance et par procuration. Lorsque, pour des raisons techniques, ces formulaires ne peuvent être rendus accessibles sur son site internet, la société doit indiquer sur celui-ci les lieux et conditions dans lesquels ils peuvent être obtenus<sup>144</sup>.

**131.** On retrouve en droit irakien l'obligation de mise disposition de l'actionnaire de certains documents sociaux comparable à ceux visés par le droit français. Il s'agit de la résolution de l'augmentation de capital, des rapports de l'augmentation de capital<sup>145</sup> et du registre des actionnaires<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> Art. R. 236-3-1 al. 1 du C. com. F.

<sup>142</sup> Art. R. 225-73-1 al. 1 du C. com. F.

<sup>143</sup> Ces documents prévus par l'article R. 225-73-1 al.1 du C. com. F. sont suivants :

- l'avis de réunion ;
- le nombre total de droits de vote existant et le nombre d'actions composant le capital de la société à la date de la publication de l'avis de réunion, en précisant, le cas échéant, le nombre d'actions et de droits de vote existant à cette date pour chaque catégorie d'actions ;
- les documents prévoyant par les articles L. 225-115 et R. 225-83;
- le texte du projet de l'augmentation de capital qui sera présenté à l'assemblée par le conseil d'administration;
- les formulaires de vote par correspondance et de vote par procuration ou le document unique pour les deux formulaires précédents, sauf dans les cas où la société adresse ces formulaires à tous ses actionnaires.

<sup>144</sup> Art. R. 225-73-1 al. 2 du C. com. F.

<sup>145</sup> Art. L. 127 al. 2, L. 117 al. 6, L. 55 al. 4 et L. 56 al. 4 du C. SIA. V. égal. les R. DISI. MC. G.SA.

Pour les détails sur ces rapports, v. infra, p. 56 et s.

<sup>146</sup> Ce registre comprend les nom, prénom usuel de chaque actionnaire, sa nationalité sa profession ainsi que son domicile, le nombre de ses actions et leur date d'acquisition. Le nombre d'actions de chaque actionnaire et le montant délibéré de toute action. Le cas échéant, la date de perte de qualité d'actionnaire et sa cause (art. L. 132 al. 1 et L. 129 du C. SIA.).

**132.** Les registres et documents<sup>147</sup> (autres que ceux-ci sont identiques dans le droit français) consultables avant l'assemblée générale, permettront aux actionnaires d'obtenir des informations. Celles-ci les aident à saisir la situation financière<sup>148</sup>, l'évolution de la vie de la société sur différents plans<sup>149</sup> et la marche des affaires de la société pour l'exercice précédent<sup>150</sup> et ensuite à évaluer la position actuelle de celle-ci.

**133.** Dans le cas où l'augmentation de capital est le produit d'une opération de fusion-absorption, le droit irakien ne détermine pas précisément, à la différence du droit français, les documents consultables à l'occasion de cette opération. Mais il laisse les dispositions générales du droit à communication les déterminer. Cela signifie que ces documents sont les mêmes que ceux consultables avant l'assemblée annuelle, en retranchant certains qui n'intéressent que l'approbation des comptes annuels et en ajoutant d'autres qui concernent spécifiquement l'augmentation de capital résultant de la fusion-absorption. Par exemple, nous pouvons ajouter à ces documents le rapport du conseil d'administration sur le projet de la fusion-absorption de la société absorbante<sup>151</sup>. Il en résulte que ces documents prévus dans le droit irakien sont, pour la majorité, semblables à ceux exigés par droit français, sauf le(s) rapport(s) établi par les organes autres que le conseil d'administration<sup>152</sup>.

---

<sup>147</sup> Ces documents ainsi que la résolution de l'augmentation de capital et les rapports de l'augmentation de capital, sont consultables, en plus du siège social, avec l'avis de convocation diffusé car ils y sont joints. Conformément à l'article L. 127 al. 2 du C. SIA. prévoit : «En cas de SA, une copie de convocation destinée aux actionnaires pour la réunion de l'assemblée générale est envoyée (.....) Cette convocation est accompagnée des documents et rapports suivants : 1° La liste annuelle ; 2° Les comptes annuels de l'exercice précédent (....)

Y est joint également le rapport de conseil d'administration sur la marche des affaires de la société pour l'exercice précédent. Les actionnaires ont le droit de consulter et prendre copie de ce dernier rapport ainsi des autres documents et rapports».

<sup>148</sup> Cette situation comprend les comptes annuels de l'exercice précédent (art. L.127 al. 2-2° du C. SIA.) et du registre comptable dans lequel figure le relevé des rémunérations versées aux cinq personnes les mieux rémunérées dans la société (art. L. 132 al. 2 et L. 124 du C. SIA.).

<sup>149</sup> Cette situation comprend d'abord la liste annuelle. Celle-ci est prévue par les art. L. 127 al. 2-1° et L. 126 du C. SIA. En vertu de ces articles « cette liste est établie par le conseil d'administration pendant le premier mois de chaque année et contient les indications suivantes :

- la dénomination de la société, l'adresse de son siège social et, le cas échéant, de ses filiales ;
- le montant du capital social et le nombre des actions ;
- les pourcentages libérés du montant des actions pendant une année ainsi que les actions non libérées que les actionnaires n'ont plus le droit de garder ;
- les nom, prénom usuel, nationalité, profession, adresse, nombre d'actions, de chacun :

**a-** des organes sociaux ainsi que des actionnaires qui acquièrent la qualité d'actionnaire ou la perdent, à compter de la date de la dernière liste annuelle ou de la date du premier établissement de cette dernière.

**b-** du président du conseil d'administration, des administrateurs et du directeur délégué ».

Ensuite, cette situation comprend certains registres :

- le registre de présence des assemblées qui comporte les nom, prénom usuel de chaque participant à l'assemblée et le nombre d'actions détenu ou représenté par celui-ci (art. L. 132 al. 2 et L. 94 al. 1 du C. SIA.).

- le registre des procès-verbaux et des décisions des assemblées générales (art. L. 132 al. 2 et L. 96 al. 1 et 2 du C. SIA.).

<sup>150</sup> Cette situation comprend le rapport du conseil d'administration sur la marche des affaires de la société pour l'exercice précédent (art. L. 127 al. 2 et L. 134 du C.SIA.). Conformément l'article L. 134 du C. SIA. ce rapport contient les informations suivantes :

- «- Les conventions générales passées par la société pendant l'exercice précédent et celles passées apportant des intérêts : aux actionnaires détenant 10 % ou plus du capital social ; aux administrateurs et au directeur délégué et à leurs proches, aux autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration; à tous autres organes que ceux-ci.

- les résultats de l'entreprise comprennent les recettes et les dividendes nets distribués.

- la réserve de la société et ses utilisations.

- le montant global des rémunérations et des primes en numéraire ou nature versées aux administrateurs et au directeur délégué en cours de fonction et les précédents.

- les charges sociales de la publicité, les frais de déplacement, de réception, les donations et leurs justificatifs».

<sup>151</sup> Art. L. 127 al. 2, L. 117 al. 6 et L. 150 al. 1 du C. SIA. V. égal. R. DISI. MC. G.SA.

<sup>152</sup> Pour comprendre les détails sur ce(s) rapport(s), v. infra, p. 78 et s. et 89 et s.

Il serait judicieux que le droit irakien prévoie de déterminer les documents consultables à l'occasion de l'augmentation de capital résultant de la fusion-absorption dans le but de garantir une communication plus complète aux actionnaires.

**134.** Par ailleurs, contrairement au droit français, le droit irakien ne prévoit pas d'obliger les SA cotées à publier sur leurs sites Internet<sup>153</sup>. Nous pensons qu'il serait souhaitable que le droit irakien prévoie cette obligation afin d'inciter les sociétés à suivre le mouvement de la vie des affaires internationales et ensuite de proposer aux actionnaires deux modes de communication.

## **2- Documents sociaux envoyés à l'actionnaire**

**135.** Des documents sociaux sont envoyés à l'actionnaire sur sa demande, que ce soit lors d'une demande de documents déterminés par la loi ou de formulaire de procuration.

**136.** Concernant la demande par l'actionnaire de certains documents déterminés par la loi, les deux droits étudiés se différencient sur ce point. Le droit français prévoit ces documents en accordant à l'actionnaire la possibilité de demander à la société de les lui envoyer. Cette possibilité permet à l'actionnaire d'obtenir certaines informations importantes sur la(les) résolution(s) proposée(s)<sup>154</sup>.

**137.** Le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, d'accorder à l'actionnaire cette faculté, se contentant, à notre avis, de donner la communication au siège social. Mais cette faculté est, à notre avis, intéressante car elle permet à l'actionnaire d'obtenir certaines informations importantes sur la(les) résolution(s) proposée(s), notamment s'il lui est difficile ou impossible d'aller au siège social dans le cas par exemple d'un actionnaire travaillant comme salarié dans une autre société, de maladie ou de voyage. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie cette possibilité d'envoi et les documents pouvant être demandés, comme c'est le cas en droit français.

---

<sup>153</sup> V. supra, n° 93.

<sup>154</sup> Ces informations prévues par l'article R. 225-88 et R. 225-83 du C. com. F., sont suivantes:

- les nom et prénom usuel des administrateurs et directeurs généraux;
- le texte du projet de l'augmentation de capital présenté par le conseil d'administration;
- le cas échéant, le texte et l'exposé des motifs des projets de résolution présentés par des actionnaires ainsi que la liste des points ajoutés à l'ordre du jour à leur demande ;
- le rapport du conseil d'administration, qui sera présenté à l'assemblée en vue de voter le projet de l'augmentation de capital;
- le rapport des commissaires aux comptes, qui sera, le cas échéant, présenté à l'assemblée afin de voter le projet de l'augmentation de capital.



**138.** Concernant la demande par l'actionnaire d'un formulaire de procuration, les deux droits étudiés diffèrent. Seul le droit français oblige la société à adresser certains documents à l'actionnaire demandeur d'un formulaire de procuration.

L'objectif de cette obligation est de fournir à l'actionnaire demandeur des informations<sup>155</sup> sur : le contenu de la convocation d'une assemblée devant statuer sur l'augmentation de capital et la situation de la société pendant l'exercice écoulé ainsi ses résultats au cours de chacun des cinq derniers exercices. De plus, sont également notifiées les modalités de demande d'envoi des documents et de vote par correspondance ; les dispositions de représentation de l'actionnaire à l'assemblée et les choix possibles en cas d'absence de l'actionnaire à l'assemblée ; l'impossibilité de retourner à la société à la fois le formulaire de procuration et le formulaire de vote par correspondance.

**139.** Le droit irakien, d'abord, ne donne pas à l'actionnaire, à la différence du droit français, la possibilité de demander à la société de lui envoyer un formulaire de procuration, mais il lui permet de le retirer au siège<sup>156</sup>.

Ensuite, même s'il permet à l'actionnaire la demande directe de ce formulaire, il n'oblige pas la société, comme c'est le cas en droit français, à lui fournir d'autres documents que celui-ci.

En raison de cette obligation de requérir le formulaire de procuration au siège social, nous pensons que cela n'a pas de sens de demander au droit irakien de prévoir l'obligation de fournir à l'actionnaire, en outre, d'autres documents.

Après avoir vu l'information de l'actionnaire à l'issue de la convocation, nous savons, par certains détails de cette information, que l'actionnaire peut s'informer sur le(s) rapport(s) relatifs à l'augmentation de capital. Mais nous ne savons pas à qui il revient d'établir ce(s) rapport(s) et quelles informations présenter. Nous y répondrons dans notre prochaine section.

---

<sup>155</sup> Ces informations prévues par l'article R. 225-88 et R. 225-81 du C. com. F., sont suivantes: - l'ordre du jour ;  
- le texte du projet d'augmentation de capital présenté par le conseil d'administration, ainsi que le texte des projets de résolution présentés par des actionnaires et les points ajoutés, le cas échéant, à l'ordre du jour à leur demande ;  
- un exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé, joint à un tableau faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices ;  
- une formule de demande d'envoi des documents et renseignements ;  
- un formulaire de vote par correspondance ;  
- le rappel de manière très apparente des dispositions de représentation de l'actionnaire à l'assemblée ;  
- l'indication que l'actionnaire, à défaut d'assister personnellement à l'assemblée, a la faculté d'utiliser l'une des trois formules, soit donner une procuration, soit voter par correspondance, soit adresser une procuration à la société sans indication de mandat ;  
- l'indication qu'en aucun cas l'actionnaire ne peut retourner à la société à la fois la formule de procuration et le formulaire de vote par correspondance.

<sup>156</sup> Art. L. 91 al. 1 et 3-2° du C. SIA.

## **Section 2 : Information accordée aux actionnaires par le(s) rapport(s) relatifs à l'augmentation de capital**

**140.** Nous avons déjà montré que l'actionnaire a le droit de communication. Il peut consulter le rapport d'augmentation de capital afin d'obtenir des informations sur la résolution de l'augmentation de capital. Les informations de ce rapport sont présentées par le conseil d'administration, ainsi que, le cas échéant, par d'autres organes que celui-ci. Mais il peut comporter des informations fausses qui conduisent à tromper l'actionnaire. En effet les deux droits étudiés exigent de respecter certaines règles lors de l'établissement de ce rapport pour que l'actionnaire bénéficie d'une information exacte. Pourtant cette protection n'a pas la même force dans les deux droits étudiés car ils différencient les augmentations de capital autorisées et, dans certaines augmentations, l'organe qui présente le rapport.

**141.** Nous envisagerons dans un premier temps l'information accordée à l'issue du rapport présenté par le conseil d'administration (**S.section1**) puis nous nous intéresserons à l'information accordée à l'issue du rapport présenté par les organes autres que le conseil d'administration (**S.section2**).

### **S. section 1 : Information accordée à l'issue du rapport d'une augmentation de capital présenté par le conseil d'administration**

**142.** Le conseil d'administration est l'organe essentiellement responsable de la direction de la société. Aussi, en présence d'une résolution d'augmentation de capital, il lui incombe de présenter un rapport sur celle-ci.

**143.** Dans le droit français, prévoit la répartition des pouvoirs entre les organes sociaux relativement à l'augmentation de capital. L'article L. 225-129 al. 1 du C. com. F. précise en ce sens : *«L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d'administration (...), une augmentation de capital (.....)»*. L'article L. 225-135 al. 2 du même code précise pour sa part : *«Elle [assemblée compétente de l'augmentation de capital] statue sur rapport du conseil d'administration ou du directoire»*. Enfin, l'article R. 225-89 al. 2 du même code prévoit : *«Tout actionnaire a également le droit,(.....), de prendre connaissance,(.....), du rapport du conseil d'administration (...)»*.

Il résulte de ces dispositions que le conseil d'administration doit présenter un rapport sur la résolution de l'augmentation de capital. Ce rapport fait l'objet de communication à l'actionnaire.

**144.** Dans le droit irakien, l'article. L. 117 al. 6 du C. SIA. prévoit : «*Le conseil d'administration a les pouvoirs généraux (.....), en particulier ceux-ci suivants : 6- préparer des rapports et des statistiques en vue de développer l'activité de la société*». De plus, les R. DISI. MC. G.SA<sup>157</sup> prévoient que : «*Les documents exigés, par le département d'immatriculation des sociétés irakiennes en vue d'obtenir son accord de procéder à la convocation d'une assemblée générale, sont les suivants : (...) 4- En cas où l'ordre du jour comprend (....) ou la question d'une augmentation de capital social, il faut présenter au greffier (.....) et le rapport d'utilité économique de l'augmentation de capital*». En outre, l'article L. 127 al. 2 du C. SIA. dispose : «*En cas de SA, une copie de convocation, destinée aux actionnaires pour la réunion de l'assemblée générale, est envoyée au greffier. Cette convocation est accompagnée des documents et des rapports suivants : (...) Les actionnaires ont le droit de consulter et prendre copie du rapport (...), des documents et autres rapports*». Il en résulte que le conseil d'administration a une obligation, comme en droit français, de présenter un rapport sur la résolution de l'augmentation de capital. Ce rapport est nécessaire, à la différence du droit français, pour obtenir l'accord du département d'immatriculation des sociétés irakiennes (le greffier) afin de procéder à la convocation d'une assemblée<sup>158</sup>. Lors de la diffusion de cette convocation, ce rapport est joint afin de permettre à l'actionnaire de le consulter.

**145.** En outre, le conseil d'administration est en général soumis à certaines limitations au moment de remplir ses fonctions. Il en est ainsi lors de la préparation de la résolution de l'augmentation de capital. En raison de l'établissement du rapport comme une des procédures préparatoires de celle-ci, le conseil d'administration a l'obligation de ne pas violer ces limitations lors de son établissement. Pour cela, les deux droits étudiés imposent au conseil d'administration de respecter l'objet social<sup>159</sup>. Ce dernier est «le type d'activité que la société exerce concrètement (transport, vente d'appareils électroménagers...), en vue de poursuivre la finalité qui lui est assignée par la loi (partager des bénéfices ou réaliser des économies)»<sup>160</sup>. Le conseil d'administration ne peut donc pas établir un rapport, à l'occasion de l'augmentation de capital, sur l'investissement dans une activité hors de l'objet social. Ainsi si l'objet social d'une société est le transport, il lui est impossible d'établir un rapport, à l'occasion de l'augmentation de son capital, pour investir dans l'agriculture. Cela se justifie par le fait que toute société a un seul objet social à respecter, quand bien même une modification peut en être réalisée lors de l'exercice de ses activités.

---

<sup>157</sup> V. R. DISI. MC. G.SA, p. 11.

<sup>158</sup> V. supra, n° 36.

<sup>159</sup> Art. L. 225-35 al.1 du C. com. F. et B. DONDERO, La capacité et représentation des sociétés, Bull. Joly Sociétés septembre n° 09/2016, n° 11, (lu l'article sur Lextenso. fr). V. égal. art. L. 117 al. 4 du C. SIA. prévoit : « Le conseil d'administration a les pouvoirs (....), en particulier ceux-ci suivants : 4- la délibération et la validation (...) dans la limitation de l'objet social, (...) ».

<sup>160</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p.29.

**146.** Pour ce qui est de l'obligation de loyauté envers les actionnaires, à laquelle le conseil d'administration est tenu, le C. com. F. ne la prévoit pas. Mais, à la lecture de la jurisprudence française<sup>161</sup>, nous observons que cette dernière soumet explicitement les dirigeants<sup>162</sup> à cette obligation. Comme le conseil d'administration a ce pouvoir, il est tenu par cette obligation. Cela est également confirmé par Paul DIDIER qui montre que le devoir de loyauté envers les actionnaires est imposé à tous les membres de la direction ou du conseil d'administration<sup>163</sup>.

**147.** Le droit irakien ne prévoit pas expressément que le conseil d'administration soit tenu à l'obligation de loyauté envers les actionnaires. Mais en référence aux règles générales du C. civ. I<sup>164</sup> (art. 150 de ce code) et à l'article L. 119 al. 1 sur renvoi à L. 4 al. 3-1° du C. SIA., nous remarquons que ce conseil d'administration est tenu, lors de l'exercice de ses pouvoirs, au devoir de bonne foi et du respect des intérêts des actionnaires. Analysant ces devoirs, nous trouvons que le conseil d'administration a sous-entendu une obligation de loyauté envers les actionnaires<sup>165</sup>.

En effet, le conseil d'administration fait peser également cette obligation de loyauté lors de l'établissement d'un rapport sur la résolution de l'augmentation de capital car celui-ci comporte des informations importantes pour les actionnaires. Cette obligation de loyauté est considérée comme une des obligations négatives du conseil d'administration à qui il est interdit de profiter de ses fonctions (pouvoirs, information...) dans le but de porter atteinte aux droits des actionnaires ou des tiers<sup>166</sup>. Ce conseil d'administration a donc l'interdiction de profiter du pouvoir d'établissement du rapport de l'augmentation de capital, en introduisant des informations fausses par exemple, afin de convaincre l'actionnaire au vote de la résolution et d'en faire bénéficier ses membres.

**148.** La question se pose de savoir quelle est l'information accordée aux actionnaires par ce rapport d'augmentation de capital.

---

<sup>161</sup> Cass. com., 12 mai 2004, n° pourvoi 00-15618, Bull.2004, IV, n° 94, p.97. V. égal. Cass. com., 18 décembre 2012, n° pourvoi 11-24305, Bull.2012,IV, n° 233.

<sup>162</sup> Les dirigeants sont les personnes qui ont le pouvoir de gérer, administrer, diriger ou représenter un groupement, doté ou non de la personnalité morale, v. P. DIDIER, Droit commercial, tome 2, Les entreprises en société, cité par T. MASSART, note sous Cass. com., 12 mars 2013, Le devoir de loyauté face à l'obligation de confidentialité, Rev. sociétés décembre 2013, n° 12, p. 691.

<sup>163</sup> P. DIDIER, op. cit., p. 691.

<sup>164</sup> Art. L. 150 C. civ. I prévoit : «Le contrat doit s'accomplir en conformité de (...) et d'une manière compatible avec l'obligation de bonne foi».

<sup>165</sup> V. également A. Y. A.-R. AL-DABBAGH, *Le conseil d'administration des SA privées- étude comparée, mémoire Mossoul, Irak, 2003, p.99.*

<sup>166</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p.323. V. égal. W. S. HATOUM, *Le rôle de l'intérêt social à la protection des sociétés commerciales- étude comparée du droit français et du droit libanais, Liban, 1<sup>e</sup> éd., AL. Halabi juridique 2007, p.548.*

Nous pouvons répondre que cette information est donnée par le rapport commun d'augmentation de capital (§1) ou le rapport spécifique d'augmentation de capital (§2) ou le rapport particulier en cas de l'émission d'actions de préférence (§3).

Alors que le droit français prévoit ces différents rapports, le droit irakien ne prévoit que le premier de manière générale. Le second n'est envisagé que dans certaines situations.

### **§1 : Rapport commun**

**149.** Les deux droits étudiés se différenciant quant aux règles applicables relativement à ce rapport, nous en examinerons successivement le contenu.

**150.** Le droit français dispose que le conseil d'administration, à l'occasion de l'augmentation de capital doit présenter un rapport<sup>167</sup>. Ce rapport est commun pour toutes les augmentations de capital sans suppression du DPS, sauf un seul cas d'émission d'actions de préférence<sup>168</sup>. Il doit contenir des informations déterminées<sup>169</sup> afin de renseigner l'actionnaire d'une manière claire sur la résolution de l'augmentation de capital. Ces informations sont prévues par l'article R. 225-113 du C. com. F. aux termes duquel : «*Le conseil d'administration (...) donne, dans le rapport prévu à l'article L. 225-129, toutes indications utiles sur les motifs de l'augmentation du capital proposée ainsi que sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été tenue, pendant l'exercice précédent. Le cas échéant, le conseil d'administration (...) indique le montant maximal de l'augmentation de capital* »<sup>170</sup>. Nous percevons que ces informations sont utiles à l'actionnaire afin de comprendre quel est le but des fonds résultant de cette augmentation et ensuite de savoir si la société a un besoin sérieux de ceux-ci ou non. Elles lui permettent de connaître la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et la position financière actuelle de la société. La connaissance de cette dernière l'autorise à déterminer les mesures exigées à l'occasion d'augmentation de capital, par exemple le montant de l'augmentation et le prix des actions. Elles accordent aux actionnaires, si l'assemblée délègue sa compétence pour décider de l'augmentation de capital au conseil d'administration, la possibilité de comprendre le montant maximal de l'augmentation de capital. La raison de réserver cette indication (le montant maximal) à cette hypothèse est que l'assemblée doit, lors de celle-ci, déterminer le montant maximal de l'augmentation de capital<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> Art. L. 225-129 al. 1 du C. com. F.

<sup>168</sup> V. infra, n° 172.

<sup>169</sup> Art. L. 225-139 du C. com. F.

<sup>170</sup> C. PENHOAT, Droit des sociétés et des autres groupements, Gualino, 6<sup>e</sup> éd., 2004, p. 132. V.égal. L. MOSSER, La confiance en droit des sociétés : l'information des associés minoritaires, gage de leur confiance, Gaz. Pal. Rec. Bim. 1<sup>er</sup> janvier 2013, n° spécial 365 à 1, p.671.

<sup>171</sup> Art. L. 225-129-2 du C. com. F.

La jurisprudence française confirme aussi le contenu de ce rapport commun en exigeant que ce dernier comprenne des informations claires, spécifiques et circonstanciées<sup>172</sup>.

**151.** Le droit irakien, contrairement au droit français, prévoit ce rapport dans une seule augmentation parmi les augmentations de capital sans suppression du DPS<sup>173</sup> (celle qui est réalisée par une offre au public dans le marché de l'Irak des valeurs mobilières). Nous pensons que cela est une omission législative pour deux raisons. On relève d'une part, que le code des sociétés irakiennes antérieur n° 21-1997<sup>174</sup> l'a prévu de façon globale pour toutes les augmentations de capital sans suppression du DPS.

D'autre part, que les R. DISI. MC. G.SA soumettent le conseil d'administration à ce rapport, lors de l'obtention de l'accord de ce département pour convoquer une assemblée devant statuer sur l'augmentation de capital, sans distinction d'une augmentation par offre au public ou non<sup>175</sup>. Pour éviter tout doute sur l'obligation de présenter le rapport du conseil d'administration aux actionnaires et parce que ce rapport est important, quelle que soit l'augmentation, pour l'information des actionnaires de manière précise sur la résolution de l'augmentation de capital, il serait souhaitable que le droit irakien prévoit de façon globale la présentation de ce rapport pour toutes les augmentations de capital.

Pour le contenu de ce rapport, le droit irakien prévoit dans l'article L. 55 al. 4 C. SIA. «(...) la SA présente (...) un rapport comprenant les motifs de l'augmentation de capital proposée, les buts de son utilisation et toute autre indication nécessaire ». Nous remarquons que le droit irakien ne prévoit pas certaines informations prévues par le droit français. Il ne prévoit pas l'obligation de mention des informations sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours. Cela s'explique, à notre avis, par le fait que ce droit se contente de prévoir le rapport comportant des informations sur la marche des affaires de la société pour l'exercice précédent<sup>176</sup> indépendamment du rapport d'augmentation de capital. Nous pensons que ceci est critiquable du fait que même si ce rapport est vraiment utile pour informer sur la position financière de la société pour l'exercice précédent, l'actionnaire a également besoin des informations sur la situation actuelle. L'information de ce dernier permet, comme nous avons mentionné ci-dessus, de déterminer les mesures exigées à l'occasion de l'augmentation de capital. Il serait judicieux que le droit irakien prévoit d'inclure dans le rapport d'augmentation de capital, à l'exemple du droit français, ces informations sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours.

---

<sup>172</sup> Cass. com., 27 mai 1997, n° pourvoi 95-15690, Bull. 1997, IV, n° 159, p.143.

<sup>173</sup> Art. L. 55 al.4 du C. SIA. prévoit : « En cas de l'augmentation de capital par une offre au public (...) la SA présente (...) un rapport comprenant les motifs de l'augmentation de capital proposée, les buts de son utilisation et toute autre indication nécessaire ».

<sup>174</sup> Art. L. 54 al. 3 du code des sociétés irakiennes antérieur n° 21-1997.

<sup>175</sup> V. supra, n° 36.

<sup>176</sup> Art. L. 127 al. 2 et L. 134 du C. SIA. V. note 149 et 150.

Quant à la mention du montant maximal de l'augmentation de capital, le droit irakien n'en dispose pas, contrairement au droit français. Cette non-disposition s'explique par le fait que le droit irakien ne prévoit pas la possibilité de déléguer la compétence, pour décider de l'augmentation de capital, au conseil d'administration, dans le but, à notre avis, de réserver à l'assemblée générale le pouvoir de prise des décisions graves sur la vie de la société.

Par ailleurs, il nous apparaît que le droit irakien, à la différence droit français, laisse une marge de liberté au conseil d'administration en lui permettant d'intégrer dans le rapport de l'augmentation de capital toute autre information qui lui semble nécessaire. Cette liberté octroyée est, à notre avis, particulièrement judicieuse parce qu'elle vient s'ajouter aux informations déterminées dans ce rapport. Ceci conduit à ne pas permettre au conseil d'administration d'investir cette liberté en vue de fausser l'information exigée de l'actionnaire. De plus, elle permet au conseil d'administration d'ajouter toute indication relative à l'information de l'actionnaire sur la résolution de l'augmentation, par exemple l'indication du prix d'émission ou des modalités de sa détermination.

## **§2- Rapport spécifique lors d'une suppression du DPS**

**152.** Comme cette augmentation est exceptionnellement permise, il est normal que son utilisation soit limitée afin de présenter les informations spécifiques à l'actionnaire. Le contenu de ces informations est prévu par le droit français alors que le droit irakien ne le prévoit que dans une seule situation.

**153.** Nous exposerons séparément l'information exigée en droit français au cours de l'augmentation de capital sans le DPS **(A)** et celle prévue en droit irakien **(B)**.

### **A- Information exigée en droit français**

**154.** Le droit français prévoit deux types d'information, l'information commune **(1)** et l'information propre **(2)**.

#### **1- Information commune**

**155.** Lorsqu'il y a une augmentation de capital sans DPS, le conseil d'administration tient à fournir les informations spécifiques aux actionnaires<sup>177</sup>. Ces dernières sont communes pour toutes les suppressions du DPS, qu'elles soient ou non assorties d'une délégation. Elles sont exigées par l'article R. 225-114 al.1 du C. com. F. «*Le rapport du conseil d'administration (...) prévu à l'article L. 225-135 indique le montant maximal et les motifs de l'augmentation de capital proposée, ainsi que les motifs de la proposition de suppression du droit préférentiel de souscription*»<sup>178</sup>. Nous remarquons que la mention de ce montant maximal est intéressante car elle permet aux actionnaires de comprendre le plafond proposé pour l'augmentation de capital avec suppression du DPS. Cette mention est incluse dans les trois hypothèses<sup>179</sup>, la troisième hypothèse ne la prévoyant que de manière optionnelle à l'article R. 225-113 du C. com. F. L'objectif de cette inclusion est, à notre avis, d'organiser la faculté de suppression du droit DPS et de réduire certains de ses effets néfastes sur les droits des actionnaires.

La dernière mention prévue par cet article R. 225-114 al. 1 du C. com. F. permet aux actionnaires de comprendre les motifs de la proposition de suppression du DPS, de savoir si ces motifs sont menés dans l'intérêt de la société ou non et ensuite de voter pour ou contre sur cette proposition.

**156.** Outre ces informations spécifiques exigées par l'article R. 225-114 al. 1 du C. com. F., le conseil d'administration vient ajouter une autre information. Celle-ci est prévue par l'article R. 225-115 al. 1 du C.com. F. et qui permet aux actionnaires (pour toutes les SA) de comprendre l'incidence de l'émission proposée sur la situation des titulaires de titres de capital, en particulier en ce qui concerne leur quote-part des capitaux propres à la clôture du dernier exercice. Elle leur permet également (pour les SA cotées) de comprendre l'incidence théorique de l'émission sur la valeur boursière actuelle de l'action telle qu'elle résulte de la moyenne des vingt séances de bourse précédentes<sup>180</sup>. Mais nous notons que cette obligation incombant au conseil d'administration est réservée à une seule hypothèse (seulement la décision de l'augmentation de capital avec suppression du DPS par l'assemblée générale compétente sans octroi d'aucune délégation. L'article R. 225-115 al. 1 première phrase prévoit : «*Lorsque l'assemblée fixe elle-même toutes les modalités de l'augmentation de capital avec suppression*

---

<sup>177</sup> Art. L. 225-135 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>178</sup> Cass. com., 22 novembre 1971, n° pourvoi 69-11935, Bull. n° 282, p.264.

<sup>179</sup> La première hypothèse est : si l'assemblée décide d'une augmentation de capital en fixant elle-même toutes les modalités de l'émission des titres), la deuxième est : si elle décide d'une augmentation de capital en déléguant au conseil d'administration son pouvoir de fixer ces modalités) et la dernière est : si elle délègue au conseil d'administration sa compétence pour décider de l'augmentation de capital en prévoyant certaines limites V. art. L. 225-129-1 et L. 225-129-2 du C. com. F.

<sup>180</sup> Art. R. 225-115 al.1 du C. com. F.



*du droit préférentiel de souscription, le rapport mentionné à l'article R. 225-114 indique également»<sup>181</sup>.*

## **2- Information propre**

**157.** Cette information se présente lors de la suppression du DPS sans indication de bénéficiaires **(a)** et lors de la suppression du DPS au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de bénéficiaires **(b)**.

### **a- Possibilité de suppression du DPS sans indication de bénéficiaires (seulement le cas par offre au public ou par placement privé<sup>182</sup>)**

**158.** Cette possibilité de suppression est réservée aux sociétés faisant offre au public. Le conseil d'administration est tenu de présenter, en plus de l'information commune, l'information propre quelle que soit la suppression du DPS assortie ou non à une délégation. Cette information propre est intéressante pour l'actionnaire car elle lui permet de comprendre les modalités de placement des actions nouvelles avec leur justification et le prix d'émission proposé ou les modalités de sa détermination<sup>183</sup>.

### **b- Possibilité<sup>184</sup> de suppression du DPS au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées<sup>185</sup>**

**159.** Dans cette faculté, le conseil d'administration doit présenter, en plus de l'information commune, deux modes de l'information propre aux actionnaires.

---

<sup>181</sup> Pour connaître les autres hypothèses, v. note 179.

<sup>182</sup> Pour comprendre les détails sur cette possibilité de suppression du DPS, v. infra, p. 230 à 233.

<sup>183</sup> Art. L. 225-135 al. 1 et 2 sur renvoi au L. 225-136 sur renvoi au R. 225-114 al. 2 (1°) du C. com. F. prévoit : « Dans les cas prévus à l'article L. 225-136 (...), les modalités de placement des nouveaux titres de capital (...) et, avec leur justification, le prix d'émission ou les modalités de sa détermination » ; V. égal. A. COURET et J.-L. MEDUS, Les augmentations de capital, éd., Economica, 1994, p. 28.

<sup>184</sup> Pour comprendre les détails sur cette possibilité de suppression du DPS, v. infra, p. 233 et s.

<sup>185</sup> Il faut comprendre que l'information relative cette possibilité ne comprend pas l'augmentation de capital par l'émission d'action de préférence au profit d'une catégorie d'actionnaires (ou tiers) déterminés, v. infra, n° 172.

**160.** Le premier mode de cette information propre<sup>186</sup> doit être présenté hors l'hypothèse de la décision de l'augmentation de capital par l'assemblée générale compétente (lors de l'existence de la délégation de compétence). Il est utile car il permet aux actionnaires de connaître précisément le nom des attributaires des nouveaux titres de capital. Cette connaissance peut limiter la possibilité de tirer profit de la suppression du DPS en vue d'intérêts individuels. Ce mode leur permet également de connaître les catégories de personnes concernées et ensuite de savoir si les règles déterminant ces catégories de personnes correspondent ou non aux motifs de la suppression du DPS. Il leur permet enfin de connaître le nombre des nouveaux titres de capital répartissant les droits sociaux, ou au moins comprendre les modalités d'attribution de ces titres.

**161.** Le deuxième mode doit être présenté lors de l'hypothèse de la décision de l'augmentation de capital par l'assemblée générale compétente (soit lors d'inexistence une délégation soit lors de l'existence seulement de la délégation de pouvoir). Il est également intéressant pour l'actionnaire parce qu'il lui permet de comprendre les modalités de placement des actions nouvelles avec leur justification et le prix d'émission proposée ou les modalités de sa détermination<sup>187</sup>.

**162.** Pourtant, dans la deuxième possibilité de suppression du DPS, outre cette information commune<sup>188</sup>, l'information propre est exigée. Cette suppression est proposée, lors de l'augmentation résultant de l'opération de la fusion-absorption ou la fusion-scission<sup>189</sup>, aux actionnaires de la société bénéficiaire d'apport (absorbante). Nous limitons cette proposition à ceux de la société bénéficiaire d'apport car seulement dans cette dernière, l'augmentation de capital est réalisée. Le conseil d'administration de cette société doit présenter, sauf si tous les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion décident unanimement de ne pas faire désigner un commissaire<sup>190</sup>, l'information propre aux actionnaires de celle-ci.

Cette information propre doit être distinguée en deux cas.

---

<sup>186</sup> Art. L. 225-135 al. 1 et 2 sur renvoi au L. 225-138 I sur renvoi au R. 225-114 al. 3 (2°) du C. com. F. «Il indique en outre : 2° Dans le cas prévu au I de l'article L. 225-138, le nom des attributaires des nouveaux titres de capital (...), ou les caractéristiques des catégories de personnes concernées, et le nombre de titres attribués à chaque personne ou catégorie de personnes ou les modalités d'attribution des titres ».

<sup>187</sup> Art. L. 225-135 al. 1 et 2 sur renvoi au L. 225-138 II sur renvoi au R. 225-114 al. 2 (1°) du C. com. F. « 1° Dans les cas prévus (...) au II de l'article L. 225-138, les modalités de placement des nouveaux titres de capital (...) et, avec leur justification, le prix d'émission ou les modalités de sa détermination ».

<sup>188</sup> Art. R.225-114 al. 1 et 2-2° et R. 225-115 al. 1 du C. com. F. Pour comprendre le contenu de ces articles, v. supra, n° 155 à 156.

<sup>189</sup> Pour comprendre ces opération, v. infra, 86 à 89.

<sup>190</sup> Art. L. 236-9 al. 3 sur renvoi à l'article L. 236-10 II du C. com. F.

**163.** Dans le premier cas (l'opération de la fusion-absorption), cette information propre<sup>191</sup> permet aux actionnaires de la société bénéficiaire (absorbante) de cette opération de prendre pleine connaissance de celle-ci, de ses justifications et de ses motifs, de comprendre le respect de la parité quant au rapport d'échange des actions et aux critères d'évaluation utilisés et, le cas échéant, de connaître les difficultés particulières d'évaluation.

**164.** Dans le deuxième cas (l'opération de la fusion-scission pour les sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine), cette information propre est exigée, en plus de l'information aux actionnaires prévue lors de l'opération de la fusion-absorption<sup>192</sup>. Cette information propre est utile aux actionnaires parce qu'elle attire leur attention sur l'établissement du rapport de(s) commissaire(s) aux apports et sur son lieu du dépôt qui est le greffe du tribunal de commerce du siège de la société bénéficiaire<sup>193</sup>. Nous regrettons que le droit français réserve cette information propre à l'opération de fusion-scission alors même que cette information est tout aussi utile aux actionnaires lors de la fusion-absorption.

## **B- Information prévue en droit irakien**

**165.** Nous ne pouvons pas développer cette question en utilisant la même manière de l'exposer qu'en droit français, car l'organisation de cette question est un peu différente en droit irakien. Nous devons alors la développer par deux situations, la situation explicite de suppression du DPS pour les SA bancaires **(1)** et la situation implicite de suppression du DPS pour toutes les SA **(2)**.

### **1- Situation explicite de suppression du DPS pour les SA bancaires**

**166.** Le droit irakien<sup>194</sup> prévoit explicitement, par cette situation, la faculté de suppression du DPS. Il la réserve aux SA du secteur bancaire. Cette suppression du DPS est proposée seulement

---

<sup>191</sup> Art. R.236-5 al. 1 du C. com. F. prévoit : « Le rapport du conseil d'administration (...) explique et justifie le projet de manière détaillée, du point de vue juridique et économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluation utilisées, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation ».

<sup>192</sup> Art. R. 236-5 al.1 et 2 du C. com. F.

<sup>193</sup> Art. R. 236-5 al. 2 du C. com. F.

<sup>194</sup> Art. L. 56 al. 4 du C. SIA.

au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées <sup>195</sup> (hors des bénéficiaires de fusion ou de scission).

**167.** Pour l'information aux actionnaires exigée lors de cette suppression, contrairement au droit français, le droit irakien ne soumet pas expressément le conseil d'administration à l'obligation de présenter l'information spécifique (l'information commune et propre est destinée seulement aux bénéficiaires dénommés non concernés par la fusion ou la scission). Mais cela ne signifie pas que le droit irakien permet d'utiliser cette suppression du DPS sans présentation d'une information spécifique aux actionnaires. A la lecture approfondie des articles L. 56 al. 4-2<sup>196</sup> et L. 127 al. 2<sup>197</sup> du C. SIA., nous pouvons comprendre que le conseil d'administration tient tacitement à cette présentation aux actionnaires. Cette obligation, à notre avis, trouve en particulier son fondement dans l'article L. 56 al. 4-2° C. SIA. la prévoyant, la limitation d'utilisation de cette suppression DPS étant d'obtenir l'acceptation de la banque centrale irakienne sur toutes les conditions d'émission proposée. Cette banque ne peut pas connaître ces conditions sans la présentation d'un rapport détaillé. Ce rapport est normalement présenté par le conseil d'administration car ce dernier a l'obligation de préparer des rapports en vue de développer l'activité de la société<sup>198</sup>. Ceci est conforté par le fait qu'une disposition prévue dans le code des banques accorde à la banque centrale irakienne la faculté de demander, à la direction des sociétés bancaires, de lui présenter toutes informations, rapports ou documents en vue de l'exercice de son contrôle sur celles-ci<sup>199</sup>. Nous pensons qu'il serait préférable que le droit irakien prévoit expressément l'information des actionnaires par le conseil d'administration lors de cette suppression du DPS.

**168.** Par ailleurs, nous remarquons que le droit irakien ne prévoit pas, comme c'est le cas dans le droit français, le contenu de cette information spécifique concernant cette suppression DPS car l'article prévoyant cette suppression DPS ne le spécifie pas. Cette absence s'explique, à notre avis, par le désir implicite du législateur de l'application à cette suppression DPS des informations prévues dans le rapport commun. Pourtant, en comparaison du contenu de ce dernier avec l'information spécifique concernant cette suppression DPS dans le droit français, nous trouvons qu'il ne peut pas à lui tout seul répondre à l'information exigée par cette suppression. En effet, nous pensons que cette absence est une lacune juridique à combler dans

---

<sup>195</sup> Pour comprendre cette suppression du DPS, v. infra, p. 250 et s.

<sup>196</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA. prévoit : « En cas d'augmentation du capital d'une banque par l'émission d'actions nouvelles contre leurs valeurs en numéraire, la société [bancaire] peut émettre des actions sans la souscription au public et sans offre réservée aux anciens actionnaires, ou (...), à condition de remplir les exigences suivantes : 2- la banque centrale irakienne accepte, à toutes conditions d'émission, en conformité (...). »

<sup>197</sup> V. note 149.

<sup>198</sup> V. supra, n° 144.

<sup>199</sup> Art. L. 53 al. 2° prévu à la section du contrôle des banques dans le code des banques irakien «La banque centrale irakienne a le droit de demander à la direction des sociétés bancaires,(...), de lui présenter, (...), toutes informations, rapports ou documents (...) ».

le but d'informer l'actionnaire d'une manière précise sur cette suppression du DPS et de déterminer clairement les informations à présenter à la banque centrale irakienne.

Cette lacune serait comblée, à notre avis, en enrichissant le rapport commun du droit irakien de l'information exigée pour cette suppression du DPS en droit français (l'information commune et propre seulement des bénéficiaires dénommés non concernés par la fusion ou la scission).

Cette combinaison vise à composer une information spécifique concordante. Cette dernière doit donc contenir, à notre avis, les motifs de l'augmentation de capital proposée, les buts de son utilisation, le montant maximal, les motifs de la proposition de suppression du DPS, l'incidence de l'émission proposée sur la situation des titulaires de titres de capital (pour les SA cotées l'incidence théorique de l'émission sur la valeur boursière actuelle de l'action), le nom des attributaires des nouveaux titres, le nombre de titres attribués à chaque personne ou les modalités d'attribution des titres, les modalités de placement des actions nouvelles avec leur justification et le prix d'émission proposée ou les modalités de sa détermination.

## **2- Situation implicite de suppression du DPS pour toutes les SA**

**169.** Le droit irakien<sup>200</sup> prévoit implicitement, par cette situation, la faculté de suppression du DPS. Cette faculté est offerte à toutes les SA, sans distinction, et seulement lors de l'augmentation de capital entraînée par l'opération de fusion-absorption (et non de fusion-scission)<sup>201</sup>. Cette suppression du DPS est proposée, selon le droit irakien, seulement au profit des actionnaires de(s) la société(s) absorbée(s).

**170.** Quant à l'information exigée lors de cette suppression du DPS, il nous apparaît que, d'une part, le droit irakien est différent du droit français en matière d'information commune exigée lors de cette suppression du DPS, car il ne prévoit pas de la mettre à disposition des actionnaires de la société absorbante. Cette non mise à disposition s'explique, à notre avis, par la même raison que celle indiquée dans la situation précédente<sup>202</sup>. C'est-à-dire par le désir implicite du législateur de l'application des règles exigées pour l'information prévues dans le rapport commun à cette suppression DPS. Il serait alors souhaitable de combler cette absence, d'une manière appropriée à l'information propre exigée lors de la fusion en utilisant la même solution que pour les SA bancaires.

---

<sup>200</sup> V. les dispositions de la fusion (art. L. 148 à L. 152 du C. SIA.).

<sup>201</sup> Pour comprendre l'augmentation de capital résultant de l'opération de fusion-absorption et la suppression du DPS lors de cette augmentation, v. infra, p. 89 à 90.

<sup>202</sup> V. supra, n° 168.

D'autre part, le droit irakien est similaire avec le droit français en matière de prévision de l'information propre exigée<sup>203</sup> lors de cette suppression, seulement l'information propre concernant la fusion-absorption. Mais ces deux droits étudiés différencient dans les détails cette information propre. Celle-ci, exigée par le droit irakien à l'article L. 150 al. 1 C. SIA.<sup>204</sup>, permet aux actionnaires de comprendre les buts de la fusion-absorption, ses motifs, ses conditions et toute autre indication. A la différence du droit français, il apparaît que le droit irakien établit que cette information doit être présentée, sans prévoir d'exception sur cette mise à disposition. Cette exception prévue dans le droit français est : si tous les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion décident unanimement de ne pas faire désigner un commissaire. Malgré cette différence, nous remarquons que, de fait, ces droits étudiés respectent ce droit à l'information de l'actionnaire. Ce respect est clair alors même que le droit français prévoit cette exception, car il le restreint par le vote à l'unanimité. La raison de cette exception est, à notre avis, l'appréciation du législateur que la renonciation volontaire unanime des actionnaires, sur l'établissement des informations essentielles par un commissaire, a dépourvu de sa raison d'être cette information.

Contrairement au droit français<sup>205</sup>, le droit irakien ne prévoit pas, dans l'information propre concernant la fusion-absorption, d'insister sur certaines indications. Ceci ressort car il se contente de prévoir, dans l'article L. 150 al. 1 C. SIA., une formule générale (ce sont les conditions de fusion).

Nous regrettons cette généralisation car elle offre une bonne occasion au conseil d'administration de négliger la mention de certaines indications sans en supporter la responsabilité. De plus, le droit français insiste sur certaines indications qui, selon nous, sont essentielles à l'information de l'actionnaire sur l'augmentation du capital entraînée par la fusion-absorption. Comprendre notamment le caractère équitable du rapport d'échange et les méthodes d'évaluation utilisées vont aider l'actionnaire à prendre ses décisions de vote en toute connaissance de cause.

Il serait judicieux que le droit irakien limite cette généralisation en prévoyant ces indications, comme en droit français.

A la différence du droit français, le droit irakien complète cette information propre par la mention «*toute autre indication*» qui permet d'ajouter toute indication utile pour cette information. Nous nous apercevons que cette formule est utilisée par le droit irakien en deux

---

<sup>203</sup> Art. L. 150 al.1 du C. SIA.

<sup>204</sup> Art. L. 150 al.1 du C. SIA. prévoit : « Sont prises pour la fusion, les procédures suivantes: 1- la préparation d'une étude économique et technique des sociétés SA participant à l'opération de fusion comporte les buts, les motifs, les conditions de la fusion et toute autre indication,(...) ».

<sup>205</sup> Art. R.236-5 al. 1 du C. com. F. prévoit : « (...) notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluation utilisées, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation ».

occasions, dans le rapport commun de l'augmentation de capital et dans cette information propre. Cette répétition s'explique, à notre avis, par la volonté du législateur irakien d'intégrer toute information utile à l'actionnaire.

Notons que le droit irakien ne prévoit pas, contrairement au droit français, l'opération de scission. Ceci se justifie, à notre avis, par le fait que le législateur estime que la fusion entraîne presque les mêmes effets que la scission, mais cette dernière a des effets sur les deux sociétés bénéficiaires et la fusion sur une seule.

### **§3- Rapport particulier en cas d'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence**

**171.** Les deux droits sont différents sur la prévision de l'émission d'actions de préférence. Pour cela nous allons commencer par le droit français puis le droit irakien.

**172.** Le législateur français oblige le conseil d'administration de fournir une information aux actionnaires, à l'occasion de l'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence. Cette augmentation de capital peut être effectuée avec ou non la suppression du DPS. Mais cette obligation d'information concerne ici seulement l'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence avec la suppression du DPS et réservée au profit d'une catégorie d'actionnaires (ou tiers) déterminés<sup>206</sup>. Cette information<sup>207</sup> est présentée outre, d'une manière correspondante, les informations prévues dans le rapport commun de l'augmentation de capital<sup>208</sup> ainsi certaines indications exigées par l'information commune prévue dans le rapport spécifique<sup>209</sup>, et, le cas échéant, certaines indications exigées par la même cette information commune<sup>210</sup>. Elle est prévue par l'article R. 228-17 al. 1 du C. com. F. «*En cas d'émission d'actions de préférence dans les conditions prévues à l'article L. 228-12 [pour un catégorie d'actionnaires déterminés], le rapport du conseil d'administration (..) indique les caractéristiques des actions de préférence et précise l'incidence de l'opération sur la situation des titulaires de titres de capital (..)*». Nous remarquons que cette information est une des mesures spécifiques importantes de la protection des actionnaires. Son importance réside d'une part dans le fait qu'elle permet à ceux-ci de connaître le mode d'émission des actions de

---

<sup>206</sup> V. infra, n° 534 à 535.

<sup>207</sup> Art. R. 228-17 al. 1 dernière phrase du C. com. F. prévoit : « Il conforme aux règles posées par les articles R. 225-113 et R. 225-114, ainsi que, selon les cas, par les articles R. 225-115 (...)».

<sup>208</sup> V. supra, p. 59 et 60.

<sup>209</sup> V. supra, n° 155 (art. R. 225-114).

<sup>210</sup> V supra, n° 156 (art. R. 225-115).

préférence<sup>211</sup> et ensuite comprendre les droits particuliers octroyés par celles-ci. D'autre part, elle leur permet de comprendre les effets induits, par ce mode, sur leurs droits financiers et politiques.

**173.** A la différence du droit français, le droit irakien ne prévoit pas de cette information en cas d'émission d'actions de préférence parce qu'il prohibe la faculté de les émettre<sup>212</sup>.

Si le(s) rapport(s) présenté(s) par le conseil d'administration accorde l'information aux actionnaires, à lui seul, il n'est pas suffisant pour leur assurer l'information fidèle et précise. Il faut donc le compléter par les autres rapports présentés par les autres organes contrôleurs.

## **S. section 2 : Information accordée à l'issue du rapport d'une augmentation de capital présenté par les autres organes contrôleurs**

**174.** Afin de porter l'information claire, fidèle et précise à la connaissance des actionnaires, les deux droits étudiés exigent, selon le cas de l'augmentation de capital envisagé, que les organes autres que le conseil d'administration présentent un rapport. Ce rapport est nécessaire lors de l'augmentation de capital. Il s'agit du rapport présenté par le contrôleur externe (**§1**) et par le contrôleur particulier (**§2**), exclusivement lors de certaines augmentations en nature.

### **§1 : Information accordée à l'issue du rapport présenté par le contrôleur externe**

**175.** Les deux droits comparés se différencient par le contrôleur présentant le rapport. Le droit français impose cette présentation par le commissaire aux comptes alors que le droit irakien l'impose par le censeur du secteur bancaire. En outre, le droit français élargit, contrairement au droit irakien, le champ d'application de ce rapport en en disposant pour la majorité des augmentations par apports en numéraire, alors que le droit irakien ne dispose de ce rapport que lors d'une augmentation par apports en numéraire.

**176.** Nous ferons une analyse séparée en présentant dans un premier temps du rapport du commissaire aux comptes en droit français (**A**) et de celui du censeur du secteur bancaire en droit irakien (**B**).

---

<sup>211</sup> Pour comprendre les actions de préférence, v. infra, p. 211 et s.

<sup>212</sup> V. infra, n° 539 à 540.



## **A- Rapport présenté par le commissaire aux comptes en droit français**

**177.** A l'occasion d'une augmentation de capital avec suppression le DPS, le droit français attribue au commissaire aux comptes la mission de contrôler l'exactitude de l'information fournie aux actionnaires. Cette attribution n'est pas donnée au hasard puisque ce commissaire aux comptes dispose de l'indépendance provenant de l'organisation juridique de sa profession. Cette mission est accomplie en présentant les informations aux actionnaires. Elle est applicable seulement dans deux hypothèses, celle de l'inexistence d'une délégation (la décision de cette augmentation de capital par l'assemblée générale compétente en fixant elle-même toutes les modalités de l'émission) ou celle de l'existence de la délégation de pouvoir (la décision de cette augmentation de capital par l'assemblée générale compétente en accordant cette délégation). De plus, cette application comprend toutes les augmentations de capital avec la suppression du DPS, sauf celle par offre au public. L'article L. 225-135 al. 3 du C. com. F. indiquant à la suppression du DPS, prévoit «*Lorsqu'elle [assemblée générale compétente] décide de l'augmentation de capital, soit en fixant elle-même toutes les modalités, soit en déléguant son pouvoir dans les conditions fixées à l'article L. 225-129-1, elle statue également sur rapport des commissaires aux comptes, sauf dans le cas [par offre au public] mentionné au premier alinéa du 1° de l'article L. 225-136*».

**178.** Nous exposerons alors la mission attribuée au(x) commissaire(s) aux comptes par le principe d'indépendance du(des) commissaire(s) aux comptes, comme garantie de présentation d'information fiable **(1)** et par l'information présentée par celui(ceux)-ci **(2)**.

### **1- Indépendance du(des) commissaire(s) aux comptes, garantie de présentation de l'information fiable**

**179.** Le commissaire aux comptes est «un professionnel indépendant investi d'une mission générale et permanente de vérification comptable et de contrôle du fonctionnement régulier de personnes morales de droit privé et de certaines personnes morales de droit public»<sup>213</sup>.

**180.** En premier lieu, cette indépendance du commissaire aux comptes ressort lors de sa désignation. Le commissaire aux comptes n'accède pas à la profession du commissariat sans remplir certaines conditions garantissant son indépendance. Ces conditions exigent qu'il doit

---

<sup>213</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p.82.

être de bonne moralité ; il ne doit pas avoir encouru l'une des condamnations empêchant d'exercer une activité commerciale, ni davantage être frappé par la faillite personnelle ou une interdiction de gérer ou administrer une société commerciale<sup>214</sup>.

La désignation du commissaire aux comptes par la société doit être faite parmi la liste des commissaires aux comptes<sup>215</sup> car ceux-ci sont les seuls auxquels il est permis d'exercer la profession du commissariat. De plus, cette désignation le contraint d'informer par écrit cette société de son affiliation à un réseau<sup>216</sup>, national ou international, qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle des comptes, et, le cas échéant, du montant des honoraires perçus par ce réseau au titre des prestations qui ne sont pas directement liées à la mission du commissaire aux comptes<sup>217</sup>. L'objectif de cette obligation du commissaire aux comptes est de garantir son indépendance face à la société proposant sa désignation.

En vue d'assurer l'indépendance du commissaire aux comptes, le droit français exige, lors de la constitution de la société, que ce commissaire soit désigné par les statuts si la société ne fait pas d'offre au public, et par l'assemblée constitutive dans la situation contraire. Il exige également, au sein de la vie sociale, que ce commissaire soit désigné dans toutes les situations par l'assemblée générale ordinaire<sup>218</sup>.

Le commissaire aux comptes nommé peut être personne physique ou membre signataire d'une société de commissaires aux comptes<sup>219</sup>. Mais il est obligatoire qu'un commissaire aux comptes soit nommé dans chaque société SA et exceptionnellement que deux commissaires aux comptes soient nommés aux SA astreintes à publier des comptes consolidés<sup>220</sup> afin de garantir un contrôle comptable et financier suffisant pour ces SA.

Afin que l'indépendance du commissaire aux comptes ne soit pas mise en cause, il doit être nommé pour six exercices. Sa fonction de contrôle des comptes d'une société expire après la délibération de l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du sixième exercice<sup>221</sup>. En outre, le renouvellement de cette fonction est conditionné à l'acceptation de l'assemblée générale ordinaire, et particulièrement pour les SA cotées au délai de deux ans

---

<sup>214</sup> H. MATSOPOULOU, Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes, Rev. Sociétés octobre/décembre 2003, n° 4, p. 814.

<sup>215</sup> Art. L. 822-1 du C. com. F.

<sup>216</sup> «Sont considérés comme formant un réseau les cabinets, personnes physiques ou morales, fournissant à titre professionnel des services ou conseils en matière de comptabilité, de commissariat aux comptes, d'audit contractuel, de conseil juridique, financier, fiscal, organisationnel et dans des domaines connexes, et entretenant directement ou indirectement entre eux des relations établissant une communauté d'intérêt économique significative et durable ». V. F. VALENCIA, La protection des intérêts de l'actionnaire dans la société anonyme en droit français et espagnol, thèse Nancy 2, 2004, p. 351 et 352.

<sup>217</sup> Art. L. 820-3 al. 1 du C. com. F. V. égal. B. BOULOC, Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes, Rev. Sociétés octobre/décembre 2003, n° 4, P.808 et 809.

<sup>218</sup> Art. L. 823-1 al.1 et L. 225-7 al. 2 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op.cit., p.517.

<sup>219</sup> Art. L. 822-9 al. 1 du C. com. F.

<sup>220</sup> Art. L. 823-2 du C. com. F.

<sup>221</sup> Art. L. 823-3 al. 1 et L. 822-14 al. 1 du C. com. F.

sans mandat après l'expiration cette fonction<sup>222</sup>. La raison de cette limite au renouvellement est, à notre avis, la volonté du législateur de renforcer son indépendance. Nous regrettons que le droit français réserve la deuxième condition (le délai de deux ans) aux SA cotées car cette condition est tout aussi utile aux SA non cotées pour assurer l'indépendance de ce commissaire.

**181.** En deuxième lieu, l'indépendance du commissaire aux comptes est associée aussi aux règles d'incompatibilité. Dans le désir de préserver l'indépendance du commissaire aux comptes, le droit français implique par l'article L. 822-10 C. com. F. que ses fonctions sont incompatibles. Ces incompatibilités sont avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance<sup>223</sup>, tout emploi salarié et toute activité commerciale étant exercée directement ou indirectement par personne interposée.

Il est donc interdit au commissaire aux comptes de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la société dont il est chargé de certifier les comptes. Cette interdiction s'étend à la personne qui contrôle cette société ou qui est contrôlée par elle, au sens des I et II de l'article L. 233-3<sup>224</sup>. Elle est justifiée, à notre avis, par le désir du législateur que cet intérêt ne forme pas obstacle à l'exercice du bon contrôle comptable et financier par le commissaire aux comptes.

Le code de déontologie<sup>225</sup> définit les liens personnels, financiers et professionnels, concomitants ou antérieurs à la fonction du commissaire aux comptes, incompatibles avec l'exercice de celle-ci<sup>226</sup>. En effet, un commissaire aux comptes ne peut pas exercer son contrôle comptable et financier d'une SA avec laquelle il a un de ces liens. Cette interdiction est dans le but d'éviter l'influence de ces liens sur l'indépendance du contrôle légal (le commissaire aux comptes). On peut citer certains exemples pour comprendre ces liens, un commissaire aux comptes est interdit d'exercer son contrôle d'une SA, si sa concubine est expert-comptable ou être expert-comptable d'une autre société dirigée par cette SA<sup>227</sup>. De même, si le commissaire aux comptes détient, directement ou indirectement, des actions ou tous autres titres du capital chez le client.

Ce code de déontologie précise aussi les restrictions à apporter à la détention d'intérêts financiers par les salariés et collaborateurs du commissaire aux comptes dans les sociétés dont les comptes sont certifiés par lui<sup>228</sup>. Cette précision s'explique, à notre avis, par la volonté du législateur d'assurer que cette détention d'intérêts soit étendue également aux salariés et collaborateurs du commissaire aux comptes si elle porte atteinte à l'indépendance de celui-ci.

---

<sup>222</sup> Art. L. 823-8 et L. 822-14 al. 2 du C. com. F.

<sup>223</sup> V. égal. T. GRANIER, Le manquement à son obligation d'indépendance justifie le relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, Rev. Sociétés janvier / mars 2008, n° 1, p. 150.

<sup>224</sup> Art. L. 822-11 I al. 1 du C. com. F.

<sup>225</sup> Art. 27, 28 et 29 du code de déontologie français de la profession de commissaire aux comptes.

<sup>226</sup> Art. L. 822-11 I al. 2 du C. com. F.

<sup>227</sup> H. MATSOPOULOU, op.cit., p. 814.

<sup>228</sup> Art. L. 822-11 I al. 2 du C. com. F.

Le commissaire aux comptes est également interdit de fournir tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la fonction de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes d'exercice professionnel indiquées au sixième alinéa de l'article L. 821-1. Cette fourniture comprend la société dont le commissaire aux comptes est chargé de certifier les comptes et les autres personnes morales qui ont des liens contrôlés, mentionnés ci-dessus, avec celle-ci<sup>229</sup>. Le but de cette interdiction est, à notre avis, de maintenir de l'indépendance du commissaire aux comptes, et d'exclure son intervention dans la gestion de la société<sup>230</sup>. La cour de cassation française<sup>231</sup> confirme également cette interdiction en jugeant, dans un arrêt, de l'incompatibilité entre la fonction limitée du commissaire aux comptes et l'acte de celui-ci d'exécuter une mission étrangère à cette fonction.

En outre, le commissaire aux comptes, affilié à un réseau<sup>232</sup> national ou international qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes, est interdit d'exercer un contrôle comptable et financier d'une société qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau, bénéficie d'une prestation de services qui n'est pas directement liée à la fonction du commissaire aux comptes<sup>233</sup>. Le motif de cette interdiction est, à notre avis, de ne pas laisser une occasion, à la société bénéficiaire de cette prestation de services, d'utiliser cette dernière comme arme cachée en vue de faire pression sur le contrôle du commissaire aux comptes.

De plus, le commissaire aux comptes et les membres signataires d'une société de commissaires aux comptes sont interdits de détenir un poste de dirigeants ou de salariés dans la société dont ils sont chargés de certifier les comptes et les autres personnes morales qui ont des liens contrôlés avec celle-ci. Cette interdiction dure au moins cinq années après la cessation de leurs fonctions<sup>234</sup>. L'objectif de cette interdiction est, à notre avis, de garantir l'indépendance ceux-ci face à la réalisation de leurs intérêts personnels.

## **2- Informations présentées par le(s) commissaire(s) aux comptes**

**182.** Le commissaire aux comptes est tenu de présenter un rapport contenu l'information aux actionnaires. Cette information est établie d'après la connaissance acquise de ce commissaire aux comptes pendant l'exercice de sa fonction dans une société. Il peut acquérir cette

---

<sup>229</sup> Art. L. 822-11 II al. 1 du C. com. F.

<sup>230</sup> Art. L. 823-10 al. 1 du C. com. F.

<sup>231</sup> Cass. crim., 18 octobre 1983, n° pourvoi 82-94298, Bull. n° 254. V. égal. Cass. crim., 10 juillet 2007, n° pourvoi 06-13423, Bull. 2007, IV, n° 190.

<sup>232</sup> Afin de comprendre le terme du réseau, v. note 216.

<sup>233</sup> Art. L. 822-11 II al. 2 du C. com. F.

<sup>234</sup> Art. L. 822-12 du C. com. F.

connaissance par le pouvoir d'investigation permanent, de communication des documents et d'assistance aux assemblées des actionnaires et à certaines réunions du conseil d'administration. En raison de cette possibilité de connaissance, la société est devenue pour lui comme "une maison de verre"<sup>235</sup>.

**183.** Les modalités de présentation de cette information aux actionnaires par le commissaire aux comptes sont la certification du commissaire aux comptes **(a)** et l'émission de son avis **(b)**.

#### **a- Certification**

**184.** Le commissaire aux comptes présente aux actionnaires l'information à l'issue de la certification du contenu du rapport émis par le conseil d'administration sur la proposition de l'augmentation de capital avec suppression le DPS. Traditionnellement, ce terme de certification est utilisé en matière du rapport général, ou du rapport sur les comptes consolidés que doit rédiger le commissaire aux comptes. Cependant, la compagnie nationale des commissaires aux comptes a élaboré un cadre conceptuel conçu, notamment, afin de couvrir le champ des interventions qui pourraient être confiées aux commissaires aux comptes. A partir de ce cadre, il est donc possible de se faire une idée de cette nouvelle certification constituée par l'ordonnance du 24 juin 2004<sup>236</sup>.

**185.** La certification correspond à une opinion du contrôleur légal formulée de manière claire et précise sur les informations comprises dans le rapport rédigé par le conseil d'administration<sup>237</sup>. Elle suppose en réalité l'opération de vérification de la sincérité de l'information adressée aux actionnaires<sup>238</sup>. Cette vérification<sup>239</sup> procède au contrôle de l'information chiffrée tirée des comptes de la société et celle fournie dans le même rapport du conseil d'administration. Ce contrôle fait par le commissaire aux comptes a pour objet de savoir si le conseil d'administration a fourni une information sincère. «Cette sincérité<sup>240</sup> est l'expression claire de la situation comptable et financière de la société, établie avec loyauté et de bonne foi». En effet, le commissaire aux comptes, par ce contrôle de la sincérité, ne peut pas vérifier l'opportunité de l'aspect administratif de cette information, mais seulement l'aspect comptable et financier. A titre d'exemple, ce commissaire aux comptes ne peut pas vérifier la validité de la

---

<sup>235</sup> GUYON & COQUEREAU, cité par M.-D. POISSON, La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux- en droit français et en droit anglais comparés, thèse Clermont I, 1984, p. 63.

<sup>236</sup> Thierry GRANIER, Le rôle des commissaires aux comptes, Rev. Sociétés juillet / septembre 2004, n°3, p. 559.

<sup>237</sup> Thierry GRANIER, Le rôle des commissaires aux comptes, ibid, p.559.

<sup>238</sup> Art. R. 225-115 al. 2 et L. 236-10 al. 2 de I du C. com. F.

<sup>239</sup> R. CASTELL et F. PASQUALINI, Le commissaire aux comptes, éd., Economica, 1995, p. 75. V. égal. Les interventions du commissaire aux comptes consécutives à des opérations concernant le capital social, éd., CNCC, 1992, p. 52, Coll., Notes d'information n° 19.

<sup>240</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op.cit., p. 527.

proposition de l'augmentation de capital avec suppression du DPS, dans le conseil d'administration. Ceci se justifie par l'interdiction législative faite à ce commissaire d'intervenir dans la gestion de la société<sup>241</sup>.

**186.** L'information accordée aux actionnaires à l'issue de cette certification du commissaire aux comptes est formulée par trois opinions<sup>242</sup>, soit la certification sans réserve, soit la certification avec une ou plusieurs réserves et soit un refus de certifier. Quelle que soit l'opinion émise par le commissaire, les actionnaires n'y sont pas tenus<sup>243</sup> car le but de celle opinion est seulement d'éclairer l'information accordée dans le rapport du conseil d'administration.

L'information présentée à l'issue de la certification est complète par l'émission de l'avis du commissaire aux comptes.

### **b- Emission de l'avis**

**187.** Le commissaire aux comptes a l'obligation de présenter l'information aux actionnaires. Cette information est présentée par l'émission de son avis et doit être rédigé dans un rapport<sup>244</sup>. La raison de cette obligation est qu'il dispose de l'indépendance et de la connaissance acquise pendant l'exercice de sa fonction dans la société contrôlée.

Pourtant, il nous apparaît que cette information donnée, soit par la certification, soit par l'émission de l'avis, est réservée à l'augmentation de capital avec suppression du DPS (excepté l'émission d'actions de préférence avec le DPS). Car, d'une part, l'article L. 225-129 du C. com. F. prévoyant généralement l'augmentation de capital ne comporte pas l'obligation pour le commissaire aux comptes de présenter une information, d'autre part, l'article L. 225-135 al. 3 du C. com. F. prévoyant l'augmentation avec suppression du DPS prévoit expressément cette obligation<sup>245</sup>. Si le législateur avait voulu cette obligation pour l'augmentation avec maintien du DPS, il aurait fait comme dans l'article L. 225-135 al. 3. C. com. F. L'objectif de cette réserve s'explique, à notre avis, par l'appréciation du législateur que les intérêts des actionnaires, lors de la proposition d'augmentation avec maintien du DPS, ne sont en principe pas menacés car ce droit est maintenu.

Par ailleurs, il nous apparaît également que cette information donnée par le commissaire aux comptes est réservée à l'augmentation de capital par apports en numéraire dans le but de

---

<sup>241</sup> Art. L. 823-10 al. 1 du C. com. F.

<sup>242</sup> R. CASTELL et F. PASQUALINI, op.cit., p. 57.

<sup>243</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 339.

<sup>244</sup> Art. L. 225-135 al. 3 du C. com. F.

<sup>245</sup> Art. L. 225-135 al. 3 du C. com. F. prévoit : «(...)», elle statue également sur le rapport des commissaires aux comptes (...) ».

conserver l'indépendance de ce commissaire et de garantir l'information sincère aux actionnaires. L'augmentation de capital est celle par apports en numéraire, lorsque l'apport à la société a pour objet une somme d'argent<sup>246</sup>.

**188.** L'information donnée par le commissaire aux comptes doit être émise d'une manière claire et précise dans la mesure où elle permet aux actionnaires d'apprécier la situation réelle de la société et de prendre une décision éclairée sur la résolution de l'augmentation<sup>247</sup>. En effet, ce commissaire est considéré ne pas remplir à sa fonction s'il se contente de la certification. Il doit donc informer, par l'émission de son avis, de tout acte ayant une influence sur la prise de la décision de l'augmentation<sup>248</sup>.

Dans l'hypothèse où plusieurs commissaires aux comptes sont en fonction (comme c'est le cas dans les sociétés tenues de publier des comptes consolidés), ils doivent établir une information commune. En cas de désaccord entre eux, cette information doit être indiquée les différents avis exprimés<sup>249</sup>.

Quant au contenu, cette information présentée par l'émission de l'avis du commissaire, il s'agit de l'information commune **(b-1)** et de l'information particulière **(b-2)**.

### **b-1- Information commune**

**189.** L'information commune est ainsi dénommée parce qu'elle est appliquée à toutes les augmentations de capital avec suppression du DPS devant établir un rapport rédigé par le commissaire aux comptes<sup>250</sup>, à l'exception de l'augmentation de capital entraînant l'émission d'actions de préférence. Cette information peut être présentée lors de la suppression du DPS sans indication de bénéficiaires, ou lors de celle-ci au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées. Elle est susceptible d'être présentée avec ou sans délégation au conseil d'administration.

Le contenu de cette information est important pour les actionnaires car il leur permet de comprendre l'appréciation comptable et financière émise du commissaire aux comptes sur la proposition de suppression du DPS, sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur

---

<sup>246</sup> R. MORTIER, les opérations sur capital social- les aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés, LexisNexis, éd., Litec 2010, p.109.

<sup>247</sup> T. GRANIER, Défait d'information et responsabilité du commissaire aux comptes à l'occasion d'une augmentation de capital, note sous Cass. com., 18 mai 2010, Rev. Sociétés décembre 2010, n° 10, p. 592.

<sup>248</sup> Cass. com., 11 juillet 2000, n° pourvoi 96-13668, Bull. 2000, IV, n° 144, p. 130.

<sup>249</sup> Art. R. 823-8 du C. com. F.

<sup>250</sup> Art. L. 225-135 al. 3, L. 225-136 al. 2 de 1° et 2°, L. 225-138 II et R. 228-17 al. 2 du C. com. F.

son montant, ainsi que sur l'incidence de l'émission sur la situation des titulaires de titres de capital notamment en ce que concerne les capitaux propres et, seulement pour les SA cotées, sur la valeur boursière de l'action<sup>251</sup>.

## **b-2- Information particulière en cas d'émission d'actions de préférence**

**190.** Cette information est fournie lors de l'augmentation de capital entraînant l'émission d'actions de préférence<sup>252</sup>. Elle porte ici seulement sur l'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence avec la suppression du DPS et réservée au profit d'une catégorie d'actionnaires (ou tiers) déterminés<sup>253</sup>.

Elle doit être accordée outre<sup>254</sup> l'information commune (ci-dessus) présentée par le commissaire aux comptes et d'une manière correspondante à celle-ci. Elle est intéressante pour les actionnaires car elle leur permet de comprendre les précisions émises par le commissaire aux comptes sur l'augmentation de capital envisagée. A titre d'exemple, la précision de ce commissaire sur la proposition d'émission d'actions de préférence avec la suppression du DPS. De plus, elle permet également aux actionnaires de comprendre les précisions sur les caractéristiques des actions de préférence. Par exemple, la précision de ce commissaire sur la proposition du mode d'action de préférence avec ou sans droit de vote et sur les droits particuliers financiers attribués à ce dernier<sup>255</sup>.

## **B- Rapport présenté par le censeur du secteur bancaire en droit irakien**

**191.** Il est d'abord capital de montrer que le droit irakien, contrairement au droit français, ne prévoit pas d'obliger le commissaire aux comptes à présenter aux actionnaires un rapport sur l'augmentation de capital. Pourtant, ceci ne signifie pas qu'il n'impose pas la désignation du commissaire aux comptes. Il prévoit l'obligation pour chaque SA de désigner au moins un commissaire aux comptes afin de contrôler ses comptes. Il veille ensuite à l'indépendance de ce commissaire en imposant certaines conditions de désignation et certaines interdictions

---

<sup>251</sup> Art. R. 225-115 al. 2, R.225-114 al. infime (3) et R.228-17 al. 2 du C. com. F.

<sup>252</sup> Art. L. 228-12 al. 1 du C. com. F.

<sup>253</sup> V. supra, n° 172.

<sup>254</sup> Art. R. 228-17 al. 3 du C. com. F. prévoit : «Le cas échéant, ce rapport est conforme aux règles posées par l'article R. 225-114, ainsi que, selon le cas, par les articles R. 225-115 (...)».

<sup>255</sup> Art. R. 228-17 al. 2 du C. com. F.



d'incompatibilité avec la fonction de celui-ci<sup>256</sup>. Cela ne signifie pas non plus que le droit irakien écarte complètement le commissaire aux comptes à l'occasion de l'augmentation de capital car ce commissaire y intervient plus tard (lors de la validation de l'augmentation de capital par le greffier).

La non-obligation par le droit irakien du commissaire aux comptes de présenter l'information aux actionnaires lors de cette augmentation apparaît compensée en prévoyant d'obtenir l'acceptation renseignée émise du censeur du secteur bancaire.

**192.** Nous avons déjà indiqué, lors d'explications sur le rapport du conseil d'administration, qu'à l'occasion de l'augmentation de capital avec suppression du DPS, le conseil d'une SA bancaire est tenu d'obtenir une acceptation préalable<sup>257</sup>. Formant un rapport renseigné, elle est émise par le censeur du secteur bancaire, à la demande de ce conseil. Ce censeur est la banque centrale irakienne<sup>258</sup>. Elle a été constituée en vertu du code antérieur de la banque centrale irakienne n° 64-1976. C'est une entité juridique qui dispose de la capacité entière de contracter, plaider, poursuivre et remplir ses missions prévues dans le code de la banque centrale irakienne en vigueur ainsi que dans les autres codes<sup>259</sup>.

La raison qui réserve la compétence d'émission de cette acceptation renseignée à ce censeur se justifie par le fait qu'il a le pouvoir d'organiser et de contrôler tous les établissements financiers<sup>260</sup> dans le but d'assurer leur bonne marche mais aussi qu'il est indépendant<sup>261</sup>. En outre, son indépendance est renforcée par des règles fixées qui garantissent l'indépendance du conseil de celui-ci qui a le pouvoir de délivrer cette acceptation<sup>262</sup>. Cela renforce la fiabilité de l'information contenue dans cette acceptation.

La raison de compenser l'information du commissaire aux comptes par cette acceptation renseignée, à ce moment de l'augmentation avec suppression du DPS, s'explique, à notre avis, par la volonté du législateur irakien de soumettre au censeur le plus compétent et expérimenté l'acte important pour la vie de la société bancaire, qui est l'augmentation de capital avec suppression du DPS. Cette soumission a pour objet de garantir aux actionnaires une information plus fiable sur la résolution de cette augmentation.

---

<sup>256</sup> V. art. L. 133 à L. 139 du C. SIA. Et la norme d'exercice professionnel du commissariat des comptes en Irak n° 3-1999. V. égal. N. T. HAILF, *Les statuts du commissaire aux comptes dans les sociétés privées, étude comparée, mémoire Bagdad, Irak, 2006, p. 31 et s. et 132.*

<sup>257</sup> V. supra, n° 167.

<sup>258</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA.

<sup>259</sup> Art. L. 2 al. 1 du code de la banque centrale irakienne en vigueur n° 56-2004.

<sup>260</sup> Art. L. 40, L. 4 al. 1-9° du code de la banque centrale irakienne et L. 53 du code des banques irakien.

<sup>261</sup> Art. L. 2 al. 2 du code de la banque centrale irakienne.

<sup>262</sup> Art. L. 12 et L. 13 (sur leur indépendance) du code de la banque centrale irakienne. V. égal. art. L. 10 et L. 16 al. 4° (sur leur compétence d'émission) du même code.

**193.** L'information émise par ce censeur lors de son acceptation appelle, à notre avis, une précision. Le droit irakien n'indique pas<sup>263</sup>, par une disposition explicite, si cette information doit être obtenue par la direction de la société, avant ou après le vote sur cette augmentation avec suppression DPS.

Nous pensons que cette information exige son obtention avant le vote. Cela s'explique par le fait qu'en examinant le délai requis pour l'obtention d'acceptation du censeur pour procéder à certains actes par un établissement financier, nous trouvons que le délai exigé par ce censeur pour l'émission de cette information est de dix jours à la date de la demande<sup>264</sup>. Par ailleurs, nous remarquons que le délai obligatoire pour envoyer toute décision d'une assemblée générale au greffier, afin de valider la décision, est au maximum de quatre jours à compter de la date de la prise de celle-ci<sup>265</sup>. Si la société dépasse ce délai, elle est passible d'une amende. De plus, particulièrement en cas d'augmentation de capital avec suppression du DPS, nous remarquons que cet envoi au greffier doit être accompagné également d'une copie de l'information émise par ce censeur<sup>266</sup>.

Il y a donc conflit entre les deux délais, ce qui nous confirme que l'information émise par ce censeur exige son obtention, par la direction de la société, avant le vote. Nous pouvons envisager que cette information soit fournie aux actionnaires selon les dispositions de communication exigées avant la réunion de l'assemblée mais il serait souhaitable que le législateur irakien prévoit explicitement la détermination de ce temps afin de simplifier l'utilisation de cette procédure et de garantir le droit d'information des actionnaires sur l'acceptation renseignée.

Quant aux modalités de cette information résultant de l'acceptation renseignée, elles passent, comme c'est le cas en droit français, par la certification du censeur **(1)** et par l'émission de son avis **(2)**.

## **1- Certification**

**194.** Les actionnaires des SA bancaires disposent, à l'occasion de l'augmentation de capital avec suppression du DPS, de l'information à travers la certification fournie par la banque centrale

---

<sup>263</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA. prévoit : «2°- la banque centrale irakienne accepte, pour toutes les conditions d'émission, en confirmant (...)».

<sup>264</sup> Le commentaire n° 3 sur l'article L.4 al. 1 des règles émanant de la banque centrale irakienne sur les établissements financiers petits et moyens n°3-2010 «La banque centrale irakienne va fournir aux établissements financiers les acceptations demandées (sur le prêt, les assurances...) un délai de dix jours à compter de la date de la demande (...)».

<sup>265</sup> Art. L. 99 du C. SIA. Pour mieux comprendre cet article, v. infra, n° 395.

<sup>266</sup> Les R. DISI. MC. G.SA n° 2 p. 20 et n° 1 p. 28.

irakienne, à la différence du contrôleur prévu en droit français. Cette certification est établie par le conseil d'administration de cette banque, seul organe disposant du pouvoir de prendre les mesures garantissant la bonne marche des SA bancaires<sup>267</sup>. Ce conseil a la faculté, aux fins d'établir sa certification, de créer des comités parmi ses membres en vue de procéder à la vérification et de recevoir leurs recommandations<sup>268</sup>. Cette vérification porte sur l'information présentée par une SA bancaire à la banque centrale afin d'obtenir son acceptation pour l'augmentation de capital avec suppression du DPS. Elle examine toutes les conditions d'émission proposées<sup>269</sup>.

Afin d'exécuter au mieux cette vérification et de fournir l'information la plus exacte, le censeur du secteur bancaire a la possibilité de demander, à la direction de la SA bancaire et à ses commissaire aux comptes, que lui soit fourni toute information qui lui paraît nécessaire<sup>270</sup>.

L'information émise par ce censeur, à l'issue de la certification, est formulée par l'approbation ou non de l'augmentation de capital avec suppression du DPS. Cette opinion est, contrairement à l'opinion du commissaire aux comptes en droit français, contraignante pour les actionnaires. La force juridique de cette opinion se justifie, à notre avis, par le fait que cette opinion du censeur n'est pas seulement une information éclairée mais aussi une autorisation à procéder ou non à cette augmentation.

Pourtant, la contrainte de cette opinion est levée dans l'hypothèse où les actionnaires reviennent sur la proposition de suppression en votant l'augmentation avec maintien de leur DPS, l'obtention de cette opinion étant seulement exigée pour l'augmentation de capital avec suppression DPS<sup>271</sup>.

## **2- Emission de l'avis**

**195.** L'information par le censeur du secteur bancaire est transmise au travers de l'émission de son avis sur l'augmentation de capital proposée. Il apparaît que cette information, soit par la certification soit par l'émission de l'avis, est réservée à l'augmentation par apports en numéraire avec suppression du DPS<sup>272</sup>, comme c'est le cas en droit français. Néanmoins, sur ce

---

<sup>267</sup> Art. L. 16 al. 4° du code de la banque centrale irakienne.

<sup>268</sup> Art. L. 10 al. 2 du code de la banque centrale irakienne.

<sup>269</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA. prévoit : «2°- la banque centrale irakienne accepte, à toutes les conditions d'émission,(....)».

<sup>270</sup> Art. L. 53 al. 1 et L. 47 al. 1-2° du code bancaire irakien.

<sup>271</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA.

<sup>272</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA.

point, le droit irakien se différencie du droit français. Aucune exception de cette réservation de l'information n'existe car l'augmentation résultant de l'émission d'actions de préférence est prohibée<sup>273</sup>.

**196.** Contrairement au droit français, l'information accordée par ce censeur n'est pas commune aux augmentations avec suppression de DPS car le droit irakien ne prévoit qu'un seul cas de suppression de DPS au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées.

**197.** Quant au contenu de cette information, il renseigne les actionnaires sur le fait que le prix d'émission et l'émission des actions proposés sont conformes pour les titulaires d'actions qui vont renoncer à leur droit DPS pour l'intérêt social<sup>274</sup>.

Il nous apparaît ainsi que le droit irakien prend soin, comme c'est le cas prévu dans l'information commune en droit français, de renseigner les actionnaires sur les éléments d'émission. Il n'indique pas ces derniers d'une manière détaillée, mais les prévoit de façon globale.

Par ailleurs, le droit irakien se différencie du droit français sur le mode de renseignement. Il se contente de montrer les aspects techniques de cette émission mais pas ses incidences, comme c'est le cas en droit français. Cela s'explique par le fait qu'il considère de façon sous-entendue que l'autorisation de procéder à l'émission provenant de source sûre présente plus de garantie que l'information sur les incidences de cette émission.

Si le rapport du contrôleur externe présenté est exigé pour expliciter seulement l'information accordée lors d'une augmentation de capital par apports en numéraire (qui est avec suppression du DPS), une augmentation par apports en nature impose des éclaircissements par un autre contrôleur, c'est le contrôleur particulier.

## **§2 : Information accordée à l'issue du rapport présenté par le contrôleur particulier**

**198.** Cette information est exigée à l'occasion de l'augmentation de capital par apports en nature. Celle-ci s'opère par l'apport à la société d'un droit sur un bien autre qu'une somme d'argent<sup>275</sup>. Ce droit est susceptible de pleine propriété ou de jouissance<sup>276</sup>. Ce bien, l'objet du

---

<sup>273</sup> Pour comprendre cela, v. infra, n° 539 à 540.

<sup>274</sup> Art. L. 56 al. 4-2° du C. SIA. prévoit : «2°- la banque centrale irakienne accepte,(...), en confirmant que le prix de l'émission est juste et l'émission conforme à la situation des titulaires d'actions ne participant pas à la souscription en vue de l'intérêt social (...)». V. égal. L. J. COMANY, *Les sociétés commerciales- étude juridique comparée, Bagdad, Irak, éd., Mustansiriya 2006, p. 178.*

<sup>275</sup> R. MORTIER, op. cit., p.107. V. égal. G. GIULIANI, De l'augmentation de capital par apports en nature sous condition suspensive dans les sociétés par actions, JCP E 3 août 2006, n° 31-34, p.1381. V.égal. N. BINCTIN, La classification juridique des apports en nature, Rev. Sociétés Juillet / Septembre 2009, n°3, p.519.

<sup>276</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op.cit., p. 148 et 149. V. égal. L. GODON, L'apport en jouissance d'actions, Rev. Sociétés octobre/décembre 1999, n° 4, p.795.

droit apporté, peut être immeuble ou meuble (corporel ou incorporel)<sup>277</sup>. L'objectif de cette augmentation par apports en nature n'est pas, en principe, d'accroître le capital social mais d'ajouter un bien à la société dans le but d'améliorer sa capacité de concurrence.

L'apport de ce bien est soumis au contrôleur particulier qui doit présenter l'information aux actionnaires.

Les deux droits étudiés se différencient de cette information accordée à l'occasion de l'augmentation de capital par apports en nature. Le droit français la prévoit explicitement et dispose de l'accorder à toute augmentation par apports en nature. Le droit irakien ne la prévoit pas explicitement, mais la sous-entend dans certains cas.

**199.** Nous exposerons donc séparément l'octroi de cette information en deux situations, la première est la prévision d'un commissaire lors de l'augmentation par apports en nature en droit français **(A)** et la deuxième est l'absence de prévision de commissaire lors de l'augmentation par apports en nature (règles et exception) en droit irakien **(B)**.

#### **A- Prévision d'un commissaire en droit français**

**200.** Le droit français prévoit que l'information soit présentée par un commissaire (le contrôleur particulier). Cette présentation est exigée à l'occasion de l'augmentation de capital par apports en nature.

En outre, ce droit organise deux types d'augmentation de capital par apports en nature. Le premier est l'augmentation résultant d'un apport en nature hors opérations de restructuration et le deuxième est celle dans le cadre d'une opération de restructuration. Aussi analyserons nous l'information présentée par le commissaire aux apports au cours du premier type d'augmentation de capital **(1)** et celle présentée par le commissaire à l'occasion du deuxième type d'augmentation de capital **(2)**.

#### **1- Information présentée par le commissaire aux apports hors opérations de restructuration**

**201.** Le commissaire aux apports est tenu de présenter l'information aux actionnaires. Cette information est prévue à l'occasion de l'augmentation de capital par apports en nature hors opérations de restructuration<sup>278</sup>. En effet, elle provient de l'exercice du contrôle de ce

---

<sup>277</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 275 et 276.

<sup>278</sup> Pour comprendre ces opérations de restructurations, v. infra, p. 86 et s.

commissaire sur les apports en nature à la société<sup>279</sup>. En veillant à garantir la fiabilité de cette information, le législateur français régit la désignation de ce commissaire en fixant certaines règles rigoureuses. Un ou plusieurs commissaires aux apports doivent être désignés à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision de justice. Cette dernière décision est émise par le président du tribunal de commerce<sup>280</sup> sur requête. De plus, il est nécessaire que ces commissaires soient choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste créée par les commissions régionales ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux<sup>281</sup>. Ils doivent aussi être soumis aux mêmes incompatibilités que celles prévues pour le commissaire aux comptes<sup>282</sup>.

**202.** L'objectif d'évitement du commissaire aux comptes, qui contrôle la société proposant l'augmentation par apports en nature, de présenter cette information est, à notre avis, d'éviter qu'il intervienne dans le conflit d'intérêts. Pour cela cette information est en charge du commissaire aux apports.

**203.** Afin que le commissaire aux apports puisse présenter l'information aux actionnaires sur l'apport en nature, il doit apprécier, sous sa responsabilité, la valeur de cet apport<sup>283</sup>. Cet apport en nature est la transmission à la société d'un droit sur un bien autre qu'une somme d'argent<sup>284</sup>. Elle est faite par la convention d'apport et soumise à l'appréciation du commissaire aux apports. Pour le cas particulier de l'augmentation par apports en nature proposée par la société dans les deux ans suivant son immatriculation, la présentation de cette information est limitée au bien apporté appartenant à un actionnaire et la valeur de ce bien doit être au moins égale à un dixième du capital social<sup>285</sup>.

L'exigence de soumission à cette appréciation se justifie par le fait qu'une part de ce bien n'est pas exprimée directement en euros<sup>286</sup> et d'autre part par la crainte législative que ce bien soit frauduleusement apprécié.

En outre, il ne faut pas réduire l'importance de cette exigence du fait que la valeur définitive de cet apport relève d'une décision souveraine de la collectivité des actionnaires. Le commissaire aux apports a le rôle d'apprécier ce bien apporté et d'en rédiger un rapport<sup>287</sup>.

Par ailleurs, cette appréciation du commissaire aux apports se fait par le calcul de la valeur réelle du bien apporté. Pour cela, il est possible que le commissaire aux apports prenne en

---

<sup>279</sup> Art. R. 225-136 al. 1 sur renvoi à R. 225-8 du C. com. F.

<sup>280</sup> Art. L. 225-147 al. 1 et R. 225-7 al. 2 du C. com. F.

<sup>281</sup> Art. R. 225-7 al. 1 du C. com. F. V. égal. T. REHAMONJA, L'augmentation du capital dans les sociétés anonymes, mémoire RÉUNION, p. 23.

<sup>282</sup> Art. L. 225-147 al. 1 du C.com. F. Pour comprendre ces incompatibilités, v. supra, p. 73 à 74.

<sup>283</sup> Art. L. 225-147 al. 2 du C.com. F.

<sup>284</sup> R. MORTIER, op. cit., p.107.

<sup>285</sup> Art. L. 225-101 al. 1 et 3 du C. com.F.

<sup>286</sup> R. MORTIER, ibid, p. 273.

<sup>287</sup> S. DANA-DEMARET, Le capital social, éd., Litec, 1989, p. 123.

considération certains critères objectifs étrangers à la simple valeur vénale ou marchande du bien apporté dans la limite d'une utilisation frauduleuse<sup>288</sup>. Ces critères sont, par exemple, la valeur de rendement ou le cas échéant la valeur boursière des titres apportés.

**204.** De plus, en vue de mieux accomplir la mission d'appréciation du bien apporté, le commissaire aux apports peut requérir des informations auprès des dirigeants ou du commissaire aux comptes de la société bénéficiaire de cet apport<sup>289</sup>. Ces informations peuvent aussi porter sur la convention d'apport conclue entre cette société et l'apporteur ou sur toutes autres questions utiles à son appréciation.

**205.** De même, ce commissaire aux apports peut se faire assister par un ou plusieurs experts de son choix, les honoraires de ces experts restant à la charge de la société<sup>290</sup>.

Dans tous le cas, il ne faut pas que ce commissaire aux apports apprécie frauduleusement le bien apporté à la société en lésant qui que ce soit mais en particulier, les intérêts des actionnaires. Dans le cas contraire, la responsabilité de ce commissaire est engagée<sup>291</sup>.

**206.** Pour conclure l'appréciation du bien apporté, le commissaire aux apports doit également rédiger un rapport. Celui-ci doit comprendre certaines informations principalement à destination des actionnaires. Il est important qu'elles soient exposées d'une manière claire et compréhensible.

Les informations contenues dans ce rapport<sup>292</sup> sont utiles aux actionnaires car elles leurs apportent des renseignements précis établis par un ou plusieurs experts n'ayant pas d'intérêts dans la société bénéficiaire du bien apporté.

Ces renseignements concernent la description du bien apporté. A titre exemplaire, le commissaire aux apports renseigne sur le type du bien (immeuble ou meuble -soit corporel soit incorporel), du droit apporté sur ce bien (pleine propriété ou jouissance) et sur ses autres spécificités.

De plus, ces renseignements visent à déterminer le critère adopté lors de l'appréciation et la raison pour laquelle le commissaire aux apports a retenu celui-ci. A titre d'exemple, dans le cas où le bien apporté est un immeuble qui se situe dans un local commercial, si ce commissaire l'a apprécié selon le critère de valeur vénale ou marchande et selon la valeur de rendement car cet immeuble a une valeur commerciale. Dans cette hypothèse, ce commissaire doit renseigner sur ces critères et sur les raisons de les utiliser.

---

<sup>288</sup> Cass. crim., 12 avril 1976, n° pourvoi 75-91627, Bull. crim. n° 115, p.282.

<sup>289</sup> R. CASTELL et F. PASQUALINI, op. cit., p. 81.

<sup>290</sup> Art. R. 225-7 al. 3 du C. com. F.

<sup>291</sup> Art. L. 242-2 al. 1-4° du C. com. F.

<sup>292</sup> Art. R. 225-8 du C. com. F. prévoit : «Le rapport des commissaires aux apports décrit chacun des apports, indique quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu et affirme que la valeur des apports correspond au moins à la valeur nominale des actions à émettre, augmentée éventuellement de la prime d'émission».

Par ailleurs, ces renseignements attestent de manière affirmative que la valeur du bien apporté doit correspondre au moins à la valeur nominale des actions à émettre, augmentée éventuellement de la prime d'émission dans le but de préserver les intérêts des anciens actionnaires.

Nous regrettons que le rapport du commissaire aux apports ne comprenne pas les informations sur les difficultés particulières d'évaluation, s'il en existe. Ce renseignement est, à notre avis, utile aux actionnaires car il leur permet de saisir les difficultés particulières d'évaluation de certains biens, et ensuite de l'approche entre la valeur évaluée de ces biens et leur valeur réelle.

De même, il nous semble dommage qu'il ne soit pas exigé que le rapport du commissaire aux apports comprenne les informations sur l'incidence de l'émission sur la situation des titulaires des titres de capital et, si les sociétés cotées en bourse, sur la valeur boursières de l'action. Ce renseignement est également important, à notre avis, car il indique des risques qui vont toucher aux droits des actionnaires en raison de l'augmentation de capital par apports en nature. En effet, dans l'hypothèse où ces risques ne sont pas au moins égaux à l'intérêt à réaliser l'augmentation par l'apport en nature, peut-être que les actionnaires ne voteront pas pour cette augmentation.

Enfin, les actionnaires peuvent communiquer l'information contenue dans le rapport du commissaire aux apports au siège social. Cette communication est effectuée pendant un délai minimal de huit jours avant la date précédée de l'assemblée<sup>293</sup>.

Nous observons que ce délai minimal est excepté sur celui imposé généralement pour la consultation des documents sociaux<sup>294</sup>. Ceci se justifie, à notre avis, par la volonté du législateur d'accélérer la procédure de l'augmentation de capital où l'information porte sur un ou certains biens.

## **2- Information présentée par un commissaire résultant des opérations de restructuration**

**207.** Il s'agit ici d'une augmentation de capital par apports en nature mais elle est soumise, en plus des dispositions générales de cette augmentation, à certaines règles particulières du fait que cette augmentation résulte des opérations de restructurations. Celles-ci sont au nombre de trois : la fusion-absorption, la fusion-scission et l'apport partiel d'actif.

---

<sup>293</sup> Art. R. 225-136 al. 4 du C. com. F.

<sup>294</sup> V. supra, n° 111.



**208.** La fusion-absorption se réalise «lorsqu’une société préexistante est absorbée par une autre société à laquelle elle fait apport de tout son patrimoine»<sup>295</sup>.

**209.** La fusion-scission est caractérisée «lorsque le patrimoine de la société dissoute est apporté à plusieurs sociétés préexistantes qui augmentent ainsi chacune leur capital social»<sup>296</sup>.

**210.** L’apport partiel d’actif procède de la transmission d’une branche d’activité possédée, d’une société à une autre société préexistante<sup>297</sup>. «Cette branche d’activité définit l’ensemble des éléments d’actif et de passif d’une division d’une société qui établissent tous seuls une exploitation autonome»<sup>298</sup>.

**211.** Quelle que soit l’augmentation résultant de l’opération de restructuration, elle est considérée comme résultant d’une opération de fusion par rapport à la société bénéficiaire d’apport (absorbante). Nous analyserons alors l’information donnée au cours de l’augmentation résultant des opérations de restructurations en se limitant seulement à l’information présentée à l’occasion de l’opération de fusion-absorption **(a)**.

#### **a- Information présentée à l’occasion d’une opération de fusion-absorption**

**212.** L’opération de fusion-absorption entraîne pour la société absorbante une augmentation de capital par apports nature avec suppression du DPS. Comme nous l’avons déjà indiqué, une société préexistante est absorbée par une autre société à laquelle elle fait apport de tout son patrimoine.

Le but direct de la société absorbante en opérant cette augmentation n’est pas d’obtenir des fonds mais de recevoir par exemple certains outils ou expériences nécessaires au développement de l’activité de cette société. En outre, ce but peut être de disposer d’une capacité économique plus importante dans le marché.

**213.** Sauf si tous les actionnaires des sociétés participant à l’opération de fusion décident unanimement de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion, ce commissaire est tenu de

---

<sup>295</sup> M. GONTHIER et H. COURT, La vie des sociétés problèmes comptables, tome. II, éd., Foucher 1982, p. 91.

<sup>296</sup> M. GONTHIER et H. COURT, ibid, p.91. V. égal. P.-A. RECORDON, La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés- en droit suisse et en droit français, thèse Genève 1974, P. 31.

<sup>297</sup> Art. L. 236-22 du C. com. F. V. égal. P. LEMAITRE, L’augmentation de capital par apports nouveaux, thèse Clermont-Ferrand I 1998, p.282. V. égal. CA Paris, 4 février 2014, n° 12/16545, ch. 5-8, RJDA mai 2014, 5/14, n° 439, p. 408.

<sup>298</sup> L. AMIEL-COSME, Apport partiel d’actif et contrat de franchise : quand les exigences de preuve contrarient la transmission universelle du patrimoine, note sous Cass. com., 19 mars 2013, Rev. Sociétés novembre 2013, n° 11, p. 621.

présenter l'information aux actionnaires. A cette fin, un (ou plusieurs) commissaire(s) à la fusion doit être désigné. Cette désignation est faite dans les mêmes conditions que celles prévues pour la désignation du commissaire aux apports que nous avons déjà développées<sup>299</sup>. Cette information présentée par le commissaire à la fusion se fait par la vérification de la rémunération proposée des apports et par l'appréciation de la valeur des apports en nature, avant qu'il(s) ne rédige(nt) un rapport.

D'abord, le commissaire à la fusion doit vérifier cette rémunération proposée des apports. Cette vérification est opérée pour contrôler la pertinence des valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à la fusion et l'équité du rapport d'échange<sup>300</sup>. Ce dernier représente le nombre d'actions de la société bénéficiaire (absorbante) à émettre en rémunération de la valeur des apports<sup>301</sup>.

Pour faire ce contrôle, le commissaire examine les critères utilisés pour compter ces valeurs attribuées aux actions et recompte ceux-ci selon les critères opportuns en affirmant si le rapport d'échange est équitable ou non.

L'objectif de cette vérification est de préserver essentiellement les intérêts des actionnaires contre le risque de fraude que peut entraîner le rapport d'échange.

De plus, en vue de renforcer cette protection résultant de la vérification, il est possible que le commissaire à la fusion obtienne, auprès de chaque société participant à la fusion, la communication de tous documents utiles<sup>302</sup>.

Après avoir accompli cette vérification de la rémunération proposée des apports, il est nécessaire que le commissaire à la fusion rédige un rapport. Les informations contenues dans celui-ci sont, à notre avis, utiles aux actionnaires d'une société absorbante. Elles leur permettent de connaître les éclaircissements formulés par le commissaire à la fusion sur la spécificité de cette augmentation de capital par apports en nature.

Ces informations portent sur le (ou les) critère mis en œuvre pour la détermination du rapport d'échange proposé, le caractère opportun de ce critère en l'espèce ainsi que sur les valeurs auxquelles chacun de ces critères conduit et l'importance relative donnée à ces critères dans la détermination de la valeur retenue, le cas échéant, sur les difficultés particulières d'évaluation<sup>303</sup>.

**214.** Ensuite, le commissaire à la fusion ou, s'il n'en a pas été désigné à l'unanimité des actionnaires, un commissaire aux apports<sup>304</sup> doit apprécier la valeur des apports en nature

---

<sup>299</sup> Art. L. 236-10 I et R.236-6 du C. com. F. V. supra, n° 188, p. 79.

<sup>300</sup> Art. L. 236-10 I al. 2 du C. com. F.

<sup>301</sup> G. NOTTÉ, Les opérations d'apports ou de fusion: mission du commissaire aux apports, JCP E 25 Août 2011, n° 34, p. 10.

<sup>302</sup> Art. L. 236-10 I al. 2 du C. com. F.

<sup>303</sup> Art. L. 236-10 al. 3 de I du C. com. F.

<sup>304</sup> Art. L. 236-10 III du C. com. F.

transmis à la société absorbante<sup>305</sup>. Cette appréciation suit le même processus que celui du contrôleur particulier au cours de l'augmentation de capital résultant d'un apport en nature hors opérations de restructuration<sup>306</sup>.

En outre, ce commissaire doit également vérifier que le montant de l'actif net apporté est au moins égal au montant de l'augmentation de capital de la société absorbante<sup>307</sup>. Ainsi il a l'obligation de procéder à cette vérification d'une manière complète et prudente<sup>308</sup> dans le but de mieux protéger les actionnaires contre la majoration fictive de l'augmentation proposée.

Par ailleurs, il est tenu de rédiger un rapport<sup>309</sup>. Ce dernier comporte certaines informations importantes pour les actionnaires. Elles sont les mêmes que celles prévues dans le rapport présenté par le contrôleur particulier (le commissaire aux apports) au cours de l'augmentation de capital résultant d'un apport en nature hors opérations de restructuration<sup>310</sup>.

## **B- Absence de prévision de commissaire en droit irakien (règles et exception)**

**215.** En premier lieu, le droit irakien ne permet pas de procéder à l'augmentation de capital résultant d'un apport en nature hors opération de restructuration<sup>311</sup>, contrairement au droit français. L'article L. 55 al. 1 du C. SIA. prévoit : «*L'assemblée générale compétente dans la SA (...) a la faculté de faire l'augmentation de capital par un des moyens suivants : 1- Une émission d'actions (...), celles-ci sont libérées par apports en numéraire*». Cette la non-autorisation s'explique, à notre avis, par l'appréciation du législateur estimant la difficulté d'établir des critères justes pour évaluer les apports en nature en raison de la diversité des biens apportés à la société. En conséquence, le droit irakien ne prévoit pas d'information pour cette augmentation, à la différence du droit français.

**216.** En deuxième lieu, exceptionnellement au cours d'opération de restructuration, le droit irakien permet tacitement l'augmentation de capital par apports en nature. La justification de cette autorisation est que l'augmentation par apports en nature est considérée comme un des effets produits automatiquement lors de cette opération.

---

<sup>305</sup> Art. L. 225-147 al. 2 du C. com. F.

<sup>306</sup> V. supra, p.84 à 86.

<sup>307</sup> Art. R. 236-7 du C. com. F.

<sup>308</sup> B. DONDERO, La responsabilité du commissaire aux apports dans les fusions simplifiées, note sous Cass. com., 7 janvier 2014, Bull. Joly Sociétés Avril 2014, n° 4, p. 259.

<sup>309</sup> Art. L. 236-10 III du C. com. F.

<sup>310</sup> V. supra, n° 206.

<sup>311</sup> N. H. RAOUF NNIS, *op. cit.*, p. 73 et 74.

Il nous apparaît que l'autorisation de cette augmentation est exceptionnelle et tacite. Cette autorisation est exceptionnelle car elle vient en contradiction à la non possibilité générale de procéder à l'augmentation de capital par apports en nature. Elle est tacite parce qu'elle n'est pas prévue expressément<sup>312</sup>. L'observation de l'apport en nature transmis lors d'opération de restructurations permet de la détecter. Ce qui est renforcé par le fait que, lors de la constitution de la société, le législateur irakien prévoit la faculté de composer le capital social par des apports en nature<sup>313</sup>, à notre avis en raison de sa nécessité.

En outre, il apparaît que cette augmentation est le résultat de l'opération de restructuration. Le droit irakien prévoit, à la différence du droit français, une seule opération de restructuration entraînant l'augmentation. Cette opération est la fusion-absorption<sup>314</sup>. L'augmentation, conséquence de cette opération, est proposée avec suppression du DPS et concerne toutes les SA.

**217.** Quant à l'information préalable exigée pour les actionnaires lors de l'augmentation résultant de la fusion-absorption, le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, d'imposer de désigner un commissaire afin d'apprécier l'apport en nature et de présenter ensuite l'information<sup>315</sup>. Donc, il ne donne pas aux actionnaires la faculté de décider unanimement de ne pas faire désigner celui-ci, comme c'est le cas en droit français.

La raison d'être de cette absence provient du souhait du législateur irakien de compter sur l'information présentée par le contrôle du greffier<sup>316</sup>, à l'occasion de l'obtention de sa validation sur la décision de l'augmentation, après la prise de la décision. Ce greffier ne donne pas l'information sans faire toutes vérifications nécessaires<sup>317</sup>.

Pourtant, nous pensons que cette information postérieure à la décision appelle une précision. Cette information ne peut pas compenser le renseignement précédent transmis par le commissaire, comme c'est le cas du censeur du secteur bancaire pour l'augmentation par apports en numéraire avec suppression du DPS<sup>318</sup>. Ceci car, à notre avis, d'un part cette compensation conduit l'actionnaire à participer au vote de l'augmentation sans connaître les éclaircissements établis sur l'information présentée par le conseil d'administration. D'autre part, elle peut doubler les charges exigées de la prise d'une décision dans l'assemblée si le greffier ne la valide pas en raison de la non exactitude de l'information établie par ce conseil. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie l'obligation de présenter aux actionnaires

---

<sup>312</sup> V. les dispositions spécifiques de la fusion de l'art. L. 148 à L. 152 du C. SIA.

<sup>313</sup> Art. L. 29 al. 2 du C.SIA. prévoit : «Le capital d'une SA peut être composé d'actions offertes en contrepartie des biens corporels ou incorporels qui sont apportés par un des fondateurs ou certains entre eux ».

<sup>314</sup> Art. L. 148 du C. SIA. prévoit : «Il est permis de fusionner une ou plusieurs sociétés à d'autres,( ...)».

<sup>315</sup> Ces dispositions sont prévues de l'article L. 149 à L. 152 de C. SIA.

<sup>316</sup> Art. L. 150 al. 2 du C. SIA.

<sup>317</sup> R. DISI. MC. GS, p. 15.

<sup>318</sup> V. supra, n° 191 à 192.

l'information lors de l'augmentation résultant de la fusion-absorption, comme c'est le cas en droit français. Il serait capital de mieux organiser cette obligation à travers la prise de deux mesures :

- la première est de déterminer la modalité de désignation d'un comité d'experts comme il est prévu par le droit irakien pour contrôler l'apport en nature transmis lors de la constitution de la société<sup>319</sup>. De plus, ce comité devrait être choisi parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours ou le greffier, dans le but de faciliter les poursuites en cas de fraude à l'appréciation des apports.

- la deuxième est de déterminer le contenu de l'information préalable exigée par les actionnaires. Pour ce faire, il serait nécessaire de combiner d'une manière concordante l'information exigée par le droit irakien à l'occasion du contrôle de l'apport en nature lors de la constitution de la société<sup>320</sup> et celle exigée par le droit français à l'occasion du contrôle de l'apport en nature<sup>321</sup>.

Après avoir proposé ces deux mesures protectrices, il ne reste pas, à notre avis, d'inquiétude importante pour que soit écarté par le droit irakien l'augmentation de capital par apports en nature hors opération de restructuration. En particulier, la nécessité de l'apport en nature n'est pas limitée à une étape déterminée de la vie de la société. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoit cette augmentation suivant ces deux mesures protectrices et d'une manière appliquée à cette augmentation.

Si la protection des actionnaires est exigée lors de l'information préalable de la réunion, elle est aussi nécessaire face à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

C'est ce que nous développerons dans le prochain chapitre.

---

<sup>319</sup> Art. L. 29 al. 2-1° du C. SIA. prévoit : «En cas de la SA, un comité est désigné par l'acceptation émise par le greffier et pour apprécier les apports en nature, il est composé d'experts en droit, comptabilité et de la vie des sociétés».

<sup>320</sup> Art. L. 29 al. 2-3° du C. SIA. prévoit : «(...) le type d'apport en nature et sa valeur estimée, de plus le nom de fondateur qui offre cet apport et sa participation au capital social en contrepartie de cet apport (...)

<sup>321</sup> V. supra, n° 213 à 214.

## Chapitre 2 : Situation de l'actionnaire face à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital

**218.** Une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital doit être réunie pour le vote sur la décision. Cette réunion est encadrée par des mesures protectrices pour les actionnaires.

Ce vote de la décision est un moment important pour l'actionnaire car il lui permet, soit de donner suite à la résolution de l'augmentation, soit d'y mettre fin. En outre, dans la mesure où cette résolution est votée, l'actionnaire peut demander le recours contre la décision émise s'il trouve qu'elle n'est pas satisfaisante. Pour cela, il dispose de certains droits politiques qui peuvent être, pour diverses raisons, réduits ou suspendus. De là l'exigence de protéger l'actionnaire face à l'assemblée avant la prise de décision de l'augmentation ainsi que pendant et après cette prise.

Les deux droits étudiés prévoient cette protection mais ils ne sont pas de même importance.

**219.** Nous exposerons la situation de l'actionnaire face à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital en deux temps, le premier sera la situation de l'actionnaire avant la prise de décision par l'assemblée (**section 1**) et le deuxième, pendant et après (**section 2**).

## **Section 1 : Situation de l'actionnaire avant la prise de décision par l'assemblée**

**220.** Avant la prise de décision de l'augmentation de capital, l'actionnaire a certains droits politiques, le droit d'accès à l'assemblée et celui aux délibérations. Ils ont pour objet de le préparer à voter sur la résolution proposée. Pourtant, l'actionnaire peut courir certains risques lors de l'exercice de ces droits. Il est donc important de renforcer sa protection juridique. Les deux droits étudiés prévoient cette protection mais ils se différencient sur certains points.

**221.** Nous présenterons la situation de l'actionnaire avant la décision d'augmentation en détaillant sa protection par l'accès à l'assemblée (**s.section 1**) et celle au cours des délibérations (**s.section 2**).

### **S. section 1 : Protection de l'actionnaire par l'accès à l'assemblée**

**222.** Les deux droit étudiés prévoient d'accorder à l'actionnaire le droit de participation à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital (**§1**) et celui-ci de se faire représenter (**§2**).

#### **§1 : Droit de participation à l'assemblée**

**223.** Nous abordons ce droit par la présence (**A**), les exceptions sur le droit de participation (**B**), la justification de la qualité d'actionnaire (**C**), les modes de participation et la faculté de revenir sur les modes (**D**) et la feuille de présence (**E**).

#### **A- Présence**

**224.** Les deux droits étudiés prescrivent, en principe, de réserver à l'actionnaire le droit de participation à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital car les assemblées d'actionnaires ne sont pas ouvertes à tous.

**225.** Ils accordent également à certaines personnes, autres que les actionnaires, la faculté de participation à l'assemblée. Ces personnes sont différentes d'un droit à l'autre.

**226.** Le droit français<sup>322</sup> la donne aux commissaires aux comptes, aux représentants de la masse des obligataires, aux représentants de la masse des valeurs mobilières donnant accès au capital et aux deux membres du comité d'entreprise<sup>323</sup>. Le but est de fournir à l'assemblée générale des informations et éclaircissements nécessaires.

**227.** Le droit irakien<sup>324</sup> la donne seulement à un représentant du greffier afin qu'il exerce un contrôle sur les formalités préliminaires aux délibérations de l'assemblée.

La raison de cette différence entre les deux droits étudiés se résume en trois points :

- le droit irakien accorde au greffier un large rôle pour contrôler les sociétés.
- le droit irakien écarte l'intervention du commissaire aux comptes avant et lors d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital<sup>325</sup>.
- le droit irakien ne permet pas aux représentants des obligataires<sup>326</sup> de participer à l'assemblée. Cela s'explique, à notre avis, par l'estimation du législateur que l'accès à l'assemblée générale est réservée aux titulaires du capital. Par ailleurs, il ne permet pas non plus aux représentants de la masse des valeurs mobilières et au comité d'entreprise d'y participer car il ne prévoit ni ces valeurs mobilières, ni ce comité.

Le droit de participation est considéré, dans les deux droits étudiés<sup>327</sup>, comme un des droits fondamentaux de l'actionnaire grâce auquel il peut obtenir des informations supplémentaires au sein de l'assemblée et ensuite voter pour ou contre la résolution proposée.

## **B - Exceptions sur le droit de participation**

**228.** Les deux droits se différencient sur les exceptions quant au droit de participation.

En droit français, les exceptions sont au nombre de deux.

La première concerne les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote<sup>328</sup> car ils n'ont pas la faculté d'exprimer leur opinion par le vote. Cependant, nous remarquons que cette exception n'est pas totale car le législateur français permet à ces titulaires, par un autre article,

---

<sup>322</sup> Art. L. 823-17, L. 228-55 et L. 228-105 al. 4 du C. com. F.

<sup>323</sup> Art. L. 2323-67 du C. trav. F.

<sup>324</sup> Art. L. 93 du C. SIA.

<sup>325</sup> V. Supra, n° 191.

<sup>326</sup> Il faut comprendre que le droit irakien prévoit, à la différence du droit français, un seul type d'obligation. De plus, il ne prévoit pas de convertir cette dernière en actions. V. les dispositions d'obligations de l'article L. 77 à L. 84 du C. SIA.

<sup>327</sup> Art. L.225-113 du C. com. F. prévoit : «Tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires (...) .Toute clause contraire est réputée non écrite». V. égal. art. L. 85 du C. SIA. prévoit : «L'assemblée générale se compose de tous les actionnaires».

<sup>328</sup> Art. L. 228-35-3 al. 3 du C. com. F. Notons que, actuellement, l'émission ce type d'actions est interdite par la loi. Celles-ci sont donc en voie d'extinction, celles émises dans le passé continuant d'exister, sauf suppression par la société émettrice (art. L. 228-29-8 du C. com. F.).



de désigner un ou, si les statuts le prévoient, plusieurs mandataires chargés de les représenter à l'assemblée<sup>329</sup>.

La deuxième est prévue par l'article L. 228-29 al. 1 du C. com. F. «(...), les actions, sur le montant desquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués, cessent de donner droit à l'admission et (...) dans les assemblées d'actionnaires (...)». Nous remarquons que cette exception est une sanction à l'encontre de l'actionnaire qui ne remplit pas son obligation financière.

**229.** Le droit irakien ne prévoit aucune exception quant au droit de participation. Cela s'explique, en premier lieu, parce que le droit irakien ne prévoit pas d'émission d'actions sans droit de vote.<sup>330</sup> Il s'agit en effet d'unifier des actions émises et ensuite d'accorder aux actionnaires les droits équivalents. En deuxième lieu, il ne prévoit pas non plus l'exception concernant l'actionnaire de participation au cas où il ne remplit pas son obligation financière car il se contente de suspendre son droit aux dividendes<sup>331</sup>.

Sur ce point, nous pensons que le droit français est plus strict que le droit irakien car il ne se contente pas de suspendre les droits pécuniaires<sup>332</sup> de l'actionnaire défaillant mais aussi ses droits politiques. Ainsi, un actionnaire ne souhaitera pas renoncer à ces deux types des droits et de fait, sera poussé à remplir ses obligations. Plus la sanction est lourde, plus l'actionnaire défaillant réagira rapidement. Il serait préférable que le droit irakien prévienne cette deuxième exception prévue par le droit français.

### **C - Justification de la qualité d'actionnaire**

**230.** La participation à l'assemblée exige de justifier de la qualité d'actionnaire (présent ou représenté). La justification de qualité de l'actionnaire représenté est faite par le mandat<sup>333</sup> accordé à son mandataire. La justification de qualité de l'actionnaire présent est différente dans les deux droits étudiés.

**231.** Dans le droit français, la qualité d'actionnaire résident en France, se justifie, en vue de sa participation à l'assemblée, par l'enregistrement ou l'inscription comptable de ses actions

---

<sup>329</sup> Art. L. 228-35-6 al. 4 du C. com. F.

<sup>330</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 216.

<sup>331</sup> Art. L. 48 al. 3 du C. SIA prévoit : «Les sommes dues du montant d'actions souscrites sont des créances dues à la société, en cas de la non-délibération à la date fixée par le conseil d'administration, elles (...) et les actions sont suspendues du droit aux dividendes». V. égal. F. I. JASSIM, *Les droits des actionnaires aux SA, Bagdad, Irak, éd., AL-HALABI 2008*, p. 177 et 178.

<sup>332</sup> Art. L. 228-29 al. 2 du C. com. F.

<sup>333</sup> Nous détaillerons plus tard le droit de l'actionnaire de se faire représenter, v. infra, p. 101 et s.

nominatives à son nom dans les comptes de titres nominatifs tenus par la société<sup>334</sup> pendant un délai déterminé précédant l'assemblée. Lorsqu'il accomplit cet enregistrement (ou inscription) et souhaite assister physiquement, il lui est délivré une carte d'admission le troisième jour ouvré précédant l'assemblée (les SA cotées)<sup>335</sup> ou le jour de celle-ci (les SA non cotées)<sup>336</sup>. Il peut ainsi confirmer sa qualité et participer facilement à celle-ci. Pourtant, nous remarquons que le délai déterminé de cette inscription est différent, sauf en l'absence de disposition statutaire, dans les SA cotées et dans celles non cotées. Pour les premières, le délai déterminé est le troisième jour ouvré précédant l'assemblée. Pour les secondes, c'est le jour de l'assemblée ou, éventuellement, le troisième jour ouvré précédant l'assemblée dans la mesure où ses statuts le prévoient spécialement. Cette différence s'explique par l'existence de nombreux actionnaires dans les SA cotées où il est difficile de procéder à l'inscription des actions dans les comptes de titres nominatifs et à l'organisation de la séance le jour de l'assemblée.

**232.** Quant aux actions au porteur, dans les deux sociétés (SA cotées ou non)<sup>337</sup>, l'actionnaire justifie sa qualité, en vue de la participation à l'assemblée, par l'enregistrement ou l'inscription comptable de ses actions à son nom dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire habilité selon le CMF. Cet enregistrement (ou l'inscription comptable) doit être effectué pendant le même délai que celui déjà indiqué pour délivrer la carte d'admission dans les SA cotées. Lorsqu'il l'accomplit, il lui est délivré une attestation de participation ainsi que certains documents.

**233.** Les règles diffèrent pour l'actionnaire non-résident en France (ce qui est la situation dans les SA cotées). Il s'agit de tout actionnaire qui n'a pas un domicile sur le territoire français<sup>338</sup>. En raison de la rareté de sa présence en personne à l'assemblée, cet actionnaire doit choisir un représentant, «l'intermédiaire inscrit», en vue de gérer ses actions. «L'intermédiaire inscrit» est défini comme suit : «En droit, tout intermédiaire, personne morale ou physique, prestataire de services d'investissement ou banquier, résident français ou non résident, peut, pour le compte de tiers- à condition que ces tiers soient non-résidents-, s'inscrire dans les comptes de titres»<sup>339</sup>. L'inscription d'intermédiaire inscrit doit être effectuée, si les actions sont nominatives, dans les comptes d'actionnaires d'une société émettrice ou, si celles-ci sont au porteur, dans les comptes-titres tenus par un intermédiaire habilité selon le CMF. Elle peut être faite sous la forme d'un compte collectif pour tous les actionnaires représentés ou d'un compte

---

<sup>334</sup> Art. R. 225-85 I et art. R.225-86 al. 1 du C. com. F. V. égal. Y. GUYON, Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires, Rev. Sociétés juillet /septembre 2002, n° 3, p.428.

<sup>335</sup> Art. R. 225-85 I du C. com. F.

<sup>336</sup> Art. R. 225-86 al. 1 du C. com. F.

<sup>337</sup> Art. R.225-85 II du C. com.

<sup>338</sup> Art. L. 228-1 al. 7 du C. com. F.

<sup>339</sup> J.-P. VALUET, Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives à l'identification et au vote des actionnaires non-résidents des sociétés cotées, Rev. Sociétés juillet/septembre 2002, n° 3, p. 447.

individuel pour chaque actionnaire représenté. Dès l'ouverture du compte, l'intermédiaire inscrit est tenu de déclarer sa qualité d'intermédiaire détenant des actions pour le compte d'autrui<sup>340</sup>. Cette déclaration est faite auprès de la société émettrice ou d'un intermédiaire habilité selon le CMF<sup>341</sup>.

La justification de la qualité de l'actionnaire non-résident représenté en vue de la participation à l'assemblée, est effectuée par l'enregistrement comptable de ses actions au nom de l'intermédiaire inscrit pour le compte de cet actionnaire<sup>342</sup> le troisième jour ouvré précédant l'assemblée. Cet enregistrement, si les actions sont nominatives, figure dans les comptes de titres nominatifs tenus par la société ou, si les actions sont au porteur, dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire habilité selon le CMF<sup>343</sup>.

**234.** Le droit irakien diffère du droit français sur la justification de la qualité de l'actionnaire en vue de la participation à l'assemblée. Cette différence est que, d'une part l'actionnaire résident ou non en Irak est soumis aux mêmes dispositions régissant cette justification et, d'autre part, les actions au porteur ne sont pas prévues<sup>344</sup>.

Notons que l'actionnaire non-résident (ce qui est la situation dans les SA cotées<sup>345</sup>) est tout actionnaire qui n'a pas un domicile sur le territoire irakien. Il doit choisir un représentant qui est un intermédiaire financier habilité selon le C. PMIV en vue de gérer ses actions. Cet intermédiaire financier habilité se définit par toute personne morale autorisée en vertu de la loi à effectuer les opérations sur les titres financiers ou compétente en matière de transactions boursières sur ces titres<sup>346</sup>.

Lorsqu'il ouvre un compte auprès d'un dépositaire central, le législateur ne lui impose pas de déclarer sa qualité d'intermédiaire détenant des actions pour le compte d'autrui. Cependant, cette non-obligation à ce moment-là ne signifie pas que le droit irakien ne donne pas la faculté de demander à l'intermédiaire financier habilité de révéler sa qualité ou de fournir certaines informations sur les actionnaires non-résidents. Il prévoit cette faculté en la réservant à l'autorité du marché irakien des valeurs mobilières, sans limite de temps<sup>347</sup>.

---

<sup>340</sup> Art. L. 228-1 al. 7 et 8 du C. com. F.

<sup>341</sup> Art. R. 228-1 du C. com. F.

<sup>342</sup> Rapport ANSA, L'identification des actionnaires des sociétés cotées, Rev. Sociétés octobre- décembre 1996, n° 4, p. 728.

<sup>343</sup> Art. R. 225-85 I du C. com. F.

<sup>344</sup> Pour comprendre cela, v. note 58.

<sup>345</sup> Art. 11 al. 2-1° du code de l'investissement irakien.

<sup>346</sup> Art. R. 4 des R. PNMIV. V. égal. section III, art. 3 al. 1° et section V, art. 1 al. 1°, 2° ainsi 3° du C. PMIV.

<sup>347</sup> Section V, art. 13 al. 1° et art. 14 du C. PMIV.

**235.** L'actionnaire justifie sa qualité par la présentation d'une attestation d'actions nominatives<sup>348</sup> ou (pour l'actionnaire résident ou non en Irak) au travers d'un mandat s'il est représenté à l'assemblée<sup>349</sup>. Mais nous remarquons que le droit irakien n'indique pas (pour les SA cotées ou non) quand cet actionnaire doit faire la demande de cette attestation justifiant de sa qualité. Notons que la première attestation d'actions est délivrée après avoir accompli les procédures de souscription d'actions<sup>350</sup>. Cependant, la pratique montre que la direction de la société demande à l'actionnaire de présenter une attestation d'actions récente par rapport à la date de réunion de l'assemblée. Nous pensons que cette notion de «récente» ne peut pas être utilisée car elle ne définit un délai précis pour demander ce document. Or la détermination exacte de ce délai est importante afin de ne pas laisser le choix à la société de filtrer les participants «récents» et de permettre seulement aux actionnaires détenteurs actuels des actions de participer à l'assemblée. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoit, comme c'est le cas en droit français, de déterminer ce délai avec précision.

**236.** Quant à la carte d'admission, le droit irakien ne distingue pas, à la différence du droit français, les SA cotées ou non pour la date de délivrance de cette carte<sup>351</sup>. Cette carte est délivrée le jour de l'assemblée sur présentation de l'attestation d'actions. Ce délai est, à notre avis, critiquable en ce qui concerne les SA cotées. En effet cela occasionne le jour de la réunion un travail important pour le bureau de l'assemblée, car dans la plupart des cas, ses actionnaires sont nombreux. Ce travail demande de l'attention pour les vérifications et donc du temps. En outre, cette tâche vient s'ajouter aux procédures préliminaires à l'assemblée (établissement de la feuille de présence, choix du président ...) et peut occasionner un retard pour le démarrage de la réunion en elle-même. Pour ces raisons, il serait préférable que le droit irakien modifie cette disposition en prévoyant, comme c'est le cas en droit français, une date différente de délivrance de la carte d'admission à l'actionnaire pour les deux types de SA.

#### **D - Modes de participation et la faculté de revenir sur les modes**

**237.** Les législations étudiées se démarquent quant aux modes de participation et la faculté de revenir sur ces derniers.

**238.** Dans le droit français, pour les SA cotées, l'actionnaire doit choisir un des modes de participation à l'assemblée. Ces modes sont le vote à distance, l'envoi d'un pouvoir, la demande

---

<sup>348</sup> Art. L. 94 al. 1 du C. SIA. prévoit : «(...) à condition que le participant justifie de sa possession d'actions par la présentation de l'attestation d'actions,( ...)».

<sup>349</sup> Nous détaillerons plus tard le droit de l'actionnaire de se faire représenter, v. infra, p. 101 et s.

<sup>350</sup> Art. L. 50 du C. SIA.

<sup>351</sup> Art. L. 94 al.1 et 3 du C. SIA. prévoit : «1- Le nom du participant ou participante de l'assemblée est inscrit sur un registre avant de commencer la réunion,(...) . 3- Une carte d'admission est délivrée au participant (...)».

de la carte d'admission et la demande d'une attestation de participation. S'il a déjà choisi un de ceux-ci, il ne peut plus en changer, sauf disposition contraire des statuts<sup>352</sup>.

**239.** A la différence du droit français, le droit irakien prévoit certains modes de participation à l'assemblée<sup>353</sup> parmi ceux prévus par le droit français. Ceux-ci sont la demande de la carte d'admission et l'octroi d'un mandat, au choix de l'actionnaire. Nous remarquons que le droit irakien ne prévoit pas le mode de participation par le vote à distance car il se contente de prévoir le vote lors de la réunion<sup>354</sup>. Il ne prévoit également pas le mode de demande d'une attestation de participation car il ne prévoit pas les actions au porteur<sup>355</sup>.

A la différence du droit français, le droit irakien reste muet sur la faculté de l'actionnaire de revenir sur le choix du mode de participation. Notons qu'il est difficile d'imaginer que l'actionnaire puisse revenir au mode de la carte d'admission car celle-ci ne lui est délivrée que le jour de l'assemblée. Par contre, pour le deuxième mode, la procuration, dont le dépôt au siège administratif de la société est fixé à au moins trois jours avant la date de la réunion<sup>356</sup>, il est possible d'imaginer la possibilité de revenir sur le choix initial.

Le silence du législateur irakien laisserait à la société le choix de décider ou non la mise en œuvre de cette possibilité au contraire du droit français qui ne l'autorise pas.

Nous regrettons cet empêchement car il peut priver certains actionnaires de la participation à l'assemblée notamment ceux qui, dans des circonstances exceptionnelles, ne peuvent pas suivre le mode de participation préalablement choisi. Cependant, nous ne sommes pas pour le lever entièrement parce que cela conduit à des difficultés d'organisation des formalités préliminaires de la réunion de l'assemblée par la société.

Nous sommes pour une solution intermédiaire qui permettrait de revenir sur le choix du mode de participation en le limitant à des circonstances exceptionnelles (décès ou hospitalisation du mandataire ...) soumises à la validation par le président du conseil d'administration et en étendant son délai jusqu'au jour de l'assemblée.

Pour ces raisons, nous proposerons au droit irakien de prévoir la faculté pour l'actionnaire ayant choisi la procuration de revenir sur son choix de mode de participation, en limitant l'exercice de cette faculté à des circonstances exceptionnelles soumises à la validation par le président du conseil d'administration et en étendant son délai jusqu'au jour de l'assemblée.

---

<sup>352</sup> Art. R.225-85 III du C. com. F. prévoit : «Lorsque l'actionnaire a déjà exprimé son vote à distance, envoyé un pouvoir ou demandé sa carte d'admission ou une attestation de participation dans les conditions prévues à la dernière phrase du II, il ne peut plus choisir un autre mode de participation à l'assemblée, sauf disposition contraire des statuts».

<sup>353</sup> Art. L. 94 al. 3 et L. 91 al. 1 du C. SIA. prévoit : «1- L'actionnaire a la faculté de se faire représenter par un tiers au travers d'une procuration (...) afin d'accéder (...) à l'assemblée générale. De plus, il a également cette faculté de se faire représenter par un autre actionnaire au travers d'un mandat (...)».

<sup>354</sup> V. infra, n° 331.

<sup>355</sup> Pour comprendre cette absence, v. note 58.

<sup>356</sup> Art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA.

## **E - Feuille de présence**

**240.** Pour renseigner la qualité d'actionnaire (présent ou représenté) à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, les deux droits comparés prévoient la nécessité d'une feuille de présence à chaque assemblée<sup>357</sup>. Cette feuille doit être signée par les actionnaires présents et les mandataires des actionnaires représentés<sup>358</sup> car elle est considérée comme une preuve de présence à l'assemblée générale. En outre, l'objectif de cette feuille est de savoir si le quorum exigé est atteint, pour réunir une assemblée générale en vue d'augmenter le capital et de connaître la qualité des participants<sup>359</sup>.

**241.** Pour les renseignements fournis par cette feuille, les deux droits comparés sont similaires sur certains points et différents sur d'autres.

Quant aux personnes qui doivent être renseignées, nous remarquons que les deux droits comparés sont identiques en ce qui concerne l'indication de l'actionnaire présent, de l'actionnaire représenté et de son mandataire<sup>360</sup>. Mais ils sont différents pour ce qui concerne l'actionnaire réputé présent<sup>361</sup> (c'est-à-dire les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication) car le droit irakien<sup>362</sup> ne prévoit pas cette participation. Ils sont également différents en ce qui concerne l'actionnaire participant à l'assemblée en votant par correspondance<sup>363</sup> car le droit irakien<sup>364</sup> ne prévoit pas non plus cette participation.

Quant aux renseignements fournis aux actionnaires (présents ou représentés) sur les trois types de personnes déjà indiqués, nous observons que les deux droits comparés sont similaires dans la prévision de l'indication des nom, prénom usuel et le nombre d'actions possédées ou représentées à l'assemblée<sup>365</sup>. Ils sont différents concernant les indications de domicile et le nombre de voix attachés aux actions.

---

<sup>357</sup> Art. L.225-114 al. 1 du C. com. F. et art. L. 94 al. 1 du C. SIA.

<sup>358</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., P. 568. V. égal. K. A. H. AL-BALDAWI, *Les sociétés commerciales en droit irakien, Bagdad, Irak, année d'édition inconnue, p. 175.*

<sup>359</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 390.

<sup>360</sup> Art. R.225-95 al. 1-1°, -2° et -3° du C. com. F. V. égal. art. L. 94 al. 1 du C. SIA. prévoit : «1- Le nom du participant ou participante à l'assemblée est inscrit (...) . Le participant appose sa signature auprès du nom de l'actionnaire représenté s'il est mandataire».

<sup>361</sup> Art. R. 225-95 al. 1-1° du C. com. F. prévoit : «(...) actionnaire (...) ou réputé présent au sens du II de l'article L.225-107,(...)».

<sup>362</sup> Nous parlerons plus tard la non prévision par le droit irakien cette participation à l'assemblée, v. infra, n° 331.

<sup>363</sup> Art. R. 225-95 al. 1-4° du C. com. F. prévoit : «(...) actionnaire ayant adressé à la société un formulaire de vote par correspondance,(...)».

<sup>364</sup> Nous parlerons plus tard la non prévision par le droit irakien cette participation à l'assemblée, v. infra, n° 331.

<sup>365</sup> Art. R.225-95 al. 1-1°,-2° et -3° du C. com. F. V. égal. art. L. 94 al.1 du C. SIA.

En effet, le droit français prévoit<sup>366</sup> ces dernières. Par contre, le droit irakien ne prévoit pas l'indication de domicile<sup>367</sup> car le législateur, à notre avis, estime que celle-ci est moins utile aux actionnaires participant à l'assemblée, par rapport aux autres indications.

Concernant l'indication du nombre de voix attachées aux actions, le droit irakien n'exige pas que la feuille de présence le mentionne car il l'inclut dans la carte d'admission à la réunion de l'assemblée<sup>368</sup>.

## **§2 : Droit de représentation à l'assemblée**

**242.** La participation de l'actionnaire aux assemblées générales est importante pour le fonctionnement de la société<sup>369</sup>. A l'occasion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, si l'actionnaire n'y participe pas en personne, il lui est possible de se faire représenter. Ceci pour remédier aux cas d'absence des actionnaires.

**243.** Nous examinons cette participation au travers des questions de choix d'un mandataire(A), de l'obligation qui lui est faite de renseigner sur tout conflit d'intérêts (B), de la sollicitation active de mandats par toute personne (C), des conditions de forme du mandat (D), de la possibilité de représentation par plusieurs mandataires afin de participer à l'assemblée (E), des délais de validité, révocation, types, exclusions (F).

### **A- Choix d'un mandataire**

**244.** Les deux droits étudiés prévoient d'accorder à l'actionnaire le droit de se faire représenter<sup>370</sup>, mais ils se différencient sur certains points. Pour cela nous allons commencer par le droit français puis le droit irakien.

**245.** Le droit français distingue les SA non cotées et cotées. Pour les SA non cotées, il a une posture stricte. Il réserve à l'actionnaire le droit de choisir son mandataire afin de participer à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital. Ce mandataire ne peut être qu'un autre actionnaire, le conjoint de l'actionnaire mandant ou le partenaire avec lequel

---

<sup>366</sup> Art. R. 225-95 al. 1-1°, -2° et -3° du C. com. F.

<sup>367</sup> Art. L. 94 al. 1 du C. SIA.

<sup>368</sup> Art. L. 94 al. 3 du C. SIA. prévoit : «Le participant est délivré une carte d'admission à l'assemblée à laquelle s'inscrire le nombre de voix attaché aux actions possédées ou représentées».

<sup>369</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 373.

<sup>370</sup> Art. L. 225-106 I du C. com. F. V. égal. art. L. 91 al. 1 du C. SIA.

l'actionnaire (mandant) a conclu un pacte civil de solidarité<sup>371</sup>. Cette réserve se justifie, à notre avis, par la volonté du législateur de maintenir secrètes certaines informations de la société.

**246.** Pour les SA cotées, le droit français a une posture libérale. Il donne à l'actionnaire la faculté de se faire représenter, en plus des choix prévus pour les SA non cotées, par toute personne physique ou morale de son choix<sup>372</sup>, que nous désignerons par «mandataire indéterminé». Nous remarquons que cette faculté provient de l'influence de la communauté européenne. L'article 10.1 de la directive n° 2007/36/CE prévoit que : «*Chaque actionnaire a le droit de désigner comme mandataire toute personne physique ou morale de son choix pour participer à l'assemblée générale (...)*». L'objectif de cette faculté est de supprimer les principaux obstacles à la participation à l'assemblée générale et par conséquent, à l'obtention du quorum dans les sociétés où les actionnaires sont nombreux<sup>373</sup>.

Rappelons, concernant le droit d'information que le droit français, à la différence du droit irakien, oblige toutes les SA à adresser à l'actionnaire certains documents lorsque celui-ci demande un formulaire de mandat<sup>374</sup> (de procuration).

Cependant, cette faculté est expressément limitée dans les statuts<sup>375</sup>. En effet, si les statuts d'une SA cotée ne comportent pas cette faculté, les actionnaires ne peuvent pas l'utiliser.

**247.** Le droit irakien, à la différence du droit français, unifie les dispositions sur ce point pour toutes les SA cotées ou non. Il a seulement une posture libérale. Il accorde à l'actionnaire la faculté de se faire représenter par un autre actionnaire ou un tiers<sup>376</sup>. Il distingue le mandat accordé pour un autre actionnaire de celui d'un tiers. Il exige seulement du deuxième d'être fait selon une formalité particulière (authentification)<sup>377</sup>.

**248.** A la différence du droit français, le droit irakien ne limite pas le choix du tiers, quels que soient les statuts. Cela s'explique, à notre avis, par le fait que le droit irakien accorde seulement deux choix à l'actionnaire, un tiers ou un autre actionnaire. S'il limitait le choix du tiers par la prévision dans les statuts et si ces derniers ne le prévoyaient pas, il ne resterait à l'actionnaire qu'un seul choix. Il en résulterait une difficulté à exercer la faculté accordée à un actionnaire de se faire représenter à l'assemblée.

---

<sup>371</sup> Art. L. 225-106 I al. 1 du C. com. F.

<sup>372</sup> Art. L. 225-106 I al. 2-1° et -2° du C.com. F.

<sup>373</sup> C. MAISON-BLANCHE et A. de ROCHEBRUNE, Des nouvelles dispositions relatives aux assemblées générales des actionnaires, Bull. Joly Sociétés mars 2011, n° 3, p. 192.

<sup>374</sup> V. supra, n° 135 à 139.

<sup>375</sup> Art. L. 225-106 I al. 2-2° du C. com. F.

<sup>376</sup> Art. L. 91 al.1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a la faculté de se faire représenter par un tiers au travers d'une procuration authentique afin d'accéder, de délibérer et de voter à l'assemblée générale. De plus, il a également cette faculté de se faire représenter par un autre actionnaire au travers d'un mandat aux même fins».

<sup>377</sup> V. infra, n° 254, 260 et 262.



Pourtant, nous regrettons que le droit irakien ne prévoit pas la limitation de cette faculté car cela conduit à obliger la société à accepter la communication à un tiers de ses informations secrètes si elle a besoin de son intervention pour atteindre le quorum requis au risque de rompre l'équilibre entre l'intérêt de confidentialité de la société et les besoins des grandes SA cotées pour les votes.

Mais nous pensons qu'il est important, auparavant, d'ajouter un autre choix à l'actionnaire voulant se faire représenter à l'assemblée. Ce choix serait celui du conjoint, comme en droit français, car il est supposé avoir des intérêts communs avec l'actionnaire. Il serait souhaitable que le droit irakien ajoute cet autre choix à ceux déjà prévus en limitant, comme en droit français, le choix d'un tiers seulement aux SA cotées, et si leurs statuts le prévoient.

## **B- Obligation du mandataire de renseigner sur tout conflit d'intérêts**

**249.** Les deux droits se différencient sur cette obligation. Pour cela nous allons commencer par le droit français puis le droit irakien.

**250.** Le droit français, spécialement dans les SA cotées, limite la faculté de se faire représenter (par toute personne physique ou morale de son choix) par l'obligation du mandataire de renseigner l'actionnaire sur tout conflit d'intérêts possible. L'article L. 225-106-1 al. 1 du C. com. F. prévoit : «(...) *il est informé par son mandataire de fait lui permettant de mesurer le risque que ce dernier poursuive un intérêt autre que le sien*». L'objectif de cette obligation est d'éviter à l'actionnaire d'entrer dans un conflit d'intérêts avec son mandataire (un autre actionnaire ou «mandataire indéterminé»), quelle qu'en soit la cause<sup>378</sup>. Ce renseignement concerne le mandataire (un autre actionnaire ou «mandataire indéterminé»), ou, le cas échéant, la personne agissant pour son compte. Il porte sur les situations de conflit d'intérêts prévues par l'article L. 225-106-1 al. 2, 3-1°, 4-2°, 5-3° et 6-4° du C. com. F. «*Cette information porte notamment sur le fait que le mandataire ou, le cas échéant, la personne pour le compte de laquelle il agit : contrôle, au sens de l'article L. 233-3, la société dont l'assemblée est appelée à se réunir ; est membre de l'organe de gestion, d'administration (...) de cette société ou d'une personne qui la contrôle au sens de l'article L. 233-3 ; est employé par cette société ou par une personne qui la contrôle au sens de l'article L. 233-3 ; est contrôlé ou exerce l'une des fonctions mentionnées au 2° ou au 3° dans une personne ou une entité contrôlée par une personne qui contrôle la société, au sens de l'article L. 233-3*».

---

<sup>378</sup> V. MAGNIER, Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées, Rev. Sociétés mai 2011, n° 5, p.274. V. égal. Exercice des droits des actionnaires des sociétés cotées, JCP E 13 Janvier 2011, n° 1-2, p.13.

En outre, le renseignement sur le conflit d'intérêts doit être porté à la connaissance de l'actionnaire dans la mesure où il existe un lien familial entre le mandataire (un autre actionnaire ou un «mandataire indéterminé») ou, le cas échéant, la personne pour le compte de laquelle il agit, et une personne physique placée dans l'une des situations déjà indiquées à propos du conflit d'intérêts<sup>379</sup>.

Dans l'hypothèse où une des situations du conflit d'intérêts survient en cours de mandat, le mandataire (un autre actionnaire ou un «mandataire indéterminé») doit en informer sans délai son mandant car la protection accordée à l'actionnaire par ce renseignement ne s'arrête pas aux situations de conflit d'intérêts avant le mandat mais comporte aussi celles pouvant surgir lors de son exécution. A défaut par le mandant de confirmation expresse du mandat, celui-ci est caduc. Cette caducité doit être notifiée sans délai par le mandataire à la société<sup>380</sup>. Cette notification est transmise par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par un moyen de communication électronique<sup>381</sup>.

La transmission à l'actionnaire de l'information sur le conflit d'intérêts par le mandataire (un autre actionnaire ou un «mandataire indéterminé») doit être effectuée soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit, si le mandataire a déjà reçu l'accord de l'actionnaire, par un moyen de communication électronique<sup>382</sup> dans le but d'éviter le litige sur la confirmation de cette transmission.

Le non-respect de cette obligation par le mandataire (un autre actionnaire ou un «mandataire indéterminé») permet à l'actionnaire (le mandant) de présenter une demande devant le tribunal de commerce compétent. Si ce dernier fait droit à sa demande, le mandataire est privé de la faculté de participer en cette qualité à toute assemblée de la société concernée. La durée de cette privation n'excède pas trois ans<sup>383</sup>.

**251.** Le droit irakien reste silencieux sur l'obligation du mandataire (autre actionnaire ou tiers) d'informer l'actionnaire du conflit d'intérêts. Il n'y a pas trace de cette obligation dans l'article L. 91 du C. SIA. Cela s'explique par la distinction peu importante faite par le législateur entre les dispositions des SA cotées ou non. Nous pensons que ce manque de distinction est discutable parce que les SA cotées ont une importance marquée par le marché financier, surtout par le nombre des actionnaires. Celui-ci rend difficile la visibilité de l'existence du conflit d'intérêts entre l'actionnaire (le mandant) et son mandataire car les personnes ne se connaissent pas ou très peu. Ceci s'aggrave lorsqu'aucune consigne de vote n'est donnée. Le risque est d'autant

---

<sup>379</sup> Art. L. 225-106-1 al. 7 du C. com. F.

<sup>380</sup> Art. L. 225-106-1 al. 8 et 9 du C. com. F.

<sup>381</sup> Art. R. 225-82-2 du C. com. F.

<sup>382</sup> Art. R. 225-82-1 du C. com. F.

<sup>383</sup> Art. L. 225-106-3 al. 1 du C. com. F.

plus important qu'il s'agit d'augmentation de capital avec suppression du DPS : le mandataire ayant un lien d'intérêts avec le bénéficiaire de cette augmentation va la voter alors même qu'elle n'est pas justifiée dans l'intérêt de la société et que, par exemple, le prix d'émission des actions ne correspond pas à la situation de la société.

C'est pourquoi cet actionnaire a besoin d'une mesure protectrice supplémentaire, obligeant son mandataire à notifier l'éventuel conflit d'intérêts. Il serait préférable que le droit irakien prévoit, comme en droit français, que, dans les SA cotées, le mandataire informe l'actionnaire de tout conflit d'intérêts.

Pour rappel du droit français quant aux modalités et sanction associées à cette obligation : l'information sur le conflit d'intérêts doit être faite sans délai par lettre recommandée avec avis de réception (car la possibilité de la voie électronique n'existe pas). Le mandat doit alors être confirmé par le mandant sous peine de devenir caduc (caducité notifiée par le mandataire à la société par voie postale). En cas de non-respect de l'obligation d'information sur le conflit d'intérêts, le mandant est en droit de se pourvoir auprès du greffier compétent et la sanction encourue est la privation de participation en tant que mandataire à toute assemblée de la société concernée, pour une durée de trois ans maximum.

### **C- Sollicitation active de mandats par toute personne**

**252.** Les deux droits se différencient sur la sollicitation active de mandats par toute personne. Pour cela nous abordons d'abord le droit français puis le droit irakien.

**253.** Dans le droit français, spécialement pour les SA cotées, un ou plusieurs actionnaires peuvent accepter la sollicitation active de mandats par toute personne «mandataire indéterminé» qui propose de le(s) représenter. Cette personne a l'obligation de rendre publique sa politique de vote<sup>384</sup> afin d'en informer les actionnaires et tout conflit sur cette politique. Cette publication est faite par un document intitulé «politique de vote», diffusé sur le site Internet et régulièrement mis à jour. De plus, il est consultable à l'adresse du domicile ou du siège social qu'il mentionne<sup>385</sup>. Il comporte certaines informations sur cette personne qui est personne physique ou morale<sup>386</sup>.

En outre, cette personne «mandataire indéterminé» a l'obligation de rendre publique ses intentions de vote sur les projets de résolution présentés à l'assemblée. Cette obligation est

---

<sup>384</sup> Art. L. 225-106-2 al. 1 du C. com. F.

<sup>385</sup> Art. R. 225-82-3 I du C. com. F.

<sup>386</sup> Art. R. 225-82-3 II al. 1° et 2° du C. com. F. prévoit : « 1°- Pour une personne physique, ses nom, prénom, date et lieu de naissance, domicile. 2°- Pour une personne morale, sa forme juridique, sa raison ou dénomination sociale, le montant de son capital social, l'adresse de son siège social, son objet, ainsi que les organes chargés d'instruire et d'analyser les résolutions soumises et ceux chargés de décider des votes qui seront émis».

effectuée par la publicité sur le site Internet de la personne qui procède à la sollicitation active de mandats<sup>387</sup>. Cette personne exerce donc, pour toute procuration reçue sans instructions de vote, un vote conforme aux intentions de vote ainsi rendues publiques. A cette occasion, elle doit se référer aux principes décrits par le document intitulé «politique de vote». Elle doit voter pour l'intéressé (l'actionnaire mandant) selon la politique de vote présentée par ce document. Cette dernière est faite par rubriques correspondant aux différents types de résolutions soumises aux assemblées. Ces rubriques portent au moins sur les décisions entraînant une modification des statuts, la révocation des organes sociaux et les programmes d'émission<sup>388</sup>. En cas de non-respect de ces obligations, cette personne «mandataire indéterminé» est sanctionnée par la privation, pour une durée n'excédant pas trois ans, du droit de participer en cette qualité à toute assemblée de la société concernée<sup>389</sup>.

**254.** Le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, de soumettre le mandataire (un tiers) à ces obligations mais il traite cette absence d'une autre manière. Il exige que le mandat soit validé par une formalité particulière (l'authentification) et que le mandataire s'en tienne au contenu du mandat accordé<sup>390</sup>. Pour cela, nous pensons qu'il n'a y pas nécessité de proposer au législateur irakien ces obligations prévues en droit français.

#### **D- Conditions de forme du mandat**

**255.** Il est capital que nous sachions d'abord quelle la définition de la procuration accordée par l'actionnaire (mandant).

**256.** Dans le droit français, cette définition est prévue par l'article 1984 al. 1 du C. civ. F. «*La procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*».

**257.** Dans le droit irakien, cette définition est indiquée par l'article 927 du C. civ. I. «*La procuration est un contrat par lequel une personne se substitue à une autre pour un acte licite et déterminé*».

Pour ce qui concerne notre domaine particulier, la définition de cette procuration est un acte par lequel un actionnaire peut participer, par personne interposée, à la réunion d'assemblée même s'il n'y présent pas personnellement<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> Art. L. 225-106-2 al. 2 et R. 225-82-3 IV du C. com. F.

<sup>388</sup> Art. L. 225-106-2 al. 2 et R. 225-82-3 III al. 1, 2, 3,4, 6 et 8 du C. com. F.

<sup>389</sup> Art. L. 225-106-3 al. 2 du C. com. F.

<sup>390</sup> Art. 933 du C. civ. I.

<sup>391</sup> M.-D. POISSON, op. cit., p.146. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 373 et 374.

**258.** Pour les conditions de forme du mandat, l'actionnaire (le mandant) est tenu à la condition d'écriture du mandat (1) et à celle d'envoi à la société (2).

### **1- Condition d'écriture du mandat**

**259.** Les deux droits étudiés prévoient la condition d'écriture du mandat mais d'une façon différente. Le droit français la prévoit expressément. L'article L.225-106 II du C. com. F. prévoit que : «*Le mandat ainsi que, le cas échéant, sa révocation sont écrits (...)*».

**260.** Le droit irakien la prévoit tacitement. Il prescrit que le mandat accordé au mandataire (le tiers) doit être authentique<sup>392</sup>. Cette authentification n'est possible que sur un écrit.

Il en résulte que, dans les deux droits étudiés, le mandat verbal est inacceptable du fait de la difficulté de sa confirmation. L'écriture du mandat est a un double intérêt, la facilité de confirmer le mandat passé entre l'actionnaire (le mandant) et le mandataire, et celle de justifier la qualité du participant (du mandataire) à l'assemblée<sup>393</sup>.

**261.** De plus, la procuration donnée à un mandataire doit comporter certaines informations. Les deux droits étudiés sont similaires quant à ces informations. En référence au C. com. F.<sup>394</sup> et au formulaire de procuration<sup>395</sup> autorisé par les deux droits, nous remarquons que celles-ci portent sur les nom, prénom usuel et domicile de l'actionnaire (du mandant) ainsi que de son mandataire ; le nombre d'actions dont cet actionnaire est titulaire ; la dénomination, l'adresse et le capital de la société ; le type de l'assemblée ; les date et lieu de la réunion ; les pouvoirs accordés ; la signature de cet actionnaire.

A notre avis, le but de l'obligation de ces informations est, outre la confirmation du mandat, d'empêcher la falsification de la procuration, falsification venant entacher de fait le caractère utile du droit de l'actionnaire à se faire représenter à l'assemblée.

**262.** Nous remarquons qu'à la différence du droit français, le droit irakien prescrit, en outre, que cette procuration doit être authentifiée<sup>396</sup>. Cette authentification est faite par le notaire chargé d'émettre des procurations dont celle pour participer à une assemblée générale<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> Art. L. 91 al. 1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a la faculté de se faire représenter par un tiers au travers d'une procuration authentifiée (...)».

<sup>393</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 117 et 134.

<sup>394</sup> Art. R. 225-79 al. 1 du C. com. F.

<sup>395</sup> Ce formulaire de procuration français est diffusé sur le site [www.entreprises.cci-paris-idf.fr](http://www.entreprises.cci-paris-idf.fr). V. égal. Le formulaire irakien qui est émis par le notaire.

<sup>396</sup> Art. L. 91 al. 1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a la faculté de se faire représenter par un tiers au travers d'une procuration authentifiée (...)».

<sup>397</sup> Les R. DISI. MC. G.SA p. 14.

Cependant, nous observons que cette authentification est seulement prescrite pour le mandat accordé à un mandataire (un tiers). Cela se justifie, à notre avis, par le désir du législateur d'assurer la validité de ce mandat et d'y ajouter la forme légale, notamment pour celui accordé à un tiers dont la participation à l'assemblée pourrait poser problème.

Notons que le droit irakien permet également à l'actionnaire d'accorder un mandat à un autre actionnaire (le mandataire) pour se faire représenter à l'assemblée<sup>398</sup>. Mais ce mandat est différent de celui accordé à un mandataire non tiers car il n'a pas à être authentifié. En effet, il ressemble à la procuration donnée à un mandataire dans le droit français. La détermination de forme, de contenu et des modalités de ce mandat incombe au greffier<sup>399</sup>. Quant au contenu de ce mandat, il nous apparaît que ce dernier comporte les mêmes informations<sup>400</sup> que celles mentionnées ci-dessus par le formulaire de procuration.

## **2- Condition d'envoi à la société**

**263.** Le formulaire du mandat doit être envoyé à la société. Les deux droits étudiés la prévoient<sup>401</sup>, mais ils se différencient sur deux points, le moyen d'envoi et la prévision de date de celui-ci.

**264.** En ce qui concerne le moyen d'envoi, le droit français donne deux options, par la voie traditionnelle<sup>402</sup> ou par la voie électronique dans les conditions précises<sup>403</sup>. L'objectif de l'envoi par voie électronique est de simplifier l'envoi de ce formulaire en vue de faciliter l'obtention du quorum requis pour l'assemblée.

Le droit irakien prescrit une seule option d'envoi, la voie traditionnelle car il ne prévoit pas la voie électronique<sup>404</sup>. En vue de réaliser ce même objectif, il serait préférable que le droit irakien prévoie cet envoi par voie électronique.

---

<sup>398</sup> Art. L. 91 al.1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a la faculté de se faire représenter (...) afin d'accéder, de délibérer et de voter à l'assemblée générale. De plus, il a également cette faculté de se faire représenter par un autre actionnaire au travers d'un mandat aux mêmes fins».

<sup>399</sup> Art. L. 91 al. 2 du C. SIA.

<sup>400</sup> Les R. DISI. MC. G.SA p. 15.

<sup>401</sup> Art. L.225-106 II du C. com. F. V. égal. Art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA.

<sup>402</sup> Dans le cas où ce formulaire figure sur le même document que le formulaire de vote par correspondance, v. art. R.225-76 al.3 et 4 et R.225-77 al. 1 du C. com. F.

<sup>403</sup> Art. R. 225-82 et R. 225-61 du C. com. F. qui précise ces conditions : «Les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à ces fins».

<sup>404</sup> Art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA prévoit : «2°- Les mandats doivent être déposés au siège social de la société (...)».

**265.** En ce qui concerne la prévision de la date d'envoi, le droit français prévoit, dans la majorité des cas, le délai exigé pour envoyer le formulaire du mandat.

Dans le cas de l'envoi par voie traditionnelle, si ce formulaire figure sur le même document que le formulaire de vote par correspondance, la détermination de cette date est prévue. Cette dernière est indiquée dans ce formulaire et ne peut être antérieure à la date de la réunion de l'assemblée de moins de trois jours, excepté un délai plus court prévu par les statuts<sup>405</sup>. Si ce formulaire est isolé, la détermination de cette date n'est pas prévue. Il est à noter qu'un délai trop court prive la direction de la société d'un temps opportun, avant l'assemblée, permettant de vérifier la validité des mandats envoyés afin de protéger principalement l'intérêt des actionnaires.

Dans le cas de l'envoi par voie électronique, le droit français prévoit le délai de cet envoi en précisant jusqu'à quinze heures, heure de Paris, la veille de la réunion de l'assemblée<sup>406</sup>. Nous pensons que la détermination de fin de ce délai est critiquable car le délai entre cette limite et la date prévue de la réunion n'est pas, à notre avis, suffisant pour satisfaire l'objectif de l'envoi du mandat. L'insuffisance de ce délai pousse la société à manquer d'attention lors la vérification des mandats, notamment quand la majorité ou la totalité de ceux-ci sont envoyés par voie électronique la veille de la réunion. Cela peut permettre l'accès indû de certaines personnes à l'assemblée en qualité de mandataire. Bien que l'objectif de l'autorisation d'envoi par voie électronique soit de simplifier l'envoi, cela, à notre avis, ne doit pas nuire à la mission de vérification des mandats par l'octroi à la société d'un délai trop court.

**266.** Le droit irakien prévoit le délai d'envoi du formulaire du mandat à la société. Il ne fait pas de distinction, contrairement au droit français, pour l'envoi par voie traditionnelle car il ne prévoit pas le vote par correspondance<sup>407</sup>. En effet, ce formulaire est envoyé tout seul à la date déterminée. Celle-ci est d'au moins trois jours avant la date prévue de la réunion<sup>408</sup>. Il nous apparaît que ce délai est similaire à celui prévu par le droit français pour le premier cas de l'envoi par voie traditionnelle parce qu'il est, à notre avis, raisonnable pour remplir la mission d'examen des documents.

A la différence du droit français, le droit irakien prévoit expressément l'objectif de la détermination de ce délai en attribuant à la direction de la société la tâche de déclarer la validité ou non des mandats reçus. A défaut, cette direction engage sa responsabilité<sup>409</sup>.

---

<sup>405</sup> Art. R. 225-76 al. 3 et 4 et R. 225-77 al. 1 du C. com. F.

<sup>406</sup> Art. R. 225-80 du C. com. F.

<sup>407</sup> V. infra, n° 331.

<sup>408</sup> Art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA. prévoit : «2°- Les mandats doivent être déposés au siège social de la société au moins de trois jours avant la date prévue de la réunion (...)».

<sup>409</sup> Art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA ; les R. DISI. MC. G.SA p. 15.

## **E- Possibilité de représenter par plusieurs mandataires**

**267.** Dans les deux droits étudiés, aucun texte spécifique dans le C. com. F. ou C. SIA. n'indique cette possibilité de représenter par plusieurs mandataires afin de participer à l'assemblée. Par contre, le droit commun du mandat dans les deux droits étudiés permet au mandant de choisir plusieurs mandataires pour le même acte<sup>410</sup>. En effet, cette possibilité n'est pas prohibée sauf statuts contraires. Pourtant, nous pensons qu'il n'a y pas vraiment nécessité de l'accorder à l'actionnaire (le mandant). Le choix d'un seul mandataire est suffisant pour accomplir les missions de présence, délibération et vote à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital. En outre, la multiplicité de mandataires dans cette possibilité de participation à l'assemblée conduit à augmenter les frais à la charge de l'actionnaire (le mandant) si ces mandats accordés ne sont pas gratuits<sup>411</sup> et à doubler les procédures organisées par la direction de la société pour l'assemblée. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie de ne pas permettre cette possibilité de mandataires multiples.

**268.** Par ailleurs, les deux droits étudiés sont similaires sur le principe de ne pas permettre qu'une autre personne se substitue au mandataire dans l'hypothèse où celui-ci est nommé<sup>412</sup> désigné. Même si le droit français, dans le C. com. F., prévoit ce principe dans les dispositions propres du mandat accordé pour participer à l'assemblée.

Le droit irakien le prévoit dans le droit commun du mandat. Cette similitude se justifie, à notre avis, par la volonté des deux législateurs de garantir la protection du choix de l'actionnaire (le mandant), notamment son choix de mandataire déterminé par l'intuitu personae. De plus, ce principe est également affirmé par la jurisprudence française<sup>413</sup>.

Cependant, le droit irakien contient sur ce principe, à la différence du droit français, deux exceptions. Ces dernières sont que le mandataire désigné nommément peut être substitué par une autre personne à condition d'avoir obtenu soit l'autorisation de l'actionnaire (le mandant), soit sa délégation de pouvoirs<sup>414</sup>. Nous pensons que ces exceptions limitées ne réduisent pas l'importance de ce principe car elles restent dans l'intérêt de l'actionnaire (le mandant).

## **F- Délai de validité, révocation, types, exclusions**

---

<sup>410</sup> Art. 1995 du C. civ. F. V. égal. art. 938 al. 1 du C. civ. I.

<sup>411</sup> Art. 1986 du C. civ. F. V. égal. art. 940 al. 1 du C. civ. I.

<sup>412</sup> Art. R. 225-79 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. 939 du C. civ. I.

<sup>413</sup> Cass. com, 29 novembre 1994, n° pourvoi 93-11375, Bull. 1994, IV, n° 359, p.296.

<sup>414</sup> Art. 939 du C. civ. I. prévoit : «Le mandataire n'a pas la faculté d'être substitué par une autre personne sauf s'il a obtenu l'autorisation par le mandant ou sa délégation de pouvoirs (...)».



**269.** Pour le délai de validité de mandat, l'actionnaire ne peut pas accorder un mandat autorisant la participation à toutes les assemblées générales. Les deux droits étudiés prévoient cette règle en accordant à l'actionnaire (le mandant) seulement la faculté de conférer le mandat pour une seule assemblée<sup>415</sup>. Le but de cette règle est, à notre avis, de confirmer la volonté de l'actionnaire pour chaque assemblée, notamment si les assemblées sont différentes par leurs ordres du jour ou se passent dans des délais espacés. Pourtant, ils se différencient par le nombre des exceptions. Le droit français prévoit deux exceptions, la première, s'il existe deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire, tenues le même jour ou dans un délai de quinze jours ; la deuxième, s'il existe des assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour<sup>416</sup>. La raison de ces exceptions est, pour la première, le délai court entre les deux assemblées avec lequel il y a peu de possibilité que des nouvelles circonstances influencent le mandat ; pour la deuxième, ces assemblées successives traitent les mêmes questions. Le droit irakien prévoit une seule exception<sup>417</sup>, qui est similaire à la deuxième exception prévue par le droit français. Nous pensons qu'il n'y a pas d'empêchement dans le droit irakien à prévoir la première exception adoptée par le droit français car celle-ci garantit également le but de cette règle.

**270.** Pour ce qui concerne la fin de validité par révocation du mandat, les deux droits étudiés donne à l'actionnaire (le mandant) la faculté de révoquer son mandat. Ils l'obligent à notifier cette révocation à la société<sup>418</sup>. Notons qu'ils ne déterminent pas le délai de cette notification. Celle-ci est donc effectuée pendant la période précédente la réunion de l'assemblée.

Cependant, ils se différencient par la forme de la révocation. Le droit français exige que la révocation soit seulement écrite<sup>419</sup>. Le droit irakien n'exige pas une forme précise. Elle peut être effectuée par écrit, oralement ou par la participation en personne de l'actionnaire (le mandant) à l'assemblée<sup>420</sup>. Nous pensons que, sur la forme de la révocation, le droit français est plus avantageux que le droit irakien car il offre plus de garantie d'éviter des litiges potentiels (la voie orale n'existant pas). Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie de préciser la forme de la révocation en la limitant à la forme écrite.

**271.** Par ailleurs en ce qui concerne les types de mandat, l'actionnaire (le mandant) a la possibilité de ne pas désigner nommément une personne comme mandataire. Il peut donc

---

<sup>415</sup> Art. R. 225-79 al. 3 du C. com. F. V. égal. art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA.

<sup>416</sup> Art. R. 225-79 al. 3 et 4 du C. com. F.

<sup>417</sup> Art. L. 91 al. 3-2° du C. SIA. prévoit : «(...) Le mandat reste valide pour toute deuxième réunion successive à la première assemblée».

<sup>418</sup> Art. R. 225-79 al. 5 et L.225-106 II du C. com. F. V. égal. art. 947 al. 1 et 2 du C. civ. I.

<sup>419</sup> Art. L. 225-106 II du C. com. F.

<sup>420</sup> Art. 947 al. 1 et 2 du C. civ. I. V. égal. F. I. JASSIM, *op. cit.*, p.182.

accorder son mandat (son procuration) sans indication du mandataire (pouvoir en blanc). Les deux droits étudiés différents sur ce point.

**272.** Le droit français prévoit ce type de mandat<sup>421</sup>. Ce mandat confère les pouvoirs de l'actionnaire (le mandant) au mandataire sans indication au nom de celui-ci avec pour l'objet de le représenter à la réunion de l'assemblée. L'objectif de ce mandat est de lever les obstacles à la participation en personne de l'actionnaire à la réunion de l'assemblée et de traiter les absences<sup>422</sup>. Ce mandat s'adresse à la société et plus précisément, dans la plupart des cas, au président du conseil d'administration<sup>423</sup> car il est chargé comme chef de la direction de la société de la représenter dans les rapports avec les tiers<sup>424</sup>. Il doit émettre un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution. Dans l'hypothèse où l'actionnaire (le mandant) préfère émettre un autre vote, il doit faire le choix d'un mandataire qui accepte de voter dans son sens<sup>425</sup>. La prévision de cette hypothèse se justifie pour éviter la critique adressée au mandat dans lequel il n'y a pas l'indication du mandataire, mandat qui apparaît comme un moyen de renforcer la majorité (les dirigeants) au détriment de la minorité d'actionnaires<sup>426</sup>. Cependant, nous pensons que même si cette hypothèse répond à cette critique, elle vide de sa substance le «pouvoir en blanc» car il n'est pas possible d'imaginer ce type de mandat avec l'obligation à l'actionnaire de faire le choix d'un mandataire. De fait, cette hypothèse nous renvoie au mandat nominatif.

**273.** Le droit irakien (dans le C. SIA.) ne prévoit pas, contrairement au droit français, le mandat sans indication du mandataire «pouvoir en blanc». A l'appui, les deux formulaires du mandat comportent toujours l'indication du nom du mandataire<sup>427</sup> et le droit commun ne prévoit pas<sup>428</sup> ce type de mandat, ce qui nous conforte dans la pensée que l'actionnaire (le mandant) ne peut pas faire ce mandat. Cette absence s'explique, à notre avis, par le désir du législateur de se contenter du mandat nominatif, l'autre mandat (pouvoir en blanc) étant beaucoup critiqué par la doctrine.

**274.** Quant aux exclusions, il faut noter que l'actionnaire incapable ou personne morale ne peut pas participer en personne à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de

---

<sup>421</sup> Art. L.225-106 III al.5 du C. com. F.

<sup>422</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 121.

<sup>423</sup> Art. L. 225-106 III al. 5 et R. 225-100 al. 1 du C. com. F.

<sup>424</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, ibid, p. 131.

<sup>425</sup> Art. L. 225-106 III al. 5 du C. com. F.

<sup>426</sup> V. MAGNIER, op. cit., p. 274. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 375.

<sup>427</sup> Le formulaire dont l'authentification est exigée par le notaire et celui qui n'exige pas cette formalité (art. L. 91 al.1 du C. SIA.).

<sup>428</sup> V. les dispositions du mandat qui sont prévues dans le C. civ. I. de l'article 927 à 949.

capital mais peut le faire par son représentant<sup>429</sup>. Cela se justifie par le fait que cet actionnaire n'a pas à lui seul la capacité d'exprimer sa volonté par le vote à l'assemblée<sup>430</sup>.

**275.** Quant au cas spécifique du droit de représentation des copropriétaires d'actions indivises, le droit français impose de choisir l'un d'eux ou un mandataire unique pour assister à l'assemblée. En cas de désaccord, le mandataire est désigné en justice à la demande du copropriétaire le plus diligent<sup>431</sup>.

Le droit irakien prévoit expressément de prohiber les actions indivises<sup>432</sup>. Pour cela, le problème de choix du mandataire pour représenter les titulaires de ces actions à l'assemblée ne se pose pas.

Après avoir détaillé ce qui gère l'accès à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, nous allons voir que l'actionnaire n'a pas seulement le droit d'accès mais aussi le droit de participer aux délibérations.

C'est ce que nous exposerons dans la prochaine sous-section.

## **S. section 2 : Protection de l'actionnaire au cours des délibérations de l'assemblée**

**276.** Afin que les délibérations puis la décision prise soient valables dans certaines augmentations, il s'agit de respecter préalablement, outre les exigences du droit à l'information, le principe protecteur des actionnaires par la libération intégrale du capital déjà souscrit. Les deux droits étudiés le prévoient de façon similaire.

Ces délibérations dans une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital sont imposées et utiles car elles permettent aux actionnaires de participer au débat sur la résolution de l'augmentation et d'en relever les points positifs et négatifs. Dans ce cadre, les deux droits étudiés prévoient d'accorder à l'actionnaire le droit de participer aux délibérations.

**277.** Nous exposerons la protection de l'actionnaire au cours de ces délibérations en deux étapes, la première est le principe protecteur par la libération intégrale du capital déjà souscrit (**§1**) et la deuxième est le droit de l'actionnaire à participer aux délibérations (**§1**).

---

<sup>429</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., P. 568 et 570.

<sup>430</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 377.

<sup>431</sup> Art. L. 225-110 al. 2 C. com. F.

<sup>432</sup> V. supra, n° 75.

## **§1 : Principe protecteur préalable des délibérations par l'obligation de libération intégrale du capital déjà souscrit**

**278.** Ce principe s'entend du versement effectif à la société du montant d'actions déjà souscrites par les actionnaires<sup>433</sup>. Son objectif est d'éviter d'ajouter des actions nouvelles au capital social alors même que le montant des actions préexistantes n'est pas encore entièrement libéré<sup>434</sup>. Cela conduit à nuire à l'intérêt de la société de ne pas avoir un capital fictif et à celui des actionnaires d'éviter autant que possible l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société.

**279.** Les deux droits étudiés sont similaires dans la prévision de ce principe. Ils exigent que celui-ci soit effectué avant la création des actions, c'est-à-dire avant de procéder aux délibérations dans une assemblée afin de voter sur la résolution de l'augmentation de capital<sup>435</sup>.

**280.** Il apparaît que ce principe est limité par deux conditions. Les deux droits étudiés les prévoient de façon similaire, même si, à la différence au droit français le droit irakien ne les prévoit pas dans un seul alinéa et dans le même article.

Ces deux conditions sont les suivantes : que l'augmentation de capital soit effectuée par émission d'actions nouvelles et par apports en numéraire<sup>436</sup>.

Concernant la première condition, ce principe est applicable seulement pour l'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles et ne comporte pas l'augmentation par élévation de la valeur nominale d'actions de capital existantes. Dans le droit français, la non application de ce principe sur la deuxième augmentation<sup>437</sup> s'explique, à notre avis, par le fait que cette augmentation a moins d'effets néfastes sur les intérêts des actionnaires car elle ne permet pas l'entrée de nouveaux actionnaires à la société. Dans le droit irakien, cette non application se

---

<sup>433</sup> P. LEMAITRE, op. cit., p. 230.

<sup>434</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 126. V. égal. Y. Y. SARKHOU, *Les actions et leurs cessions dans les SA au droit koweïtien-étude comparée avec des droits arabes, du droit français et du droit anglais, Koweït, éd., Renaissance arabe 1982, p. 163.*

<sup>435</sup> Art. L. 225-131 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Le capital doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions (...)». V. égal. art. L. 54 al.1 du C. SIA. prévoit : «La société peut augmenter son capital si celui-ci a été intégralement libéré».

<sup>436</sup> Art. L. 225-131 al. 1 du C. com. F. prévoit : «(...) émissions d'actions nouvelles à libérer en numéraire». V. art. L. 54 al. 2 et L. 55 al.1 du C. SIA.

<sup>437</sup> Art. L. 225-127 al. 1 du C. com. F.

justifie par la volonté du législateur de ne pas prévoir l'augmentation par élévation de la valeur nominale d'actions de capital existantes<sup>438</sup>.

Concernant la deuxième condition, ce principe est applicable seulement pour l'augmentation de capital par apports en numéraire. En effet, il n'inclut pas l'augmentation par apports en nature car dans le droit français, même si celle-ci permet l'entrée de nouveaux actionnaires, ils doivent libérer le montant des actions souscrites en une seule fois<sup>439</sup>. Ceci n'entraîne donc pas l'augmentation du montant non libéré d'actions préexistantes. En outre, la spécificité de l'augmentation par apports en nature n'est pas d'accroître le capital social mais principalement d'apporter à la société un bien dont elle a besoin. Le droit irakien n'inclut pas non plus ce principe lors d'augmentation par apports en nature car le législateur ne prévoit l'augmentation par apports en nature qu'à titre d'exception lors d'opération de la fusion seulement<sup>440</sup>, opération spécifique.

**281.** Dans la mesure où ce principe offre aux actionnaires une protection réservée à l'augmentation de capital par apports en numéraire, la question se pose de savoir si cette protection comprend tous les cas de cette augmentation.

Les deux droits comparés n'ont pas la même réponse à cette question.

**282.** Dans le droit français, cette protection ne comprend pas toutes les augmentations par apports en numéraire. Il prévoit clairement de dispenser deux cas d'augmentations par apports en numéraire de cette protection. Ces deux cas<sup>441</sup> sont l'augmentation réservée aux adhérents d'un plan d'épargne entreprise (PEE) et l'augmentation résultant de la levée des options de souscription d'actions accordées au personnel de la société<sup>442</sup>. Ces exceptions s'expliquent par le fait que, bien que ces augmentations permettent l'arrivée de nouveaux actionnaires (l'actionnariat salarial), ceux-ci représentent une option distincte des autres augmentations par apports en numéraire car eux sont salariés dans la société proposant l'augmentation. De ce fait, ils offrent une garantie de libération régulière du montant des actions émises par ces augmentations<sup>443</sup>.

Nous regrettons que le droit français ne prévoie pas de dispenser de cette protection le cas de l'augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission<sup>444</sup> car

---

<sup>438</sup> V. infra, n° 362.

<sup>439</sup> Art. L. 225-147 al. 5 du C. com. F.

<sup>440</sup> V. supra, n° 215 à 217.

<sup>441</sup> Pour comprendre ces deux exceptions, v. infra, p. 237-240 et 242-243.

<sup>442</sup> Art. L. 225-138-1, 7°, al. 1 et L. 225-177 al. 3 du C. com. F.

<sup>443</sup> P. LEMAITRE, op. cit., p. 235.

<sup>444</sup> Art. L. 225-130 al. 1 du C. com. F.

il ne permet également pas l'entrée de nouveaux actionnaires et présente des modalités de libération spécifiques.

**283.** Dans le droit irakien, la situation est peu différente de celle en droit français. Il ne précise pas si cette protection comprend tous les cas de l'augmentation par apports en numéraire ou certains. L'article L. 54 al. 1 du C. SIA. prévoit le principe de libération intégrale du capital déjà souscrit sans précisions<sup>445</sup>. En effet, une controverse doctrinale est née. Une partie de la doctrine<sup>446</sup> pense que cette protection ne comprend qu'un seul cas d'augmentation de capital par apports en numéraire. C'est l'augmentation par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission en raison de sa spécificité pour les actionnaires détenteurs d'actions attribuées et pour la libération de celles-ci. La majorité de la doctrine<sup>447</sup> pense que cette protection est applicable sur toutes les augmentations de capital par apports en numéraire. Elle justifie son opinion en argumentant que le capital de la société doit être entièrement libéré et mis à la disposition de celle-ci avant toute recherche de fonds supplémentaires. De plus le législateur irakien prévoit ce principe sans précisions et en fait mention avant d'exposer les cas d'augmentation en numéraire.

Pour notre part, nous sommes favorable à la deuxième opinion car elle propose une justification plus raisonnable que la première au regard du texte et exprime, en outre, l'opinion de la majorité de la doctrine irakienne. En effet, il nous apparaît que cette protection dans le droit irakien comprend toutes les augmentations de capital par apports en numéraire. Cependant, notons que les augmentations de capital par apports en numéraire dans le droit irakien<sup>448</sup> ne sont pas les mêmes que celles prévues dans le droit français. Ainsi, cette protection dans le droit irakien ne signifie pas qu'elle comprend toutes les augmentations par apports en numéraire prévues par le droit français, ni les exceptions d'application sur les deux cas précis de l'augmentation par apports en numéraire prévues par ce dernier droit<sup>449</sup> car le droit irakien ne les prévoit pas<sup>450</sup>.

Nous souhaiterions faire cette proposition au droit irakien de dispenser de cette protection l'augmentation par apports en numéraire par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission car, d'une part, elle ne permet pas l'entrée de nouveaux actionnaires, cette entrée

---

<sup>445</sup> Art. L. 54 al.1 du C. SIA. prévoit : «La société peut augmenter son capital si celui-ci a été intégralement libéré».

<sup>446</sup> T. H. MUSA, *Le manuel des sociétés commerciales*, 2<sup>e</sup> éd., Bagdad 1975, cité par N. H. RAOUF NNIS, *Le régime juridique de l'augmentation de capital dans la société anonyme-étude comparée, mémoire Mossoul, Irak, 2000, p. 39.*

<sup>447</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 202. K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 151 V.égal. N. H. RAOUF NNIS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>448</sup> Les augmentations par apports en numéraire dans le droit irakien sont moins nombreuses que celle prévues par le droit français, v. infra, n° 359 et 362.

<sup>449</sup> V. supra, n° 282.

<sup>450</sup> Pour comprendre cette absence, v. infra, n° 614.

entraînerait le risque de la dilution des droits pécuniaires et politiques des actionnaires. D'autre part, elle présente des modalités de libération spécifiques car l'origine même du montant de l'augmentation de capital sans apports, c'est-à-dire que le capital est entièrement libéré car provenant de l'entreprise elle-même (réserves, ...), l'exempte des règles de libération de capital obtenu par apports.

Dans les deux droits comparés, en cas de non-respect du principe de libération intégrale du capital déjà souscrit avant d'effectuer les délibérations (les augmentations par apports en numéraire ne sont pas dispensées de ce principe), celles-ci et la décision émise sont nulles<sup>451</sup>.

## **§2 : Droit de l'actionnaire de participer aux délibérations de l'assemblée**

**284.** Dans les deux droits, à l'occasion de la réunion de l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, l'actionnaire ou, le cas échéant, son mandataire a la faculté de participer aux délibérations effectuées au sein de cette assemblée<sup>452</sup>.

**285.** Nous examinerons cette faculté par les jour, heure et lieu de la réunion (**A**), l'obligation de constitution du bureau de l'assemblée (**B**), le quorum requis (**C**), l'ordre du jour (**D**), les modalités du débat (**E**).

### **A- Jour, heure et lieu de la réunion**

**286.** La faculté de l'actionnaire de participer aux délibérations effectuées au sein de cette assemblée est régie par l'obligation faite à l'auteur de la convocation de déterminer les jour, heure et lieu de la réunion. Les deux droits comparés prévoient cette obligation<sup>453</sup> et déterminent le délai obligatoire entre l'information de l'actionnaire par l'avis de convocation et la date de tenue de l'assemblée<sup>454</sup> prévue en laissant à cet auteur la liberté de fixer la date de la réunion.

**287.** Pour la détermination de l'heure de réunion, les deux droits ne prévoient pas d'imposer à cet auteur une heure précise de début de réunion de l'assemblée. Cependant, nous pensons qu'il aurait été souhaitable de déterminer l'heure maximale de la journée pour ce début, dans

---

<sup>451</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 96 al.3 du C. SIA.

<sup>452</sup> Art. L. 225-105 al. 3 du C. com. F. V. égal. art. L. 89 et L. 95 al. 4 du C. SIA.

<sup>453</sup> V. supra, n° 79.

<sup>454</sup> Pour comprendre le délai obligatoire, v. supra, n° 76 à 78.

les grandes sociétés. Par exemple, cette réunion ne doit pas commencer au moins avant 10h du matin à notre avis, dans le but de laisser aux actionnaires le temps d'effectuer les déplacements pour garantir la participation de la majorité (ou la totalité) de ceux-ci aux délibérations dès leur début.

**288.** Pour la détermination du lieu de réunion, ces deux droits comparés sont similaires dans la prévision de deux options en vue de cette détermination. Le lieu de réunion est au siège social ou en tout autre lieu<sup>455</sup>. Mais les deux droits se différencient sur deux points.

Le premier point concerne cette deuxième option. Le droit français limite le lieu de la réunion au département où se trouve le siège social de la société<sup>456</sup> mais il ne fixe aucune condition. Dans le droit irakien, contrairement au droit français, le lieu est déterminé sans le circonscrire à un département dans le pays<sup>457</sup>. En effet, ce lieu de réunion peut être choisi dans le département où se trouve le siège social de la société ou dans un autre département ou dans la capitale (Bagdad). Pourtant, le choix de cette option, contrairement au droit français, est limitée et soumise à conditions : il doit exister des circonstances forcées et cela doit occasionner le minimum de tracas aux actionnaires<sup>458</sup>.

A notre sens, sur ce point, le droit irakien est plus favorable que le droit français. Il ne permet de choisir cette deuxième option qu'à titre d'exception pour faciliter l'arrivée des actionnaires au lieu de réunion, ceux-ci connaissant notamment mieux le lieu du siège social qu'un autre même si ce dernier se situe dans le même département que le siège.

Le deuxième point concerne les statuts dans la détermination du lieu de réunion. A la différence du droit irakien, le droit français la prévoit en permettant d'inscrire dans les statuts une clause grâce à laquelle il est possible de choisir un lieu de réunion autre que celui-ci situé au siège social ou dans le même département<sup>459</sup>. Cette différence entre les deux droits s'explique par l'intention du législateur français par rapport à son homologue irakien d'accorder à la volonté des actionnaires un rôle plus important dans l'organisation des affaires de la société. A notre avis, nous ne nous opposons pas à clause statutaire pour autant qu'elle émane de la volonté des actionnaires.

## **B- Obligation de constitution du bureau de l'assemblée**

---

<sup>455</sup> Art. L.225-103 V du C. com. F. V. égal. art. L. 90 du C. SIA.

<sup>456</sup> Art. L.225-103 V du C. com. F. prévoit : «(...)les assemblées d'actionnaires sont réunies (...) ou en tout autre lieu du même département».

<sup>457</sup> Art. L. 90 du C. SIA. prévoit : «Les réunions de l'assemblée générale ont lieu (...) ou en tout autre lieu en Irak (...)».

<sup>458</sup> Art. L. 90 du C. SIA. prévoit : «(...)à condition qu'il existe des circonstances forcées et que cela occasionne le minimum de tracas aux actionnaires».

<sup>459</sup> Art. L.225-103 V du C. com. F. prévoit : «Sauf clause contraire des statuts,(...)».



**289.** La faculté de l'actionnaire de participer aux délibérations de l'assemblée est régie par l'obligation de constituer un bureau. Il est composé du président de l'assemblée et de certains membres afin d'organiser la réunion puis les délibérations lors de l'assemblée. Les deux droits comparés prévoient cette obligation mais ils se différencient dans la plupart des dispositions. On peut exposer cela par rapport au président du bureau (1) et à ses membres (2).

### **1- Quant au président du bureau de l'assemblée**

**290.** Afin d'envisager la différence dans les deux droits comparés sur ce point, il faut distinguer deux hypothèses.

**291.** Si la convocation d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital est effectuée par le principal organe compétent (le conseil d'administration)<sup>460</sup>, le droit français dispose que, par principe, le bureau de l'assemblée est présidé par le président du conseil d'administration<sup>461</sup>.

**293.** Le droit irakien sépare les étapes antérieure et postérieure à la vérification de l'obtention du quorum requis. Au cours de la première étape, il dispose que le bureau de l'assemblée est présidé sans élection, par le président du conseil d'administration<sup>462</sup>, comme c'est le cas en droit français. Au cours de la deuxième étape, il dispose qu'il est présidé par un président élu par l'assemblée elle-même<sup>463</sup>. Nous remarquons que cette disposition prévue dans le droit irakien de permettre à un président élu par l'assemblée elle-même de diriger des délibérations est plus avantageuse pour l'actionnaire que celle-ci prévue dans le droit français. Cela se justifie, à notre avis, par le fait que le droit irakien accorde à tous les actionnaires (présents ou représentés à l'assemblée réunie) la faculté, sans exception, d'élire le président de l'assemblée après que le quorum soit atteint. Ceci à son tour présente l'avantage qu'une personne plus compétente à ce poste puisse être choisie par les actionnaires.

**294.** Dans la mesure où le président du bureau de l'assemblée (le président du conseil d'administration dans les deux droits comparés) est absent, le droit français exige qu'il soit

---

<sup>460</sup> V. supra, n° 34 à 39.

<sup>461</sup> Art. R. 225-100 al. 1 du C. com. F.

<sup>462</sup> Art. L. 95 al. 1 du C. SIA. prévoit : «Le président du conseil d'administration préside l'assemblée générale (...)».

<sup>463</sup> Art. L. 95 al. 1 du C. SIA. prévoit : «Le président du conseil d'administration préside l'assemblée générale (...) jusqu'à l'élection du président de celle-ci » et art. L. 95 al.3 du même code «(...) si le président de l'assemblée [le président du conseil d'administration] constate que le quorum est atteint,(...) il invite l'assemblée à élire son présidence».

présidé par la personne prévue par les statuts. A défaut, l'assemblée élit elle-même son président<sup>464</sup>.

Le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, le cas d'absence de ce président car ce dernier (le président du conseil d'administration) a seulement un rôle préparatoire aux délibérations non leur direction, sauf s'il est postérieurement élu par l'assemblée pour la présider. De plus, ce président effectue une partie des formalités préliminaires car l'autre partie incombe à un des administrateurs sous la direction du conseil d'administration<sup>465</sup>. A l'occasion de l'assemblée, cet administrateur vérifie la qualité du participant, lui délivre une carte d'admission et établit la feuille de présence<sup>466</sup>.

Pourtant, s'il est vrai que ce président accomplit seulement une partie des formalités préliminaires des délibérations, celles-ci lui incombent exclusivement. Ce président doit donc constituer le bureau de l'assemblée puis inviter celle-ci à élire son président pour débiter les délibérations<sup>467</sup>. Son absence va donc empêcher la tenue de l'assemblée. Il est à considérer qu'il peut être absent pour un motif tout à fait recevable (maladie subite ou autre impondérable de dernière minute). Dans ce cas, il serait souhaitable que le législateur irakien autorise une autre personne à prendre en charge le démarrage de l'assemblée et, comme c'est le cas pour la réunion du conseil d'administration<sup>468</sup>, permette au vice-président du conseil d'administration de présider l'assemblée antérieure aux délibérations. A défaut, cette assemblée peut être présidée par un membre du conseil d'administration en cohérence avec l'autre partie des formalités préliminaires qui est, comme nous l'avons précédemment indiqué, effectuée sous la direction du conseil d'administration<sup>469</sup>.

**295.** Si, dans une deuxième hypothèse, la convocation d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital est effectuée par d'autres organes (en droit français, les commissaires aux comptes ou un mandataire de justice<sup>470</sup>, en droit irakien seulement le

---

<sup>464</sup> Art. R. 225-100 al. 1 du C. com. F.

<sup>465</sup> Art. L. 94 al. 2 du C. SIA. prévoit : «Un administrateur est chargé de l'inscription des participants sur la feuille de présence, le conseil d'administration s'engage quant à l'exactitude du contenu de cette feuille».

<sup>466</sup> Art. L. 94 al. 1 et 3 du C. SIA.

<sup>467</sup> Art. L. 95 al. 2 du C. SIA. prévoit : «Le président de l'assemblée [le président du conseil d'administration] choisit, parmi les participants à l'assemblée,(...)» et al. 3 de même cet article «(...) si le président de l'assemblée [le président du conseil d'administration] constate que le quorum est atteint,(...) il invite l'assemblée à élire son président».

<sup>468</sup> Art. L. 111 du C. SIA. prévoit : «Le conseil d'administration se réunit (...), et élit (...), parmi ses membres, son président ainsi que le vice de ce président. Le vice-président remplace ce président en cas d'absence de ce dernier (...))».

<sup>469</sup> Art. L. 94 al. 2 du C. SIA.

<sup>470</sup> Art. L. 225-103 II al. 1° et 2° du C. com. F.

greffier), le droit français dispose que ce bureau soit présidé par le mandataire de justice ou un des commissaires aux comptes<sup>471</sup>.

A la différence du droit français, le droit irakien, concernant les dispositions régissant le bureau de l'assemblée, ne distingue pas, cette convocation de celle effectuée par le principal organe compétent car il les soumet aux dispositions communes des assemblées<sup>472</sup>. En effet, si la convocation est effectuée par le greffier<sup>473</sup>, ce bureau est présidé par un président élu. Cette non-distinction par le droit irakien s'explique, à notre avis, par la volonté du législateur de réserver à l'assemblée réunie la faculté de choisir son président, quel que soit l'auteur de la convocation.

## **2- Quant aux membres du bureau de l'assemblée**

**296.** Les deux droits comparés sont similaires dans les dispositions quant à la composition du bureau, en plus du président, un nombre de scrutateurs et un secrétaire<sup>474</sup>. De même, ils proposent deux choix pour désigner le secrétaire de ce bureau, soit parmi les actionnaires, soit en dehors de ceux-ci<sup>475</sup>. De plus, ils accordent à ce bureau une tâche d'organisation des délibérations de l'assemblée. Cependant, ils se différencient sur deux points, le nombre de scrutateurs et les tâches dévolues.

Le droit français impose la désignation de deux scrutateurs<sup>476</sup>. A la différence du droit français, le droit irakien accorde la liberté de déterminer ce nombre. Après avoir autorisé le choix d'un scrutateur, il prévoit la faculté d'en désigner plus<sup>477</sup>.

Ensuite, le droit français exige que les deux scrutateurs doivent disposer du plus grand nombre de voix dans l'assemblée réunie<sup>478</sup>. Cette exigence se justifie, à notre avis, par l'évaluation du

---

<sup>471</sup> Art. R. 225-100 al. 2 du C. com. F.

<sup>472</sup> Art. L. 95 al. 1,2,3 et 4 du C. SIA.

<sup>473</sup> Art. L. 87 al. 3 du C. SIA. prévoit : «La convocation de l'assemblée générale est adressée par une des autorités et personnes suivantes : 3- Par le greffier à son initiative ou à la demande du commissaire aux comptes».

<sup>474</sup> Art. R. 225-101 al. 1 et 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 95 al. 2 du C.SIA. A. IAMLKI, *Le commentaire du droit commercial irakien, Volume 2 les sociétés commerciales, Bagdad, Irak, éd., Société privée de l'impression et de la publication 1967-1968, p.222.*

<sup>475</sup> Art. R. 225-101 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 95 al. 2 du C. SIA. prévoit : «Le président de l'assemblée [le président du conseil d'administration] choisit, parmi les membres participant à l'assemblée, un secrétaire (...).».

<sup>476</sup> Art. R. 225-101 al. 1 du C. com. F. prévoit «Sont scrutateurs de l'assemblée, les deux membres de l'assemblée (...).».

<sup>477</sup> Art. L. 95 al. 2 du C. SIA. prévoit : « Le président de l'assemblée [le président du conseil d'administration] choisit (...) un scrutateur ou plus (...).».

<sup>478</sup> Art. R. 225-101 al. 1 du C. com. F. prévoit : « Sont scrutateurs de l'assemblée,(...) membres de l'assemblée disposant du plus grand nombre de voix (...).».

législateur de l'importance de ces deux membres de l'assemblée dans la mesure où ils ont une influence notable sur la prise de décision de l'assemblée.

Le droit irakien, même s'il prévoit que le(s) scrutateur(s) doi(ven)t être choisi(s) parmi les participants de l'assemblée<sup>479</sup>, n'a pas cette exigence prévue par le droit français. Il est donc possible qu'un membre de cette assemblée soit choisi comme scrutateur, sans tenir compte du nombre de voix dont il dispose. Cette différence entre les deux droits est sans conséquence, importants ou non les scrutateurs vont exécuter pareillement les mêmes tâches.

Enfin, le droit français exige également que les deux membres de l'assemblée choisis comme scrutateurs acceptent cette fonction<sup>480</sup> car l'acceptation est une des conditions imposées pour établir l'obligation. En cas de refus, les scrutateurs sont les deux membres de l'assemblée disposant du plus grand nombre de voix après ceux ayant refusé<sup>481</sup>.

Dans les dispositions propres de l'assemblée générale d'actionnaires, le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit pas cette exigence, mais en référence aux règles générales prévues dans le C. civ. I., nous observons que l'établissement de l'obligation est conditionné par l'acceptation<sup>482</sup>, ce qui laisse à penser par déduction que le droit irakien comporte aussi cette exigence.

Ensuite, le droit français accorde au bureau de l'assemblée, entre autres tâches, celle d'établir la feuille de présence et de s'engager sur son exactitude<sup>483</sup>. A la différence du droit français, le droit irakien ne la lui accorde pas. Il l'accorde au conseil d'administration<sup>484</sup>. Cela s'explique, à notre avis, par le fort attachement du législateur irakien aux pouvoirs généraux (notamment administratif et organisationnel<sup>485</sup>) octroyés à ce conseil qui ont pour objet de garantir la bonne marche de la société.

### **C- Quorum requis**

---

<sup>479</sup> Art. L. 95 al. 2 du C. SIA. prévoit : «Le président de l'assemblée [le président du conseil d'administration] choisit, parmi les membres participant à l'assemblée,(...) scrutateur (...)».

<sup>480</sup> Art. R. 225-101 al. 1 du C. com. F. prévoit : « Sont scrutateurs de l'assemblée,(...) et acceptant cette fonction ».

<sup>481</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 223.

<sup>482</sup> Art. 85 du C. civ. I. V. égal. A. A.-M. AL-HAKIM, *Le commentaire du droit civil irakien, Volume 1 Sources de l'obligation, Bagdad, Irak, éd., Librairie juridique 1977, p. 76.*

<sup>483</sup> Art. R. 225-95 al. 6 et 7 du C. com. F.

<sup>484</sup> Art. L. 94 al. 2 du C. SIA. prévoit : «Un administrateur est chargé de l'inscription des participants sur la feuille de présence, le conseil d'administration s'engage quant à l'exactitude du contenu de cette feuille».

<sup>485</sup> Art. L. 117 al. 1 du C. SIA.

**297.** Dans les deux droits comparés, le constat de l'obtention du quorum requis<sup>486</sup> est imposé pour la validité des délibérations. Dans le cas où il n'est pas atteint, cette assemblée doit être prorogée<sup>487</sup>.

Le quorum requis pour les délibérations se déroulant lors d'une assemblée en vue de l'augmentation de capital est différent dans les deux droits comparés sur trois points, la différence de pourcentage du quorum requis, le mode de calcul du quorum et la faculté des actionnaires d'exiger un quorum plus élevé que celui prévu par la loi.

**298.** - Premièrement, le pourcentage du quorum requis.

Dans le droit français, il y a le principe et l'exception. Le principe de ce quorum est applicable à la majorité des augmentations de capital par apports en numéraire ou en nature. Il impose que les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart des actions ayant le droit de vote et sur deuxième convocation, le cinquième<sup>488</sup>.

L'exception s'applique à certaines augmentations de capital dont celles par apports en numéraire résultant d'incorporation (de réserves, bénéfiques ou primes d'émission)<sup>489</sup> ou par apports en nature exclusivement à la société récemment immatriculée et dans des conditions limitées. Concernant le quorum requis dans cette exception, il établit que les actionnaires présents ou représentés doivent posséder, sur première convocation, au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis<sup>490</sup>. La justification de cette exception est, à notre avis, de faciliter les augmentations. La première est exclusivement au profit des actionnaires préexistants. La deuxième est limitée par l'obligation que le bien soit présenté par un des actionnaires et le délai de proposition de cette augmentation qui doit être proche de l'immatriculation, période où la société peut avoir besoin de ces apports afin d'améliorer son activité.

Le droit irakien, d'une part, ne fait pas de distinction entre les augmentations autorisées, à la différence du droit français. Il soumet toutes ces augmentations (par apports en numéraire ou exceptionnellement par apports en nature résultant de la fusion-absorption) à un seul quorum. D'autre part, il ne prévoit pas un quorum différent pour la première et la deuxième convocation. Le quorum requis représente la majorité des actions en capital libérées à terme échu des actionnaires présents ou représentés.

---

<sup>486</sup> Art. L. 225-96 al. 2 et L. 225-98 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 95 al. 3 du C. SIA.

<sup>487</sup> Art. L. 225-96 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 92 al.1 du C.SIA. ; O. A. *CHATAT, Les sociétés anonymes et commerciales, Egypte, éd., Chtat de livres juridiques 2005, p. 118, le commentaire est transposé au droit irakien en raison de la similitude de la règle appliquée.*

<sup>488</sup> Art. L. 225-96 al. 2 du C. com. F.

<sup>489</sup> Art. L. 225-130 al. 1 du C. com. F.

<sup>490</sup> Art. L. 225-98 al. 2 et 3 du C. com. F.

Nous observons (sauf clause statutaire) que, pour toutes convocations, le quorum requis est plus élevé en droit irakien qu'en droit français. Cela s'explique par le fait que le droit irakien exige pour la première convocation, ce quorum de majorité pour l'assemblée générale en vue de la décision sur des questions ordinaires. Il ne différencie l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital de cette précédente assemblée qu'à la deuxième convocation. Il estime, à notre avis, que le quorum de majorité de présence offre plus de garantie aux actionnaires, particulièrement lors de la discussion de résolutions importantes sur la vie de société comme l'augmentation de capital. Pour cela, nous préférons le quorum requis par le droit irakien.

**299.** - Deuxièmement, le mode de calcul du quorum.

Le droit français, concernant toutes les augmentations de capital, a pour base les actions ayant le droit de vote<sup>491</sup> car, d'une part, il y a des actions privées de leur droit de vote<sup>492</sup>, quelle qu'en soit la cause, et d'autre part, certaines de celles-ci sont, en plus, privées du droit de participation à l'assemblée<sup>493</sup>. En outre, l'assemblée doit atteindre un certain pourcentage de voix<sup>494</sup> pour valider la décision. En effet, si le droit français autorisait la prise en compte de ces actions privées de droit de vote dans le quorum, cette autorisation pourrait amener à une perte de capacité à statuer d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

Pour calculer le quorum dans le droit irakien, concernant l'augmentation de capital par apports en nature autorisée à titre exceptionnel, il a pour base générale les actions libérées à terme échu<sup>495</sup> car la privation des droits de vote résultant de la non-libération est applicable.

Concernant les augmentations par apports en numéraire, en raison de l'impossibilité d'appliquer cette privation<sup>496</sup>, le quorum semble de fait avoir pour base les actions en capital.

Nous remarquons que les deux droits étudiés prévoient différemment le mode de calcul du quorum parce que chacun a une particularité quant à la question de la privation des droits de vote.

**300.** - Troisièmement, la faculté des actionnaires d'exiger un quorum plus élevé que celui fixé par la loi.

Même si les deux droits comparés soient similaires en accordant aux actionnaires cette faculté par une clause statutaire, ils se différencient par le champ d'application. Le droit français

---

<sup>491</sup> Art. L. 225-96 al. 2 et L. 225-98 al. 2 du C. com. F.

<sup>492</sup> Pour les détails de cette privation, v. infra, p. 138 et s.

<sup>493</sup> V. supra, p. 94 et 95.

<sup>494</sup> Pour comprendre ce pourcentage, v. infra, p. 147 et s.

<sup>495</sup> Art. L. 92 al. 2 sur renvoi à al. 1 du même article C. SIA.

<sup>496</sup> Pour comprendre cette privation des droit de vote, v. infra, n° 334.

réserve cette faculté aux SA cotées<sup>497</sup>. Le droit irakien la prévoit sans précision<sup>498</sup> avec des dispositions communes pour les SA cotées ou non. Nous penchons plus vers la disposition prévue par le droit irakien car cette faculté manifeste la volonté des actionnaires à obtenir plus de garantie. Cela nous semble une raison suffisante de ne pas réserver cette faculté à un type de SA.

**301.** Notons que le droit irakien dispose d'un contrôle supplémentaire sur l'obtention du quorum requis. Il provient de l'obligation de participer à l'assemblée du représentant du greffier. Celui-ci doit y assister et se retirer après s'être assuré que le quorum requis est atteint, sauf demande expresse de ne pas se retirer<sup>499</sup>. En cela, le droit irakien ajoute un niveau d'assurance à la protection accordée aux actionnaires par l'exigence du quorum.

#### **D- Ordre du jour**

**302.** Après avoir déclaré atteint le quorum requis pour une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, les délibérations commencent. Les actionnaires peuvent donc commencer à exercer leur faculté de participation, l'assemblée ne devant pas être une assemblée de «muets»<sup>500</sup> car les actionnaires sont convoqués en vue de délibérer sur l'ordre du jour qui doit être mentionné dans la convocation de l'assemblée<sup>501</sup>. Les deux droits étudiés le prévoient. Ils prescrivent, par principe, à l'assemblée réunie de respecter les questions inscrites à l'ordre du jour<sup>502</sup>. Cela signifie que cette assemblée ne peut pas le modifier en ajoutant une nouvelle question ou en supprimant une question déjà inscrite<sup>503</sup>. L'objectif est de ne pas fausser les délibérations en faisant passer éventuellement certaines questions dont les actionnaires n'ont pas été informés au préalable<sup>504</sup>.

---

<sup>497</sup> Art. L. 225-96 al. 2 et L. 225-98 al. 2 du C. com. F.

<sup>498</sup> Art. L. 92 al. 2 sur renvoi à al. 1 du même article C. SIA.

<sup>499</sup> Art. L. 93 C.SIA.

<sup>500</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 226.

<sup>501</sup> V. supra, n° 79.

<sup>502</sup> Art. L.225-105 al. 3 du C. com. F. prévoit : «L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour » et M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2016, p. 414. V. égal. art. L. 89 du C.SIA. prévoit : «(...) l'ordre du jour qui ne peut être modifié, lors de la réunion de l'assemblée,(...)» et R. DISI. MC. G.SA n°10, p. 21 prévoit : «(...), il n'est pas possible d'ajouter de nouvelles questions à l'ordre du jour (...)».

<sup>503</sup> P. MERLE, note sous Cass. com., 6 mai 1974, cité par M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 388.

<sup>504</sup> F. I. JASSIM, op. cit., p. 185. V. égal. M. F. AL-ARINI, *Les sociétés commerciales, Egypte, Impression universitaire*, éd., 2002, P. 409, le raisonnement est transposé aux deux droits étudiés en raison de la similitude de la règle appliquée.

**303.** Pourtant, les deux droits étudiés contiennent une exception sur cette obligation. Ils se différencient par son champ d'application. Le droit français, pour toute assemblée, la limite à un seul cas, la révocation d'un ou plusieurs administrateurs et leur remplacement<sup>505</sup>. Cette exception se justifie, à notre avis, par la volonté du législateur de ne pas transformer cette obligation en un obstacle retardant la révocation d'un administrateur notamment s'il viole la loi et les statuts et n'a pas d'impact ni sur l'ordre du jour, ni sur les délibérations.

Le droit irakien, à la différence du droit français, ne limite pas l'exception. Il accorde aux actionnaires la faculté de demander l'inscription des projets de résolution à l'ordre du jour<sup>506</sup>. Il autorise donc les actionnaires à ajouter une question à l'ordre du jour pendant l'assemblée mais dans le cadre de la compétence de l'assemblée. Cette autorisation est soumise à la seule condition que la question soit proposée par les actionnaires représentant au moins 10 % du capital social<sup>507</sup> dans le but de limiter l'impact des nouvelles questions sur les délibérations des questions déjà inscrites à l'ordre du jour<sup>508</sup>. Il n'en reste pas moins que ces nouvelles questions viennent en surcharge de l'ordre du jour et du temps disponible pour les délibérations et que l'information préalable n'ayant pas été faite, l'actionnaire voit sa possibilité de voter en toute conscience de cause réduite.

Il nous apparaît à propos des conditions relatives à l'exception sur l'ordre du jour que le droit français est plus favorable que le droit irakien qui, en fixant un champ d'exception très large, réduit la protection de l'actionnaire liée à la communication de l'information sur les points à l'ordre du jour. Il serait judicieux que le droit irakien prévoit de limiter cette exception à un seul cas, la révocation d'un ou plusieurs administrateurs et leur remplacement, comme en droit français.

**304.** Les deux droits étudiés se différencient également dans la prévision des conditions d'inscription à l'ordre du jour d'une question, par exemple sur une augmentation de capital. Le droit français impose que cette question soit libellée de telle sorte que son contenu et sa portée apparaissent clairement, sans faire appel à d'autres documents<sup>509</sup>.

Le droit irakien ne prévoit pas ces conditions : l'article L. 89 du C. SIA. qui régit l'ordre du jour ne les comporte pas. Cela laisse le champ libre à l'auteur de la convocation pour y noter ce qui

---

<sup>505</sup> Art. L. 225-105 al. 3 du C. com. F. prévoit : «(...) Néanmoins, elle peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs (...) et procéder à leur remplacement ». V. égal. J.-P. MATTOUT, La révocation de l'administrateur ou l'ordre du jour implicite, note sous Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2008, Rev. Sociétés octobre/décembre 2008, n° 4, p. 825.

<sup>506</sup> V. supra, n° 103 à 107.

<sup>507</sup> Art. L. 89 du C. SIA. prévoit : «(...) qu'à la proposition présentée par les actionnaires représentant au moins 10 % du capital social (...)».

<sup>508</sup> S. QELIOBI, *op. cit.*, p. 359, le raisonnement est transposé au droit irakien en raison de la similitude de la règle appliquée.

<sup>509</sup> Art. R. 225-66 al. 2 du C. com. F.



lui convient. Pour éviter toute information tronquée dans la convocation afin de protéger les actionnaires, il serait souhaitable que le droit irakien les prévoie, comme en droit français.

**305.** Dans le cas où les délibérations effectuées sur la question de suppression du DPS n'étaient pas inscrites à l'ordre du jour mais la conséquence directe d'une question déjà inscrite, comme une sur des augmentations de capital réservées, doivent-elles être considérées comme un non-respect de l'ordre du jour?

Pour préciser, ces augmentations réservées sont celles dont la suppression du DPS s'adresse au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées.

Les deux droits étudiés se différencient dans la façon d'aborder cette interrogation. Dans le droit français, la jurisprudence de la cour de cassation permet à une assemblée de délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour, mais qui est la conséquence directe d'une question inscrite et qui n'aborde aucun problème nouveau<sup>510</sup>.

Mais récemment, spécialement sur la question de suppression du DPS, cette cour a jugé nécessaire son inscription à l'ordre du jour. Ce jugement se fonde, outre le respect de l'ordre du jour mentionné ci-dessus, sur l'article L. 225-138 I C. com. F. qui exige expressément le vote de cette question, vote qui à son tour doit être précédé de l'information des actionnaires sur cette question<sup>511</sup>. En effet, en droit français, les délibérations sur cette question doivent être considérées comme un non-respect de l'ordre du jour.

Le droit irakien, à la différence du droit français, reste silencieux sur cette interrogation car les délibérations sur une question non inscrite à l'ordre du jour se présentent rarement, notamment parce que ce droit accorde aux actionnaires la faculté de le modifier lors de celles-ci. Si cela arrive, les délibérations sont considérées, à notre avis, comme un non-respect de l'ordre du jour en vertu du principe général<sup>512</sup>.

## **E- Modalités du débat**

**306.** Dans les deux droits étudiés, le débat sur une résolution de l'augmentation de capital exige la lecture du(des) rapport(s) concerné(s) et des autres documents nécessaires<sup>513</sup>. Les

---

<sup>510</sup> JEANTIN, note sous Cass. com., 25 avril 1989, cité par M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 389.

<sup>511</sup> B. DONDERO, Rappel de l'importance de l'ordre du jour, note sous Cass. com., 25 septembre 2012, Gaz. Pal. Rec. Bim. 25 et 26 janvier 2013, n° spécial 25 à 26, p. 432 et 433. V. égal. H. LE NABASQUE, Sévère rappel à l'ordre du jour de la cour de cassation, note sous Cass. com., 25 septembre 2012, Rev. Sociétés mars 2013, n° 03, p. 160.

<sup>512</sup> V. supra, n° 302.

<sup>513</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 239.

actionnaires ont ensuite la possibilité de solliciter des explications sur les points qui ne leur apparaissent pas clairs en vue d'améliorer leur information<sup>514</sup>.

Ainsi, chaque actionnaire participe librement aux délibérations à condition de ne pas en abuser<sup>515</sup>. Le président de l'assemblée peut organiser le débat en donnant successivement la parole aux actionnaires qui la lui demandent<sup>516</sup>. Il a également le pouvoir, en cas de trouble, de suspendre ou de lever la séance. Mais il ne peut pas en profiter pour se soustraire aux explications sollicitées par les actionnaires sur une question<sup>517</sup>. En effet, le débat dans l'assemblée se déroule jusqu'à complet épuisement de l'ordre du jour<sup>518</sup>.

Si renforcer la protection des actionnaires avant la prise de décision par l'assemblée devant statuer sur l'augmentation de capital est une priorité, le faire pendant et après la prise de décision est encore plus nécessaire.

C'est ce que nous présenterons dans la prochaine section.

---

<sup>514</sup> M.-D. POISSON, *op. cit.*, p. 161. V. égal. B. M. SALEH et A. A. ELI AL- AZZAWI, *op. cit.*, P. 226.

<sup>515</sup> A. A.-M. AL- HAKIM, *Le commentaire du droit civil irakien, Volume 1 Sources de l'obligation, op. cit.*, p. 518.

<sup>516</sup> M.-D. POISSON, *op. cit.*, p. 163 et 164.

<sup>517</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 390. V. égal. J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 222 et 223.

<sup>518</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *ibid*, p. 230.

## **Section 2 : Situation de l'actionnaire pendant et après la prise de décision par l'assemblée**

**307.** Chaque résolution proposée dans une SA exige la consultation de l'assemblée générale des actionnaires car elle est une forme d'autorité législative dans la société. Celle-ci, lors de la résolution d'augmentation de capital, se fait par l'expression des actionnaires pendant la prise de décision au travers du vote. L'exercice du droit de vote peut présenter certains effets indésirables.

Par ailleurs, le non-respect de ce droit de vote, des autres droits accordés aux actionnaires à l'occasion de réunion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital ou de l'intérêt social donne à ceux-ci le droit de recours de la décision prise. Ce dernier droit impose une organisation juridique importante par le législateur car il est considéré comme une assurance contre les risques pouvant toucher les actionnaires.

Les deux droits comparés prévoient d'accorder aux actionnaires le droit de vote et celui de recours de la décision. Mais ils se différencient dans le détail sur les diverses modalités du droit de vote et sur l'autorité compétente pour statuer sur la contestation en question.

**308.** Nous présenterons la situation de l'actionnaire, pendant et après la prise de décision de l'augmentation de capital par l'assemblée, en détaillant sa protection à l'issue du droit de vote sur la résolution **(s.section 1)** et à l'issue du droit de recours contre la décision prise **(s.section 2)**.

### **S. section 1 : Protection de l'actionnaire par le droit de vote**

**309.** Les actionnaires peuvent voter sur la résolution de l'augmentation de capital mais certains peuvent, pour diverses raisons, être privés de cette faculté. A cet égard, le renforcement de protection de l'actionnaire est nécessaire.

Les deux droits comparés prévoient cette faculté, mais se différencient par ses modalités et ses restrictions.

**310.** Nous développerons la protection de l'actionnaire à l'issue du droit de vote sur la résolution de l'augmentation de capital au regard de trois facteurs, faculté de vote de l'actionnaire sur la résolution **(§1)**, privation de cette faculté **(§2)** et majorité requise pour la prise de décision **(§3)**.

## **§1 : Faculté de vote de l'actionnaire sur cette résolution**

**311.** Nous examinerons la faculté de vote de l'actionnaire par la définition du droit de vote (A) et ses modalités (B).

### **A- Définition du droit de vote**

**312.** Le droit de vote est un des droits accordés à l'actionnaire mais les deux droits étudiés ne prévoient pas la définition de droit de vote. Cela est naturel car, dans la plupart de cas, l'émission de la définition est du rôle de la doctrine et non de la législation.

**313.** Sur ce point, la situation est différente en France et en Irak. En France, nous trouvons trois courants doctrinaux différents sur la définition du droit de vote :

- «un droit individuel de l'actionnaire»<sup>519</sup>.
- «un droit-fonction»<sup>520</sup>.
- Une définition qui englobe les deux conceptions précédentes, «un droit individuel de l'actionnaire, que la loi et la jurisprudence aménagent, le cas échéant, de plus en plus, en fonction de l'intérêt social»<sup>521</sup>.

**314.** En Irak, nous observons qu'un seul auteur essaye de définir le droit de vote. Celui-ci s'apparente au concept global français : «un droit individuel qui suppose, théoriquement, d'exercer dans l'intérêt social et selon la loi de majorité»<sup>522</sup>.

A notre avis, la définition globale du droit de vote (en France et en Irak) est préférable pour deux raisons.

La première est que la définition de ce droit représentant un droit individuel de l'actionnaire n'est pas satisfaisante car, sous l'influence de la gouvernance d'entreprise, le droit de vote est censé respecter l'intérêt social.

La deuxième est que la définition de droit de vote représentant un droit-fonction n'est également pas entièrement satisfaisante car la fonction exige de toujours respecter l'intérêt social alors que le droit de vote ne le respecte pas toujours. Bien que ce vote soit à la majorité, l'intérêt social n'est respecté que dans la mesure où les intérêts de la majorité vont dans le même sens que celui-ci. Or, parfois, ceux-ci sont différents de l'intérêt social.

---

<sup>519</sup> RIPERT, Abus et relativité des droits, cité par M.-D. POISSON, op. cit., p. 171.

<sup>520</sup> ROUJOU DE BOUBÉE, cité par J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 161.

<sup>521</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 411.

<sup>522</sup> F. I. JASSIM, op. cit., p. 192.

## **B- Modalités du droit de vote**

**315.** Nous exposerons ces modalités d'abord le principe de proportionnalité du vote (1), puis le caractère obligatoire ou non de l'exercice de vote (2), ensuite la possibilité de l'exercice du vote par représentation (3), puis celle du vote attaché aux actions grevées d'un usufruit et d'un gage (4) et enfin celle du droit de vote à distance (5).

### **1- Principe de proportionnalité du vote**

**316.** Le droit de vote à l'assemblée représente l'exercice de la démocratie dans la société par lequel l'actionnaire exprime son opinion après avoir obtenu des informations concernant la résolution proposée. Il est important pour l'actionnaire parce qu'il lui permet, soit de donner suite à la résolution de l'augmentation de capital, soit d'y mettre fin.

Il est proportionnel à la quotité de capital détenue et chaque action donne une voix. Les deux droits étudiés le prévoient<sup>523</sup>, mais se différencient par le contenu des exceptions.

**317.** Le droit français contient deux exceptions sur ce principe de proportionnalité :

- la première permet un démembrement entre les droits pécuniaires et politiques de l'action. En effet, elle autorise l'émission des titres du capital qui accordent un droit de vote double. Ceux-ci sont les actions à double droit de vote<sup>524</sup>.

- la deuxième permet de prévoir les clauses statutaires (clauses de plafonnement de droit de vote) par lesquelles il est possible de déroger au principe précédent. Ces clauses<sup>525</sup> peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose au sein de l'assemblée. Cette possibilité conditionne que ces clauses doivent s'imposer à toutes les actions sans distinction de catégorie, sauf aux actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Cette condition se justifie, à notre avis, par la garantie d'égalité de traitement entre les actionnaires.

**318.** Le droit irakien ne contient pas d'exception sur le principe de proportionnalité du droit de vote.

Nous pensons que, sur ce point, le droit irakien est plus avantageux pour les actionnaires que le droit français car il ne touche pas au principe d'égalité. Il serait encore plus avantageux s'il s'inspirait des clauses de la deuxième exception indiquée par le droit français ci-dessus. Même si elles dérogent au principe de proportionnalité, elles protègent l'égalité entre les actionnaires

---

<sup>523</sup> Art. L. 225-122 I du C. com. F. et P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 615. V. égal. art. L. 97 al. 1 du C. SIA. prévoit : « Dans la SA (...), chaque actionnaire a le nombre de voix égal au nombre de ses actions », A. BAROUDI et M. AL-SID AL-FAKI, Le droit commercial, Egypte, 1999, p. 407, transposé au droit irakien en raison de la similitude de la règle appliquée.

<sup>524</sup> Pour comprendre les actions à double droit de vote, v. infra, n° 541 à 546.

<sup>525</sup> Art. L. 225-125 al. 1 du C. com. F.

et, réalisent , à notre avis, certains buts importants : facilitation de certaines procédures, par exemple le calcul de la majorité requise, et réduction de l'impact des actionnaires majoritaires sur la minorité.

## **2- Caractère obligatoire ou non de l'exercice de vote**

**319.** Le caractère obligatoire ou non de l'exercice du droit de vote sur lequel les deux droits étudiés se différencient, tout en étant d'accord sur le fait que l'actionnaire peut exercer le droit de vote d'une manière personnelle ou se faire représenter à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

**320.** Le droit français prévoit<sup>526</sup>, sauf privation du droit de vote, l'obligation de vote car il ne permet pas à un actionnaire de faire «tout blocage des titres<sup>527</sup>» en laissant les voix liées à ses actions sans attribution. Dans la mesure où l'actionnaire ne peut pas se présenter personnellement à l'assemblée, il doit choisir entre l'un des trois modes de vote suivants : donner une procuration de vote, voter par correspondance, adresser une procuration à la société (pouvoir en blanc)<sup>528</sup>. Cette nature obligatoire d'exercice de vote par l'actionnaire se justifie, à notre avis, par la volonté du législateur de lutter contre les effets néfastes de l'absentéisme à l'assemblée. Un de ceux-ci est le contrôle par certains actionnaires du pouvoir de prise de décision.

**321.** Le droit irakien sous-entend la nature facultative de l'exercice du droit vote car lorsqu'il mentionne l'exercice du vote de l'actionnaire en personne ou représenté<sup>529</sup>, il ne prévoit ni expressément, ni implicitement, une disposition de caractère obligatoire. Cela s'explique, à notre avis, par l'individualité du vote qui conduit à donner la liberté d'exercice de ce droit à l'actionnaire.

Nous penchons pour la nature obligatoire du vote prévue par le droit français car elle protège l'actionnaire des risques éventuels liés à son absence, par exemple, vote de résolutions injustifiées, perte de l'information complémentaire résultant des délibérations de l'assemblée. L'actionnaire reste libre de son choix et de son mode de vote. Tout est fait pour inciter à l'exercice de ce droit. Il serait judicieux que le droit irakien modifie l'exercice du droit de vote en le rendant obligatoire.

---

<sup>526</sup> Art. R. 225-81 al. 7° du C. com. F., V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 569.

<sup>527</sup> V. MAGNIER, op. cit., p. 273.

<sup>528</sup> Pour comprendre cette procuration (pouvoir en blanc), v. supra, n° 271 à 272.

<sup>529</sup> Art. L. 91 al. 1 du C. SIA.

### **3- Possibilité de l'exercice du vote par représentation**

**322.** Pour l'exercice du vote par représentation, nous devons distinguer deux types d'actionnaires :

- le premier : l'actionnaire résident. Les deux droits étudiés<sup>530</sup> soumettent le mandat de vote aux mêmes dispositions que celle du mandat de participation à l'assemblée<sup>531</sup>.
- le deuxième type, dans les SA cotées : l'actionnaire non-résident. Les deux droits étudiés se différencient sur les modalités d'exercice du droit de vote.

**323.** Dans le droit français, nous avons déjà indiqué que le représentant de l'actionnaire non-résident est l'intermédiaire inscrit. Après avoir satisfait aux obligations d'inscription par ce dernier<sup>532</sup>, il devient légalement dépositaire d'un mandat général de gestion des actions<sup>533</sup> octroyé précédemment par l'actionnaire. En vertu de ce mandat, l'intermédiaire inscrit est limité à une des deux possibilités suivantes<sup>534</sup> de l'exercice du vote :

- l'une est de transmettre le vote ou le pouvoir de l'actionnaire non-résident. Dans cette faculté, l'intermédiaire a un rôle passif car il transmet seulement le droit de vote de l'actionnaire sans aucune intervention sur celui-ci<sup>535</sup>. Cela pousse certains auteurs à surnommer ce rôle de «boîte postale»<sup>536</sup>.
- l'autre est d'émettre sous sa signature les votes des actionnaire non-résidents. Dans cette faculté, l'intermédiaire a un rôle positif car il peut attribuer leurs votes en respectant, le cas échéant, leurs instructions de vote<sup>537</sup>. Ce vote peut se faire au travers d'un bulletin global de vote pour le compte de l'ensemble de ces actionnaires<sup>538</sup>.

Avant de choisir une de ces deux possibilités à l'occasion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, l'intermédiaire inscrit a l'obligation de fournir à la société la liste des actionnaires non-résidents ayant le droit de vote ainsi que la quantité d'actions

---

<sup>530</sup> Notons que le droit irakien prévoit, à la différence du droit français, un seul mode de vote par représentation (pas de vote par correspondance, v. infra, n° 331, ni au travers de pouvoir en blanc v. supra, n° 273). Il se fait par l'intermédiaire d'un mandat dit «de vote» prévu par l'article L. 91 al. 1 du C. SIA. prévoit : «L'actionnaire a la faculté de se faire représenter par un tiers au travers d'une procuration (...) afin (...) de voter à l'assemblée générale. (...) par un autre actionnaire au travers d'un mandat aux même fins».

<sup>531</sup> V. supra, p. 101 et s.

<sup>532</sup> V. supra, n° 233.

<sup>533</sup> Art. L. 228-3-2 al. 1 du C. com. F.

<sup>534</sup> Art. L. 228-3-2 al. 1 et R. 228-6 du C. com. F.

<sup>535</sup> F. FRICAUDET, Le vote des actionnaires étrangers, mémoire Paris II 2006- 2007, p. 47.

<sup>536</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 571.

<sup>537</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 857.

<sup>538</sup> J.-P. VALUET, op. cit., p. 450.

détenues par chacun d'eux<sup>539</sup>. Cependant, il apparaît que l'application de cette obligation est limitée « à la demande de la société émettrice ou de son mandataire »<sup>540</sup>. Cette limitation est, à notre avis, naturelle car il n'est pas essentiel de vérifier l'identification de ces actionnaires et leurs droit de vote à l'assemblée. Ceci est déjà fait à l'occasion de la justification de qualité de participant, lors de l'enregistrement comptable de leurs actions au nom de l'intermédiaire inscrit pour leurs comptes le troisième jour ouvré précédant l'assemblée<sup>541</sup>.

Dans tous les cas, l'intermédiaire inscrit doit conserver les mandats et procurations obtenus trois ans à compter de l'assemblée générale au cours de laquelle ont été exercés les droits de vote des actionnaires non-résidents<sup>542</sup>, comme preuve lors d'un éventuel conflit.

**324.** Le droit irakien réserve, comme c'est le cas en droit français, à l'intermédiaire financier habilité le pouvoir de vote par représentation de l'actionnaire non-résident. Ce pouvoir provient du mandat accordé par cet actionnaire à l'intermédiaire financier<sup>543</sup>.

Cependant, il se différencie du droit français sur la non-prévision précise des possibilités de vote par représentation. Il se contente de soumettre cet exercice aux dispositions régissant le mandat de vote accordé par l'actionnaire résident<sup>544</sup>.

De plus, à la différence du droit français, il ne prévoit pas d'accorder à la société, à l'occasion de l'assemblée, la possibilité de demander des informations sur les actionnaires non-résidents. Cela se justifie, à notre avis, par le fait que le législateur, d'une part, se contente des informations prévues dans le mandat devant être déposé à la société trois jours avant la date prévue de l'assemblée et, d'autre part, attribue cette possibilité à l'Autorité du marché irakien des valeurs mobilières<sup>545</sup>.

En outre, à la différence du droit français, il n'exige pas de délai déterminé de conservation des mandats et procurations accordés à l'intermédiaire financier habilité<sup>546</sup>. Ceci est, à notre avis, critiquable car ils s'avèrent nécessaires dans le règlement des litiges les concernant. Il serait souhaitable que le droit irakien prévienne de déterminer ce délai à trois ans, comme c'est le cas en droit français.

#### **4- Possibilité de l'exercice du vote attaché aux actions grevées d'un usufruit et d'un gage**

---

<sup>539</sup> Notons que l'intermédiaire inscrit doit lui-même transmettre à la société demanderesse ces informations directement si les actions détenues nominatives ou indirectement, par le teneur de compte-conservateur habilité, si celles-ci sont au porteur. Cette transmission est effectuée dans les dix jours ouvrables à compter de la demande présentée par la société. (art. R. 228-3, R. 228-4 et R. 228-5 du C. com. F.).

<sup>540</sup> Art. L. 228-3-2 al. 2 du C. com. F.

<sup>541</sup> V. supra, n° 233.

<sup>542</sup> Art. R. 228-6 du C. com. F.

<sup>543</sup> Art. R. 4 des R. PNMIV. V. égal. section V, art. 13 al. 5° du C. PMIV.

<sup>544</sup> V. supra, n° 322.

<sup>545</sup> V. supra, n° 234, 261 à 262.

<sup>546</sup> Art. R. 8 des R. PNMIV.



**325.** Quant à l'exercice du vote attaché aux actions grevées d'un usufruit, les deux droits comparés se différencient. Conformément au C. com. F.<sup>547</sup>, le droit français prévoit d'organiser principalement cet exercice du vote entre le nu-proprétaire et l'usufruitier. Pour la majorité des augmentations de capital, il l'accorde au premier. Pour l'augmentation par incorporation (de réserves, bénéfices ou primes d'émission), ou l'augmentation par apports en nature dans la société récemment immatriculée, il l'accorde au second. Pourtant, cette organisation peut changer complètement par une clause statutaire<sup>548</sup>. La cour de cassation<sup>549</sup> affirme qu'il peut être prévu de réserver l'exercice du vote à l'usufruitier pour toutes augmentations de capital.

A la différence du droit français, le droit irakien prévoit d'organiser l'exercice du vote attaché aux actions grevées d'un usufruit selon le contrat d'usufruit conclu entre le nu-proprétaire et l'usufruitier<sup>550</sup>. Nous pensons que, sur ce point, le droit irakien est plus favorable que le droit français car il laisse complètement à ces deux contractants la liberté de choisir les modalités de cet exercice.

**326.** Quant à l'exercice du vote attaché aux actions grevées d'un gage, les actions portent cet adjectif lorsqu'elles constituent une garantie de remboursement d'une créance passée entre le débiteur (le propriétaire des actions) et un créancier. Malgré la prévision tacite par le droit irakien, les deux droits comparés sont similaires en accordant cet exercice au propriétaire des actions mises en gage<sup>551</sup>.

## **5- Possibilité de l'exercice du droit de vote à distance**

**327.** Les deux droits étudiés se différencient sur la possibilité de l'exercice du droit de vote à distance. Le droit français prévoit ce type de vote contrairement au droit irakien. Pour cela, nous allons d'abord examiner le droit français **(a)** puis le droit irakien **(b)**.

### **a- Prévu en droit français**

---

<sup>547</sup> Art. L. 225-110 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires ».

<sup>548</sup> Art. L. 225-110 al. 4 du C. com. F.

<sup>549</sup> P. LE CANNU, Droit de vote de l'usufruitier : le retour de l'arrêt de Gaste, note sous Cass. com., 22 février 2005, Rev. Sociétés avril/juin 2005, n° 2, p. 356.

<sup>550</sup> V. supra, n° 75.

<sup>551</sup> Art. L. 225-110 al. 3 du C. com. F. V. égal. art. L. 97 al. 1 du C. SIA.

**328.** Le droit français le permet selon deux modes, par correspondance ou par voie électronique simultanée à l'assemblée.

**329.** - Concernant le mode d'exercice du droit de vote par correspondance, tout actionnaire l'a par un formulaire de vote. Il n'est pas possible qu'une clause statutaire prévoie le contraire<sup>552</sup> car cette disposition est d'ordre public. L'objectif de sa création est d'améliorer la participation des actionnaires à l'assemblée et de combattre les inconvénients pratiques des pouvoirs en blanc<sup>553</sup>.

L'information sur les modalités de ce vote se fait au travers de l'avis de convocation<sup>554</sup>. Pourtant, ce vote est possible seulement suite à la demande du formulaire de vote par correspondance. Cette demande doit être présentée par l'actionnaire par écrit. Elle doit être envoyée à la société à compter de l'avis de convocation jusqu'à six jours avant la date de la réunion<sup>555</sup> dans le but, à notre avis, de lui laisser un temps opportun pour accomplir l'envoi de ce formulaire de vote. Les modalités d'exercice du vote par correspondance sont détaillées à l'actionnaire dans ce formulaire. Celui-ci permet un vote pour chaque résolution prévue dans l'ordre du jour. Trois choix sont proposés pour exprimer son vote sur chaque celle-ci : un vote favorable ou défavorable à son adoption ou d'abstention. Il l'informe que toute abstention exprimée dans le formulaire ou résultant de l'absence d'indication de vote<sup>556</sup> est assimilée à un vote défavorable à l'adoption de la résolution.

Une fois rempli le formulaire de vote par correspondance, l'actionnaire doit le retourner à la société. Ce retour se fait par voie traditionnelle ou, le cas échéant, électronique. Pour la première voie, sauf clause statutaire, il doit être antérieur de plus de trois jours à la date de la réunion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital. Pour la deuxième voie, il peut être effectué jusqu'à la veille de cette réunion au plus tard à quinze heures, heure de Paris<sup>557</sup>.

Afin que ce formulaire soit pris en compte pour le calcul du quorum, outre la limite du délai d'envoi, il doit comporter certaines indications<sup>558</sup>. Parmi celles-ci, une importante est la

---

<sup>552</sup> Art. L. 225-107 I al. 1 du C. com. F.

<sup>553</sup> J. HÉMAR, F. TERRÉ et P. MABILAT, op. cit., p. 207.

<sup>554</sup> V. supra, n° 80.

<sup>555</sup> Art. R. 225-75 du C. com. F.

<sup>556</sup> Art. R. 225-76 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>557</sup> Art. R. 225-77 al. 1 du C. com. F.

<sup>558</sup> Art. L. 225-107 I al. 2 du C. com. F. V. égal. R. 225-77 al. 2, 3 (1°) et 4 (2°) du même code qui prévoit ces indications «1° Les noms, prénoms usuel et domiciles de l'actionnaire. 2° L'indication de la forme, nominative ou au porteur, sous laquelle sont détenus les titres et du nombre de ces derniers, ainsi qu'une mention constatant l'inscription des titres soit dans les comptes de titres nominatifs tenus par la société, soit dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire selon le CMF. L'attestation de participation prévue à l'article R. 225-85 est annexée au formulaire».

signature électronique. Elle doit résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote par correspondance auquel elle est attachée<sup>559</sup>.

**330.** Concernant le mode d'exercice du droit de vote électronique simultané à la réunion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, il est limité à la prévision par les statuts. Il s'effectue par des moyens de télécommunication ou par visioconférence<sup>560</sup>. Les moyens de télécommunication permettent à l'actionnaire de voter simultanément à l'assemblée au travers de l'Internet. La visioconférence permet à l'assemblée de voir et d'entendre l'actionnaire intervenant, ce qui exclut la réunion d'assemblée par conférences téléphoniques<sup>561</sup>. L'objectif du vote électronique est, à notre avis, de faciliter la participation de l'actionnaire à l'assemblée.

Pour permettre ce vote, la société doit aménager un site Internet exclusivement consacré à satisfaire cette modalité de vote. L'actionnaire peut voter sur ce site après s'être identifié au moyen d'un code fourni préalablement à la séance<sup>562</sup>. Ce vote électronique doit être effectif, les moyens électroniques utilisés doivent transmettre au moins la voix des participants et doivent permettre de suivre les délibérations en continu et en simultané lors de la séance<sup>563</sup>. Ces participants (actionnaires) sont pris en compte lors du calcul du quorum et de la majorité<sup>564</sup>.

Pour notre part, malgré l'objectif important de cet exercice de vote électronique, nous préférons ne pas l'adopter car il est difficile de le garantir entièrement contre le piratage ou un arrêt subit pour une quelconque raison lors de la séance.

## **b- Non prévu en droit irakien**

**331.** Il ne prévoit pas l'exercice du vote à distance. Il ne prévoit pas le mode de vote par correspondance car législateur veut attacher le droit de vote à la présence physique de l'actionnaire ou de son mandataire à l'assemblée dans le but de confirmer l'importance des délibérations de prise de décision<sup>565</sup>. Celles-ci peuvent apporter à l'actionnaire une information supplémentaire sur la résolution proposée. Pour cela, nous préférons le droit irakien.

---

<sup>559</sup> Art. R. 225-77 al. 5 (3°) du C. com. F. V. égal. C. CATHIARD, op. cit., p. 34.

<sup>560</sup> Art. L. 225-107 II du C. com. F. V. égal. C. PENHOAT, op. cit., p. 105.

<sup>561</sup> Y. GUYON, Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires, op. cit., p. 422.

<sup>562</sup> Art. R. 225-61 et R. 225-98 du C. com. F.

<sup>563</sup> Art. R. 225-97 du C. com. F. V. égal. C. CATHIARD, op. cit., p. 34.

<sup>564</sup> Art. L. 225-107 II du C. com. F.

<sup>565</sup> F. I. JASSIM, op. cit., p. 199.

Il ne prévoit pas non plus le mode de vote électronique, ce qui se justifie, à notre avis, par la difficulté de garantir ce que nous avons déjà indiquée outre les réticences culturelles et parfois la connaissance insuffisante de cet outil.

## **§2 : Privation de la faculté de vote de l'actionnaire**

**332.** Même si dans les deux droits étudiés par principe tous les actionnaires ont la faculté de vote sur la résolution de l'augmentation de capital, par exception, la privation de cette faculté est également prévue. Elle est appliquée dans deux cas, privation résultant de la violation des limites fixées par la loi et les statuts **(A)** ou privation résultant d'autres facteurs **(B)**. Les deux droits étudiés se différencient sur ce point, le droit français prévoit ces deux cas alors que le droit irakien prévoit seulement le premier.

### **A- Cas de privation résultant de la violation des limites imposées par la loi et les statuts**

**333.** Cette privation résulte à titre de sanction contre la violation des limites imposées de la loi et des statuts. Elle concerne deux cas, la violation d'obligation de libération du montant des actions souscrites ou celle d'obligation d'information.

**334.** Concernant le premier cas, il est important d'indiquer que l'objectif de la privation des droits de vote résultant de la violation de cette obligation est de pousser les actionnaires à payer les fractions échues du montant de leurs actions, ce qui protège l'intérêt collectif des actionnaires.

Quant à la position par les deux droits étudiés sur cette privation des droits de vote<sup>566</sup>, le droit français la prévoit en l'exigeant lors de certaines augmentations de capital par apports en numéraire ou des augmentations par apports en nature où il n'impose pas le principe de l'obligation de libération intégrale du capital déjà souscrit<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> Notons que, pour les deux droits étudiés lors de(s) augmentation(s) concernée(s), ces actions non-libérées sont également déduites pour le calcul du quorum lors des (art. L. 228-29 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. L. 92 al. 2 sur renvoi à al. 1 du C. SIA.).

<sup>567</sup> Art. L. 228-29 al. 1 du C. com. F. V. égal. supra, p. 114 et s.

Le droit irakien la prévoit exclusivement pour l'augmentation de capital autorisée par apport en nature et non pour les augmentations de capital par apports en numéraire car pour celles-ci le principe de l'obligation de libération intégrale du capital déjà souscrit<sup>568</sup> est imposé.

**335.** Concernant le deuxième cas de privation des droits de vote, le droit français prévoit deux motifs de privation. Le droit irakien n'en prévoit qu'un seul.

Cette privation des droits de vote résulte de la violation d'obligation d'information sur le franchissement de seuils **(1)** ou par l'intermédiaire inscrit **(2)**.

### **1- Privation résultant de la violation d'obligation d'information sur le franchissement de seuils**

**336.** Les deux droits étudiés prévoient cette privation du droit de vote, celle résultant de la violation d'une obligation d'information, concernant les SA cotées. Cette obligation porte sur le franchissement de seuils de participation actionnariale. Son but est de permettre aux actionnaires, ainsi qu'aux investisseurs, de connaître les évolutions importantes de la participation actionnariale dans une société et d'apprécier l'influence de ces évolutions sur la prise de contrôle<sup>569</sup>.

**337.** Pourtant, les deux droits étudiés se différencient sur les seuils de participation actionnariale. Le droit français exige deux types de seuils, légaux ou statutaires. Les seuils légaux se caractérisent par la possession de participation d'un nombre d'actions représentant, selon le cas, plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, des trois dixièmes, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote<sup>570</sup>. Les seuils statutaires sont une des possibilités accordées aux sociétés et organisés par les statuts. Ils se caractérisent par la détention de participations du capital ou des droits de vote inférieures au vingtième sans pouvoir être inférieures à 0,5 % de ces participations<sup>571</sup>.

---

<sup>568</sup> V. supra, p. 114 et s.

<sup>569</sup> P. LE CANNU, Déclaration de franchissement de seuil : contenu et sanctions, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. A, 18 novembre 2003, Rev. Sociétés janvier/mars 2004, n° 1, p. 130.

<sup>570</sup> Art. L. 233-7 I al. 1 du C. com. F. V. égal. M. BOIZARD, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers le marché, Rev. Sociétés octobre/décembre 2003, n° 4, p. 804.

<sup>571</sup> Art. L. 233-7 III du C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 796.

Le droit irakien se contente de prévoir seulement les seuils légaux. Ils se caractérisent par la possession de participation d'un nombre d'actions représentant plus du dixième ou des trois dixièmes du capital<sup>572</sup>.

En cas de baisse de seuil de la participation actionnariale, les deux droits étudiés sont similaires sur l'exigence d'information sur cette baisse et portent sur les mêmes seuils que les seuils légaux déjà indiqués<sup>573</sup>.

**338.** Quant à la personne ayant l'obligation d'informer sur les seuils de participation franchis ou en baisse, les deux droits étudiés prévoient que cette obligation d'information incombe à toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert<sup>574</sup>. La personne peut agir en groupe au travers des pactes d'actionnaires. En général, ce sont des conventions hors statuts et ayant pour objet d'organiser les liens entre les actionnaires. Parmi celles-ci, figurent les conventions de vote qui sont autorisées.

Selon nos références<sup>575</sup>, nous pouvons définir ces conventions de vote comme un accord conclu entre certains actionnaires en vue d'obtenir un pourcentage significatif de voix dans le but d'exercer une influence importante sur la prise des décisions collectives. En vertu de ce but, elles ont un rôle à jouer dans la prise de décision d'une augmentation de capital mais ce rôle est limité par certaines conditions de validité de ces conventions à remplir.

Les deux droits étudiés exigent des conditions de validité imposées pour tout contrat (le consentement, la capacité, la cause et l'objet) ainsi que la condition de respect des dispositions d'ordre public prévues par la loi, des dispositions statutaires et de l'intérêt social<sup>576</sup>. En particulier, en droit français, cela est confirmé encore par la nouvelle ordonnance modifiant le droit des obligations n° 131 du 10 février 2016 en prévoyant par l'article 1170 du C. civ. F. : *«Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite»*<sup>577</sup>.

En outre, il est préférable de fixer une durée pour les conventions de vote car il n'y a pas d'obligation perpétuelle. Si les actionnaires contractants n'en fixent pas, la cour de cassation

---

<sup>572</sup> V. section X, art. 2 et 3 du C. PMIV. V. égal. art. R. 2 al. 2° du R. AMIV.

<sup>573</sup> Art. L. 233-7 I al. 2 du C. com. F. V. égal. Section X, art. L. 2 et L. 3 du C. PMIV et art. R. 2 al. 2° du R. AMIV.

<sup>574</sup> Art. L. 233-7 I al. 1 du C. com. F. V. égal. Section X, art. L. 2 et L. 3 du C. PMIV et art. R. 2 al. 2° du R. AMIV.

<sup>575</sup> Art. L. 233-10 I du C. com. F. prévoit : «Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de votes, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ». V. égal. section X, art. L. 1 du C. PMIV «Sont considérées comme agissant de concert deux ou plusieurs personnes qui ont conclu un accord en vue de réunir un pourcentage de voix pour exercer un contrôle effectif sur la société ».

<sup>576</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 94. V. égal. F. I. JASSIM, op. cit., p. 201 ; art. L. 4 al. 3-1° du C. SIA.

<sup>577</sup> M. MEKKI, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Rev. Sociétés octobre 2016, n° 10, p. 567.

française juge que ces conventions de vote sont considérées conclues jusqu'à la fin de vie de la société, dont la durée est au maximum de 99 ans<sup>578</sup>.

**339.** Par ailleurs, en particulier lors du franchissement de certains seuils, outre l'information sur la participation actionnariale, l'actionnaire est tenu à l'information sur ses intentions éventuelles dans les deux droits étudiés. Le but de cette obligation est, à notre avis, de permettre aux actionnaires de comprendre éventuellement le franchissement important de la participation actionnariale et certains risques touchant la société, et par répercussion eux-mêmes.

Cependant, les deux droits se différencient<sup>579</sup> sur le nombre de seuils soumis à cette obligation d'information, l'exigence d'une limite de durée concernant la réflexion sur les intentions éventuelles ainsi que la modification des informations fournies. Nous observons que, sur ce point, le droit français est plus avantageux pour les actionnaires que le droit irakien. D'une part, il prévoit quatre seuils de participation (du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième ou du quart du capital ou des droits de vote) alors que le droit irakien en prévoit un seul (du dixième du capital). D'autre part, il impose une durée déterminée de réflexion relative aux intentions éventuelles (six mois) et la modification des informations fournies en cas de changement avant l'expiration de la période fixée, alors que le droit irakien ne prévoit ni la fixation de la durée ni la notification des intentions.

Concernant les seuils, l'avantage d'en avoir plusieurs permet à l'actionnaire d'avoir une information plus complète sur la répartition de la participation au capital et les risques éventuels de prise de contrôle. Les notifications d'intentions et leurs modifications, quant à elles, permettent également de prévoir l'évolution de la répartition de la participation au capital et d'évaluer les changements des risques de prise de contrôle.

La durée accordée comme temps de réflexion sur les intentions concernant l'évolution de la participation permet d'évaluer les risques sur une certaine période et d'en déduire une action (hausse, baisse ou maintien de la participation). Cette durée, pour être significative, ne doit être ni trop courte, ni trop longue, c'est pourquoi la durée de six mois semble un bon compromis.

Il serait souhaitable que le droit irakien porte à quatre le nombre de seuils faisant l'objet de cette obligation d'information et prévoit une durée de six mois pour la période de réflexion sur les intentions ainsi que la modification éventuelle des informations fournies, comme c'est le cas en droit français.

---

<sup>578</sup> J. MOURY, Qualification du pacte d'actionnaires stipulant qu'il s'appliquera aussi longtemps que les parties demeureront ensemble actionnaires, note sous Cass. com., 6 novembre 2007, Rev. Sociétés janvier/mars 2008, n° 1, p. 92.

<sup>579</sup> Art. L. 233-7 VII al. 1 et 12 du C. com. F. V. égal. Section X, art. L. 2 al. 1° et 2° du C. PMIV. et art. R. 2 al. 1-2° R. AMIV.

**340.** Lors des deux obligations d'information précédentes (sur le franchissement de seuils ou les intentions lors de certains ceux franchis), les deux droits étudiés exigent que la personne faisant l'objet de ces obligations transmette cette information à la société et à l'Autorité (des marchés financiers en France ou du marché des valeurs mobilières en Irak) mais ils se différencient sur le délai de transmission. Dans le droit français, elle doit se faire dans les quatre jours de bourse suivants le jour du franchissement du seuil de participation actionnariale<sup>580</sup> (pour la première obligation) ou cinq (pour la deuxième obligation). Dans le droit irakien, elle doit se faire dans les sept jours de bourse suivants le jour du franchissement du seuil de participation actionnariale<sup>581</sup> (pour les deux obligations).

Il nous apparaît que, dans les deux droits étudiés, les délais de transmission prévus sont soit proches de (en droit français), soit identique (en droit irakien) au délai imposé pour la suspension de cession des actions avant chaque assemblée générale. Ce délai a pour but d'éviter, en ne faisant pas de déclaration, la mise à profit du délai de transmission de l'information accordé pour exercer au sein de cette assemblée les droits de vote attachés au franchissement de seuil de participation<sup>582</sup>. En effet, après que l'information ait été transmise, dans les deux droits étudiés, la société concernée doit renseigner ses actionnaires sur cette information et l'Autorité du marché concernée doit la porter à la connaissance du public<sup>583</sup>.

**341.** Concernant la sanction de privation du droit de vote en cas de violation des deux obligations précédentes (sur le franchissement de seuils, ou les intentions lors de certains seuils franchis), dans les deux droits étudiés, cette privation s'applique seulement aux actions excédant la fraction qui n'a pas été régulièrement déclarée. En effet, elle ne concerne pas les autres actions de l'actionnaire défaillant en raison du principe de la juste sanction.

Mais ces deux droits étudiés se différencient sur la manière de prévoir la privation du droit de vote et sa durée. Le droit français la prévoit expressément en exigeant l'application pour toute assemblée d'actionnaires qui se réunirait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification<sup>584</sup>.

Le droit irakien la prévoit tacitement car il impose la nullité de l'opération de cession des actions, objet de ce franchissement, jusqu'à la régularisation de la notification. Si les droits de vote de ces actions sont exercés lors d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, ce vote est nul en raison de la nullité de cette opération de cession. Pour cela, il nous apparaît que le droit irakien prévoit tacitement la privation du droit de vote

---

<sup>580</sup> Art. L. 233-7 I al. 1, II al. 1 et VII al. 11 du C. com. F. V. égal. R. 233-1 et R. 233-1-1 de même code.

<sup>581</sup> Section X, art. L. 2 al. 1° et 2° et L. 3 du C. PMIV. et art. R. 2 al. 1-2° R. AMIV.

<sup>582</sup> P.-H. CONAC, Le nouveau régime des franchissements de seuils issu de l'ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 et du règlement général de l'AMF, Rev. Sociétés juillet/septembre 2009, n° 3, p. 491.

<sup>583</sup> Art. L. 233-13 et L. 233-7 II al. 1 et VII al. 11 du C. com. F. V. égal. art. R. 2 al. 2° du R. AMIV. et section X, art. L. 2 et L. 3 du C. PMIV.

<sup>584</sup> Art. L. 233-14 al. 1 du C. com. F.



comme un des effets de la nullité des opérations passées avant la régularisation de la notification<sup>585</sup>.

Sur ce point, nous pensons que le droit français offre plus de garantie aux actionnaires non-défaillants que le droit irakien car, d'une part, il impose un délai plus sévère de privation de vote (donc a priori plus dissuasif) et, d'autre part, il le fait démarrer après la régularisation de la notification, moment où le droit irakien l'arrête (et qui en fait une sanction symbolique et moins dissuasive). Il serait souhaitable que le droit irakien prévoit expressément la sanction de privation du droit de vote et pour une durée de deux ans après la régularisation de la notification, comme c'est le cas en droit français.

Il est important de préciser ici que, dans les deux droits étudiés, l'actionnaire défaillant ne peut pas déléguer ses droits de vote attachés aux actions faisant l'objet de cette sanction, dans le but d'y échapper<sup>586</sup>.

Pour établir la privation du droit de vote, nous remarquons que les deux droits étudiés donnent à celle-ci un caractère automatique pour lequel le jugement par la justice n'est pas nécessaire. En effet, ce pouvoir appartient à celui qui a la tâche d'organiser le vote lors d'une assemblée générale en vue de l'augmentation de capital. Cette tâche étant accordée normalement au bureau de cette assemblée, il appartient à celui-ci. C'est ce qu'a estimé la jurisprudence française (le juge des référés du tribunal de commerce de Nanterre) dans son ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 2007 « le bureau de l'assemblée avait le pouvoir et même le devoir de faire respecter le règlement [*sic*] qui sanctionne tout manquement à la notification d'un franchissement de seuil ... ». De plus, cette ordonnance avait été confirmée par la cour d'appel de Versailles (14<sup>e</sup> ch.) le 27 juin 2007<sup>587</sup>.

Pourtant, en particulier il apparaît dans la jurisprudence française que, dans certains cas, il est difficile d'admettre, sans décision judiciaire, le caractère automatique de la privation des droits de vote, le franchissement de seuil n'étant pas avéré, c'est-à-dire constaté par le bureau de l'assemblée. Cette difficulté a poussé la jurisprudence française à revenir sur son jugement précédent de 2007 en émettant un nouveau jugement. Celui-ci a été émis par le même tribunal de commerce que celui déjà indiqué (Nanterre) le 6 mai 2008 et a statué que le bureau de l'assemblée n'a pas le pouvoir de suspendre l'exercice des droits de vote d'un actionnaire défaillant si le franchissement est contesté.

---

<sup>585</sup> Section X, art. L. 3 du C. PMIV.

<sup>586</sup> Art. L. 233-14 al. 2 du C. com. F. V. égal. Section X, art. L. 3 du C. PMIV.

<sup>587</sup> Y. PACLOT, Les pouvoirs du bureau de l'assemblée en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil par action de concert, note sous T. com. Nanterre, 6 mai 2008, Rev. Sociétés octobre/décembre 2008, n° 4, p. 846.

Cela s'explique par le fait que l'affirmation de l'existence de ce franchissement est un travail judiciaire concernant le juge et non le bureau de l'assemblée, limité à certains pouvoirs de constatation<sup>588</sup>. Ce nouveau jugement est confirmé par la cour d'appel de Versailles dans son ordonnance du 10 juin 2010 et par la cour de cassation le 15 mai 2012<sup>589</sup>.

Dans le droit irakien, le caractère non automatique de la privation des droit de vote en cas du franchissement de seuil de participation contesté n'est renseigné ni par le C. SIA. ni par la jurisprudence. Cela se justifie, à notre avis, par la prévision récente de cette privation.

Nous pensons qu'il est possible au droit irakien d'appliquer ce nouveau jugement prévu par la jurisprudence française en accordant au tribunal irakien la faculté de se prononcer sur le franchissement de seuil car celui-ci a en général la compétence à trancher tout litige<sup>590</sup>.

## **2- Privation résultant de la violation d'obligation d'information par l'intermédiaire inscrit**

**342.** Les deux droits étudiés se différencient sur cette privation. Pour cela nous allons d'abord aborder le droit français puis le droit irakien.

**343.** Dans le droit français, nous avons déjà indiqué que les actionnaires non-résidents peuvent choisir un intermédiaire inscrit en vue de se faire représenter pour gérer leurs titres. A l'occasion d'une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital, la société a la possibilité de lui demander de révéler sa qualité, l'identité de ses actionnaires et la quantité de titres détenus par ceux-ci<sup>591</sup>. S'il ne respecte pas cette demande d'information ou n'a pas transmis les informations précédentes dans le délai dû ou les a transmis incomplètes ou erronées, les titres qu'ils représentent sont privés de leurs droits de vote. Cette privation des droits de vote vaut pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à la date de régularisation de l'identification<sup>592</sup>.

**344.** Le droit irakien ne prévoit pas cette privation des droits de vote car aucun texte n'accorde à la société, à l'occasion de l'assemblée, la possibilité de demander au représentant (l'intermédiaire financier habilité) de l'actionnaire non-résident certaines informations<sup>593</sup>.

---

<sup>588</sup> Y. PACLOT, Les pouvoirs du bureau de l'assemblée en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil par action de concert, op. cit., p. 846, 847 et 848.

<sup>589</sup> Y. PACLOT, Retour sur les pouvoirs du bureau de l'assemblée générale en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil, note sous T. Versailles, 12<sup>e</sup> ch, sect. 2, 10 juin 2010, Rev. Sociétés février 2011, n° 02, p. 109. V. égal. Y. PACLOT, Confirmation de l'incompétence du bureau de l'assemblée en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil résultant d'une action de concert contestée, note sous Cass. com., 15 mai 2012, Rev. Sociétés septembre 2012, n° 09, p. 516.

<sup>590</sup> Art. 29 du CPCI.

<sup>591</sup> V. supra, n° 323.

<sup>592</sup> Art. L. 228-3-3 al. 1 du C. com. F.

<sup>593</sup> Pour comprendre l'absence d'informations, V. supra, n° 324.

## **B- Cas de privation résultant d'autres facteurs**

**345.** Ce cas de privation résultant d'autres facteurs est prévu seulement par le droit français. Dans ce dernier, cette privation ne résulte pas de la violation des limites imposées de la loi et des statuts mais de l'existence de certaines raisons justifiées. Elle peut concerner trois cas, titres de capital sans droit de vote, actionnaire bénéficiaire de la résolution lors des augmentations de capital avec suppression du DPS ou actions propres de la société. Pour le premier cas, ces titres de capital sont les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les actions de préférence sans droit de vote et les certificats d'investissement. Nous ne pouvons pas les détailler ici car ils seront développés plus avant dans notre recherche. Mais il est important d'indiquer ici que ces titres de capital sont privés de leurs droits de vote en raison de leur nature.

**346.** Pour les autres cas, nous présenterons la privation concernant l'actionnaire bénéficiaire de la résolution dans les augmentations de capital avec suppression du DPS **(1)** et celle concernant les actions propres de la société **(2)**.

### **1- Privation concernant l'actionnaire bénéficiaire de la résolution lors des augmentations de capital avec suppression du DPS**

**347.** Les deux droits se différencient sur la prévision de cette privation. Pour cela nous examinerons le droit français puis le droit irakien.

**348.** Dans le droit français, cette privation des droits de vote concerne l'actionnaire ayant un intérêt personnel à voter lors de l'assemblée sur certaines augmentations de capital<sup>594</sup>. Ce sont celles avec suppression du DPS quel que soit leur type, par apports en numéraire (accordées des droits particuliers ou non) ou par apports en nature. Cependant, il apparaît que cette privation des droits de vote ne concerne pas tous les actionnaires bénéficiaires<sup>595</sup> de ces augmentations de capital réservées. Elle comprend seulement ceux nommément désignés. Cela se justifie par l'existence du conflit d'intérêts entre ces actionnaires bénéficiaires et la société proposant la résolution<sup>596</sup>. Ce conflit d'intérêts prend naissance lorsque l'actionnaire

---

<sup>594</sup> Art. L. 225- 138 I al. 1 et L. 225-147 al. 2 sur renvoi à L. 225-210 al. 1 du C. com. F.

<sup>595</sup> Notons que les augmentations de capital réservées sont au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de bénéficiaires répondant à des caractéristiques déterminées.

<sup>596</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 614. V. égal. K. HAERI, Une illustration du traitement des conflits d'intérêts en droit des sociétés : les conventions entre la société et ses dirigeants à travers la loi du 17 mai 2011, Colloque sur les conflits d'intérêts en droit des affaires, 5 octobre 2011, Gaz. Pal. 7 et 8 décembre 2011, n° spécial 341 à 342, p. 12.

bénéficiaire lui-même poursuit à la fois un intérêt propre et celui de la société et lorsque ces intérêts sont contradictoires<sup>597</sup>.

Les actions de ce type de bénéficiaires ne sont pas prises en compte lors du calcul du quorum (seulement pour les augmentations par apports en numéraire n'accordant pas de droits particuliers) et de la majorité requise pour une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

Notons que, lors de l'approbation de certaines de ces augmentations de capital réservées (par apports en numéraire accordées des droits particuliers ou par apports en nature), la privation est étendue pour intégrer les actions appartenant à ces actionnaires bénéficiaires et celles pour lesquelles ils sont mandatés<sup>598</sup> dans le but, à notre avis, de renforcer l'empêchement du conflit d'intérêts. Nous regrettons que cette mesure protectrice supplémentaire ne soit pas imposée pour toutes les augmentations de capital réservées alors même qu'existe un but similaire.

**349.** Le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, la privation concernant l'actionnaire bénéficiaire de la résolution lors des augmentations de capital avec suppression du DPS. Mais, lorsqu'il organise la question des conventions passées avec la société par le président du conseil d'administration ou un des administrateurs, il impose de priver leurs actions de leurs droits de vote<sup>599</sup>.

L'absence de prévision du droit irakien se justifie, à notre avis, par l'inexistence de conflit d'intérêts lors de l'augmentation de capital réservée (avec suppression du DPS) car cette augmentation est exclusivement destinée au profit des investisseurs nommément désignées ou de catégories de ceux-ci concernées, hors actionnaires<sup>600</sup>.

## **2- Privation concernant les actions propres de la société**

**350.** Les deux droits sont différents sur la prévision de cette privation. Pour cela nous allons examiner le droit français puis le droit irakien.

**351.** Dans le droit français, il est capital d'indiquer que la souscription par la société ou la prise en gage de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société, est interdite<sup>601</sup>.

---

<sup>597</sup> D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, cité par P. ROUSSEL GALLE, Brèves observations sur la notion de conflits d'intérêts en droit des affaires, Colloque sur les conflits d'intérêts en droit des affaires, 5 octobre 2011, Gaz. Pal. 7 et 8 décembre 2011, n° spécial 341 à 342, p. 4. V. égal. B. DONDERO, La capacité et représentation des sociétés, op. cit., n° 41, (lu l'article sur Lextenso. fr).

<sup>598</sup> Art. L. 225-147 al. 2 sur renvoi à L. 225-210 al. 2 du C. com. F. V. égal. L. 225- 101 al. 2 de même code.

<sup>599</sup> Art. L. 119 al. 2 du C. SIA.

<sup>600</sup> Pour comprendre cette augmentation réservée, v. infra, p. 250 et s.

<sup>601</sup> Art. L. 225-206 I al. 1 et L. 225-215 al. 1 du C. com. F.

Pour l'achat par la société de ses propres actions, cette opération est restée longtemps interdite car elle conduit à contracter la société avec elle-même et à établir une fraction fictive du capital social<sup>602</sup>. Actuellement, elle est autorisée par la loi<sup>603</sup> et la société peut devenir l'un de ses propres actionnaires. Cette autorisation d'achat s'explique par la volonté du législateur que cette opération d'achat ait pour objectif de protéger l'intérêt social de la société. Par exemple, ce pouvoir lui permet le rachat en vue de l'attribution des actions à ses salariés ou encore en vue de la régularisation de ses cours boursiers, ou de favoriser sa liquidité<sup>604</sup>.

Pourtant, il apparaît que cet achat des actions propres par la société est limité à certaines conditions. Celles-ci sont l'impossibilité de détention par la société plus de 10 % du total de ses propres actions et d'une catégorie déterminée d'actions, l'obligation de les libérer entièrement lors de l'acquisition et l'obligation de disposer de réserves facultatives d'un montant au moins égal à la valeur de l'ensemble des actions qu'elle détient<sup>605</sup>.

A l'occasion de l'approbation de la résolution d'une augmentation de capital, s'il y a des actions propres détenues par la société, celles sont privées de leurs droits de vote et ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum<sup>606</sup>. Cette privation du droit de vote se justifie, à notre avis, par l'intention du législateur d'éviter leur utilisation par la direction de la société pour émettre un vote favorable à l'adoption de la résolution présentée ou agréé par elle-même.

**352.** Le droit irakien ne prévoit pas la privation concernant les actions propres de la société. Le C. SIA. ne comporte aucune disposition les concernant. Pourtant, en référence au C. civ. I.<sup>607</sup>, nous remarquons que le législateur n'autorise la personne à contracter avec soi-même qu'à titre d'exception lors de certains cas déterminés. La détention des actions propres de la société ne figurant pas parmi ces exceptions, nous pouvons dire que le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, cette privation du droit de vote, car il n'autorise pas cette détention.

### **§3 : Majorité requise lors de la prise de décision**

**353.** La loi de la majorité est justifiée par structure des sociétés de capitaux et particulièrement de la SA. Celle-ci n'est pas basée sur l'intuitu personae ce qui permet à toute personne d'y être

---

<sup>602</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 278.

<sup>603</sup> Art. L. 225-206 II al. 1 du C. com. F. V. égal. CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. A, 21 février 2003, JCP E juin 2003, n° 23, p. 932.

<sup>604</sup> S. DANA-DÉMARET, op. cit., p. 148 et 149.

<sup>605</sup> Art. L. 225-210 al. 1 et 3 du C. com. F.

<sup>606</sup> Art. L. 225-210 al. 4 et L. 225-111 du C. com. F.

<sup>607</sup> V. les articles 588 à 592 du C. civ. I.

actionnaire. Cette ouverture rend difficile la gouvernance par une autre loi que celle de la majorité. Elle prévaut dès que l'intérêt collectif des actionnaires est plus important que la satisfaction de l'intérêt de chacun<sup>608</sup>.

**354.** La majorité requise dépend de l'assemblée générale compétente pour la prise de décision d'une augmentation de capital. Les deux droits étudiés se différencient sur l'assemblée compétente et ensuite sur la majorité.

**355.** Le droit français prévoit tout d'abord, un principe et son exception.

**356.** Le principe est que cette compétence est accordée à l'assemblée générale extraordinaire<sup>609</sup>. Cela se justifie par le fait que la question de l'augmentation de capital est une des questions importantes sur la vie de la société et exige de modifier les statuts. Cette modification est réservée à cette assemblée<sup>610</sup>.

Cette compétence de la prise de décision comprend la majorité des augmentations de capital par apports en numéraire et toutes celles en nature. Toutefois, la prise de décision de l'augmentation de capital par l'assemblée précédente peut être soumise à l'approbation de certaines assemblées spéciales des actionnaires lorsque cette décision modifie les droits relatifs à une catégorie d'actions<sup>611</sup>.

Ces augmentations de capital sont immédiates ou différées.

Sont considérées comme immédiates<sup>612</sup> : l'augmentation de capital par apports en numéraire sans suppression du DPS, celle par une offre au public ou par placement privé avec suppression du DPS, celle avec suppression du DPS réservée au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de bénéficiaires<sup>613</sup> (cette augmentation comprend également celle par apports en nature dans ou hors opérations de restructuration), et celle résultant du coup d'accordéon.

Sont considérées comme différées avec suppression du DPS : l'augmentation résultant de l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital et celle résultant des levées d'options de souscription d'actions<sup>614</sup>.

---

<sup>608</sup> S. CHABIR, Droit préférentiel de souscription dans la société anonyme, mémoire Perpignan 1998- 1999, p. 31.

<sup>609</sup> Art. L. 225-129 al. 1 du C. com. F. V. égal. A. CONSTANTIN, op. cit., p. 247.

<sup>610</sup> Art. L. 225-96 al. 1 du C. com. F. V. égal. A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 11 ; F. FLICOTEAUX, L'augmentation de capital : principes et conséquences pour une société anonyme, mémoire Paris I 1997, p. 3.

<sup>611</sup> Art. L. 225-99 al. 2 du C. com. F. Pour comprendre les détails de cet article, v. infra, n° 527.

<sup>612</sup> V. les articles L. 225-129, L. 225-136, L. 225-138, L. 228-12, L. 225-147, L. 236-9 et L. 225-204 sur renvoi à L. 224-2 du C. com. F.

<sup>613</sup> Notons que les augmentations de capital immédiates réservées comprennent l'augmentation résultant d'émission d'actions gratuites au profit des membres du personnel salarié ou de certaines catégories d'entre eux, ou celle réservée au profit des adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise. V. les articles L. 225-197-1, L. 225-138-1 sur renvoi à L. 225-129-6 du C. com. F.

<sup>614</sup> Notons que ces augmentations de capital différées font partie de celles réservées. V. les articles L. 228-92 et L. 225-177 du C. com. F.

**357.** Notons que la prise de décision de l'augmentation de capital par apports en nature hors ou non opérations de restructuration est soumise à une particularité. D'une part, cette prise de décision par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires doit être précédée de leur approbation sur l'appréciation des biens apportés (ou l'octroi de droits particuliers<sup>615</sup>) à la société<sup>616</sup>. Si ces actionnaires l'approuvent, la réalisation de cette augmentation est constatée. S'ils la réduisent, la réalisation de cette augmentation impose l'approbation expresse par les apporteurs (ou les bénéficiaires de droits particuliers) sur cette réduction<sup>617</sup>. D'autre part, cette prise de décision par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société bénéficiaire d'apport (absorbante) doit être précédée de leur approbation et de celle des actionnaires de la société porteuse des biens sur une des opérations de restructuration<sup>618</sup>. Cela se justifie par le fait que l'augmentation de capital résultant de ces opérations concerne ces deux sociétés, en considérant que la première représente la partie bénéficiaire des apports et la deuxième l'apporteur de ceux-ci.

Concernant la majorité requise des augmentations de capital entrant dans la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, c'est la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés<sup>619</sup>. Notons que, lorsque la société choisit le mode d'augmentation de capital par élévation de la valeur nominale des actions existantes, cette augmentation n'est pas soumise à cette majorité car elle requiert le consentement unanime des actionnaires<sup>620</sup>.

**358.** L'exception est, d'une part, que l'assemblée générale extraordinaire peut déléguer au conseil d'administration sa compétence<sup>621</sup> de la prise de décision de l'augmentation de capital<sup>622</sup>. Notons que la prise d'une décision dans le conseil d'administration requiert un quorum de présence de la moitié au moins de ses membres, et une majorité de vote des présents ou représentés<sup>623</sup>.

---

<sup>615</sup> Il faut comprendre que les actionnaires ont ce pouvoir (l'approbation ou la réduction de la valeur de droits particuliers accordés) lors de décision de l'augmentation de capital par émission d'actions de préférence réservée à un ou plusieurs actionnaires, v. infra, n° 536.

<sup>616</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 303.

<sup>617</sup> Art. L. 225-147 al. 3 et 4 du C. com. F.

<sup>618</sup> Art. L. 236-9 al. 1 du C. com. F.

<sup>619</sup> Art. L. 225-96 al. 3 du C. com. F. V. égal. A. SECQ, L'augmentation de capital d'une société commerciale par transformation en actions des éléments du passif social, thèse Lille 1979, p. 39.

<sup>620</sup> Art. L. 225-130 al. 2 du C. com. F.

<sup>621</sup> Pour comprendre la délégation de compétence, v. infra, p. 245 et s.

<sup>622</sup> Art. L. 225-129 al. 1 du C. com. F. V. égal. A. WAHL, Étude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, Paris, éd., Arthur Rousseau 1894. p. 32.

<sup>623</sup> Art. L. 225-37 al. 1 et 2 du C. com. F.

D'autre part, la compétence de la prise de décision dans certaines augmentations de capital est accordée à l'assemblée générale extraordinaire aux conditions de quorum<sup>624</sup> et de majorité d'une assemblée générale ordinaire. Il s'agit des augmentations immédiates.

Concernant la majorité requise pour ces augmentations, c'est celle des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés<sup>625</sup>.

**359.** Le droit irakien, quant à l'assemblée compétente pour décider une augmentation de capital et à la majorité requise, prévoit d'accorder cette compétence seulement à l'assemblée générale des actionnaires réunie en session extraordinaire<sup>626</sup> pour la même justification que celle indiquée en droit français<sup>627</sup>. Il ne prévoit donc que le principe et non l'exception, à la différence du droit français.

Nous remarquons que, à la différence du droit français, la prise de décision de l'augmentation de capital par cette assemblée n'est pas soumise à l'approbation des assemblées spéciales des actionnaires car toutes les actions sont dans la même catégorie. Toutefois, cette prise de décision peut être soumise à l'acceptation préalable par la banque centrale irakienne lorsque l'augmentation avec suppression du DPS concerne les SA bancaires<sup>628</sup>.

Les augmentations de capital entrant dans la compétence de cette assemblée sont moins nombreuses que celles prévues par le droit français. Elles sont toutes immédiates et par apports en numéraire, exceptionnellement par apports en nature résultant seulement d'opération de la fusion-absorption<sup>629</sup>. Les augmentations par apports en numéraire<sup>630</sup> sont celle sans suppression du DPS (par offre au public, par incorporation [de réserves bénéfiques ou primes d'émission]) ou celle réservée avec suppression du DPS au profit seulement des bénéficiaires dénommés (investisseurs) ou de catégories de personnes concernées (investisseurs).

**360.** Notons que, comme c'est le cas en droit français, la prise de décision relative à cette augmentation de capital par apports en nature résultant seulement d'opération de fusion-absorption doit être précédée des approbations des actionnaires de la société absorbante et de celles des actionnaires de la société absorbée sur cette opération<sup>631</sup>.

**361.** Concernant la majorité requise pour toutes les augmentations de capital précédentes, c'est celle des voix dont disposent les actionnaires ayant des actions en capital et libérées à

---

<sup>624</sup> V. supra, n° 298.

<sup>625</sup> Art. L. 225-98 al. 3 du C. com. F.

<sup>626</sup> Art. L. 98 al. 2 du C. SIA.

<sup>627</sup> V. supra, n° 356.

<sup>628</sup> V. supra, n° 192.

<sup>629</sup> Art. L. 150 al. 2 C. SIA.

<sup>630</sup> V. les articles L. 55 et L. 56 du C. SIA.

<sup>631</sup> Art. L. 150 al. 2 C. SIA. V. égal. S. H. SHOUKRY et M. MICHALLA, *Traité – Formulaire des sociétés de personnes et de capitaux en droit égyptien, Egypte, éd., PROCACCIA 1952, P. 350, transposé au droit irakien en raison de la similitude de règle appliquée.*



terme échu<sup>632</sup>. Nous remarquons que cette majorité est différente de celle prévue par le droit français. Elle exige d'abord un pourcentage élevé et le calcul est basé sur les voix en capital et non en présents ou représentés à l'assemblée. Elle est, à notre avis, préférable pour les actionnaires car elle impose d'obtenir un grand nombre de voix pour prendre la décision de l'augmentation de capital. Cela attire l'attention de plus d'actionnaires sur l'importance de cette décision sur leurs droits sociaux.

A la différence du droit français, le droit irakien prévoit la possibilité aux actionnaires de requérir par les statuts une majorité plus élevée que la précédente<sup>633</sup>. Cette possibilité forme une garantie supplémentaire optionnelle pour la prise de décision dans l'assemblée.

**362.** En ce qui concerne le consentement unanime des actionnaires, le droit irakien ne l'exige pas car il ne prévoit pas le mode d'augmentation de capital par élévation de la valeur nominale des actions existantes. Cette non prévision se justifie par l'obligation par le législateur aux sociétés de prévoir la valeur nominale de l'action dans leurs statuts et de fixer son montant à 1 (un) dinar irakien seulement<sup>634</sup>.

**363.** Enfin, à la différence du droit français, le droit irakien n'accorde pas la compétence de la prise de décision de l'augmentation de capital au conseil d'administration ou à l'assemblée générale des actionnaires réunie en session ordinaire parce qu'il la considère, à notre avis, comme un des principes intangibles dans le C. SIA.

**364.** Par ailleurs, dans les deux droits étudiés, l'actionnaire vote sur la résolution de l'augmentation de capital après avoir obtenu des informations. Il a trois choix de vote : un vote favorable, défavorable ou l'abstention de vote. Le bureau d'une assemblée a pour tâche de collecter les voix attachées aux actions pour établir le quorum et la majorité. Lors de cette collecte, éventuellement il doit prendre en compte les cas d'exception du principe de proportionnalité du droit de vote<sup>635</sup>.

**365.** Ce bureau de l'assemblée doit également établir un procès-verbal. Les deux droits étudiés prévoient cette obligation en accordant au secrétaire de ce bureau la tâche de rédiger les délibérations de l'assemblée<sup>636</sup>. Le but de cette obligation est d'établir un support écrit permettant de contrôler la régularité de cette assemblée et de fournir une information aux actionnaires<sup>637</sup>.

---

<sup>632</sup> Art. L. 98 al. 2 du C. SIA. V. égal. K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 178.

<sup>633</sup> Art. L. 98 al. 2 du C. SIA.

<sup>634</sup> V. infra, n° 472.

<sup>635</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 573. V. égal. H. CHAOUI, *op. cit.*, p. 527.

<sup>636</sup> Art. R. 225-106 et R. 225-101 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 96 et art. L. 95 al. 2 du C. SIA.

<sup>637</sup> J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, p. 237.

Quant au contenu du procès-verbal, les deux droits étudiés se différencient sur ce point. Nous remarquons que le droit français est plus exigeant que le droit irakien. Il prévoit précisément les indications devant y figurer<sup>638</sup>. Le droit irakien se contente de prévoir d'abord certaines indications prévues par le droit français puis un résumé du déroulement de l'assemblée<sup>639</sup>. Les indications<sup>640</sup> du procès-verbal sont importantes pour tous les actionnaires car elles leur permettent, entre autres, à notre avis, de contester la décision d'augmentation de capital.

Sur le contenu du procès-verbal, nous préférons le droit français car il fixe strictement le cadre de rédaction détaillée du début à la fin de l'assemblée. Ainsi la liberté de rédaction n'est pas laissée au rédacteur, il n'y a pas de place pour le résumé ou le choix de ce qui est écrit et une information la plus complète possible est fournie à l'actionnaire, notamment à l'actionnaire représenté, en vue de son contrôle sur la validité des actes intervenus au cours de l'assemblée (par exemple, respect des quorums, ordre du jour...). Il serait souhaitable que le législateur irakien revoie ce cadre en précisant expressément toutes les indications devant y figurer, comme c'est le cas en droit français.

Notons qu'en droit français, le procès-verbal dans les SA acceptant l'utilisation des moyens électroniques lors de l'assemblée doit contenir, outre les indications précédentes, une description de tout incident technique relatif à ces moyens lorsqu'il a perturbé le déroulement de l'assemblée<sup>641</sup>.

Le procès-verbal est soumis à des formalités. Les deux droits étudiés les prévoient mais ils se différencient sur certains points. Ils prévoient que ce procès-verbal d'une assemblée porte les signatures des membres du bureau de cette assemblée<sup>642</sup>. Le droit irakien, lui, exige en outre la signature du représentant du greffier en cas de présence de ce représentant à l'assemblée. Cette exigence se justifie par la particularité du droit irakien relatif aux participants à l'assemblée.

---

<sup>638</sup> Art. R. 225-106 al. 1 du C. com. F.

<sup>639</sup> Art. L. 96 al. 1 du C. SIA. prévoit : « Le procès-verbal (...) et résume tout le déroulement de l'assemblée (...) ».

<sup>640</sup> Ces indications sont prévues par l'article R. 225-106 al. 1 du C. com. F. « Le procès-verbal des délibérations de l'assemblée indique la date et le lieu de réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'actions participant au vote et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes », et art. L. 225-114 al. 2 de même code « Les décisions de l'assemblée doivent être constatées par un procès-verbal ... ». V. égal. art. L. 96 al. 1 du C. SIA. prévoit : « Le procès-verbal (...) et résume tout le déroulement de l'assemblée dont les débats, le texte des résolutions proposées et les décisions prises (...) », R. DISI. MC. GSA, p. 20 prévoient : « 1- Les procès-verbaux envoyés au greffier doivent être imprimés sur les feuillets spéciaux des sociétés (...) 4- Le résultat des votes sur les décisions prises par l'assemblée générale doit être indiqué, en cas de vote sur les résolutions délibérées par l'unanimité ou par la majorité, les procès-verbaux doivent mentionner à l'unanimité ou celle-ci avec son pourcentage. 5- La composition du bureau de l'assemblée doit être indiquée (...) » et R. DISI. MC. GS, p. 15 « 2- Le procès-verbal des délibérations de l'assemblée indique les nom, prénoms des actionnaires participants et le nombre de ses actions (...) ».

<sup>641</sup> Art. R. 225-99 du C. com. F.

<sup>642</sup> Art. R. 225-106 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. L. 96 al. 1 du C. SIA.

En cas d'absence des signatures des membres du bureau, la cour de cassation française juge que cela ne supprime pas la force probante du procès-verbal de l'assemblée qui existe toujours grâce à la date et au contenu de celui jusqu'à preuve du contraire<sup>643</sup>.

Les deux droits étudiés prévoient que les copies ou extraits du procès-verbal soient certifiés par le président du conseil d'administration<sup>644</sup>. Mais le droit français exige, en outre, leur certification par un administrateur exerçant les fonctions de directeur général et éventuellement par le secrétaire de l'assemblée. Après avoir accompli les formalités précédentes, les deux droits étudiés imposent que le procès-verbal soit établi sur un registre spécial tenu par la société<sup>645</sup>.

**366.** Une formalité particulière dans le droit irakien est que les décisions prises de l'assemblée générale sont soumises à la validation par le greffier. Pour cela la société est tenue de les lui envoyer<sup>646</sup>.

Après avoir exposé la protection du droit de vote exercé pendant l'assemblée, il nous reste à savoir quelle protection est accordée à l'actionnaire en cas de prise irrégulière de décision de l'augmentation de capital.

C'est ce que nous présenterons dans la prochaine sous-section.

## **S. section 2 : Protection de l'actionnaire par le droit de recours contre la décision d'augmentation de capital**

**367.** La décision d'une augmentation de capital adoptée par l'assemblée générale doit respecter toutes les procédures imposées avant de prendre une décision collective. Dans l'hypothèse où une irrégularité est constatée, l'actionnaire peut exercer son droit de recours.

La protection résultant de cette faculté peut être adéquate pour la plupart des causes de ce recours ou inadéquate, seulement en cas d'abus de minorité.

Notons que l'abus de majorité comme cause de recours ne sera pas exposé dans notre recherche car il est très rarement appliqué lors de la prise de décision d'une augmentation de capital, celle-ci n'étant pas contraire à l'intérêt social. De plus, l'adoption de décision d'une

---

<sup>643</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 2004, cité par B. DONDERO, Les incidences du défaut de signature du procès-verbal d'assemblée, note sous CA Bordeaux, 14 mai 2013, Gaz. Pal. Rec. Bim. 17 et 19 novembre 2013, n° spécial 6, 321 à 323, p. 3848.

<sup>644</sup> Art. R. 225-108 al. 1 du C. com. F. V. égal. art. L. 96 al. 1 du C. SIA.

<sup>645</sup> Art. R. 225-106 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 96 al. 1 du C. SIA. prévoit : «Le procès-verbal est établi sur un registre spécial et (...)».

<sup>646</sup> Art. L. 99 du C. SIA. Pour comprendre cet article, v. infra, p. 166.

augmentation de capital impose, en principe, une majorité renforcée que les actionnaires majoritaires ne peuvent pas atteindre tous seuls. En outre, particulièrement dans le droit français, si les actionnaires majoritaires sont bénéficiaires de décision d'augmentation de capital réservée avec suppression du DPS, ils se heurtent à la mesure préventive, la privation de leurs droits de vote.

Les deux droits étudiés se différencient sur la protection résultant de la faculté de recours contre la décision. Le droit français prévoit les deux situations déjà indiquées. Le droit irakien prévoit seulement la première.

**368.** Nous présenterons cette protection de l'actionnaire lors des deux situations qui sont protection adéquate résultant du recours (§1) et protection inadéquate (§2).

### **§1 : Situation de la protection adéquate résultant du recours**

**369.** Cette protection est adéquate pour la majorité des causes de recours. Elle est différente d'un droit à l'autre. Elle peut être judiciaire en droit français (A) ou administrative en droit irakien (B).

#### **A- Protection judiciaire résultant du recours en droit français**

**370.** Cette protection est du ressort de la juridiction compétente pour statuer sur le recours. Il s'exerce selon des modalités déterminées (1) et la prononciation de la nullité en résultant entraîne certains effets (2).

#### **1- Modalités de recours**

**371.** L'actionnaire a la faculté de recours sur des actes ou délibérations irrégulièrement pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital. Pourtant, cette faculté est limitée selon que la nullité touche à un intérêt particulier ou général :

Si la nullité touche à un intérêt particulier (la nullité relative), seulement l'actionnaire concerné peut contester. Si elle touche à l'intérêt général (la nullité absolue), tout intéressé ayant un intérêt légitime, dont chaque actionnaire, peut contester<sup>647</sup>.

**372.** Dans la mesure où l'actionnaire est régulièrement convoqué, la cour de cassation impose sa participation à l'assemblée comme une des conditions de recevabilité de sa contestation<sup>648</sup>. Ceci, à notre avis, pour contrer les inconvénients de l'absence des actionnaires à l'assemblée.

---

<sup>647</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 107.

<sup>648</sup> R. MARSIN-ROSE, L'associé qui a choisi de ne pas participer à une assemblée peut-il en demander l'annulation ?, note sous Cass. com., 21 juin 2011, JCP E 20 octobre 2011, n° 42., p. 20.

Par ailleurs, la cour de cassation n'exige pas que cette participation soit finalisée en émettant un vote défavorable à la résolution d'une augmentation de capital. La contestation est recevable quel que soit le vote, favorable ou défavorable à cette résolution<sup>649</sup>.

**373.** Concernant les causes de recours, il n'est recevable que si ses causes résultent de la violation d'une disposition expresse prévue par le C. com. F. ou par le C. civ. F. dans les règles régissant la nullité des contrats<sup>650</sup>.

En ce que concerne les causes résultant d'une disposition expresse prévue par le C. com. F., on doit les distinguer selon deux types de nullité à savoir les causes de recours entraînant la nullité obligatoire et celles pouvant entraînant la nullité facultative.

Pour les causes de recours entraînant la nullité obligatoire, elles sont prévues par les articles L. 225-149-3 al. 2 et L. 225-121 al. 1 du C. com. F.<sup>651</sup> : violations des règles déterminées régissant des actes ou délibérations pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital.

Ces violations portent sur les règles concernant la compétence de l'assemblée générale pour décider une augmentation de capital, le rapport du conseil d'administration, l'attribution proportionnelle du DPS aux actionnaires, les conditions de délégation de compétence ou de pouvoirs au conseil d'administration en vue d'effectuer une augmentation de capital, les conditions de délégation de compétence au conseil d'administration afin d'effectuer, en particulier, l'augmentation de capital par apports en nature dans les SA cotées, le principe d'obligation de libération intégrale du capital déjà souscrit, l'ordre du jour et la faculté de requérir l'inscription à cet ordre du jour de points ou de projets de résolution, les conditions de quorum et de majorité de l'assemblée générale compétente pour décider une augmentation de capital, et l'obligation du consentement unanime des actionnaires pour statuer sur la résolution de l'augmentation de capital par élévation de la valeur nominale des actions existantes.

---

<sup>649</sup> B. SAINTOURENS, L'annulation, à la demande d'un associé, d'une décision d'assemblée emportant augmentation des engagements des associés votée à l'unanimité, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, Rev. Sociétés janvier/mars 2004, n° 1, p. 99.

<sup>650</sup> Art. L. 235-1 al. 1 du C. com. F. prévoit : «La nullité (...) ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats».

<sup>651</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 du C. com. F. prévoit : «Sont nulles les décisions prises en violation du premier alinéa des articles L. 225-129 et L. 225-129-1, des deux premiers alinéas de l'article L. 225-129-2, du premier alinéa de l'article L. 225-129-6, de la première phrase du premier alinéa et du second alinéa de l'article L. 225-130, du premier alinéa de l'article L. 225-131, du deuxième alinéa de l'article L. 225-132 et du dernier alinéa de l'article L. 225-147 » et art. L. 225-121 al. 1 du même code «Les délibérations prises par les assemblées en violation des articles L. 225-96, (...), L. 225-98,(...) et de l'article L. 225-105 sont nulles ».

Pour les causes de recours pouvant entraîner la nullité facultative, deux possibilités de se prononcer sur ce recours, soit la nullité facultative, soit la non-nullité. Elles<sup>652</sup> sont prévues par les articles L. 225-104 al. 2, L. 225-121 al. 2, L. 225-114 al. 3, L. 235-2-1 et L. 225-149-3 al. 3 du C. com. F.<sup>653</sup> : violations des règles régissant des actes ou délibérations pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital.

Ces violations portent sur les règles concernant la forme et les délais de convocation, le droit d'information de l'actionnaire par la communication des documents sociaux, la feuille de présence et le procès-verbal, les droits de vote attachés aux actions et toute autre cause hors celles entraînant la nullité obligatoire.

Les causes de recours résultant d'une disposition expresse prévue par le C. civ. F. dans les règles régissant la nullité des contrats, portent quant à elles sur la violation d'une des règles régissant la validité du contrat : le consentement, l'incapacité, l'objet et la cause<sup>654</sup>. Dans le cas où cette violation se produit à l'occasion d'une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital, c'est une cause de nullité des actes ou délibérations pris par cette assemblée.

**374.** L'actionnaire se basant sur une cause de recours résultant d'une disposition expresse, quel que soit le code prévu, de com. F. ou civ. F., peut présenter le recours. Il doit être présenté sous forme d'une action en nullité et à la juridiction compétente, le tribunal de commerce.

Celui-ci statue sur l'action en nullité présentée après l'expiration d'une durée de deux mois au moins à partir de la date de l'exploit introductif d'instance. Dans la mesure où une action en régularisation est lancée auprès du tribunal de commerce avant l'expiration de cette durée, il doit fixer un délai pour permettre de régulariser les causes de nullité. Toutes celles-ci sont recevables dans le cadre de l'action en régularisation des actes ou délibérations irrégulièrement pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital<sup>655</sup>. Ceci pour éviter que cette irrégularité soit un obstacle à la croissance de la société<sup>656</sup>.

Afin que le délai de régularisation fixé atteigne son objectif, ce tribunal doit tenir compte, lors de la fixation, du temps nécessaire pour remplir certaines procédures. Par exemple, si la régularisation exige de procéder à une nouvelle convocation de l'assemblée générale ou à

---

<sup>652</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 580.

<sup>653</sup> Art. L. 225-149-3 al. 3 du C. com. F. prévoit : «Peuvent être annulées (...) ainsi que les décisions prises en violation des dispositions de la présente sous-section 1 autres que celles mentionnées au deuxième alinéa du présent article».

<sup>654</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 106.

<sup>655</sup> Art. L. 235-4 al. 1 du C. com. F. V. égal. A. CONSTANTIN, op. cit., p. 38.

<sup>656</sup> J.-P. DOM, Régularisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés, note sous T. com. Versailles (3<sup>e</sup> ch.), 30 avril 2004, Rev. Sociétés janvier/ février 2005, n° 1, p. 189.

l'envoi aux actionnaires de certains documents sociaux, il doit accorder le même délai que le délai initial<sup>657</sup>.

Dans le cas où le délai accordé (ou celui de deux mois au moins à partir de la date de l'exploit introductif d'instance) est terminé et les actes ou délibérations irrégulièrement pris ne sont pas régularisés, le tribunal statue sur l'action en nullité<sup>658</sup>.

Si ce tribunal estime que l'action en nullité est fondée sur une des causes de la nullité obligatoire, il n'a pas la possibilité d'appréciation, il est obligé de prononcer la nullité.

S'il estime que l'action en nullité n'est pas fondée sur une des causes de nullité obligatoire, il a la possibilité d'appréciation en prononçant, soit la nullité facultative, soit la non-nullité.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles daté du 28 octobre 2010<sup>659</sup>, la cour a trouvé que l'action en nullité facultative était fondée sur la violation des droits de vote attachés aux actions. Les actionnaires demandeurs avaient été privés d'exercer un droit essentiel, leur droit de vote à l'assemblée. Cette privation était la conséquence d'une décision prise par le bureau de cette assemblée. Elle se basait sur le franchissement de seuil de participation (du capital ou des droits de vote) résultant de l'action de concert, alors que ce franchissement était contesté et donc que, dans ce cas, le bureau n'a pas le pouvoir<sup>660</sup> de prendre une telle décision. Pour cela, cette cour a annulé la décision de privation prise contre ces actionnaires et les délibérations prises par l'assemblée n'ayant pas tenu compte de leurs droits de vote.

**375.** Dans l'hypothèse où une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital est irrégulièrement convoquée, l'action en nullité facultative fondée sur cette violation n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés<sup>661</sup>. Cependant, Yves GUYON pense, à juste titre, que l'irrecevabilité de cette action ne peut pas comprendre la violation concernant le délai de convocation car cette violation conduit à fragiliser l'information due à l'actionnaire et donc à ne pas voter en toute connaissance de cause<sup>662</sup>.

---

<sup>657</sup> Art. L. 235-4 al. 2 du C. com. F. prévoit : « Si pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée, et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision accompagné des documents qui doivent leur être communiqués, le tribunal accorde par jugement le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision ».

<sup>658</sup> Art. L. 235-5 du C. com. F.

<sup>659</sup> D. SCHMIDT, Annulation des délibérations d'une assemblée en conséquence d'une décision illicite prise par son bureau, note sous CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., sect. 2, 28 octobre 2010, Bull. Joly Sociétés mars 2011, n° 3, p. 199.

<sup>660</sup> V. supra, p. 143 et 144.

<sup>661</sup> Art. L. 225-104 al. 2 du C. com. F.

<sup>662</sup> Y. GUYON, Caractère facultatif de la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires pour irrégularité de la convocation, note sous Cass. com., 9 juillet 2002, Rev. Sociétés octobre/décembre 2002, n°4, p. 719.

**376.** Toute action en nullité des actes ou délibérations irrégulièrement pris par une assemblée générale en vue de l'augmentation de capital est soumise à prescription. Celle-ci est différente selon deux hypothèses<sup>663</sup>:

Si cette action est fondée sur une des causes de nullité prévues par l'article L. 225-149-3, elle se prescrit par trois mois à compter de la date de cette assemblée.

Si cette action est fondée sur une des causes de nullité autre que celles prévues par l'article L. 225-149-3, elle se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue.

L'actionnaire qui, le cas échéant, ne présente pas l'action en nullité dans un de ces délais (sauf cas d'interruption ou de suspension de la prescription), ne pouvant plus le faire est donc considéré comme y renonçant implicitement<sup>664</sup>.

## **2- Effets de la nullité**

**377.** Le prononcé de la nullité entraîne certains effets direct **(a)** ou indirects **(b)**.

### **a- Effet direct**

**378.** Il découle directement de la prononciation de la nullité. Il s'agit de la rétroactivité de la nullité.

Cette rétroactivité signifie que les actes et les délibérations irréguliers ainsi que tous les actes indivisiblement liés à ceux-ci sont anéantis. Si les apports sont déjà libérés, ils devront être restitués et le capital social devra être ramené à son montant initial<sup>665</sup>.

Il semble que cette rétroactivité de la nullité ne soit pas opposable au tiers de bonne foi. Celui-ci, lors de la mise en place de l'augmentation de capital, peut être un ou plusieurs bénéficiaires de la suppression du DPS, hors les actionnaires.

Toutefois, il nous apparaît que cette non-opposabilité de la rétroactivité n'est pas absolue. Dans le cas où la nullité résulte de l'incapacité de l'actionnaire ou d'un vice de son consentement, elle est opposable, même au tiers de bonne foi<sup>666</sup>.

### **b- Effets indirects**

**379.** Ces effets découlent, soit d'une demande indépendante de l'action en nullité, soit du recours à une autre instance, le juge ayant prononcé celle-ci n'étant pas compétent pour statuer. Ils sont au nombre de deux qui sont sanction d'indemnisation **(b-1)** ou sanctions pénales **(b-2)**.

<sup>663</sup> Art. L. 235-9 al. 1 et 3 du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, op. cit., p. 260 et 261.

<sup>664</sup> H. BARBIER, Point de départ de l'action en nullité pour défaut de convocation des associés, note sous CA Paris, p.5, ch.8, 16 novembre 2010, Bull. Joly Sociétés avril 2011, n° 4, p. 302.

<sup>665</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 108 ; R. MORTIER, op. cit., p. 261.

<sup>666</sup> Art. L. 235-12 du C. com. F et P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 303.



## **b-1- Sanction d'indemnisation**

**380.** L'occasion de la mise en place d'une augmentation de capital, plusieurs interventions sont possibles. Celles-ci peuvent être faites par les dirigeants, les commissaires aux comptes, les commissaires aux apports ou à la fusion, ou un tiers (l'apporteur des apports en nature). Ceux peuvent commettre certaines violations.

Celles-ci sont sanctionnées par une indemnisation si les trois conditions de la responsabilité civile sont réunis : la faute, le préjudice et un lien de causalité entre les deux<sup>667</sup>, confirmant l'adage «Pas de dommage [préjudice], pas de responsabilité».

Si le préjudice est subi par la société, cette indemnisation lui est allouée. S'il l'est personnellement par un actionnaire, cette indemnisation lui est allouée.

Pour la prescription de demande de cette indemnisation, il existe deux hypothèses<sup>668</sup>.

Si les actes et délibérations pris irrégulièrement ont été régularisés, cette demande se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité a été couverte.

Si les actes et délibérations irrégulièrement ont été frappés de nullité, cette demande se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision de nullité est passée en force de chose jugée.

**381.** Par ailleurs, la majorité des interventions précédemment cité comportant certaines particularités relatives à l'indemnisation, nous éclairerons séparément ces dernières en trois points, contre les dirigeants, contre le(s) commissaire(s) aux comptes ou contre le(s) commissaire(s) aux apports ou à la fusion.

**382.** - concernant la particularité de la sanction d'indemnisation contre les dirigeants

Les dirigeants en cause sont seulement le président du conseil d'administration et les administrateurs. Ils sont responsables individuellement de l'indemnisation ou solidairement dans le cas où ils commettent collectivement la faute<sup>669</sup>.

Elle résulte de toute violation imputable à ces dirigeants lors de de la mise en place d'une augmentation de capital. A titre d'exemple, la violation concerne les règles légales, règlementaires et statutaires, leurs obligations et l'accomplissement insuffisant<sup>670</sup>.

Les dirigeants peuvent commettre une faute de gestion de l'insuffisance d'actif lors de l'augmentation de capital résultant de l'opération fusion-absorption. Cette faute est une conséquence du manquement aux règles de gestion (la comptabilité). Cela amène à mettre la

---

<sup>667</sup> Art. L. 225-251 al. 1 et L. 225-252 ; L. 822-17 al. 1; L. 225-147 al. 2 et L. 236-10 I al. 2 du C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 311, 312 et 313 ; A. CONSTANTIN , op. cit., p. 88 ; et R. MORTIER, op. cit., p. 305.

<sup>668</sup> Art. L. 235- 13 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>669</sup> Art. L. 225-251 al. 1 du C. com. F.

<sup>670</sup> Art. L. 225-251 al. 1 du C. com. F. V. égal. A. CONSTANTIN , op. cit., p. 68.

société en dissolution et à engager la responsabilité civile des dirigeants tenus de payer l'indemnisation, la totalité du montant de l'insuffisance d'actif<sup>671</sup>.

Par ailleurs, afin de protéger les actionnaires, la demande d'indemnisation au travers de l'action sociale (présentée par l'actionnaire ou non) ne peut pas être subordonnée, par une clause statutaire à l'avis préalable de l'assemblée générale ou à son autorisation, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action. De plus, la demande d'indemnisation due par les dirigeants ne peut être éteinte par une décision de l'assemblée générale<sup>672</sup>. En outre, les dirigeants ne peuvent, en principe, pas échapper à la demande d'indemnisation sous le prétexte de délégation de pouvoirs donnés<sup>673</sup>.

**383.** - concernant la particularité de la sanction d'indemnisation contre le(s) commissaire(s) aux comptes

Dans la mesure où plusieurs commissaires aux comptes sont en fonction, ils sont responsables individuellement de l'indemnisation ou solidairement en cas de faute commune. Cette responsabilité comprend non seulement leurs fautes personnelles mais aussi celle commise par leurs collaborateurs et les experts dont ils se font assister<sup>674</sup>.

La demande d'indemnisation due par le commissaire aux comptes résulte des conséquences dommageables de ses fautes et de ses négligences<sup>675</sup>.

Dans un arrêt en date du 18 mai 2010<sup>676</sup>, la cour de cassation considère que le défaut d'information accordé par le commissaire aux comptes, à l'occasion d'une augmentation de capital, est suffisant pour établir le lien de causalité (entre la faute et le préjudice) et ensuite demander l'indemnisation pour les actionnaires lésés. En fait, cette demande d'indemnisation se fonde sur la faute résultant de la négligence du commissaire aux comptes dans sa mission de vérification sérieuse de l'information lors d'une augmentation de capital avant de la certifier. Cette négligence conduit à fournir aux actionnaires des informations incomplètes ou erronées sur lesquelles ils s'appuient pour voter et souscrire à cette augmentation. Après cela, la société est déclarée en cessation de paiement. La cour de cassation établit le lien de causalité entre cette négligence et la cessation en exigeant pour les actionnaires une indemnisation qui représente «la perte d'une chance de faire un investissement moins risqué».

---

<sup>671</sup> D. DEMEYERE, Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux, Gaz. Pal. 5 et 6 avril 2013, n° spécial 95 à 96, p. 13 et 14.

<sup>672</sup> Art. L. 225-253 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>673</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 310.

<sup>674</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 531, 532 et 533.

<sup>675</sup> Art. L. 822-17 al. 1 du C. com. F.

<sup>676</sup> T. GRANIER, Défaut d'information et responsabilité du commissaire aux comptes à l'occasion d'une augmentation de capital, op. cit., p. 591 et 592. V. égal. T. GRANIER, Détermination de la responsabilité civile du commissaire aux comptes, note sous Cass. com., 24 septembre 2003, Rev. Sociétés avril/juin 2004, n° 2, p. 383.

Par ailleurs, si le commissaire aux comptes refuse temporairement de certifier l'information établie par le conseil d'administration en le justifiant par des doutes sérieux qui affectent celle-ci, il n'est pas tenu à l'indemnisation, sauf en cas d'abus et si celui-ci conduit à un préjudice<sup>677</sup>. En outre, il n'est pas tenu de réparer le préjudice causé, s'il prouve que celui-ci est une conséquence du fait que les documents sociaux nécessaires pour établir son rapport ne lui ont pas été communiqués<sup>678</sup>.

**384.** - concernant la particularité de la sanction d'indemnisation contre le(s) commissaire(s) aux apports ou à la fusion

La demande d'indemnisation est due par le commissaire aux apports ou à la fusion si l'augmentation de capital résulte de l'opération de fusion-absorption. Elle est due seulement par le commissaire aux apports si l'augmentation de capital ne résulte pas de cette opération.

Cette demande d'indemnisation résulte de la faute du commissaire produite lors de l'appréciation erronée de la valeur des apports en nature<sup>679</sup>.

Dans un arrêt en date du 7 janvier 2014<sup>680</sup>, la cour de cassation impose au commissaire aux apports de réparer le préjudice causé par l'insuffisance d'actif. Ce préjudice provient du fait qu'il n'a pas exercé soigneusement son contrôle, lors de l'augmentation de capital résultant de l'opération de fusion-absorption, en indiquant dans son rapport qu'il n'avait «aucune observation à formuler sur la valeur globale des apports ou sur les modalités retenues par les parties à la fusion». La cour juge que cette confirmation par le commissaire d'une surévaluation des apports en nature a conduit à mettre la société absorbante en redressement puis en liquidation judiciaire, en raison de l'insuffisance d'actif. Elle lui impose donc la réparation du préjudice causé. Cette réparation comprend, en raison du jugement équitable, seulement «l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer».

## **b-2- Sanctions pénales**

**385.** L'occasion de la mise en place d'une augmentation de capital, certaines violations peuvent être commises. Celles-ci sont pénalement sanctionnées en vue de protéger les actionnaires et de garantir la bonne application de la loi.

Parce que le droit pénal commun ne peut réprimer certaines violations commises, le C. com. F. prévoit de les sanctionner pénalement.

---

<sup>677</sup> J.-F. BARBIÈRI, Contrôle légal face à une présomption d'irrégularité : refus justifié de certifier, note sous Cass. com., 18 février 2014, Bull. Joly Sociétés avril 2014, n° 4, p. 255 et 257.

<sup>678</sup> T. GRANIER, Les limites de l'obligation de conseil de l'expert-comptable, note sous Cass. com., 26 février 2013, Rev. Sociétés septembre 2013, n° 09, p. 512.

<sup>679</sup> Art. L. 236-10 et L. 225-147 du C. com. F.

<sup>680</sup> B. DONDERO, La responsabilité du commissaire aux apports dans les fusions simplifiées, op. cit., p. 258 et 259. V. en ce sens, Cass. com., 7 janvier 2014, n° 12-23.640, RJDA mai 2014, 5/14, n° 430, p. 409.

Les sanctions prévues par ce code reposent sur de nombreux textes et diffèrent selon le délit commis.

**386.** Pour cela, nous les présenterons séparément en quatre points, sanctions pénales contre les dirigeants, contre le(s) commissaire(s) aux comptes, contre le(s) commissaire(s) aux apports ou à la fusion, ou contre toute personne.

**387.** - concernant les sanctions pénales contre les dirigeants

Le président, ou les administrateurs, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 18 000 € pour avoir donné ou confirmé des informations inexactes dans le rapport spécifique de la prononciation d'une augmentation de capital avec suppression du DPS<sup>681</sup>.

Le président, ou les administrateurs, est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 € pour avoir fait obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes, ou empêché leur communication sur place de toutes les pièces utiles à exécuter leur mission (établir un rapport), et plus particulièrement, tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux<sup>682</sup>.

Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux, est puni d'une amende de 150 000 € pour le non-respect du principe de libération intégrale du capital déjà souscrit. Cette amende peut être doublée lorsque l'augmentation de capital est faite par offre au public<sup>683</sup>.

**388.** - concernant les sanctions pénales contre les commissaires aux comptes

Le commissaire aux comptes est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 € pour non-respect des incompatibilités légales<sup>684</sup>.

Il est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 18 000 € pour avoir donné ou confirmé des informations inexactes dans son rapport de la prononciation d'une augmentation de capital avec suppression du DPS<sup>685</sup>.

Il est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 € pour avoir accepté les fonctions de commissaires aux apports en violant les incompatibilités et interdictions légales<sup>686</sup>.

---

<sup>681</sup> Art. L. 242-20 du C. com. F.

<sup>682</sup> Art. L. 820-4 al. 2° du C. com. F.

<sup>683</sup> Art. L. 242-17 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>684</sup> Art. L. 820-6 du C. com. F.

<sup>685</sup> Art. L. 242-20 du C. com. F. V. en ce sens N. STOLOWY, La responsabilité pénale du commissaire aux comptes, Réflexions à propos des délits de confirmation d'informations mensongères et de non-révélation des faits délictueux, Rev. Sociétés juillet/septembre 1998, n° 3, p. 523 et 524.

<sup>686</sup> Art. L. 242-5 du C. com. F.

Par ailleurs, il peut être puni, outre les sanctions pénales, par des sanctions disciplinaires : l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire pour une durée n'excédant pas cinq ans ou la radiation de la liste<sup>687</sup>.

**389.** - concernant les sanctions pénales contre les commissaires aux apports ou à la fusion

Le commissaire est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 € pour le non-respect des incompatibilités et interdictions légales<sup>688</sup>.

Il est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 € pour avoir apprécié un apport en nature à la valeur supérieure à sa valeur réelle<sup>689</sup>.

Par ailleurs, il peut être puni, outre sanctions pénales, par les mêmes sanctions disciplinaires que celles applicables aux commissaires aux comptes<sup>690</sup>.

**390.** - concernant les sanctions pénales contre toute personne

L'expression «toute personne» signifie la personne qui commet une violation à l'occasion de la mise en place de l'augmentation de capital.

Elle est punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 € pour avoir empêché un actionnaire de participer à la réunion de l'assemblée. La même peine est applicable pour se faire accorder, garantir ou promettre des avantages et accorder, garantir ou promettre ces avantages en vue d'exercer frauduleusement le droit de vote. Cette fraude se caractérise par le vote dans un certain sens ou la non-participation au vote<sup>691</sup>.

Elle est punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 € pour avoir apprécié un apport en nature à la valeur supérieure à sa valeur réelle<sup>692</sup>.

## **B- Protection administrative résultant du recours en droit irakien**

**391.** Cette protection est du ressort de l'autorité administrative compétente pour statuer sur le recours. Ce recours s'exerce selon des modalités déterminées **(1)** et la prononciation d'annulation en résultant entraîne certains effets **(2)**.

---

<sup>687</sup> Art. L. 822-8 de al. 1 à 5 du C. com. F. V. en ce sens M. GERMAIN ( avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 534.

<sup>688</sup> Art. L. 242-5 du C. com. F.

<sup>689</sup> Art. L. 242-2 al. 1 et 3 (4°) du C. com. F. V. en ce sens R. MORTIER, op. cit., p. 308.

<sup>690</sup> Art. L. 822-8 de al. 1 à 5 du C. com. F.

<sup>691</sup> Art. L. 242-9 al. 1, 2 (1°) et 4 (3°) du C. com. F.

<sup>692</sup> Art. L. 242-2 al. 1 et 3 (4°) du C. com. F.

## 1- Modalités du recours

**392.** L'actionnaire a, à la différence du droit français, une seule possibilité de recours. Elle porte sur des violations commises lors d'une assemblée. Elle est offerte à tout actionnaire sans prise en compte du nombre de ses actions<sup>693</sup> afin, à notre avis, d'accorder une protection à chacun. Ces violations peuvent toucher un seul actionnaire, certains ou tous.

**393.** A la différence des dispositions adoptées par la cour de cassation française, dans le droit irakien, aucune disposition ne prévoit l'exigence de la participation à l'assemblée de l'actionnaire (qui est convoqué régulièrement) comme une des conditions de recevabilité de son recours. En effet, celui-ci est recevable alors même qu'il est présenté par un actionnaire absent<sup>694</sup>. Que l'actionnaire soit empêché de former un recours contre les décisions prises, à notre avis, se justifie dans la mesure où il n'a pas estimé nécessaire de participer à l'assemblée de façon directe ou indirecte. Pourtant, afin de profiter des protections mises en place au profit de l'actionnaire (droit de recours) et au regard de l'importance de cette participation de l'actionnaire, afin de contrer des résolutions non justifiées et faciliter, notamment, l'obtention des quorums requis lors de l'assemblée, nous pensons qu'il serait souhaitable que le droit irakien instaure l'utilisation du droit de recours en lien avec la présence obligatoire à l'assemblée, comme moyen d'inciter les actionnaires à la participation, à l'exemple de la jurisprudence française.

Comme jugé par la cour de cassation française, dans le droit irakien, aucune disposition n'exige de limiter la possibilité de recours d'un actionnaire ayant émis un vote défavorable à la résolution d'une augmentation de capital. Cette possibilité existe donc pour l'actionnaire qui émet un vote favorable ou défavorable<sup>695</sup>.

La similitude sur ce point entre les deux droits étudiés s'explique, à notre avis, par le fait qu'il est inadmissible qu'un recours présenté par un actionnaire participant à l'assemblée soit déclaré irrecevable, si celui-ci ne découvre la violation qu'après son vote favorable. C'est le cas, en particulier, si cette violation concerne certaines indications comptables, difficilement compréhensibles pour des non-initiés, qui sont prévues dans les documents ou les rapports consultables.

---

<sup>693</sup> Art. L. 96 al. 3 du C. SIA. prévoit : «Chaque organe à l'assemblée générale a la faculté de contestation (...)» V. égal. B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 232.

<sup>694</sup> M. A.-R. A.-A. JWAIHAN, *Le régime juridique de la réduction du capital social dans les sociétés de capitaux privées, étude comparée, Bagdad, Irak, 1<sup>er</sup> éd., Al- Hamed 2008, p. 302.*

<sup>695</sup> F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 259.

**394.** Concernant les causes de recours, le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit pas d'exiger que ces causes soient fondées sur la violation d'une disposition expresse pour qu'il soit recevable. Cependant, un professeur irakien *Kamel Abdul Hussein AL-BALDAWI*<sup>696</sup> pense qu'il l'est lorsque la violation touche à une disposition impérative. Celle-ci est prévue par le C. SIA. et par le C. civ. I. (le droit commun) dans les règles régissant la nullité des contrats.

Relativement aux causes de recours résultant de la violation d'une disposition prévue par le C. SIA., le droit irakien se différencie du droit français sur deux points.

Premièrement, il ne fait pas de distinction entre deux types de ces causes, causes de nullité obligatoire ou facultative, car la nullité facultative n'est pas prévue (et la nullité obligatoire a des modalités différentes et est dénommée «annulation»).

Secondement, nous remarquons qu'il est moins exigeant que le droit français. Ce dernier prévoit les causes importantes de recevabilité de l'action en nullité (obligatoire ou facultative) plus, pour la nullité facultative, une disposition générale comprenant toute violation résultant d'une cause autre que celles-ci. Le droit irakien prévoit par l'article L. 96 al. 3 du C. SIA. «(...) *la faculté de recours (...) la validité des procédures étant effectives à compter de la convocation de l'assemblée à l'adoption des décisions, (...)*». Il en résulte que ce droit indique les causes de recevabilité du recours en se contentant de prévoir une disposition générale qui comprend toute violation. Celle-ci peut toucher aux règles qui régissent les actes ou délibérations pris à compter de la convocation d'une assemblée générale jusqu'à l'adoption de la décision. Notons qu'une partie de la doctrine irakienne<sup>697</sup> détaille certaines de ces causes présentant des points similaires à celles prévues par le droit français.

A notre avis, sur les causes de recours prévues par les deux droits étudiés, ceux-ci sont similaires quant à la garantie apportée à l'actionnaire par le recours contre toute violation touchant aux actes ou délibérations pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital.

S'agissant des causes de recours résultant de la violation d'une disposition prévue par le C. civ. I. dans les règles régissant la nullité des contrats, nous observons qu'elles résultent, comme en droit français, de la violation d'une des règles de la validité de contrat (le consentement, l'incapacité, l'objet et la cause)<sup>698</sup>. Ceci se justifie par le fait que ces règles sont applicables à toutes les conventions, dont le contrat de société.

---

<sup>696</sup> K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 180.

<sup>697</sup> K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 179; F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 239, 240, 244 et 246; et M. A.-R. A.-A. JWAIHAN, *op. cit.*, p. 298 et 301.

<sup>698</sup> Art. L. 137 du C. civ. I. V. égal. A. A. AL-HAKIM, *Le commentaire du droit civil irakien, Volume 1 Sources de l'obligation, op. cit.*, p. 302.

**395.** L'actionnaire se basant sur une des causes de recours résultant d'une disposition prévue, soit par le C. SIA., soit par le C. civ. I., peut présenter le recours. Cela doit se faire sous forme d'une demande d'annulation et, à la différence du droit français, auprès de l'autorité administrative compétente, le greffier<sup>699</sup>.

Ce greffier<sup>700</sup> est compétent pour statuer sur le recours contre les décisions de l'assemblée, y compris celle d'une augmentation de capital. Elle doit être envoyée, comme les autres décisions, au greffier afin qu'il la valide. Cet envoi est fait au maximum quatre jours à compter de la date de la prise de celle-ci<sup>701</sup>. Si la société dépasse ce délai, elle est passible d'une amende déterminée par le greffier, bénéficiant de cette attribution particulière, comme le juge des délits. La décision est ensuite envoyée à l'exécutant judiciaire, au département d'immatriculation des sociétés, pour le recouvrement de cette amende<sup>702</sup>.

Afin de statuer sur le recours présenté, le greffier a le pouvoir de demander à la société toutes informations, explications ou documents nécessaires. Le délai pour statuer est de sept jours à compter de la date de présentation de celle-ci<sup>703</sup>. Nous remarquons que ce délai est inférieur à celui prévu par le droit français car le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, la possibilité d'une demande de régularisation antérieure à la décision et rend par contre une décision d'annulation à effet de régularisation direct<sup>704</sup>.

Lorsqu'il statue sur le recours, si ce greffier se trouve devant le cas d'une violation des actes ou délibérations, comme en droit français, il a une seule possibilité de décision, l'annulation<sup>705</sup>. Sur ce point, nous penchons pour les modalités de cette décision en droit irakien parce qu'il prévoit que cette prononciation ait un effet direct obligatoire de régularisation, comme nous verrons dans les effets d'annulation.

La décision prise par ce greffier de la prononciation de l'annulation ou de son refus est définitive<sup>706</sup>. Cela signifie que si l'actionnaire est insatisfait de cette décision du refus, il n'a pas de faculté de recours.

Sur ce point, il nous apparaît que le droit irakien est différent du droit français car celui-ci le prévoit. Pour notre part, nous préférons celui-ci car il présente une protection plus avantageuse pour les actionnaires. Cette protection passe, à notre avis, par les contrôles

---

<sup>699</sup> Art. L. 96 al. 3 du C. SIA. prévoit : «Chaque organe à l'assemblée générale a la faculté de contestation au près du greffier (...)». V. égal. N. H. RAOUF NNIS, *op. cit.*, p. 124.

<sup>700</sup> Pour comprendre le concept de greffier dans le droit irakien, v. supra, n° 24.

<sup>701</sup> Art. L. 99 du C. SAI. Prévoit : «Les décisions de l'assemblée générale sont envoyées au greffier lors du quatre jours après la date de leurs prises, leurs copie validée par celui-ci est considérée comme un document opposable à toute autorité».

<sup>702</sup> R. DISI. MC. G.SA, art. 2, p. 20.

<sup>703</sup> Art. L. 128 et L. 96 al. 3 du C. SIA.

<sup>704</sup> Pour comprendre cette régularisation en droit irakien, v. infra, n° 401.

<sup>705</sup> Art. L. 96 al. 3 du C. SAI.

<sup>706</sup> Art. L. 96 al. 3 du C. SAI. V. égal. F. H. AL-AMIRI, *Le contrôle du greffier sur les sociétés privées irakiennes*, *op. cit.*, p. 117.



postérieurs (recours en appels) à la décision, qui oblige le tribunal du commerce compétent à être attentif avant de statuer sur un recours et empêche l'abus de pouvoir. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie un dispositif similaire, au niveau judiciaire, comme la situation le prévoit en cas d'abus de majorité<sup>707</sup>. Cette juridiction a compétence à trancher tout litige<sup>708</sup>.

**396.** Par ailleurs, à la différence du droit français, le droit irakien ne prévoit pas l'irrecevabilité du recours en annulation d'une assemblée générale irrégulièrement convoquée si tous les actionnaires étaient présents ou représentés. En effet, ce recours est recevable et entraîne l'annulation. A notre sens, ceci est plus avantageux pour les actionnaires que le droit français car, comme le chercheur français Yves GUYON<sup>709</sup> le justifie, cette irrecevabilité de recours conduit à fragiliser l'information à l'actionnaire et, ensuite, à ne pas voter en toute connaissance de cause.

**397.** La demande d'annulation des actes ou délibérations irrégulièrement pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital est soumise à prescription. Nous remarquons que le droit irakien est différent du droit français sur deux points.

Le premier: le droit irakien ne fait pas la distinction entre les deux hypothèses concernant le délai de prescription. L'article L. 96 al. 3 du C. SIA.<sup>710</sup>, après avoir prévu une disposition générale qui comprend toutes les causes fondées de la demande d'annulation, soumet celles-ci à la prescription unique. Cette prescription est de trois jours à partir de la date de fin de la réunion de l'assemblée.

Le deuxième : il exige un délai de prescription (trois jours) moins avantageux pour les actionnaires que celui prévu par le droit français. Bien que ce délai se justifie par le désir du législateur de trancher le litige au plus tôt, il n'est pas compatible avec la réalité. En effet sur le délai de trois jours à partir de la date de fin de la réunion de l'assemblée, il faut compter que le jour même le procès-verbal ne sera pas disponible ; dans le meilleur des cas, ce sera pour le lendemain en milieu de journée : il ne reste plus qu'un jour et demi pour le recours. Ce délai est donc une capsule vide de contenu réel. Pour que les actionnaires exercent un contrôle efficace sur les actes ou délibérations de l'assemblée<sup>711</sup>, il faut qu'ils aient le temps d'examiner le procès-verbal calmement, en cherchant des explications par ailleurs si besoin, et tenir compte d'éventuels impondérables. Pour ces raisons, il serait préférable que le droit irakien modifie le

---

<sup>707</sup> Notons que le droit irakien prévoit la notion d'abus de majorité (art. L. 4 al. 3 1° et 2° du C. SIA.). Les modalités de recours fondées sur la cause de cet abus sont différentes sur certains points de celles prévues pour les autres causes (art. L. 100 du C. SIA.).

<sup>708</sup> Art. 29 du CPCI. V. *égal. cass. irakienne, ch. civ., 1961, cité par F. H. AL-AMIRI, ibid, p. 100.*

<sup>709</sup> V. *supra*, n° 375.

<sup>710</sup> Art. L. 96 al. 3 du C. SIA. prévoit : «(...) la faculté de recours (...) de la validité des procédures étant prises à compter de la convocation de l'assemblée jusqu'à l'adoption des décisions, ces procédures se prescrivent par trois jours à compter de la date de fin de la réunion,(...)».

<sup>711</sup> *F.I. JASSIM, op. cit., p. 261.*

délai de prescription en l'étendant à trois mois, comme le délai prévu par l'article L. 225-149-3 du C. com. F.

## **2- Effets de l'annulation**

**398.** Le prononcé de l'annulation entraîne certains effets directs (a) ou indirects (b).

### **a- Effets directs**

**399.** Ces effets sont la rétroactivité de l'annulation (a-1) la régularisation de l'annulation (a-2).

#### **a-1- Rétroactivité**

**400.** Le droit irakien exige, comme en droit français, le rétroactivité de l'annulation<sup>712</sup> pourtant à la différence du droit français, il n'indique pas si cette rétroactivité est opposable ou non à l'égard du tiers de bonne foi. Cela se justifie, à notre avis, par le fait que l'annulation dans le droit irakien est suivie obligatoirement et à effet direct de la prononciation de la régularisation.

#### **a-1- Régularisation**

**401.** Le droit irakien exige, comme le droit français, que la régularisation porte sur tous les actes ou délibérations irrégulièrement pris par une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital.

Pourtant, ils se différencient par la prévision en considérant cette régularisation comme un effet ou non de la prononciation de la nullité (ou l'annulation). Le droit français la considère comme une mesure antérieure à la nullité qui n'est prise que sur demande<sup>713</sup>.

Le droit irakien la considère comme un effet de l'annulation. Cet effet est direct car obligatoire et automatique. Le greffier est tenu de prononcer la régularisation directement après l'annulation<sup>714</sup>.

Nous penchons pour le droit irakien car il ne limite pas la régularisation à la demande. Par nature, l'homme attend toujours après l'autre. De ce fait, il est possible que la délai imposé par le droit français de la régularisation soit terminée sans qu'aucune demande n'ait été faite et la nullité est prononcée.

---

<sup>712</sup> Art. 138 al. 2 du C. civ. I. V. égal. *F.I. JASSIM, ibid, p. 265 et 266.*

<sup>713</sup> V. supra, n° 374.

<sup>714</sup> Art. L. 96 al. 3 du C. SIA. prévoit : «(...) le greffier est tenu de statuer sur le recours (...) en prononçant l'annulation (...) et l'obligation à la société de la régularisation (...)». V. égal. *N. H. RAOUF NNIS, op. cit., p. 124.*

## **b- Effets indirects**

**402.** Ils découlent, soit d'une demande indépendante d'annulation, soit du recours au tribunal en raison de l'incompétence du greffier à statuer. Ils sont au nombre de deux, sanction d'indemnisation (**b-1**) ou sanctions pénales (**b-2**).

### **b-1- Sanction d'indemnisation**

**403.** A l'occasion de la mise en place d'une augmentation de capital, de nombreuses interventions ont lieu. Elles peuvent être faites par les dirigeants pour toutes les SA (le président et le conseil d'administration) ou par le censeur du secteur bancaire (la banque centrale irakienne). Notons qu'à la différence du droit français, comme nous l'avons déjà vu, le droit irakien ne prévoit pas d'intervention par les commissaires aux comptes ou les commissaires aux apports ou à la fusion.

Lors de cette mise en place, les dirigeants ou le censeur du secteur bancaire peuvent commettre certaines violations. Nous remarquons qu'à la différence du droit français, dans le droit irakien, elles sont de très peu de sanctions d'indemnisation en raison de l'existence de l'effet direct de l'annulation (la régularisation). De fait, les cas de préjudice sont presque annihilés. En cas de sanction, l'indemnisation est prononcée, comme en droit français, si les trois conditions de la responsabilité civile réunissent la faute, le préjudice, et un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice<sup>715</sup>.

Dans le droit irakien, à la différence du droit français, l'autorité (le greffier) prononçant l'annulation n'a pas le pouvoir de prononcer l'indemnisation qui est du ressort du tribunal<sup>716</sup>. Si le préjudice est subi par la société, cette indemnisation lui est allouée. Si le préjudice est subi personnellement par un actionnaire, elle lui est allouée.

**405.** Pour la prescription de la demande de cette indemnisation, à la différence du C. com. F., le C. SIA. ne la prévoit pas. En effet, cette demande est soumise à la prescription prévue par le droit commun (C. civ. I.). Au regard de la nature de la demande, le délai est de quinze ans à compter du jour où la régularisation a été effectuée<sup>717</sup>. Sur ce point, nous observons que le droit irakien utilise le C. civ. I. par défaut pour fixer ce délai car il y a défaillance du C. SIA.. il conviendrait, d'une part, que ce soit ce dernier qui fixe la règle sur ce point et, d'autre part, que

---

<sup>715</sup> Art. L. 120 du C. SIA., L. 17 al. 6 du code des banques irakien et L. 23 al. 1 du code de la banque centrale irakienne ; art. 934 al. 2 et art. 204 du C. civ. I. V. égal. H. CHAOUI, *op. cit.*, p. de 482 à 487 ; K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 191 et A.Y. A.-R. AL-DABBAGH, *op. cit.*, p. 104, 105, 112 et 113.

<sup>716</sup> Art. 169 al. 1 et art. 206 al. 1 et 2 du C. civ. I.

<sup>717</sup> Art. 429 du C. civ. I. V. égal. A. A. AL-HAKIM, *Le commentaire du droit civil irakien, Volume 2, Effets de l'obligation, Bagdad, Irak, 6<sup>e</sup> éd., Librairie juridique 2009, p. 496.*

ce délai part du jour où la régularisation a été effectuée et soit ramené à trois ans, comme en droit français. Ce délai est fixé à trois ans afin de s'harmoniser avec les autres délais touchant au droit des sociétés et parce que le délai de quinze ans, appliqué aux litiges du secteur commercial, est préjudiciable pour les sociétés.

**406.** Par ailleurs, afin d'expliquer la particularité de la sanction d'indemnisation dans le droit irakien, nous l'exposerons en deux points.

**407.** Afin de limiter les redondances, nous nous contenterons ici d'indiquer que les dispositions régissant la particularité de la sanction d'indemnisation contre les dirigeants en droit irakien sont similaires à celles déjà développées dans le droit français<sup>718</sup>.

Cependant, il existe une petite différence concernant la source de ces dispositions. Le droit français les prévoit dans le C. com. F., le droit irakien, dans le C. civ. I<sup>719</sup>.

**408.** La sanction d'indemnisation contre le censeur du secteur bancaire, les personnes responsables sont le président et les administrateurs de ce censeur (la banque centrale irakienne). En principe, ils ont l'immunité mais, exceptionnellement, s'ils commettent une faute, à l'origine d'un préjudice, ils sont tenus à l'indemnisation. Cette faute peut résulter de la négligence ou de l'exercice des missions<sup>720</sup>. Quant à notre recherche, la faute peut être commise lors de la demande d'acceptation du censeur, en donnant ou confirmant des informations inexactes sur la résolution de l'augmentation de capital avec suppression du DPS.

## **b-2- Sanctions pénales**

**409.** A l'occasion de la mise en place d'une augmentation de capital, certaines violations commises peuvent être pénalement sanctionnées. Elles peuvent être prévues par le droit pénal commun ou par le C. SIA. Elles sont infligées contre les dirigeants, le censeur du secteur bancaire, ou en dehors de ces deux catégories de personnes pénalement sanctionnables.

**410.** Dans le droit irakien, le délit commis par les dirigeants, ayant donné ou confirmé des informations inexactes dans leur rapport en vue de décider une augmentation de capital avec suppression du DPS, n'est pas réprimé par le C. SIA. Il est soumis à la peine encourue pour délit

---

<sup>718</sup> V. supra, n° 382.

<sup>719</sup> Art. 217 al. 1 et art. 259 al. 3 du C. civ. I. V. égal. K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 191; A.Y. A.-R. AL-DABBAGH, *op. cit.*, 115, 107 et 108; et A.-R. AL-SID QURMAN, *La responsabilité des administrateurs et dirigeants sur les créances de la société en faillite, étude comparée du droit égyptien et du droit français, Egypte, éd., Renaissance arabe 2001*, p. 129, transposé au droit irakien en raison de la similitude des règles appliquées.

<sup>720</sup> Art. L. 23 al. 1 du code de la banque centrale irakienne.

d'usage de faux documents privés prévue par le C. pén. I.<sup>721</sup>. Cette peine est un emprisonnement de trois mois à cinq ans<sup>722</sup>.

Sur ce point, nous pensons que la protection accordée par le droit français est plus favorable à l'actionnaire que celle adoptée par le droit irakien car il sanctionne doublement, d'une part, avec une amende fixe et d'autre part avec une peine d'emprisonnement également fixe. En outre, nous remarquons que le minimum de la peine d'emprisonnement prévu par le droit irakien est très bas et qu'il n'y a pas d'amende prévue. Pour une sanction plus dissuasive, un alourdissement de la peine serait souhaitable au vu de l'infraction car les éléments d'information transmis de façon inexacte ont une influence directe très importante sur la prise de décision lors du vote. Il serait donc souhaitable que le droit irakien modifie les sanctions encourues pour ce délit (donner ou confirmer des informations inexactes) en fixant le montant d'une amende et en portant le minimum de la peine d'emprisonnement à trois ans, comme c'est le cas en droit français.

Le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit pas de sanctionner le président ou les administrateurs pour non-respect du principe de libération intégrale du capital déjà souscrit. Le législateur irakien, à notre avis, se contente des sanctions civiles (régularisation et indemnisation).

Sur ce point, à notre avis, le droit français est plus avantageux pour les actionnaires que le droit irakien car il impose une amende, outre les sanctions civiles. Cela est plus efficace en vue d'empêcher de commettre cette violation. Il serait préférable que le droit irakien prévoie une amende, outre les sanctions.

#### **411. Les sanctions pénales contre le censeur du secteur bancaire**

Le délit commis par le président et les administrateurs de ce censeur, ayant donné ou confirmé des informations inexactes dans l'acceptation accordée à une SA bancaire en vue de décider une augmentation de son capital avec suppression du DPS, n'est pas réprimé pénalement par le C. SIA. En effet, ce délit est soumis à la peine encourue pour délit d'usage de faux documents officiels prévu par le C. pén. I.<sup>723</sup>, soit un emprisonnement de quinze ans<sup>724</sup>.

Nous observons que cette peine est lourde. Ceci s'explique par la volonté du législateur de sanctionner sévèrement dans le but de garantir la bonne marche de la fonction publique, car ce délit est commis par un fonctionnaire.

---

<sup>721</sup> A.Y. A.-R. *AL-DABBAGH, op. cit., 126 et 127.*

<sup>722</sup> Art. 298 sur renvoi aux articles 295 al. 2 et 88 du C. pén. I.

<sup>723</sup> A.Y. A.-R. *AL-DABBAGH, op. cit., 126 et 127.*

<sup>724</sup> Art. 298 sur renvoi à l'article 289 du C. pén. I.

**412.** En dehors de ces deux catégories de personnes pénalement sanctionnables, le droit irakien ne prévoit pas, à la différence du droit français, une sanction pénale pour avoir empêché un actionnaire de participer à la réunion de l'assemblée. Le législateur irakien se contente de sanctions civiles (régularisation et indemnisation).

Sur ce point, nous pensons que la protection prévue par le droit français est plus efficace que celle du droit irakien car, outre les sanctions civiles, il impose l'emprisonnement et l'amende. Les justifications sont les mêmes que celles données ci-dessus pour le délit commis par les dirigeants de donner ou confirmer des informations inexactes. Il serait donc souhaitable que le droit irakien instaure une amende, en fixe le montant ainsi qu'une peine d'emprisonnement de deux ans, comme c'est le cas en droit français.

A la différence du droit français, le droit irakien ne prévoit pas de réprimer pénalement le délit de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages ou d'accorder, garantir ou promettre des avantages le tout en vue d'exercer frauduleusement le droit de vote. La peine encourue pour le délit de corruption, prévue par le C. pén. I. semble inapplicable pour ce délit car elle est infligée seulement aux fonctionnaires du service public (ou assimilé)<sup>725</sup>. Il est bien sûr possible de recourir aux sanctions civiles, la déclaration de nullité touche l'assemblée au contraire de l'amende et de l'emprisonnement qui touche personnellement les auteurs du délit et l'indemnisation qui, même si elle touche personnellement les auteurs du délit, doit réunir les trois conditions de responsabilité, la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux, ce qui la rend difficilement applicable. Afin de combler la lacune législative de sanctions pénales relatives au délit de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages ou d'accorder, garantir ou promettre des avantages le tout en vue d'exercer frauduleusement le droit de vote, il serait judicieux et important que le droit irakien prévoit de reconnaître ce délit et de le sanctionner pénalement, en instaurant une amende et en fixant une peine d'emprisonnement de deux ans, à l'exemple du droit français.

Le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit pas de sanctionner pénalement le délit d'apprécier un apport en nature à une valeur supérieure à sa valeur réelle. Ceci s'explique, à notre avis, par le fait que le droit irakien, d'une part, ne permet cet apport que lors de l'augmentation de capital résultant de la fusion-absorption, dans le cas où il a déjà été apprécié et, d'autre part, se contente des sanctions civiles (régularisation et indemnisation).

Après avoir analysé la situation de la protection adéquate résultant du recours dans les deux droits étudiés, il est temps d'exposer celle inadéquate résultant de ce recours.

---

<sup>725</sup> Art. 307 al. 1 du C. pén. I.

## **§2 : Situation de la protection inadéquate résultant du recours : abus de minorité**

**413.** Les deux droits étudiés se différenciant sur cette protection, nous commencerons par examiner et développer la situation en droit français car cette possibilité existe **(A)** puis en droit irakien où elle n'existe pas **(B)**.

### **A- Prévue en droit français**

**414.** Nous avons déjà indiqué que la protection résultant du recours (nullité obligatoire ou facultative) contre les actes ou délibérations irrégulièrement pris par l'assemblée est adéquate pour la majorité des causes fondées de ce recours.

Mais cette protection est inadéquate dans un seul cas, l'abus de minorité. Cela se justifie par le fait que la protection résultant du recours n'aboutit pas à l'adoption de la résolution rejetée<sup>726</sup>. Cet abus de minorité peut se produire à l'occasion d'une assemblée générale décidant l'augmentation de capital lorsque la minorité des actionnaires choisit d'émettre un vote défavorable à la résolution ou s'abstient de voter. Ces possibilités de vote sont légitimes à condition qu'elles ne s'exercent pas abusivement<sup>727</sup>, l'actionnaire étant soumis par principe à un devoir de non-abus<sup>728</sup>.

**415.** La question se pose de savoir si cet exercice du droit de vote est qualifiable d'abus de minorité et, dans ce cas, quelles mesures adéquates apporter.

Il est nécessaire d'indiquer que la notion d'abus de minorité n'est pas prévue par la législation mais par la jurisprudence qui la prévoit et la développe. La cour de cassation, dans son jugement du 15 juillet 1992, définit cet abus comme «l'attitude contraire à l'intérêt général de la société, en ce que [*le minoritaire*] aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés»<sup>729</sup>.

**416.** Il en ressort que l'abus de minorité se compose des deux critères.

---

<sup>726</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 102.

<sup>727</sup> Protection des minoritaires, op. cit., p. 74. V. égal. C. DANGLEHANT, Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité, Rev. Sociétés avril/juin 1996, n° 2, p. 236.

<sup>728</sup> A. RABREAU, L'exercice abusif du droit de vote par l'usufruitier de droits sociaux, note sous Cass. com., 2 décembre 2008, JCP E 30 avril 2009, n° 18, p. 40.

<sup>729</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, cité par A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, Refus de voter une augmentation de capital et abus de minorité, note sous Cass. com., 20 mars 2007, Rev. Sociétés octobre/ décembre 2007, n° 4, p. 809. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 112. V. égal. M. GERMAIN ( avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 369.

Le premier critère est celui de l'existence de l'attitude par la minorité empêchant l'adoption d'une décision essentielle (une augmentation de capital) pour la société.

L'adoption de certaines questions, dont l'augmentation de capital par l'assemblée, requiert une majorité renforcée qui ne peut être atteinte qu'avec le vote favorable de la minorité. «La minorité de blocage» (la minorité des actionnaires dispose de plus du tiers des actions) peut empêcher d'adopter cette augmentation de capital qu'elle n'approuve pas, quel que soit le nombre des actionnaires participant à l'assemblée<sup>730</sup>.

Pour satisfaire au premier critère, cette minorité de blocage doit empêcher d'adopter la décision d'une augmentation de capital à caractère essentiel pour la survie de la société.

C'est le cas, si la société a subi une perte financière par laquelle ses capitaux propres sont devenus inférieurs au minimum, c'est-à-dire à la moitié du capital social. Pour remédier à cette situation, la résolution d'une augmentation de capital est proposée mais la minorité empêche l'adoption de cette résolution et refuse la dissolution<sup>731</sup>.

Le second critère est celui d'une attitude contraire à l'intérêt général de la société en favorisant les propres intérêts de la minorité au détriment de l'ensemble des autres actionnaires.

Pour satisfaire à ce critère, l'empêchement en question doit être contraire à l'intérêt général de la société en détournant le pouvoir de vote à l'assemblée en vue de favoriser exclusivement ses propres intérêts. Le maintien de ses droits pécuniaires et politiques dans la société persiste alors sans contrainte de dépense<sup>732</sup>.

**417.** Le juge des référés est compétent pour apprécier si ces deux critères sont réalisés ou non et si l'exercice du pouvoir de vote est qualifié comme abus de minorité<sup>733</sup>. Le cas échéant, il statue en qualifiant l'exercice du pouvoir de vote comme abus de minorité, dans le cas contraire, il n'attribue pas cette qualification.

Pourtant, il existe une exception<sup>734</sup> où le juge ne doit pas, malgré la réalisation des deux critères, statuer sur une qualification d'abus de minorité. Il s'agit du cas où l'empêchement

---

<sup>730</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 403.

<sup>731</sup> M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, Un actionnaire minoritaire mal informé, avant de voter une augmentation du capital, ne peut pas se voir opposer un abus de minorité, note Cass. com., 20 mars 2007, JCP E 29 mai 2008, n° 22., p. 30. V. égal. M. BOIZARD, Regard sur l'abus de minorité, note sous Cass. com., 5 mai 1998, Rev. Sociétés avril/juin 1999, n° 2, p. 346.

<sup>732</sup> T.com. Paris, 2<sup>e</sup> ch., 24 septembre 1991, cité par A. VIANDIER, Abus de minorité, note sous Cass. com., 4 décembre 2012, Rev. Sociétés mars 2013, n° 03, p. 152.

<sup>733</sup> I. URBAIN- PARLÉANI, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 6 juillet 2005, Rev. Sociétés octobre/décembre 2005, n° 4, p. 919.

<sup>734</sup> M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, Un actionnaire minoritaire mal informé, avant de voter une augmentation du capital, ne peut pas se voir opposer un abus de minorité, op. cit., p. 30. V. égal. A. VIANDIER, Conditions d'une opposition d'un minoritaire à une augmentation de capital pour perte de la moitié des capitaux propres, note sous Cass. com., 20 mars 2007, JCP E 14 juin 2007, n° 24, p. 21. V. égal. CA Paris, 11 février 2014, n° 12/21679, ch. 5-8, RJDA juin 2014, 6/14, n° 529, p. 487.



d'adopter une augmentation de capital par la minorité est fondé sur l'absence ou l'insuffisance d'informations préalables de l'assemblée.

A notre avis, cette exception est bienvenue car l'information préalable d'une assemblée constitue une source d'informations importante pour exercer le vote. A défaut, l'actionnaire n'a pas de connaissances suffisantes sur l'augmentation de capital proposée et ignore donc si elle est essentielle ou non pour la survie de la société.

Dans l'hypothèse où le juge des référés statue en qualifiant l'exercice du pouvoir de vote comme abus de minorité, il prononce la mesure adéquate à adopter face à cet abus. Il s'agit de désigner un mandataire ad hoc ayant pour mission de représenter cette minorité empêchant l'adoption de la décision et de voter en son nom pour les décisions correspondantes dans le sens de l'intérêt général de la société<sup>735</sup>.

Il apparaît que cette mesure est limitée par une condition : le juge ne doit pas restreindre ce mandataire à voter dans un sens déterminé<sup>736</sup>. Cela se justifie par le fait que, même si ce juge peut intervenir en cas d'abus de minorité afin de protéger l'intérêt général de la société, cette intervention ne doit pas trop interférer dans son fonctionnement en désignant seulement le mandataire ad hoc<sup>737</sup>.

Nous remarquons que la limite prévue est formelle. En effet, en cas d'abus de minorité, le juge n'intervient que pour protéger l'intérêt général de la société. S'il trouve, par la réalisation des deux critères, que cet intérêt est touché, il désigne un mandataire ad hoc. De fait, il fixe déjà d'une manière implicite le sens de vote qui doit aboutir à l'adoption de la résolution de l'augmentation de capital. S'il est vrai que ce mandataire n'est pas expressément tenu par ce juge de voter dans ce sens, cette obligation est sous-entendue dans l'intérêt général de la société fixé au préalable par le juge.

## **B- Non prévue en droit irakien**

**418.** Le droit irakien, contrairement au droit français, ne prévoit pas l'abus de minorité.

Dans le cas où une société est frappée d'une perte financière par laquelle ses capitaux propres sont devenus inférieurs au minimum et où la minorité empêche d'adopter la résolution proposée (l'augmentation ou la réduction de capital), la société est mise en dissolution après le délai obligatoire d'apurement de cette perte<sup>738</sup>.

---

<sup>735</sup> Cass. com. 9 mars 1993, cité par M. BOIZARD, Regard sur l'abus de minorité, op. cit., p. 348 et D. VIDAL, Droit des sociétés, 7<sup>e</sup> éd., Lextenso 2010, p. 397.

<sup>736</sup> Cass. com., 4 février 2014, n° 12-29.348, RJDA mai 2014, 5/14, n° 438, p. 408.V. égal. D. SCHMIDT, Le pouvoir du juge de sanctionner un abus de minorité, note sous Cass. com., 4 février 2014, Bull. Joly Sociétés 2014, n° 5, p. 302.

<sup>737</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 97.

<sup>738</sup> Art. L. 147 al. 5 sur renvoi à L. 76 al. 2-1° du C. SIA.

Nous estimons que la mesure adoptée par le droit français est plus intéressante pour l'actionnaire que celle du droit irakien. Celui-ci protège la minorité par plusieurs règles dans le droit de sociétés en réponse aux problèmes rencontrés par celle-ci face à la majorité mais n'a pas envisagé que cela pouvait aboutir éventuellement à des abus de sa part. L'abus de minorité n'est pas traité de façon directe mais au travers du blocage de décision, notamment en cas d'augmentation de capital, dans le cas où la société est en situation de perte financière par la mise en dissolution de la société. Cela nous paraît une mesure contraire à l'intérêt social (maintien de la vie de la société) en raison des conséquences sur l'intérêt des actionnaires et la vie des personnes et des sociétés liées à l'entreprise mais peut être une mesure appropriée dans le cas où la société n'est pas viable et va vers une aggravation de sa situation.

Pour ces raisons, il serait préférable que le droit irakien prévoie la mesure adoptée par le droit français contre l'abus de minorité. Sous réserve que les deux critères soient présents (l'existence de l'attitude par la minorité empêchant l'adoption d'une décision essentielle - augmentation de capital- pour la société et le fait que cette attitude est contraire à l'intérêt général de la société en favorisant les propres intérêts de la minorité au détriment de l'ensemble des autres actionnaires), le recours contre l'abus de minorité pourrait être fait auprès du greffier qui aurait le pouvoir d'apprécier l'existence de cet abus et le pouvoir de désigner un mandataire ad hoc pour voter à la place de la minorité dans le sens de l'intérêt général de la société.

La protection des actionnaires faisant l'objet de la première partie de notre recherche, nous allons examiner quelle protection leur est accordée à l'occasion de la mise en œuvre de l'augmentation de capital.

C'est ce que nous présenterons dans la deuxième partie.

## Deuxième partie : Protection des actionnaires à l'occasion de la mise en œuvre de l'augmentation de capital

**419.** La mise en œuvre de l'augmentation de capital vient s'ajouter à l'étape précédente (mise en place). Elle est effectuée, après l'adoption de la décision d'augmentation, par l'émission d'actions et sa réalisation. Cette dernière est la contrepartie des apports en numéraire ou en nature faits à la société. Elle donne la possibilité soit d'accroître la participation dans le capital de la société (pour les actionnaires) soit d'y avoir une première participation.

La mise en œuvre de l'augmentation de capital est soumise à des règles strictes. Elles concernent certains droits spécifiques accordés aux actionnaires, l'émission des actions et les procédures de réalisation de cette émission.

La violation d'une de ces règles constitue une menace pour les droits et intérêts des actionnaires.

Les deux droits étudiés se différencient sur la mise en œuvre de l'augmentation de capital.

**420.** Nous exposerons la protection des actionnaires à l'occasion de la mise en œuvre de l'augmentation de capital en deux chapitres, la situation de l'actionnaire au cours de l'émission d'actions (**chapitre 1**) et celle au cours de la souscription publique des actions (**chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : Situation de l'actionnaire au cours de l'émission d'actions**

**421.** Une des procédures importantes de l'augmentation de capital est l'émission d'actions. Elle peut être une source d'avantages ou de risques pour les droits politiques et pécuniaires des actionnaires. Afin de pallier ces risques, les actionnaires disposent de certains droits spécifiques.

Par ailleurs, ces risques peuvent être réduits par le type d'émission choisi par l'assemblée.

Les deux droits comparés se différencient sur l'émission d'actions.

**422.** Nous développerons la situation de l'actionnaire au cours de l'émission d'actions au travers deux points, protection de l'actionnaire par les droits spécifiques accordés à l'occasion de cette émission (**section 1**) et protection de l'actionnaire à l'occasion de l'émission de nouvelles actions (**section 2**).

## **Section 1 : Protection de l'actionnaire par les droits spécifiques accordés à l'occasion de cette émission**

**423.** Lors de l'émission d'actions, l'actionnaire peut obtenir certains droits spécifiques qui sont le DPS et le droit de priorité de souscription, accompagnés ou non de celui à la prime d'émission. Dans le cadre de ces droits, le non-respect de leurs modalités conduit à exposer l'actionnaire à la dilution de ses droits dans la société.

Les deux droit étudiés se différencient sur les droits spécifiques de l'actionnaire, en les prévoyant tous (droit français) ou partiellement (droit irakien).

**424.** Nous examinerons ici la protection de l'actionnaire par les droits spécifiques concernant la souscription (**S.section 1**) et par le droit à la prime d'émission (**S.section 2**).

### **S. section 1 : Droits spécifiques concernant la souscription**

**425.** L'actionnaire dispose de deux droits spécifiques de souscription, le DPS (**§1**) ou celui de priorité de souscription (**§2**).

Les deux droits étudiés réglementent le DPS mais se différencient sur le droit de priorité de souscription, non prévu en droit irakien.

#### **§1: DPS**

**426.** Nous analyserons le DPS d'abord la définition (**A**) puis les modalités de l'exercice (**B**), ensuite le transfert individuel (**C**).

#### **A- Définition du DPS**

**427.** Les deux droits étudiés prévoit ce droit mais n'en donnent pas de définition.

**428.** Pourtant, la doctrine concernant les deux droits étudiés le font. En France, le DPS «est le droit, conféré à un associé, de souscrire par priorité une augmentation en capital en numéraire de sa société, proportionnellement à sa participation actuelle dans le capital social»<sup>739</sup>.

**429.** En Irak, c'«est le droit par lequel tous les actionnaires, lors de l'augmentation de capital, ont la possibilité de souscrire par priorité des actions émises par leur société, selon une règle de proportionnalité des actions préexistantes détenues par rapport au capital»<sup>740</sup>.

---

<sup>739</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 160 et 161.

<sup>740</sup> F. I. JASSIM, op. cit., p. 142.

Nous remarquons que ces deux définitions du DPS sont similaires dans l'intention mais, dans la forme, la définition donnée par la doctrine française se réfère explicitement au seul type de l'augmentation de capital concernant les apports en numéraire. Ceci parce que dans le droit irakien par principe l'augmentation se fait par apports en numéraire et exceptionnellement par apports en nature exclusivement lors de la fusion-absorption (dans ce cas, il y a suppression du DPS).

De fait, le terme «augmentation de capital», s'entend donc également pour la doctrine irakienne comme augmentation de capital par apports en numéraire (application de principe).

## **B- Modalités d'exercice de ce droit**

**430.** Nous exposerons ces modalités d'exercice du DPS au travers du champ d'application du DPS et proportionnalité (1), de la suspension et de la privation des DPS attachés aux actions (2), de l'exercice des DPS attaché aux actions grevés d'usufruit (3), du délai imposé pour exercer le DPS (4) et de la sanction encourue en cas de violation des règles du DPS (5).

### **1- Champ d'application du DPS et proportionnalité**

**431.** Les deux droits étudiés prévoient que le DPS est accordé seulement lors de l'augmentation de capital par l'émission des actions nouvelles de numéraire<sup>741</sup>. Cela se justifie par le fait que l'autre type d'émission (les actions de nature) ne procède jamais par l'offre au public dans laquelle les actionnaires préexistants se trouvent en concurrence avec les investisseurs dans le marché financier<sup>742</sup>.

Par conséquent, il nous apparaît que ce DPS ne comprend pas toutes les émissions des actions de numéraire. Par exemple, il n'est pas applicable à celles résultant de l'élévation de valeur nominale d'anciennes actions ou de l'incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, car dans ces cas la souscription est réservée aux actionnaires préexistants.

**432.** L'objectif de l'octroi du DPS est de conserver intacts les droits politiques et financiers des actionnaires lors de l'émission des actions nouvelles par offre au public qui permet l'entrée de nouveaux actionnaires qui vont participer aux réserves et dividendes déjà constitués<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> Art. L. 225-132 al. 2 du C. com. F. V. égal. art. L. 55 al. 1 du C. SIA.

<sup>742</sup> F. I. JASSIM, *ibid*, p. 142.

<sup>743</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 771 ; M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 417 et H. JANTON, *L'augmentation de capital dans les sociétés anonymes-étude financière et juridique*, thèse Paris 1931, p. 66. V. égal. H. CHAOUI, *op. cit.*, p.360 et 361 et F. I. JASSIM, *ibid*, p.141.

**433.** Dans les deux droits étudiés, le DPS est donné aux actionnaires préexistants, proportionnellement au nombre de leurs actions en capital (DPS à titre irréductible)<sup>744</sup>. L'article L. 225-132 al. 2 du C. com. F. prévoit : «*Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital*». L'article L. 56 al. 3 du C. SIA. prévoit : «*Tout actionnaire a un droit préférentiel d'acheter des actions émises (...), proportionnellement au nombre de ses actions en capital,(...)*».

Cependant, il apparaît que la proportionnalité du DPS ne signifie pas qu'une seule action ancienne donne droit forcément à une action parmi les actions émises car il doit être tenu compte, en outre, de l'importance du nombre de celles-ci en vue d'augmenter le capital<sup>745</sup>.

Afin de montrer la proportionnalité du DPS, nous prenons deux exemples :

### **Exemple 1**

Une SA au capital de 500 000 €, composé de 500 000 actions de 1 €. Elle décide de doubler son capital de 500 000 € par émission de 500 000 actions nouvelles de 1 €. Dans cet exemple, chaque actionnaire dispose d'un DPS à raison de une action nouvelle pour une action préexistante (500 000/500 000).

### **Exemple 2**

Une SA au capital de 800 000 €, composé de 800 000 actions de 1 €. Elle décide d'augmenter son capital de 400 000 € par émission de 400 000 actions nouvelles de 1 €. Dans cet exemple, chaque actionnaire dispose d'un DPS à raison de une action nouvelle pour deux actions préexistantes (400 000/800 000).

## **2- Suspension et privation des DPS attachés aux actions**

**434.** Les deux droits étudiés sont différents sur la prévision de la suspension et de la privation des DPS attachés aux actions. Pour cela, nous allons examiner d'abord le droit français puis le droit irakien.

---

<sup>744</sup> F. FLICOTEAUX, op. cit., p. 11 et 12 ; et J.-Y. CADIC, L'aménagement du droit préférentiel de souscription en matière d'augmentation de capital par apports en numéraire réalisées par les sociétés cotées en bourse, En économie et administration des entreprises, thèse Rennes 1977, p. 255 et 256. V. égal. N. H. RAOUF NNIS, op.cit., p. 61 et A. T. ABDUL GHANI, L'entrée et le retrait de l'associé, dans les sociétés commerciales, étude comparée, mémoire Al-Nahrain, Irak, 2007, p. 169.

<sup>745</sup> M.-D. POISSON, op. cit., p. 486.

**435.** Le droit français prévoit cette suspension ou privation en le liant aux trois cas des actions préexistantes, les actions non-libérées, les actions de préférence sans droit de vote et les actions propres de la société.

**436.** - cas des actions non-libérées

L'actionnaire qui ne libère pas le montant de ses anciennes actions voit suspendu l'exercice de son DPS attaché à celles-ci. Cette suspension est une sanction contre cet actionnaire défaillant mais il peut s'en libérer à condition que le paiement des sommes dues en principal et intérêts soit fait avant l'expiration du délai fixé pour l'exercice du DPS<sup>746</sup>.

Malgré l'importance de protection résultant de cette suspension, il nous apparaît que cette protection est impossible à appliquer car en contradiction avec la disposition légale imposée pour décider de l'augmentation de capital par l'émission des actions de numéraire. Cette disposition légale, prévue par le C. com. F., impose que le capital déjà souscrit<sup>747</sup> soit intégralement libéré avant de prendre cette décision.

**437.** - cas des actions de préférence sans droit de vote

Ces actions ne comprennent pas tous les types des actions de préférence sans droit de vote. Ce sont seulement celles accordant un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation. A l'occasion de l'augmentation de capital en numéraire, les actionnaires ayant ces actions sont privés d'exercer le DPS aux actions nouvelles<sup>748</sup>.

**438.** La prévision de cette privation par le droit français s'inspire de la deuxième directive communautaire sur les sociétés anonymes. Cette privation se justifie par deux raisons déterminées par ses promoteurs par l'expérience de la pratique<sup>749</sup> :

La première est que l'octroi d'un DPS à ce type d'actions est inutile car leurs caractéristiques mettent leurs titulaires en situation proche des obligataires pour qui la recherche d'un intérêt financier importe plus que le contrôle sur la société. Cela explique que ces titulaires ne soient pas intéressés par l'exercice de ce DPS.

---

<sup>746</sup> Art. L. 228-29 al. 2 et 3 du C. com. F.

<sup>747</sup> V. supra, p. 114 et s.

<sup>748</sup> Art. L. 228-11 al. 5 du C. com. F. prévoit : «Par dérogation aux articles L. 225-132 (...), les actions de préférence sans droit de vote à l'émission auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire,(...)». V. égal. B. DONDERO, L'ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence, Rev. Sociétés octobre/décembre 2008, n° 4, p. 717.

<sup>749</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 164 et 165.



La deuxième est que cet octroi du DPS est une source de complication car il peut empêcher d'émettre des actions en numéraire. Cet empêchement se caractérise par le fait que l'existence du DPS au profit du type d'actions de préférence sans droit de vote oblige ses titulaires à consulter, préalablement à l'assemblée générale extraordinaire, l'assemblée spéciale à ces actions en vue de se prononcer sur la suspension de leur propre DPS. Si lors de cette assemblée spéciale le quorum n'est pas atteint ou le vote négatif, cela crée un obstacle à la nouvelle émission.

**439.** Cependant, nous remarquons que cette privation du DPS peut contenir une exception s'il existe une clause statutaire prévoyant de l'accorder aux titulaires de ces actions de préférence de souscription<sup>750</sup>.

**440.** - cas des actions propres de la société

Les actions propres de la société sont privées du DPS. L'article L. 225-210 al. 5 du C. com. F. prévoit : «*En cas d'augmentation du capital par souscription d'actions en numéraire, la société ne peut exercer par elle-même le droit préférentiel de souscription*». Cette privation se justifie par le fait que l'attribution à la société de ce DPS conduirait à une auto-souscription de capital, ceci est interdit par la loi<sup>751</sup>.

L'application de cette privation du DPS est effectuée par deux voies distinctes<sup>752</sup>.

Soit l'assemblée générale extraordinaire décide de ne pas tenir compte de nombre de ces actions propres de la société lors de la détermination des DPS.

Soit, à défaut, les DPS déterminés pour celles-ci doivent être fixés. Cette disposition est limitée dans le temps, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration du délai de souscription et par un des deux modes de disposition : la vente en bourse ou la répartition entre les actionnaires préexistants au prorata des droits de chacun.

**441.** Dans le droit irakien, à la différence du droit français, conformément à la loi, aucune ancienne action n'est touchée par la suspension ou la privation de son DPS. La suspension ou privation prévue par le droit français, concernant les trois cas des anciennes actions, est inapplicable dans le droit irakien. Cela se justifie par le fait que, d'une part, il exige la libération intégrale du capital social déjà souscrit avant de prendre la décision de l'augmentation de capital en numéraire<sup>753</sup>, d'autre part, il ne prévoit pas les actions de préférence sans droit de vote<sup>754</sup> ni la faculté pour la société de posséder ses propres actions<sup>755</sup>.

---

<sup>750</sup> Art. L. 228-11 al. 5 du C. com. F.

<sup>751</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 169. Pour comprendre les raisons de cette interdiction, v. supra, n° 351.

<sup>752</sup> Art. L. 225-210 al. 5 du C. com. F.

<sup>753</sup> V. supra, p. 114 et s.

<sup>754</sup> V. infra, n° 539 à 540.

<sup>755</sup> V. supra, n° 352.

### **3- Exercice des DPS attaché aux actions grevées d'usufruit**

**442.** L'exercice des DPS attaché aux actions grevées d'usufruit rencontre une difficulté face à la possibilité d'usage commun de celles-ci. Les deux droits comparés répondent à cette difficulté et sont similaires par laisser organiser cet exercice des DPS au travers de l'accord passé entre le nu-proprétaire et l'usufruitier<sup>756</sup>.

### **4- Délai imposé pour exercer le DPS**

**443.** Le but de ce délai est de donner à l'actionnaire la possibilité de gérer son investissement (par l'usage ou non de ce droit) dans sa société émettrice des actions nouvelles de numéraire<sup>757</sup>. Au cours du délai d'exercice du DPS, l'actionnaire qui en fait usage sera dédommagé pour la nouvelle émission. Cet usage est illicite une fois le délai expiré.

**444.** Ce délai est différent dans les deux droits comparés. Le droit français exige que ce délai soit au moins de cinq jours de bourse à date de l'ouverture de la souscription<sup>758</sup>. Nous remarquons qu'il se contente de fixer le minimum de ce délai en laissant une marge de liberté à l'autorité compétente. Celle-ci est représentée, en principe, par les actionnaires réunis en assemblée générale qui ont les pouvoirs de décider l'émission des actions, dont la détermination de ce délai. Cela peut également être le conseil d'administration si cette assemblée, à l'occasion d'augmentation de capital, lui donne la délégation.

Nous remarquons également que la fixation de ce délai minimum pour exercer le DPS est applicable à toutes les SA cotées ou non car le législateur ne donne pas de précisions<sup>759</sup>.

**445.** Le droit irakien, à la différence du droit français, prévoit de déterminer lui-même de manière fixe le délai d'exercice du DPS. Ce délai est de quinze jours à partir de la convocation des actionnaires à la souscription des actions émises<sup>760</sup>. Comme le délai est déjà fixé, le rôle des actionnaires est seulement d'entériner cette fixation. Il est applicable à toutes les SA cotées ou non, comme c'est le cas en droit français.

---

<sup>756</sup> Art. L. 225-140 al. 4 du C. com. F. Pour le droit irakien, v. supra, n° 75.

<sup>757</sup> T. REHAMONJA, op. cit., p. 19.

<sup>758</sup> Art. L. 225-141 al. 1 du C. com. F. V. égal. H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 3, p. 504.

<sup>759</sup> Art. L. 225-141 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Le délai accordé aux actionnaires pour l'exercice du droit de souscription ne peut être inférieur à cinq jours de bourse à la date de l'ouverture de la souscription ».

<sup>760</sup> Art. L. 56 al. 3 du C. SIA. prévoit : «(...),un délai de quinze jours à partir de la date de leur convocation à l'achat des actions émises pour exercer ce droit [préférentiel de souscription] est accordé aux actionnaires (...)». V. égal. A. IAMLKI, op. cit., p. 210.

La raison de la différence de fixation du délai d'exercice du DPS dans ces deux droits comparés est que chacun a un angle de vision différent. Le droit français s'occupe de l'impact de ce délai sur le prix d'émission. Or plus ce délai est long, plus le prix est touché par les fluctuations négatives du marché financier. Ceci entraîne à la baisse la valeur de l'action par rapport à son prix d'émission, ce qui réduit le désir de souscription<sup>761</sup>.

Le droit irakien s'occupe de l'impact du délai sur l'exercice du DPS par les actionnaires en estimant que le délai long (quinze jours) laisse un temps plus propice à cet exercice.

A notre avis sur ce point, le droit français qui présente une protection correspondant mieux à la pratique est plus avantageux que le droit irakien pour les actionnaires. Laisser un délai long pour exercer le DPS ne semble pas une solution à conserver. En effet si la valeur baisse, à l'occasion de l'exercice du DPS, l'actionnaire va souffrir de perte, les souscripteurs vont se démotiver et la société va être en difficulté pour réaliser son augmentation de capital.

Il serait donc préférable que le droit irakien modifie le délai d'exercice du DPS en le fixant à cinq jours de bourse minimum à partir de la convocation des actionnaires à la souscription, à l'exemple du droit français.

**446.** On peut s'interroger ici de savoir s'il est possible de clore ce délai d'exercice du DPS par anticipation.

Les deux droits comparés répondent différemment à cette question.

**447.** Le droit français prévoit de permettre cette fin par anticipation si tous les actionnaires ont fait usage de leurs DPS, conformément à l'article L. 225-141 al. 2 du C. com. F. «*Ce délai se trouve clos par anticipation dès que tous les droits de souscription à titre irréductible ont été exercés(...)*».

**448.** Le droit irakien ne permet pas la possibilité de mettre fin au délai du DPS par anticipation. L'article L. 56 al. 1 du C. SIA. prévoit : «*L'émission de nouvelles actions des SA à la souscription par offre au public doit rester ouverte durant un délai de 30 jours [dont 15 pour exercer le DPS] minimum à 60 jours maximum à partir de la date de convocation de l'actionnaire à la souscription*». Puisque la faculté du DPS est offerte aux actionnaires seulement avec la souscription par offre au public et que le délai d'exercice du DPS de quinze jours est compris dans les trente jours, il résulte qu'il ne prend fin qu'à l'expiration des quinze jours imposés pour l'exercer.

Pour notre part, nous penchons pour le droit français parce que, d'une part, l'attente jusqu'à la clôture du délai du DPS, alors que déjà exercé par tous les actionnaires, est sans objet, excepté la volonté d'émettre des actions supplémentaires, et, d'autre part, gagner du temps est considéré comme un élément substantiel afin d'accélérer les processus d'émission de numéraire puis d'utiliser les fonds reçus dans les buts déterminés.

---

<sup>761</sup> T. REHAMONJA, op. cit., p. 19. V. égal. F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 282.

Pour cela, il serait souhaitable que le droit irakien prévoit la disposition de fin par anticipation du délai du DPS si tous les actionnaires ont exercé leur droit, comme c'est le cas en droit français, et par extension la clôture de la souscription, dès lors que toutes les actions émises ont été souscrites.

### **5- Sanction encourue en cas de violation des règles du DPS**

**449.** Les deux droits étudiés se différencient sur la sanction courue en cas de violation des règles du DPS.

Le droit français prévoit de sanctionner cette violation. Cette sanction est la nullité de l'augmentation de capital et éventuellement le dommage-intérêt. Cette nullité peut être obligatoire pour la seule violation de la proportionnalité du DPS ou facultative pour toute autre violation par exemple, l'inobservation du délai d'exercice<sup>762</sup>.

Le droit irakien reste muet quant à la sanction encourue en cas de violation des règles du DPS. Cependant, des auteurs irakiens<sup>763</sup>, à juste titre, pensent que cette violation est sanctionnée par l'annulation avec régularisation, ainsi que, si les conditions de la responsabilité civile sont remplies, par le dommage-intérêt. Cette opinion se base sur le caractère impératif des règles du DPS et sur la comparaison avec les sanctions civiles encourues lors de l'irrespect des dispositions générales de la souscription<sup>764</sup>, comme nous le verrons plus tard.

Nous remarquons que, sur ce point, le droit français est plus favorable que le droit irakien pour les actionnaires car il prévoit expressément les violations pouvant toucher à un des droits importants des actionnaires, le DPS. Le droit irakien fermerait la porte aux éventuels conflits en améliorant cette protection des actionnaires. Pour cela, il serait judicieux que le droit irakien prévoie explicitement de sanctionner les infractions pouvant toucher au DPS par l'annulation avec régularisation.

### **C- Faculté de transfert individuel du DPS de l'actionnaire**

**450.** L'actionnaire est libre de souscrire les actions nouvelles de numéraire qui lui sont affectées en application de son DPS car celui-ci est bien une faculté et non une obligation<sup>765</sup>. Il peut ne pas souscrire en transférant son DPS à une autre personne (coactionnaire ou tiers). Ce transfert

---

<sup>762</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 (dernière phrase) et 3 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 417 ; et G. ROBERT, Du droit de préférence de l'actionnaire à la souscription d'actions nouvelles en cas d'augmentation de capital, thèse Paris 1939, p. 79.

<sup>763</sup> H. CHAOUI, *op. cit.*, p. 362 ; F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 146 et 147 ; et N. H. RAOUF NNIS, *op. cit.*, p. 68 et 69.

<sup>764</sup> Art. L. 45 al. 1 et 2 du C. SIA.

<sup>765</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p. 174 et F. CHEVALIER, Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions, thèse Paris 1926, p. 108. V. égal. H. CHAOUI, *op. cit.*, p. 361 et 362.

n'est pas effectué sur décision de l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital <sup>766</sup> mais par une volonté individuelle de cet actionnaire. Il procède à la vente **(1)** ou à la renonciation individuelle **(2)**.

### **1- Vente du DPS**

**451.** L'existence de la faculté de vente du DPS s'explique par le fait que l'actionnaire qui ne fait pas de souscriptions, soit qu'il ne souhaite pas augmenter sa participation dans la capital de la société, soit qu'il ne possède pas la somme nécessaire, subit un préjudice lors de la nouvelle émission s'il ne dispose pas de cette faculté <sup>767</sup>. Celle-ci comble donc une lacune pouvant se présenter dans la protection offerte par le DPS.

436. Les deux droits étudiés se différencient sur la faculté de vente du DPS. Cette différence comporte deux points : le mode de prévision et la procédure de vente.

**452.** Quant au mode de prévision, le droit français prévoit explicitement cette faculté. L'article L. 225- 132 al. 3 du C. com. F. prévoit : «*Pendant la durée de la souscription, ce droit est négociable (...)*».

Le droit irakien ne la prévoit pas dans le C. SIA. Certains auteurs <sup>768</sup> remarquent qu'il la permet implicitement dans le droit commun. L'article 506 du C. civ. I prévoit : «*La vente est un échange d'un bien contre un bien*» et art. 65 du même code «*Le bien est tout droit ayant une valeur financière*». L'objet du DPS (action nouvelle) étant un bien propre à l'actionnaire ayant une valeur monétaire, ce droit est donc vendable.

Nous partageons cet avis car le DPS est un bien aliénable et penser le contraire est injuste à l'égard des anciens actionnaires qui, ne souhaitant pas participer à la nouvelle souscription, perdent la contrepartie à la dilution de leurs droits pécuniaires (détaillée ci-dessous dans les modalités de vente).

Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie expressément cette faculté de vente du DPS.

**453.** Quant à la procédure de vente du DPS, le droit français prévoit que cette vente se fasse selon la même procédure que celle suivie pour vendre l'action qui l'a généré, conformément à l'adage «*l'accessoire suit le principe*» <sup>769</sup>. En effet, elle est soumise à deux procédés distincts <sup>770</sup>. Si les actions ayant produit le DPS sont négociables, celui-ci est négociable également.

---

<sup>766</sup> Notons que si le transfert du DPS est collectif (suppression du DPS), il est effectué sur décision de cette assemblée lors du vote sur le projet, v. infra, p. 229 et s. et 250 et s.

<sup>767</sup> A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 38.

<sup>768</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, op. cit., p. 206.

<sup>769</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 174.

<sup>770</sup> Art. L. 225- 132 al. 3 du C. com. F. V. égal. H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, op. cit., p. 496.

Lorsque les actions donnant le DPS ne sont pas négociables, celui-ci est cessible dans les mêmes limites que ces actions.

La différence entre ces deux procédures de vente du DPS est que le deuxième est plus restreint que le premier. Il est soumis aux règles de la cession de créances.

Le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit pas la procédure de vente du DPS. La doctrine, qui traite de ce sujet, se divise en deux courants :

Le premier<sup>771</sup> pense que la vente du DPS est soumise aux dispositions du contrat de vente dans le C. civ. I. Il apparaît que c'est logique, car les porteurs de cette opinion eux-mêmes expliquent la faculté de vente du DPS dans le droit irakien, en s'appuyant sur ces dispositions.

Le deuxième<sup>772</sup> récuse complètement l'opinion précédente en argumentant que certaines dispositions du contrat de vente ne correspondent pas à la vente du DPS. A titre d'exemple, l'obligation faite au vendeur de la garantie des vices cachés est inapplicable. Pour cela, ce courant pense que la vente du DPS doit procéder selon des règles du droit des obligations. En vertu de celui-ci, l'actionnaire est tenu de donner à l'acheteur le pouvoir de souscrire aux actions nouvelles. L'acheteur est tenu de lui payer la valeur fixée de gré à gré du DPS.

A notre avis sur cette discussion doctrinale, nous ne partageons pas l'avis du premier courant pour les mêmes raisons avancées par le deuxième. Nous ne sommes pas non plus avec le deuxième car nous pensons qu'il est très loin de ce qui peut être appliqué à la procédure de la vente de DPS car il s'agit bien d'un contrat de vente mais à procédure spéciale.

Pour cela, nous préférons nous inspirer de la règle sur laquelle la position du droit français se base : la vente du DPS s'effectue selon la même procédure que celle suivie pour vendre l'action qui l'a généré. Cela se justifie par le fait que, d'une part les règles de vente des actions sont prévues par le droit irakien<sup>773</sup>, et d'autre part elles sont plus opportunes à appliquer sur la vente du DPS selon l'adage indiqué plus haut.

Après avoir examiné ces trois solutions, nous souhaitons que le droit irakien prévoit la vente du DPS selon la même procédure qu'en droit français : si les actions ayant produit le DPS sont négociables, celui-ci est négociable également, si les actions donnant le DPS ne sont pas négociables, celui-ci est cessible dans les mêmes limites que ces actions.

Par ailleurs, l'actionnaire peut exercer la faculté de vente du DPS en le vendant séparément de l'action qui l'a produit ou ensemble parce que ce DPS est indépendant de celle-ci.

Particularité prévue par le droit français pour l'exercice de la faculté de vente du DPS attaché aux actions grevés d'usufruit<sup>774</sup>, à défaut d'accord entre les deux parties (le nu-propiétaire et l'usufruitier), et après la non-souscription, cette faculté est exercée par le nu-propiétaire. Les

---

<sup>771</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 206.

<sup>772</sup> F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 151 et 152.

<sup>773</sup> Art. L. 66 al. 1 et 2 du C. SIA.

<sup>774</sup> Art. L. 225- 140 al. 1 du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 166 et 167.

montants provenant de cette vente ou les biens acquis par lui au moyen de ces montants sont soumis à l'usufruit.

Après l'inaction du nu-proprétaire (pas de souscription, ni de vente) et la non-souscription par l'usufruitier, cette faculté est exercée par ce dernier. Les sommes provenant de cette vente ne sont pas soumises au remploi sauf l'exigence par le nu-proprétaire. Les biens acquis par ces sommes sont soumis à l'usufruit.

**454.** Pour la valeur du DPS, elle est représentée par l'écart entre les valeurs intrinsèques des actions préexistantes avant et après l'émission d'actions de l'augmentation de capital<sup>775</sup>. Si l'actionnaire vend ses DPS, il obtient cet écart financier compensant le préjudice de l'émission nouvelle.

Pourtant, il apparaît que cette compensation n'est pas toujours suffisante comme protection de car elle dépend, outre l'hypothèse d'émission par offre au public avec DPS à un montant supérieur à la valeur nominale<sup>776</sup>, de divers facteurs dont la position financière de la société émettrice ou la quantité des actions émises.

Si la société est en difficulté, l'actionnaire perd bien souvent cette compensation<sup>777</sup> car, en raison du manque de motivation d'achat par les investisseurs, il est dans l'obligation de vendre ses DPS à leur valeur nominale.

Si la quantité des actions émises est importante, en raison de loi de l'offre et la demande, l'actionnaire n'obtient qu'une faible valeur de ses DPS qui n'est pas équivalente à ses droits sur le capital propre dans la société<sup>778</sup>.

Nous remarquons que la faculté de vente du DPS n'est pas seulement une solution envers le risque d'entrée de nouveaux actionnaires mais aussi une possibilité pour les autres actionnaires d'augmenter leur participation au travers d'achat des DPS vendus.

En outre, la possibilité d'exercer cette faculté se termine à la fin du délai d'exercice du DPS prévu par les deux droits étudiés.

## **2- Renonciation individuelle au DPS**

**455.** La renonciation individuelle au DPS est l'abandon unilatéral par la volonté explicite de l'actionnaire, de la faculté de souscription ou de vente de son DPS<sup>779</sup>.

---

<sup>775</sup> A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 37.

<sup>776</sup> Nous parlerons de cette hypothèse lors de l'exposé sur la prime d'émission.

<sup>777</sup> V. MARCHAUD, L'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles, mémoire Paris I 1992, p. 8.

<sup>778</sup> F. FLICOTEAUX, op. cit., p. 12. V. égal. J.-Y. CADIC, op. cit., p. 259.

<sup>779</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 191.

L'actionnaire a la possibilité de cette renonciation individuelle explicite. Les deux droits étudiés se différencient sur les modalités. Pour cela nous allons d'abord développer le droit français (a) puis le droit irakien (b).

### **a- En droit français**

**456.** Il prescrit expressément la possibilité de renonciation individuelle dans l'article L. 225-132 al. 4 du C. com. F. prévoit : «*Les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel*». Cette renonciation doit être transmise à la société par lettre recommandée<sup>780</sup>. Bien entendu, cette transmission doit être effectuée dans le délai fixé pour l'exercice du DPS. L'objectif de cette transmission est de porter cette renonciation à la connaissance de la société en vue, à notre avis, du transfert du DPS concerné. En outre<sup>781</sup>, cette transmission donne à la société la possibilité de calculer le nombre des DPS non utilisés et, si la renonciation est effectuée collectivement, en raison de la clôture par anticipation du délai d'exercice, cela conduit à accélérer du processus de l'augmentation de capital.

**457.** La renonciation individuelle explicite du DPS peut être effectuée au profit de bénéficiaires dénommés ou sans indication de bénéficiaire :

- pour la renonciation au profit de bénéficiaires dénommés

Cette renonciation est réservée aux SA non cotées. Elle peut être accordée à un seul bénéficiaire dénommé ou à plusieurs. Elle doit être accompagnée de l'acceptation du bénéficiaire<sup>782</sup> car, à notre avis, comme toute convention elle entraîne certaines obligations vis-à-vis de celui-ci qui ne sont valables que par cette acceptation. Si elle est faite à titre onéreux, elle est soumise aux dispositions de la vente, si c'est à titre gratuit, aux dispositions de la donation<sup>783</sup>.

En effet, la renonciation au profit de bénéficiaires dénommés se justifie, à notre avis, par le désir de l'actionnaire de transférer, à titre onéreux ou gratuit, son DPS à une personne avec laquelle il a souvent un lien, par exemple familial.

Nous regrettons que le législateur français ne permette pas cette possibilité de renonciation aux actionnaires des SA cotées<sup>784</sup> car le désir de transfert existe également.

- pour la renonciation sans indication de bénéficiaire

---

<sup>780</sup> Art. R. 225- 122 al. 1 du C. com. F.

<sup>781</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 192.

<sup>782</sup> Art. R. 225- 122 al. 2 et 4 C. com. F. V. égal. R. MORTIER, ibid, p. 192.

<sup>783</sup> R. MORTIER, ibid, p. 193.

<sup>784</sup> Art. R. 225-122 al. 2 du C. com. F prévoit : «Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la renonciation ne peut être faite au profit de bénéficiaires dénommés».



Cette renonciation n'est destinée à aucun bénéficiaire dénommé. La justification de son existence est, soit le non-désir de l'actionnaire tant de souscrire que de vendre son DPS, soit la faible valeur vénale de celui-ci.

Cette renonciation est possible dans toutes les SA cotées ou non. Dans la mesure où elle porte sur les DPS produits par les actions au porteur, elle doit être accompagnée des coupons correspondants ou d'une attestation du dépositaire des titres ou de l'intermédiaire selon le CMF dans le but de la faire constater par l'actionnaire renonçant<sup>785</sup>.

Il apparaît que, à la différence de la renonciation précédente, la renonciation sans indication de bénéficiaire est seulement faite à titre gratuit et vient, en principe, en augmentation du nombre des actions émises non souscrites<sup>786</sup>, donc ralentit la réalisation de l'augmentation de capital.

## **b- En droit irakien**

**458.** A la différence du droit français, dans le C. SIA., il conserve le silence sur la renonciation individuelle explicite de l'actionnaire. *Farouk Ibrahim JASSIM*<sup>787</sup>, à juste titre, estime qu'en référence au droit commun, le législateur qui autorise la vente du DPS comme nous avons déjà vu, permet tacitement la renonciation en vertu de l'adage «qui peut le plus, peut le moins».

En raison de l'absence de prévision expresse du droit et d'opinion doctrinale, nous pensons que les modalités de renonciation individuelle explicite, devraient se dérouler selon les règles de vente des actions prévues par le C. SIA., si cette renonciation est à titre onéreux, selon les règles de donation prévues par le C. civ. I., si elle est à titre gratuit. En les examinant, nous ne trouvons pas que ces modalités sont différentes de celles prévues par le droit français, sauf pour les actions au porteur car le droit irakien ne les prévoit pas.

**459.** Par ailleurs dans les deux droits comparés, de fait l'actionnaire dispose de la renonciation individuelle implicite de son DPS. Celle-ci est effective par le fait de laisser passer son délai d'exercice sans agir.

## **§2 : Droit de priorité de souscription**

**460.** Lorsqu'il y a émission par offre au public avec suppression du DPS<sup>788</sup>, l'actionnaire peut obtenir le droit de priorité de souscription. Les deux droits comparés se différencient quant à

---

<sup>785</sup> Art. R. 225- 122 al. 3 du C. com. F.

<sup>786</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 194.

<sup>787</sup> F. I. JASSIM, op. cit., p. 151.

<sup>788</sup> Pour comprendre cette émission, v. infra, p. 230 à 231.

son existence. C'est pourquoi nous examinerons d'abord le droit français (A) puis le droit irakien (B).

### **A- Prévu en droit français**

**461.** Le droit français prévoit le droit de priorité de souscription par l'article L. 225-135 al. 5 du C. com. F. «(...)l'augmentation de capital (...) comporte un délai de priorité de souscription en faveur des actionnaires (...)».

L'objectif du droit de priorité de souscription est, à notre avis, de faire un équilibre entre l'intérêt de l'actionnaire à souscrire des actions nouvelles, et celui de la société à obtenir des avantages accordés par l'émission avec la suppression du DPS<sup>789</sup>.

**462.** L'octroi du droit de priorité de souscription à l'actionnaire est limité aux deux conditions cumulées<sup>790</sup>.

L'existence de la suppression du DPS

Le droit de priorité de souscription n'est pas donné à l'actionnaire parallèlement avec le maintien du DPS. Ceci se justifie par le fait que l'existence du droit de priorité de souscription, droit subsidiaire, vient en remplacement du DPS.

Cette suppression doit être prise par la décision de l'assemblée générale compétente pour l'augmentation de capital.

La décision de l'assemblée sur le droit de priorité de souscription

L'existence de la condition précédente n'est pas suffisante pour l'octroi à l'actionnaire du droit de priorité de souscription. Il faut que l'assemblée générale supprimant le DPS prévoit le droit de priorité de souscription ou donne délégation de ce pouvoir au conseil d'administration<sup>791</sup> car, à notre avis, elle représente l'autorité supérieure dans la société et le droit de priorité de souscription n'est pas automatique.

A noter que le droit de priorité de souscription porte seulement, comme c'est le cas du DPS, sur l'émission de numéraire par offre au public.

**463.** Par ailleurs, le droit de priorité de souscription est exercé, comme le DPS, par les actionnaires préexistants proportionnellement au nombre de leurs actions en capital<sup>792</sup>.

---

<sup>789</sup> V. infra, n° 558.

<sup>790</sup> Art. L. 225-135 al. 1 et 5 du C. com. F. V. égal. H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, op. cit., p. 507 et J.-Y. CADIC, op. cit., p. 361.

<sup>791</sup> Art. L. 225-135 al. 5 du C. com. F. prévoit : «(...) l'assemblée peut prévoir que l'augmentation de capital qu'elle décide ou autorise comporte un délai de priorité de souscription en faveur des actionnaires, (...) Elle peut également déléguer au conseil d'administration (...) la faculté d'apprécier s'il y a lieu de prévoir un tel délai (...)».

<sup>792</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 188.

En outre, il apparaît qu'il n'est pas applicable à toutes les SA mais concerne seulement celles cotées. L'article L.225- 135 al. 5 du C. com. F. prévoit : «*Dans les sociétés dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'assemblée peut prévoir (...) un délai de priorité de souscription (...)*».

Cependant des chercheurs sont divisés sur ce point :

Certains<sup>793</sup> adoptent une interprétation stricte de ce texte en pensant que le droit de priorité est applicable seulement aux SA cotées parce que si le législateur avait voulu inclure toutes les SA, il aurait modifié cet article à l'occasion de la dernière ordonnance du 24 juin 2004.

Les autres<sup>794</sup> suivent une interprétation plus large du texte en estimant que le droit de priorité de souscription comprend également les SA non cotées. Cette opinion se justifie par le fait que l'article ne prévoit pas d'interdire d'établir ce droit de priorité dans celles-ci, mais seulement de le réglementer partiellement pour les SA cotées.

Nous sommes plutôt d'accord avec la première opinion car l'article a été encore modifié par la loi du 17 mai 2011 en maintenant les termes de la disposition relative au droit de priorité. De plus, sa construction grammaticale actuelle confirme cette opinion : afin que cette disposition inclue les deux types de SA, cette phrase devrait commencer directement par le sujet «l'assemblée», comme c'est le cas dans l'alinéa 1 du même article (et d'autres), au lieu de le faire précéder d'une longue subordonnée explicative «*Dans les sociétés dont les titres de capital (...), l'assemblée (...)*».

**464.** Concernant le délai d'application du droit de priorité de souscription, il est fixé, en principe, par la même assemblée générale compétente à décider de ce droit. En cas de délégation de ce pouvoir, il est déterminé par le conseil d'administration. Il ne doit pas courir sur moins de trois jours de bourse<sup>795</sup>.

Nous remarquons que le législateur se contente d'indiquer un délai minimum, laissant à l'assemblée le pouvoir de le modifier. De plus, ce minimum est inférieur à celui prévu pour l'exercice du DPS, ce qui présente l'avantage de pouvoir effectuer plus rapidement l'émission des actions nouvelles.

**465.** Relativement à la faculté de vente du droit de priorité de souscription, la loi reste muette. La doctrine<sup>796</sup> s'accorde à reconnaître que ce droit de priorité ne peut pas être négocié mais est cessible comme droit de créance. Cette faculté de cession s'exerce dans les conditions de droit

---

<sup>793</sup> A. COURET et H. LE NABASQUE, Valeurs mobilières, Augmentation de capital, nouveau régime, cité par R. MORTIER, op. cit., p. 187. V. égal. F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 290.

<sup>794</sup> J.-J. DAIGRE, Les émissions sans droit préférentiel de souscription, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 3, p. 484. V. égal. R. MORTIER, ibid, p. 187.

<sup>795</sup> Art. L. 225-135 al. 5 et R. 225-131 du C. com. F.

<sup>796</sup> A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 43 ; J.-J. DAIGRE, Les émissions sans droit préférentiel de souscription, op. cit., p. 485 ; et H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, op. cit., p. 508.

commun de la cession de créance. Pourtant, il apparaît qu'elle peut être exclue à condition qu'une clause de non cession soit expressément prévue dans les conditions d'exercice du droit de priorité. Il devient donc ni négociable ni cessible.

**466.** Il en résulte que si l'actionnaire a exercé le droit de priorité de souscription aux actions qui lui a été attribué, il garde les droits qu'il avait avant l'émission des actions. Dans le cas contraire avec l'existence de la condition de non-cession, il risque leur dilution parce que le droit de priorité n'est pas négociable et sa cession est impossible.

Pour cette raison, Farouk BOUABDALLAH <sup>797</sup> estime que ce droit de priorité «n'est pas le substitut parfait au droit préférentiel de souscription», ce dernier droit étant négociable et cessible sans l'existence de la limitation de la condition ci-dessus indiquée, attachée au droit de priorité.

## **B- Non prévu en droit irakien**

**467.** Le droit irakien, à la différence du droit français, ne prévoit pas le droit de priorité de souscription. Cette absence s'explique par le fait qu'il ne permet pas l'émission par offre au public avec suppression du DPS<sup>798</sup>.

La protection présentée par les droits spécifiques concernant la souscription contient certaines lacunes. Afin de combler celles-ci, les actionnaires bénéficient d'un autre droit spécifique, la prime d'émission.

C'est ce que nous développerons dans la prochaine sous-section.

## **S. section 2 : Droit à la prime d'émission**

**468.** Lors de l'émission d'actions, l'actionnaire a une prérogative pécuniaire, la prime d'émission. Celle-ci peut être exigée au cours des émissions avec ou sans DPS. Elle repose sur le principe de la valeur nominale de l'action.

Les deux droits étudiés adoptent la prime d'émission mais se différencient dans certains points.

**469.** Nous exposerons le principe de la valeur nominale de l'action (**§1**) puis la faculté d'obtention de la prime d'émission (**§2**).

### **§1 : Principe de la valeur nominale de l'action**

---

<sup>797</sup> F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 291.

<sup>798</sup> V. infra, n° 608.

**470.** Les deux droits étudiés ne définissent pas la valeur nominale de l'action. Mais en France, Georges NAFFAH<sup>799</sup> la définit : «Représente d'une façon générale la clef de voûte de la répartition des droits sociaux ; en tant que composante du capital social, elle sert également de garantie vis-à-vis des tiers, ou encore de critère de dimension de la société». Selon cette définition, il nous apparaît que la valeur nominale est le juste paramètre de répartition entre les actionnaires des droits financiers, politiques et patrimoniaux, de calcul de la garantie des créanciers et de la dimension de la société.

**471.** Les deux droits étudiés se différencient sur la prévision de la valeur nominale de l'action et sur sa détermination.

**472.** Dans le droit irakien, le législateur prévoit d'imposer aux sociétés de fixer la valeur nominale de l'action et fixe son montant à 1 (un) dinar irakien, soit moins de 1 (un) centime d'euro en France (car un centime d'euros équivaut à environ 16 dinars irakiens). L'article L. 30 du C. SIA. prévoit : «*Dans les sociétés par actions, la valeur nominale d'une action est un dinar (...)*». Cette limite se justifie par l'existence d'un seul type d'émission (actions ordinaires) et par le désir du législateur de permettre largement aux investisseurs à capacités modestes de participer à la société<sup>800</sup>.

**473.** Dans le droit français, avant la loi 1998, obligation était faite aux sociétés de fixer la valeur nominale de leurs actions dans les statuts. Cette loi a été remplacée par le choix laissé aux sociétés de fixer ou non cette valeur<sup>801</sup>. L'article L. 228-8 du C. com. F. prévoit : «*Le montant nominal des actions ou coupures d'action peut être fixé par les statuts. Cette option s'applique alors à toutes les émissions d'actions*». Cette modification s'explique par la volonté du législateur, à l'occasion du passage à l'euro, de faciliter la conversion des valeurs nominales du franc à l'euro sans toucher au principe de réalité du capital social.

Comme cette faculté de choix par la société existe, en France, les actions peuvent être mentionnées dans les statuts avec ou sans valeur nominale «exprimée»<sup>802</sup>.

Quant à la détermination de la valeur nominale, pour les sociétés la prévoyant, conformément à l'article ci-dessus, nous remarquons qu'elle est fixée librement initialement par les fondateurs puis les actionnaires et non par la loi, à la différence du droit irakien. Cela concerne toutes les émissions d'actions ordinaires ou de préférence.

En effet, il est possible de fixer une valeur nominale égale ou différente pour toutes les catégories d'actions. Cependant, nous ne souhaitons pas opter pour le premier choix, car il est

---

<sup>799</sup> G. NAFFAH, La prime d'émission, éd., *Économica* 1987, p. 54 et 55.

<sup>800</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 183.

<sup>801</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 444.

<sup>802</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p. 12.

injuste de prévoir une valeur nominale égale alors même qu'elles accordent des droits différents.

Pour les sociétés ne prévoyant pas cette valeur nominale, cette absence ne signifie pas que leurs actions sont sans valeur : elles ont seulement une valeur qui n'est pas prévue dans les statuts. Le calcul cette valeur se fait de la façon suivante :

capital social / nombre d'actions de niveau identique<sup>803</sup> = actions de quotité (pair comptable<sup>804</sup>)

A l'occasion de l'augmentation de capital, l'émission peut être effectuée à la valeur nominale. Ceci se passe souvent, soit que l'émission reste réservée aux anciens actionnaires, soit pour inciter à la souscription, soit en raison de la non réalisation des résultats attendus par la société. Les deux droits étudiés prévoient de permettre l'émission à la valeur nominale<sup>805</sup>, mais le droit français contient une exception : dans certaines augmentations de capital, cette émission doit être accompagnée d'une prime minimale, comme nous le verrons lors du développement de la question de la prime d'émission.

Afin de donner notre opinion à propos de l'émission à la valeur nominale en s'appuyant sur la différence de détermination de cette valeur, déjà indiquée entre les deux droits étudiés, nous trouvons qu'il n'est pas facile de juger que l'un est plus avantageux que l'autre pour les actionnaires. Ceci s'explique par l'incidence de différence de niveau économique entre les deux pays et le type d'émission autorisée dans chacun des droits. En outre, dans la mesure où la société émettrice est en croissance et l'émission faite par offre au public avec le DPS, les montants limités (droit irakien) ou libres (droit français) de la valeur nominale contiennent à la fois des avantages et des inconvénients. Pour le droit irakien, participer à la souscription représente une chance pour l'ancien actionnaire. En revanche, s'il n'y participe pas, il est lésé de manière importante du fait du prix bas d'émission.

Pour le droit français, dans les sociétés prévoyant la valeur nominale, en raison de l'existence de la liberté de fixation ou non de la valeur, nous devons prendre deux hypothèses :

Si on suppose que les statuts prévoient une valeur nominale basse<sup>806</sup>, les conséquences ne sont pas différentes de celles mentionnées dans le droit irakien.

---

<sup>803</sup> J.-P. BOUÈRE, De l'Euro aux actions sans mention de valeur nominale, cité par P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 422.

<sup>804</sup> Art. L. 236-26 al. 2 du C. com. F. prévoit : «Le pair comptable est défini comme la quote-part du capital social représentée par une action (...)».

<sup>805</sup> Art. L. 225-128 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, (...)». V. égal. art. L. 30 du C. SIA. prévoit : «(...), L'émission des actions est possible au prix ni inférieur à la valeur nominale imposée ; ni supérieur à celle-ci sauf articles de L. 54 à L. 56 [émission lors d'une augmentation de capital]».

<sup>806</sup> Notons qu'il est difficile d'imaginer que cette valeur nominale basse est identique au montant de celle prévue par le droit irakien car l'existence de différence de niveau économique entre les deux pays conduit à ce qu'aucune société en France n'accepte de fixer ce prix comme montant de ses actions.

Si on suppose une valeur nominale forte, l'ancien actionnaire a moins de chance de participer à la souscription, mais s'il n'y participe pas, il subit un préjudice faible.

Dans les sociétés ne prévoyant pas la fixation de la valeur nominale, les effets de ces deux hypothèses sont applicables également car celle-ci est soumise aux facteurs de calcul de la valeur mathématique de l'action (capital social / le nombre d'actions). Cette valeur évolue de façon proportionnelle ou inversement proportionnelle à ces facteurs.

**474.** Petite observation liminaire sur le droit irakien. Nous remarquons que, malgré l'intention bienveillante déjà indiquée, le prix d'émission à la valeur nominale plancher est très dérisoire et ne correspond pas à la situation économique actuelle du pays. Le montant d'1 (un) dinar est la plus petite valeur dans la monnaie irakienne et n'a pas de pouvoir d'achat. Cette valeur existe mais il n'est pas possible d'acheter pour ce prix le moindre article sur le marché irakien car, de fait, l'existence du minimum de la monnaie pour l'échange est le billet de 250 dinars irakiens (plus petite monnaie existant sur le marché, il n'existe pas de pièces), soit environ 15 centimes d'euros en France. Comment fixer la valeur nominale à 1 (un) dinar irakien pour une action qui comporte plusieurs droits sociaux ? De plus, l'existence de ce minimum concernant la monnaie oblige l'ancien actionnaire à souscrire au moins 250 actions nouvelles.

Il serait préférable que, dans la même intention bienveillante déjà indiquée, le droit irakien modifie le montant de valeur nominale de l'action à un multiple de ce minimum (250 dinars).

**475.** La question se pose de savoir s'il est possible d'émettre des actions à un prix au-dessous de la valeur nominale.

En principe, les deux droits étudiés (irakien et français seulement en cas de prévision de la valeur nominale par la société) y répondent similairement en exigeant que cette valeur nominale soit le minimum du prix d'émission de l'action. L'article L. 30 du C. SIA. prévoit expressément : «(...), *L'émission des actions est possible au prix ni inférieur à la valeur nominale imposée ;(...)*». L'article L. 225-128 al. 1 du C. com. F. prévoit tacitement : «*Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré (...)*».

En effet, il n'est pas permis d'émettre au-dessous de ce minimum parce que cela conduit à la créer une tranche fictive de capital social de la société émettrice d'actions<sup>807</sup>. Cette tranche est égale à la différence entre les deux valeurs (la valeur nominale prévue et la valeur d'émission inférieure à celle-ci). Dans ce cas, dans les deux droits étudiés, la nullité de cette opération s'impose.

**476.** Pourtant, dans le droit français seulement, il existe deux dérogations à ce principe :  
- la première concernant le cas de prévision de la valeur nominale.

---

<sup>807</sup> F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 152.

Paul. LE CANNU et Bruno. DONDERO pensent que, dans ce cas, il est possible de fixer un prix d'émission inférieur à cette valeur si le montant de celle-ci est modifié à la baisse dans les statuts<sup>808</sup>. Ceci se justifie par le fait que la prévision de cette valeur nominale et son montant sont considérés comme des clauses facultatives.

Il nous apparaît que, grâce à cette modification statutaire, le risque de création d'une tranche fictive de capital social est évité parce qu'on est devant une nouvelle valeur nominale applicable aux actions préexistantes ainsi qu'à celles à émettre.

- la deuxième concernant le cas d'absence de la prévision de la valeur nominale.

Dans ce cas, malgré l'existence d'une valeur (des actions de quotité) équivalente à la valeur nominale, cette première valeur n'est pas « exprimée » dans les statuts. Pour cela, nous pensons que l'émission à un prix inférieur à celle-ci est possible. Mais, concrètement, le champ d'application de cette émission se limite à la situation d'une perte financière importante de la société<sup>809</sup> car, hors de cette situation, il est peu imaginable qu'une société se nuise à elle-même pécuniairement en émettant ses nouvelles actions au-dessous de cette valeur (des actions de quotité).

Cette absence de prévision de la valeur nominale donnant la possibilité d'émission à un prix inférieur à cette valeur conduit à créer le risque de création d'une partie fictive de capital social.

A notre avis, sur la réponse par les deux droits étudiés à la question de savoir s'il est possible d'émettre des actions à un prix au-dessous de la valeur nominale, le droit irakien est plus favorable que le droit français pour les actionnaires car il s'en tient au principe du minimum du prix d'émission (valeur nominale). De fait, le droit français réduit l'importance de ce principe par la deuxième dérogation par laquelle une partie de capital devient fictive.

## **§2 : Faculté d'obtention de la prime d'émission**

**477.** Il s'agit de connaître d'abord la notion de prime d'émission **(A)** puis les modalités de fixation du montant de celle-ci **(B)** ensuite la stipulation d'une prime assimilée à celle-ci **(C)**.

### **A- Notion de prime d'émission**

---

<sup>808</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 422.

<sup>809</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 200.



**478.** L'émission peut être effectuée non seulement à la valeur nominale de l'action mais aussi avec une prime d'émission. Les deux droits comparés exigent cette prime d'émission<sup>810</sup>. Cependant, les deux droits comparés se différencient sur sa définition.

**479.** Le droit irakien la prévoit à l'article R. 3 al. 1-1° de R. AC. OPMV. «*La prime d'émission se définit par la différence entre la valeur nominale de l'action et son prix d'émission*».

**480.** Le droit français ne la prévoit pas. Dans la doctrine française, certains comblent cette absence en donnant une définition de la prime d'émission :

Georges NAFFAH<sup>811</sup> dit qu'elle est «l'excédent du prix d'émission sur la valeur nominale des actions sociales à libérer en numéraire».

Pour Alain COURET et Jean-Louis MEDUS<sup>812</sup>, c'est «l'écart entre la valeur du titre et sa valeur nominale».

Pour Paul LE CANNU et Bruno DONDERO<sup>813</sup>, elle «correspond généralement à la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle des actions».

Il nous apparaît que, sur le fond, ces définitions de la prime d'émission dans les deux pays sont similaires et se basent sur la valeur nominale. Mais si on observe la fin de première définition émise par la doctrine française «à libérer en numéraire», on observe que cette définition réserve de façon claire la prime d'émission à l'émission des actions de numéraire alors que cela n'est pas indiqué dans la définition prévue par le droit irakien. Cela s'explique par le fait que ce n'est pas utile puisqu'elle est prévue dans les dispositions régissant l'émission des actions de numéraire. En outre, comme nous avons déjà montré pour le droit irakien, l'émission des actions de nature n'est permise qu'à titre exceptionnel (réservé aux opérations de fusion-absorption).

A notre avis sur la définition de la prime d'émission, nous penchons pour le droit irakien parce qu'il prévoit cette définition.

**481.** La justification classique ou traditionnelle d'exigence de la prime d'émission est d'accorder aux anciens actionnaires une rémunération financière contre la participation sur les réserves par les actionnaires arrivants<sup>814</sup>. De plus, cette prime d'émission a, à notre avis, pour objet de permettre aux actionnaires de fixer un prix d'émission à la valeur vénale de l'action par l'assemblée. Ceci procure à la société des capitaux supplémentaires importants.

---

<sup>810</sup> Art. L. 30 du C. SIA. V. égal. art. L. 225-128 al. 1 du C. com. F.

<sup>811</sup> G. NAFFAH, op. cit., p. 13.

<sup>812</sup> A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 45.

<sup>813</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 770.

<sup>814</sup> G. NAFFAH, ibid, p. 35. V. égal. A. I. AL-BASSAM, op. cit., p. 246.

**482.** Notons que, dans les deux droits comparés, le champ d'application de la prime d'émission concerne les émissions de numéraire. Les émissions de nature sont soumises à une autre prime que celle-ci, comme nous l'observerons plus tard.

**483.** On peut s'interroger pour savoir quelle est la nature juridique de la prime d'émission. Les deux droits comparés ne la prévoient pas. C'est pourquoi en particulier la soumission de cette prime aux impératifs fiscaux fait débat et génèrent des opinions dans les deux pays. Du fait de certaines différences propres à chaque pays, nous devons les présenter séparément.

**484.** En France, il apparaît plusieurs opinions.

La première<sup>815</sup> a qualifié autrefois cette prime d'émission de portion du capital social. Cette opinion a été rejetée parce que «ne figurent au capital, au regard de la loi, que les sommes qui y sont volontairement affectées par les actionnaires»<sup>816</sup>.

La deuxième<sup>817</sup> soutient que la prime d'émission représente comme un droit d'entrée dans la société car les nouveaux actionnaires vont participer aux réserves précédemment établies. Mais cela est attaqué également du fait que l'expression «droit d'entrée» ne peut pas être appliquée dans le cas où cette prime est imposée aux actionnaires préexistants (les anciens actionnaires)<sup>818</sup>.

La troisième (présente dans la jurisprudence) considère la prime d'émission comme un bénéfice. La cour d'appel de Douai<sup>819</sup> juge que «Attendu que bien que la prime prélevée sur l'émission des dernières actions soit un bénéfice extraordinaire, elle n'en constitue pas moins un bénéfice fait par la société et pour la société».

Cependant, ce caractère de bénéfice soulève des critiques puisque le bénéfice résulte de l'activité de la société alors que la prime d'émission provient d'une opération financière, hors de cette activité<sup>820</sup>.

Ajoutons que le porteur de cette critique tient la même position concernant l'attribution du caractère de réserves à cette prime pour la même justification.

La quatrième qualifie la prime d'émission d'un apport supplémentaire. Cette qualification est partagée par la majorité de la doctrine<sup>821</sup> et favorisée par la jurisprudence<sup>822</sup>. Il semble que, en

---

<sup>815</sup> LYON-CAEN et RENAULT, Manuel de droit commercial, cité par H. JANTON, op. cit., p. 83.

<sup>816</sup> H. JANTON, *ibid*, p. 83.

<sup>817</sup> M.-J. VANDAMME, De la prime imposée aux souscripteurs d'actions, thèse Paris 1928, p. 9. V. égal. H. BLAISE, L'apport en société, thèse Rennes 1953, p. 100.

<sup>818</sup> H. JANTON, *ibid*, p. 80.

<sup>819</sup> CA Douai 26 mai 1865, cité par G. NAFFAH, op. cit., p. 193.

<sup>820</sup> J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, t. 1, 2<sup>e</sup> vol., n° 725 et 740.

<sup>821</sup> J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *ibid*, n°725 et 740. V. égal. WODON, Rev. prat. des sociétés 1913 et Bosvieux, J. S. 1928, cité par H. JANTON, *ibid*, p. 84.

<sup>822</sup> Cass. Req., 3 mars 1930, D. 1930. 1.29. V. égal. Cass.com., 9 juillet 1952, JCP 1953, II, 7742.

raison de la critique, celle-ci revient sur son jugement antérieur en décidant que cette prime n'est pas un bénéfice mais un apport supplémentaire. La cour de cassation dans un arrêt daté du 9 juillet 1952 estime que les «(...) primes d'émission constituaient par leur nature un apport supplémentaire, laissé à la libre disposition de la société (...)».

**485.** En Irak, la discussion sur la nature de la prime d'émission se déroule autour de deux opinions seulement :

La première<sup>823</sup> considère cette prime comme un bénéfice. Pourtant, ceci est critiqué car elle ne provient pas d'opérations de l'exploitation dans la société<sup>824</sup>.

La deuxième<sup>825</sup> estime que la prime est un apport supplémentaire libéré par le souscripteur du fait de l'égalité à profiter de la richesse des réserves sociales. Cette appréciation est celle qui paraît la plus admissible en Irak, plus d'un auteur la soutient.

Pour nous, même s'il existe des opinions moins nombreuses en Irak qu'en France, nous remarquons que l'opinion favorable dans ces deux pays s'accorde sur la qualification de la prime d'émission comme un apport supplémentaire. Cela s'appuie, outre les analyses sérieuses sus-citées, sur l'influence des discussions quant à cette qualification dans certains pays importants.

## **B- Modalités de fixation du montant de la prime d'émission**

**486.** Nous analyserons les modalités de fixation du montant de la prime d'émission d'abord la liberté de sa fixation (1), puis les limites de cette liberté (2) et ensuite la libération de la prime d'émission (3).

### **1- Liberté de la fixation du montant de la prime d'émission**

**487.** Dans les deux droits étudiés, l'inclusion de la prime d'émission dans le prix d'émission est une liberté et non une obligation pour la société. L'article L. 225-128 al. 1 du C. com. F. prévoit : «*Les titres de capital nouveaux sont émis (...), soit à ce montant majoré d'une prime d'émission*». L'article L. 30 du C. SIA. prévoit : «*(...), L'émission des actions est possible au prix ni (...); ni supérieur à celle-ci sauf articles de L. 54 à L. 56 [émission lors d'une augmentation de capital]*».

---

<sup>823</sup> H. CHAOUI, *op. cit.*, p. 352.

<sup>824</sup> F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 154.

<sup>825</sup> A. I. AL-BASSAM, *op. cit.*, p. 247 et T. H. Musa, *Le capital de la société anonyme*, cité par N. H. RAOUF NNIS, *op. cit.*, p. 71.

Cependant, seulement en droit français et lors de certaines émissions, la société est obligée d'émettre ses nouvelles actions avec une prime d'émission, comme nous le verrons lors de la présentation des limites concernant la première possibilité de fixation ultime du montant de cette prime.

**488.** Les deux droits étudiés accordent le pouvoir de fixation de la prime d'émission à la même autorité compétente sur la décision d'une augmentation de capital (l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital<sup>826</sup> [sauf l'hypothèse de la délégation au conseil d'administration prévue seulement en droit français<sup>827</sup>]).

En vue de procéder à cette fixation, cette autorité se base sur les rapports nécessaires lors de l'augmentation de capital par apports en numéraire, dont le rapport du conseil d'administration qui doit être présenté lors de tous les types de cette augmentation. Dans ce rapport, outre l'indication de la valeur nominale, existe la proposition d'un montant de la prime ou des modalités de son évaluation<sup>828</sup>. Cette proposition est établie en s'appuyant sur certains critères qui revêtent une importance plus ou moins grande. Ces critères concernent toutes les SA cotées ou non. Ils peuvent se rapporter aux réserves, aux dividendes et à la politique de sa distribution régulière, à la rentabilité, à la valeur du stock, au chiffre d'affaires, au niveau du cours de bourse des anciennes actions (seulement pour les SA cotées) et à l'usage de la prime ou aux perspectives d'avenir de la société<sup>829</sup>.

Pour le choix ultime de fixation du montant de la prime d'émission, l'autorité compétente a, en principe, la liberté de décision car les deux droits étudiés ne prévoient pas une méthode précise pour déterminer cette prime du fait de la multiplicité des facteurs en cause rendant la mission impossible. Elle peut donc fixer une prime d'émission faible ou forte.

**489.** Dans les SA cotées, apprécier la valeur de cette fixation est facile parce qu'on peut tenir compte du cours de bourse de l'action préexistante. Celui-ci est le prix atteint par une valeur mobilière (comme l'action) en confrontant l'offre et la demande au cours d'une séance de la bourse<sup>830</sup>.

L'autorité compétente peut déterminer une prime d'émission faible par rapport à ce cours de bourse, ceci a des avantages et des inconvénients.

---

<sup>826</sup> Il apparaît que c'est logique car le prix d'émission (avec une prime ou non) est un des éléments importants sur lequel l'autorité compétente fonde sa décision de l'augmentation de capital. Pour comprendre cette autorité, v. supra, p. 147 et s.

<sup>827</sup> Pour comprendre cette hypothèse, v. infra, p. 243 et s.

<sup>828</sup> V. les informations du rapport du conseil d'administration sur les augmentations par apports en numéraire dans notre recherche. V. égal. J. ABRAS, Augmentation de capital par apports en numéraire dans les sociétés par actions non cotées, JCP E 26 mars 2009, n° 13, p. 35.

<sup>829</sup> G. NAFFAH, op. cit., p. 35, 42 et 43 ; et J. ABRAS, op. cit., p. 34 et 35. V. égal. N. H. RAOUF NNIS, op. cit., p. 70.

<sup>830</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 890.

Les avantages sont d'inciter le public (anciens actionnaires et investisseurs) à la souscription des actions émises et de faciliter une émission<sup>831</sup> réussie.

Les inconvénients sont l'augmentation du nombre d'actions à émettre, la réduction de l'efficacité de la prime comme moyen anti-dilution des droits des anciens actionnaires<sup>832</sup> et des fonds supplémentaires versés à la société.

Au contraire, l'autorité compétente peut déterminer une prime d'émission forte par rapport au cours de bourse, c'est-à-dire d'un montant équivalent à toute la plus-value existant entre la valeur nominale et ce cours-, proche ou supérieur. Cela se passe souvent lorsque la société dispose d'une posture financière importante.

Cette détermination contient également des avantages et des inconvénients :

les avantages sont de permettre à la société d'obtenir le même montant d'augmentation de capital en émettant moins d'actions, de maintenir la valeur boursière des anciennes actions pendant la durée de l'émission, de percevoir des capitaux supplémentaires élevés avec lesquels le principe d'égalité anti-dilution des droits des actionnaires préexistants est bien protégé, notamment en cas de suppression du DPS<sup>833</sup>.

les inconvénients de cette détermination sont de faire baisser ou disparaître l'exercice du DPS par les actionnaires préexistants, en raison de la proportionnalité inverse entre le DPS et la prime ; de réduire les chances de réussite de l'émission avec offre au public, en particulier si la prime est équivalente à toute la plus-value acquise par les ancienne actions car, dans ce cas, les capitalistes n'auraient pas intérêt à souscrire des actions nouvelles ; et de forcer la société à renoncer à ses projets financés par l'augmentation de capital<sup>834</sup>.

**490.** Dans les SA non cotées, apprécier la valeur de la prime d'émission n'est pas facile car il n'existe pas de critère équivalent au cours de bourse journalier. Même si on peut commencer cette fixation à partir de la valeur nominale, la plus-value acquise par l'ancienne action est assez incertaine et affaire d'évaluation. En outre, les chiffres donnés annuellement à l'administration d'enregistrement pour l'acquiescement des impôts ne constituent qu'une base bien fragile<sup>835</sup>.

Malgré tout, en référence aux critères déjà indiqués, que la prime d'émission soit fixée à un montant faible ou fort, les avantages et inconvénients sont les mêmes que ceux déjà développés dans les SA cotées.

## **2- Limites de la liberté de fixation**

---

<sup>831</sup> G. NAFFAH, *ibid*, p. 116.

<sup>832</sup> F. FLICOTEAUX, *op. cit.*, p. 10.

<sup>833</sup> J.-Y. CADIC, *op. cit.*, p. 100 et 171 et D. COHEN, La prime d'émission entre liberté et contrôle, JCP E 3 janvier 2002, n° 1, p. 21.

<sup>834</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p. 197 ; H. JANTON, *op. cit.*, p. 78 et 79 ; et F. FLICOTEAUX, *op. cit.*, p. 10.

<sup>835</sup> H. JANTON, *ibid*, p. 79.

**491.** Malgré la liberté de la fixation ultime du montant de la prime d'émission, l'autorité compétente se heurte à certaines limites, la majorité concernant les SA cotées, pour les deux choix de détermination de la prime d'émission : faible ou forte.

Les deux droits étudiés se différencient sur ces limites. Le droit français les prévoit toutes. Le droit irakien prévoit seulement les limites au deuxième choix.

**492.** Nous développerons les deux choix de détermination de la prime d'émission, celui d'une prime d'émission faible (a) et celui d'une prime d'émission forte (b).

#### **a- Limites du choix de détermination d'une prime d'émission faible**

**493.** Ces limites sont prévues seulement en droit français. Pour cela nous les examinerons d'abord le droit français après le droit irakien.

Dans le droit français, les limites de choix de détermination d'une prime d'émission faible fixent le minimum approximatif de la prime d'émission. Elles concernent seulement les trois types d'émissions de numéraire : celle sans DPS par offre au public ou par placement privé (selon II de l'article L. 411-2 du CMF.), celle réservée aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE) et celle réservée aux salariés bénéficiant d'options de souscription.

Dans le premier type, émission sans DPS par offre au public ou par placement privé<sup>836</sup>, la limite à la détermination de la prime concerne les SA cotées. Elle est au moins égale à la plus-value (par rapport la valeur nominale) résultant de la moyenne pondérée des cours des 3 dernières séances de bourse précédant sa détermination, éventuellement réduite d'une décote maximale de 5 %<sup>837</sup>.

Il apparaît que cette limite ne se base pas seulement sur la moyenne pondérée des cours de la dernière séance de bourse car la réservation à une seule séance est «un facteur de souplesse<sup>838</sup>» qui peut réduire la protection résultant de cette limite.

De plus, la limite impose de déterminer une prime forte pour offrir une meilleure rémunération aux anciens actionnaires contre le risque de suppression du DPS.

Dans le deuxième type, émission réservée aux adhérents d'un (PEE)<sup>839</sup>, la limite à la détermination de la prime d'émission porte sur les SA cotées et non cotées.

Quant aux SA cotées, deux valeurs minimum de limite se présentent<sup>840</sup> :

---

<sup>836</sup> Pour comprendre ces émissions, v. infra, p. 230 à 233.

<sup>837</sup> Art. L. 225-136 al. 1-1° sur renvoi à R. 225-119 du C. com. F. prévoit : «(...), le prix est au moins égal à la moyenne pondérée des cours des trois dernières séances de bourse précédant sa fixation, éventuellement diminuée d'une décote maximale de 5 % ».

<sup>838</sup> A. JOLY-DESCAMPS, op. cit., p. 324.

<sup>839</sup> Pour les détails de cette émission, v. infra, n° 586 à 589 .

<sup>840</sup> Art. L. 225- 138-1 al. 1-1° du C. com. F. sur renvoi à l'article L. 3332-19 al. 1,3 et 4 du C. trav. F.

En général, cette prime ne peut être inférieure de plus de 20 % de la plus-value, par rapport à la valeur nominale. S'il s'agit d'émission concomitante à une première introduction sur un marché réglementé, la plus-value résulte du prix d'admission sur ce marché, s'il s'agit d'émission de la société déjà cotée dans ce marché, de la moyenne des cours cotés aux 20 séances de bourse précédant le jour de la décision fixant la date d'ouverture de la souscription.

En particulier, dans la mesure où la durée d'indisponibilité prévue par le plan en application des articles L. 3332-25 et L. 3332-26 du C. trav. F. est supérieure ou égale à dix ans, la prime ne peut être inférieure de plus de 30 % de la plus-value (par rapport la valeur nominale) résultant de ce prix d'admission ou de cette moyenne.

Quant aux SA non cotées, deux valeurs minimum de limite à la détermination de la prime se présentent également<sup>841</sup> :

En générale, cette prime ne peut être inférieure de plus de 20 % de la plus-value (par rapport la valeur nominale) résultant du prix de cession ainsi déterminé<sup>842</sup>.

En particulier, si la durée d'indisponibilité prévue par le plan, en application des articles L. 3332-25 et L. 3332-26 du C. trav. F., est supérieure ou égale à dix ans, la prime ne peut être inférieure de plus de 30 % de la plus-value (par rapport la valeur nominale) résultant de ce prix.

L'existence de ces limites pour les deux sociétés (SA cotées ou non) se justifie, à notre avis, par la volonté du législateur de renforcer la protection des actionnaires face à ce type d'émission comportant la suppression du DPS. Mais si on compare ces limites avec celles exigées dans la première émission (par offre au public ou par placement privé), également avec suppression de DPS, on remarque qu'elles obligent à déterminer une prime inférieure. Ceci s'explique, à notre avis, par l'intention du législateur d'essayer de concilier les deux intérêts : celui des actionnaires et celui pour les bénéficiaires de l'émission travaillant dans l'entreprise, les adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise.

Dans le troisième type, émission réservée aux salariés bénéficiant d'options de souscription d'actions, la limite à la détermination de la prime concerne les SA cotées. Elle ne peut pas être de moins de 80 % de la plus-value (par rapport la valeur nominale) résultant de la moyenne des cours cotés aux 20 séances de bourse précédant le jour où l'option a été consentie<sup>843</sup>. Cette

---

<sup>841</sup> Art. L. 225- 138-1 al. 1-1° du C. com. F. sur renvoi à l'article L. 3332-20 al. 1 et 4 du C. trav. F.

<sup>842</sup> Art. L. 3332-20 al. 1 et 2 du C. trav. F. prévoit : «(...)», le prix de cession est déterminé conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions en tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la situation nette comptable, de la rentabilité et des perspectives d'activité de l'entreprise. Ces critères sont appréciés le cas échéant sur une base consolidée ou, à défaut, en tenant compte des éléments financiers issus de filiales significatives.

A défaut, le prix de cession est déterminé en divisant par le nombre de titres existants le montant de l'actif net réévalué d'après le bilan le plus récent».

<sup>843</sup> Art. L. 225-177 al. 6 du C. com. F.

limite est motivée par les mêmes causes que celles évoquées dans l'émission précédente (troisième émission).

**494.** Dans le droit irakien, il n'existe pas de limites au choix de la détermination d'une prime d'émission faible lors les trois émissions déjà indiquées parce qu'il ne les prévoit pas<sup>844</sup>, à la différence du droit français.

#### **b- Limites au choix de la détermination d'une prime d'émission forte**

**495.** La détermination d'une prime d'émission forte ne fait pas, en général, l'objet de contrôle, sauf si elle est trop forte et n'est pas justifiée, par exemple, lorsqu'elle est supérieure au cours de bourse pour les SA cotées ou, éventuellement, supérieure certaines des dizaines fois à la valeur nominale de l'action pour les SA non cotées. Elle n'est pas justifiée non plus lorsque la société ne dispose pas de critère positif suffisant motivant la valeur haute de la prime.

Dans les deux droits étudiés, il existe un contrôle sur la prime trop forte et non justifiée. Ce contrôle est effectué par la même autorité statuant sur le recours contre la décision de l'assemblée et, seulement en droit français pour les SA cotées, par l'Autorité des marchés financiers.

**496.** Pour le contrôle de l'autorité statuant sur le recours contre la décision de l'assemblée, si cette autorité (la juridiction en France et le greffier en Irak<sup>845</sup>) trouve cette prime injustifiée, elle prononce la nullité. Le fondement de celle-ci sur l'abus de majorité a très peu de chance d'aboutir car il est difficile de réunir les conditions de celui-ci dans le cas où le montant obtenu de cette prime est important et affecté à l'intérêt social et non à celui des majoritaires<sup>846</sup>.

En effet, cette nullité se fonde sur l'existence de la fraude. Dans un arrêt rendu en 1975, la cour de cassation française<sup>847</sup> a confirmé le jugement d'une cour d'appel. Celui-ci a confirmé l'existence de la fraude pour l'émission de numéraire accordée par l'assemblée générale extraordinaire avec le DPS du fait que la fixation de la prime d'émission était supérieure de 25 fois à la valeur nominale, sans que la société dispose de critère positif. Cette cour d'appel «a constaté que le prix d'émission des actions nouvelles représentant 25 fois le nominal des anciennes, n'est justifié ni par l'existence de réserves sociales, ni par la situation de la société qui a subi des pertes importantes et une diminution de son chiffre d'affaires». La raison de la fraude estimée par ce jugement est d'écarter les actionnaires préexistants d'usage de leurs DPS aux actions nouvelles<sup>848</sup>.

---

<sup>844</sup> Pour comprendre les raisons de cette absence, v. infra, p. 250 et s.

<sup>845</sup> V. supra, n° 374 et 395.

<sup>846</sup> J. ABRAS, op. cit., p. 35.

<sup>847</sup> Cass. com., 12 mai 1975, Vétochimie France c/ Mme F. Menu, cité par R. MORTIER, op. cit., p. 204.

<sup>848</sup> G. NAFFAH, op. cit., p. 243.



**497.** Pour le contrôle de l'Autorité des marchés financiers seulement en droit français, la société souhaitant émettre de nouvelles actions par offre au public doit demander le visa de cette autorité des marchés financiers. Si cette autorité constate que la prime d'émission est trop élevée, qu'elle n'est pas justifiée et que son but est de paralyser l'exercice du DPS, elle refusera son visa<sup>849</sup>.

Dans l'affaire *Veuve Clicquot-Ponsardin*<sup>850</sup>, une société mère cotée disposant de 90 % d'une filiale (la sté *Veuve Clicquot-Ponsardin*) a organisé l'augmentation de capital de cette filiale par l'émission à la valeur nominale de l'action avec suppression du DPS des minoritaires à son profit, sans respecter les règles imposées pour cette augmentation. Sur le recours des minoritaires, celle-ci a été refaite : le majoritaire remplaçant sa proposition de la suppression du DPS par la détermination d'une prime d'émission plus de 60 fois supérieure à la valeur nominale. Le prix d'émission était de 130 F par action comprenant 2 F de valeur nominale, soit 128 F de prime d'émission proposée. Par cela, les minoritaires se trouvaient évincés en ne pouvant supporter ces frais (130 F) en vue de conserver la même participation dans la société. Sur l'intervention de la COB (actuellement AMF), l'augmentation de capital a eu lieu au pair.

**498.** En droit irakien, l'Autorité des marchés financiers ne dispose pas ce même pouvoir attribué à l'Autorité des marchés financiers française car, pour toutes SA cotées ou non, le pouvoir d'accorder l'autorisation ou non d'émettre de nouvelles actions par offre au public appartient à la même autorité irakienne déjà indiquée (le greffier)<sup>851</sup>. Celui-ci peut refuser donner cette autorisation s'il observe que la prime d'émission est trop élevée, qu'elle n'est pas justifiée et que son but est de paralyser l'exercice du DPS des actionnaires.

### **3- Libération de la prime d'émission**

**499.** Les deux droits comparés<sup>852</sup> obligent à la libération entière de son montant au cours de la souscription. Même si le droit irakien, à la différence du droit français, ne la prévoit pas expressément. L'article L. 48 al. 1 du C. SIA. prévoit : «*La souscription aux actions émises d'une SA exige de la libération intégrale de leur valeur*». Dans la mesure où l'émission est effectuée avec une prime d'émission, la valeur de cette action comprend non seulement la valeur nominale mais aussi la prime. En effet, la libération de celle-ci est soumise à la même disposition que celle prévue pour libérer les valeurs des actions souscrites<sup>853</sup>.

---

<sup>849</sup> G. NAFFAH, op. cit., p. 246. V. égal. Section XI, art. 5 al. 7° C. PMIV.

<sup>850</sup> 6<sup>e</sup> Rapp. Annuel, COB, 1973, p. 228.

<sup>851</sup> Art. L. 39 al. 3 du C. SIA.

<sup>852</sup> Art. L. 225- 144 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Les actions souscrites en numéraire sont obligatoirement libérées, lors de la souscription, de (...) et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission».

<sup>853</sup> F. I. JASSIM, op. cit., p. 154.

L'obligation de la libération entière de la prime d'émission à la souscription se justifie, à notre avis, par la volonté des deux législateurs, d'une part d'aider la société à couvrir les frais de cette émission<sup>854</sup> par l'usage de la prime (obligatoire en droit irakien ou facultatif en droit français<sup>855</sup>) et lui éviter les difficultés de la libération à terme, et d'autre part de rémunérer rapidement les actionnaires préexistants en compensation des effets négatifs d'émission nouvelles.

**500.** Le non-respect de cette obligation de libération est sanctionné. Les deux droits comparés se différencient sur ce point. Le droit français prévoit de sanctionner le président, les administrateurs ou les directeurs généraux, en plus des sanctions civiles<sup>856</sup>, d'une amende de 150 000 € pour cette violation. Cette amende peut être doublée lorsque l'émission de numéraire est faite par offre au public<sup>857</sup>.

Le droit irakien, à la différence du droit français, se contente de soumettre le président ou les administrateurs aux sanctions civiles (nullité de la souscription avec sa régularisation<sup>858</sup> et indemnisation selon le droit commun<sup>859</sup>).

Pour notre part, le droit français présente plus de garanties pour les actionnaires que le droit irakien en prévoyant une répression plus stricte des responsables de la violation concernant la libération entière de la prime d'émission, justifiée car efficace en raison des objectifs poursuivis. Il serait souhaitable que le droit irakien prévoie et fixe le montant d'une amende pour ce cas de violation, à l'instar du droit français.

### **C- Stipulation d'une prime assimilée à celle d'émission**

**501.** Nous avons déjà montré que la prime d'émission est applicable seulement aux émissions de numéraire. Pour les émissions en nature, l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital peut stipuler une prime autre que cette prime d'émission.

**502.** Les deux droits étudiés se différencient sur l'autorisation de cette stipulation, autorisée en droit français (1) et non-autorisée en droit irakien (2).

---

<sup>854</sup> Ces frais comportent des frais d'impression, d'administration, de publicité, de placement, de fiscalité, ou tous les autres frais nécessaires pour l'émission (R. MORTIER, op. cit., p. 203. V. égal. art. R. 3 al. 1-2° R. AC. OPMV).

<sup>855</sup> Art. L. 55 al. 4 du C. SIA. prévoit : «(...)», celle-ci [la prime d'émission] est inscrite au compte de réserve la prime d'émission après avoir déduit tous les frais de l'émission». V. égal. art. L. 232-9 al. 2 du C. com. F. prévoit : «(...) Ces frais [d'augmentation de capital] peuvent être imputés sur le montant des primes d'émission afférentes à cette augmentation ».

<sup>856</sup> V. supra, p. 154 et s.

<sup>857</sup> Art. L. 242- 17 al. 1 du C. com. F.

<sup>858</sup> Il faut noter que cette nullité de la souscription avec sa régularisation n'est pas prononcée par le greffier mais par la juridiction (art. L. 45 du C. SIA.).

<sup>859</sup> V. supra, p. 169 à 170.

## **1- Autorisée en droit français**

**503.** Le droit français l'autorise en prévoyant dans l'article L. 225-128 al. 1 «*Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission*». Si on observe que cet article utilise le terme «prime d'émission» s'employant pour les émissions de numéraire, cela ne signifie pas qu'il ne permet pas d'exiger une prime pour les autres émissions (les émissions de nature). Celles-ci peuvent en contenir une car ce terme «prime d'émission», malgré cet emploi, est utilisé dans l'intention d'exprimer l'existence de la faculté d'émission à la valeur nominale majorée et non de préciser le type de prime autorisée. Cet article concerne toutes les émissions dont celles de nature, principalement adoptées par le droit français.

En vue de faire la distinction, au cours des émissions de nature, la prime est qualifiée d'un autre terme que celui d'émission. C'est la «prime d'apport» ou, si cette émission de nature résulte d'une des opérations de restructuration, de «prime de fusion ou de scission»<sup>860</sup>.

Il apparaît que la prime concernant les émissions de nature a, sauf certaines différences, les mêmes caractères essentiels que la prime d'émission. Elle est également motivée par la protection des actionnaires. Ces différences portent sur le type d'émission, objet de la prime. La prime d'émission concerne l'émission résultant d'apports en numéraire alors que l'autre prime est liée à l'émission résultant d'apports en nature<sup>861</sup>. Cette prime d'émission comprend toutes les émissions avec ou sans DPS alors que l'autre prime est réservée à celles sans DPS.

**504.** En raison de cette similitude sur les pluparts des points, nous nous contenterons de présenter la définition des primes concernant les émissions de nature<sup>862</sup> :

**505.** La prime d'apport est représentée par l'écart entre la valeur vénale de l'apport en nature et sa valeur estimée lors de l'augmentation de capital.

**506.** La prime de fusion est constituée par l'excédent de la valeur de l'apport transmis par la société absorbée sur le capital de la société absorbante.

**507.** La prime de scission est constituée par l'excédent de la valeur de l'apport fait par la société scindée sur le capital des sociétés bénéficiaires de cet apport.

## **2- Non autorisée en droit irakien**

---

<sup>860</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 79.

<sup>861</sup> G. NAFFAH, op. cit., p. 215.

<sup>862</sup> G. RIPERT par R. ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, cité par G. NAFFAH, p. 68 et 215.

**508.** Le droit irakien, à la différence du droit français, prévoit tacitement de ne pas autoriser la stipulation d'une prime autre que cette prime d'émission. L'article L. 30 du C. SIA. à propos de la prime d'émission impose : «(…), *L'émission des actions est possible au prix ni (...); ni supérieur de celle-ci* [la valeur nominale] *sauf articles de L. 54 à L. 56* [émission lors d'une augmentation de capital]». A la lecture de cet article, nous remarquons que la possibilité d'émission avec une prime est mentionnée seulement dans certains articles précisément indiqués «articles de L. 54 à L. 56». Si nous examinons les dispositions de ces articles, nous observons qu'elles règlementent seulement les émissions de numéraire. En effet, cette possibilité leur est réservée. Ceci se justifie, comme nous avons déjà montré, par le fait que le droit irakien ne permet l'émission de nature qu'à titre exceptionnel et seulement lors d'une émission résultant d'une fusion-absorption.

A notre avis sur la stipulation d'une prime de fusion, le droit français est plus avantageux que le droit irakien pour les actionnaires de la société absorbante parce qu'en la permettant, il compense les risques générés par l'émission résultant d'une fusion-absorption, dont le risque de suppression du DPS.

Nous pensons que la non-autorisation en droit irakien prive les anciens actionnaires de la société absorbante de la rémunération financière compensant le risque résultant de la suppression du DPS, de la possibilité de fixer un prix d'émission à la valeur vénale de l'action lors de l'assemblée et la société absorbante de capitaux supplémentaires importants.

Il serait préférable que le droit irakien autorise cette stipulation, comme en droit français, dans l'article L. 30 du C. SIA..

L'attribution aux actionnaires de droits spécifiques est importante dans la perspective de conserver leurs intérêts, mais, quelquefois, elle ne les garantit pas contre tous les périls entourant l'émission d'actions. Pour cela, la création d'autres moyens protecteurs lors de cette émission ou le renforcement des règles régissant des émissions avec suppression du DPS y compris celles bénéficiant d'une délégation est nécessaire.

C'est ce que nous traiterons dans la prochaine section.

## **Section 2 : Protection de l'actionnaire à l'occasion de l'émission de nouvelles actions**

**509.** L'octroi des droits spécifiques aux actionnaires préexistants à l'occasion de l'émission n'est pas suffisant pour maintenir le contrôle de la société. Certaines émissions autorisées ou l'opération d'offre au public d'acquisition conduisent à perdre les actionnaires préexistants à ce contrôle mais l'assemblée est dotée de la faculté d'adopter des types d'émission grâce auxquels elle peut éviter ce risque.

**510.** Par ailleurs, pour l'intérêt social, cette assemblée générale peut décider l'émission avec suppression du DPS. Le risque résultant de cette émission augmente encore dans la mesure où elle s'accompagne d'une délégation. Les anciens actionnaires rencontrent ici deux risques en même temps : la suppression du DPS et la délégation. De fait, l'attribution à ces actionnaires de seulement certains droits spécifiques (droit de priorité de souscription ou et droit à la prime d'émission) n'est pas suffisante à parer à ces risques. Il faut donc présenter en outre une protection par des règles régissant les suppressions du DPS et les délégations.

Les deux droits étudiés se différencient sur ce point. En effet seul le droit français prévoit certains types d'émission permettant de conserver le contrôle de la société ainsi qu'une réglementation protectrice pour les émissions avec suppression du DPS et les délégations.

Le droit irakien ne permet pas les types d'émission donnant la possibilité de conservation du contrôle de la société.

Par ailleurs, il prévoit de réglementer seulement le type initial d'émission avec suppression du DPS, celui sans délégation.

**511.** Nous analyserons ici la protection de l'actionnaire par deux voies qui sont les émissions d'actions garantissant le maintien du contrôle de la société émettrice (**s.section 1**) et les émissions d'actions avec suppression du DPS (**s.section 2**).

### **S. section 1 : Emissions d'actions garantissant le maintien du contrôle de la société émettrice**

**512.** Nous aborderons trois émissions, l'émission d'actions de préférence (**§1**), celle donnant le droit de vote double (**§2**) ou celle d'actions différée (bons d'offre), une mesure défensive contre une offre publique d'acquisition (**§3**).

#### **§1 : Emission d'actions de préférence**

**513.** Au côté des actions ordinaires, il existe celles de préférence. Les deux droits étudiés se différencient sur la faculté d'émettre de telles actions. Pour cela nous allons développer cette faculté en deux temps, autorisée en droit français (**A**) et prohibée en droit irakien (**B**).

#### **A- Autorisée en droit français**

**514.** Nous développerons l'émission des actions de préférence d'abord la faculté d'émission (**1**) puis les droits particuliers attachés à celles-ci (**2**) et ensuite la protection fournie aux actionnaires lors d'émission d'actions de préférence garantissant le maintien du contrôle (**3**).

#### **1- Faculté d'émission des actions de préférence**

**515.** Le législateur autorise la faculté d'émettre des actions de préférence<sup>863</sup>. L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, portant réforme des valeurs mobilières, crée «les actions de préférence» et leur régime<sup>864</sup> dans la volonté de soumettre tous les divers titres de capital privilégiés à un seul régime, celui des actions de préférence. Cette unification de régime conduit peu à peu à l'extinction de ces divers titres de capital privilégiés car cette ordonnance ne supprime pas ceux existant déjà, mais interdit leur émission nouvelle<sup>865</sup>. Ces divers titres de capital privilégiés sont<sup>866</sup> les actions de priorité, celles à dividende prioritaire sans droit de vote, les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote.

**516.** L'émission qui devrait progressivement disparaître doit permettre aux actionnaires préexistants de maintenir le contrôle de la société<sup>867</sup>. De plus, elle facilite le financement, notamment de la société en difficulté qui se heurte souvent à la réticence des investisseurs (actionnaires ou non) à souscrire ses actions.

**517.** L'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence<sup>868</sup> est possible dans toutes les SA cotées ou non. Elle s'effectue par l'inscription d'une clause statutaire qui la permet<sup>869</sup> et définit les droits particuliers accordés par celle-ci<sup>870</sup>. La compétence de cette

---

<sup>863</sup> Art. L. 228-11 al. 1 du C. com. F. prévoit : «(...) ou au cours de son existence [la société], il peut être créé des actions de préférence,(...)».

<sup>864</sup> M. GERMAIN, Les actions de préférence, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 3, p. 597.

<sup>865</sup> Art. L. 228-29-8 du C. com. F.

<sup>866</sup> V. les articles L. 228-29-8 à L. 228-35-11 du C. com. F.

<sup>867</sup> J.-Y. CADIC, op. cit., p. 342 et V. MARCHAUD, op. cit., p. 36.

<sup>868</sup> Art. L. 225-127 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Le capital social est augmenté soit par émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence,(...)».

<sup>869</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, p. 727 et 733.

<sup>870</sup> Art. L. 228-11 al. 1 du C. com. F.

inscription et de la décision de cette émission d'actions de préférence appartient à la même assemblée, l'assemblée, qui peut donner une délégation au conseil d'administration<sup>871</sup>.

## **2- Droits particuliers attachés aux actions de préférence**

**518.** La création d'actions de préférence donne certains droits particuliers à ses bénéficiaires. Ces droits particuliers ne sont pas limités par la loi. L'article L. 228-11 al. 1 du C. com. F. prévoit : «(...), il peut être créé des actions de préférence, (...), assorties de droits particuliers de toute nature (...)». Cette liberté (accordée par cet article) permet l'existence de multiples droits<sup>872</sup>, dont celles conférées dans les titres de capital privilégiés en voie d'extinction<sup>873</sup>. Cela conduit à créer de nombreuses catégories d'actions de préférence. Une catégorie d'actions se définit par le fait «que toutes les actions d'une même catégorie sont caractérisées par une identité de droits et d'obligations, et qu'elles se distinguent par au moins un attribut, actif ou passif, des autres catégories»<sup>874</sup>.

Les droits particuliers attachés aux actions de préférence sont, soit les mêmes droits attachés aux actions ordinaires, mais sont augmentés ou diminués ; soit des droits autres que ceux-ci<sup>875</sup>. D'après l'article L. 228-11 al. 1 du C. com. F., ils sont «(...), à titre temporaire ou permanent». Cela signifie que ces droits particuliers peuvent être accordés aux bénéficiaires du moment de la réalisation d'une augmentation de capital jusqu'à la liquidation, ou cesser avant celle-ci<sup>876</sup>.

**519.** Au-delà de ces différences, les droits particuliers se répartissent en droits pécuniaires ou non-pécuniaires.

**520.** - concernant les droits pécuniaires, tout d'abord ceux-ci peuvent être liés aux dividendes, comme le droit à dividende prioritaire ou précipitaire. Ce droit à dividende pourra être cumulatif en fonction de la suffisance des bénéfices réalisés pendant l'exercice ou non<sup>877</sup>.

A l'occasion des résultats de la société, il peut être versé en titre de capital selon les modalités fixées par l'assemblée générale extraordinaire ou les statuts<sup>878</sup>. Une de ces modalités, la faculté de verser le dividende distribué en actions de préférence, si cette assemblée générale ou ses statuts la fixe(nt), les actionnaires ayant des actions de préférence (ou actions ordinaires) peuvent demander le paiement de leur droit au dividende en actions de préférence. A défaut

---

<sup>871</sup> Art. L. 228-12 al. 1 du C. com. F.

<sup>872</sup> F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 121.

<sup>873</sup> M. GERMAIN, op. cit., p. 599.

<sup>874</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 725.

<sup>875</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, p. 729.

<sup>876</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, note de bas de page n°74, p. 728.

<sup>877</sup> A. JOLY-DESCAMPS, op.cit., p.352 et P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, p. 729.

<sup>878</sup> Art. L. 228-18 du C. com. F.

de cette fixation, ces actionnaires ne peuvent pas faire cette demande mais ont la possibilité de recevoir le paiement en actions ordinaires<sup>879</sup>. Cela se justifie, à notre avis, par les droits importants accordés par les actions de préférence.

Par ailleurs, le droit à dividende prioritaire ou préciputaire doit être accordé de manière correspondant au régime des actions de préférence tout en respectant certaines règles d'ordre public régissant le bénéfice des actions ordinaires<sup>880</sup>, telles que l'interdiction de la distribution des dividendes fictifs et la prohibition des clauses léonines<sup>881</sup>.

Les droits pécuniaires peuvent représenter un droit prioritaire sur l'attribution des actions gratuites résultant d'incorporation de réserves en capital social<sup>882</sup> ou le DPS aux actions hors certaines catégories des actions de préférence privées de ce droit. Ces catégories sont celles qui n'ont pas le droit de vote et bénéficiant d'un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation<sup>883</sup>.

Ensuite, les droits pécuniaires peuvent constituer un droit prioritaire au boni de liquidation ou un droit prioritaire de remboursement lors de celle-ci<sup>884</sup>.

**521.** - concernant les droits non-pécuniaires, ceux-ci peuvent contenir les préférences positives ou négatives.

**522.** Pour les préférences positives, premièrement il existe la préférence qui peut concerner l'octroi du droit de vote. L'article L. 228-11 al. 1 du C. com. F. prescrit : « (...), *il peut être créé des actions de préférence, avec (...) droit de vote, (...)*».

Elle est limitée à certaines dispositions du droit de vote des actions ordinaires. Le même alinéa de cet article prévoit : «(...) *Ces droits [particuliers] sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125*». En référence de ces articles, on observe que les limites de cette préférence sont deux, la privation du droit de vote concernant l'actionnaire bénéficiaire d'approbation sur certaines augmentations de capital avec suppression du DPS<sup>885</sup>, et le principe de proportionnalité du droit de vote «une action, une voix», avec ses deux exceptions, le droit de vote double ou plus et les clauses statutaires de plafonnement de droit de vote<sup>886</sup>.

---

<sup>879</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 729.

<sup>880</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, p. 729.

<sup>881</sup> Art. L. 232-12 du C. com. F. V. égal. art. 1844-1 al. 2 du C. civ. F.

<sup>882</sup> A. COURET et H. LE NABASQUE, Valeurs mobilières- Augmentations de capital, cité par M. GERMAIN, op. cit., p. 599.

<sup>883</sup> V. supra, n° 437 à 439.

<sup>884</sup> A. JOLY-DESCAMPS, op. cit., p.352.

<sup>885</sup> Pour mieux comprendre cette limite, v. supra, n° 348.

<sup>886</sup> M. GERMAIN, op. cit., p. 603. V. égal. supra, n° 316 à 317 et infra, n° 541 à 545 .



Il apparaît qu'il est possible d'émettre des actions de préférence accordant un seul droit de vote ou un droit de vote double ou plus. Ce droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable<sup>887</sup>.

Pourtant, la préférence positive ici concerne seulement le droit de vote double ou plus car l'octroi d'un seul droit de vote applique la règle principale «une action, une voix».

Deuxièmement, il y a certaines préférences positives autres que cette première préférence. Celles-ci peuvent être un droit de représentation d'un certain nombre de sièges au conseil d'administration<sup>888</sup>; un droit de nomination de certains membres à celui-ci; un droit d'information renforcé<sup>889</sup>, comme l'information sur des documents sociaux qui ne sont pas consultables par les actionnaires ordinaires; un droit de veto sur les décisions d'assemblée générale<sup>890</sup> et un droit prioritaire de sortie de la société<sup>891</sup>.

**523.** Pour les préférences négatives, elles peuvent résulter de la privation d'un droit essentiel constitutif des droits non-pécuniaires, tel que le droit de vote. L'article L. 228-11 al. 1 du C. com. F. prévoit : «(...), *il peut être créé des actions de préférence, (...) ou sans droit de vote, (...)*». Cette privation de droit représente une atteinte au principe de proportionnalité du droit de vote en créant une séparation entre les droits pécuniaires et politiques de l'action.

Elle peut être effectuée par la suspension du droit de vote ou par la suppression définitive de celui-ci.

Quant à la suspension du droit de vote, cette suspension est pour une durée déterminée ou déterminable<sup>892</sup>. A la fin de cette durée de suspension, le droit de vote est rattaché à l'action de préférence et son exercice possible par son titulaire. Dans ce cas, il est soumis aux deux mêmes limites déjà indiquées lors de la première préférence positive dans les droits non-pécuniaires (l'octroi du droit de vote).

Quant à la suppression du droit de vote, l'article L. 228-11 al. 2 du C. com. F. prévoit : « *Il [droit de vote] peut être (...) ou supprimé* ». Il semble que cette suppression du droit de vote (ou la suspension déjà indiquée) concerne seulement les assemblées générales d'actionnaires, ordinaires et extraordinaires, et non les assemblées spéciales d'actionnaires ayant la catégorie d'actions de préférence sans droit de vote<sup>893</sup>. Il paraît que c'est logique car si cette suppression

---

<sup>887</sup> Art. L. 228-11 al. 2 du C. com. F.

<sup>888</sup> F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 125.

<sup>889</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 731.

<sup>890</sup> M. GERMAIN, op. cit., p. 600.

<sup>891</sup> A. JOLY-DESCAMPS, op. cit., p. 357.

<sup>892</sup> Art. L. 228-11 al. 2 du C. com. F.

<sup>893</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *ibid*, p. 731.

du droit de vote (ou la suspension) concerne ces dernières assemblées, ceci va conduire à arrêter leur déroulement. Si elle est liée aux premières assemblées, cette conséquence ne peut pas se produire parce qu'il existe les actions ayant le droit de vote autre que ces actions, et une limite légale fixant un pourcentage pour les actions de préférence affectées d'une suppression totale définitive de leurs droit de vote<sup>894</sup>.

Ce pourcentage ne peut représenter plus de la moitié du capital social dans les SA non cotées ou plus du quart de celui-ci dans les SA cotées. Dans la mesure où le capital d'une SA se compose de titres en voie d'extinction (seulement les actions à dividende prioritaire sans droit de vote et les certificats d'investissement), ce pourcentage doit les concerner également<sup>895</sup>.

La justification d'obligation de respect de ce pourcentage pour créer les actions de préférence affectées d'une suppression totale définitive de leur droit de vote est, à notre avis, d'une part de protéger notamment les actionnaires ordinaires envers des droits particuliers pécuniaires attachés par ces actions de préférence (Ces droits sont plus importants, par rapport aux autres catégories des actions de préférence, en raison de l'absence globale du droit de vote) ; D'autre part d'écarter les obstacles qui nuiraient à l'obtention du quorum et de la majorité requis dans les assemblées générales.

En cas du dépassement du pourcentage autorisé, l'émission est frappée de nullité facultative<sup>896</sup>.

### **3- Protection fournie aux actionnaires lors d'émission d'actions de préférence garantissant le maintien du contrôle**

**524.** Nous relevons qu'une protection s'impose pour les anciens actionnaires préférentiels (a), et ordinaires (b).

#### **a- Protection pour les anciens actionnaires préférentiels**

**525.** Il est important d'indiquer que les actions de préférence font partie du capital comme les actions ordinaires et empruntent de nombreux caractères à celles-ci. Toutefois elles s'en différencient, comme nous l'avons déjà vu, sur l'octroi privilégié de droits attachés à une action<sup>897</sup>. Pour cela, les titulaires des actions de préférence sont également actionnaires.

**526.** Dans le cas où il y a d'anciens actionnaires préférentiels dans la société proposant l'augmentation de capital et où elle a envie d'émettre des actions de préférence, ceux-ci ne risquent pas une dilution de leurs droits si cette émission est faite pour tous ceux d'une

---

<sup>894</sup> M. GERMAIN, op. cit., p. 604.

<sup>895</sup> Art. L. 228-11 al. 3 et L. 228-29-10 al. 1 du C. com. F.

<sup>896</sup> Art. L. 228-11 al. 4 du C. com. F.

<sup>897</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 728.

catégorie déterminée. Ils sont exposés à une dilution dans leurs droits pécuniaires et, le cas échéant, politiques si cette émission est en faveur d'une autre catégorie.

**527.** Le risque résultant de cette dilution est traité en fournissant une protection à ces actionnaires. A l'occasion de l'émission, celle-ci est représentée par la nécessité de consulter l'assemblée spéciale de la catégorie des actions de préférence concernée, outre une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital. L'assemblée spéciale est une assemblée devant comprendre tous les actionnaires d'une catégorie déterminée<sup>898</sup> dans le but de défendre leurs droits contre des risques, par exemple celui ci-dessus<sup>899</sup>.

Comme modalités de cette consultation, les actionnaires, composant cette assemblée spéciale de la catégorie des actions de préférence concernée, doivent être réunis dans cette assemblée pour approuver ou non cette émission risquée. Cette décision doit être prise en respectant le quorum requis (sur la première convocation, les actionnaires préférentiels présents ou représentés possèdent au moins le tiers des actions et sur la deuxième convocation, au moins le cinquième des actions) et la majorité requise pour cette assemblée (la même majorité que l'assemblée générale extraordinaire)<sup>900</sup>.

**528.** De plus, à l'occasion de la réunion de cette assemblée spéciale, les actionnaires préférentiels peuvent donner mission à l'un des commissaires aux comptes de la société en vue d'établir un rapport supplémentaire<sup>901</sup> à celui nécessaire pour l'émission d'actions de préférence. Les frais de cet établissement sont à la charge de la société.

Ce rapport supplémentaire doit informer ces actionnaires sur le respect par la société des droits particuliers attachés à leurs actions de préférence et, en cas de violation de ces droits, sur la date du commencement de celle-ci. Cette information doit les être consultable au siège social pendant quinze jours au moins avant la date de réunion de cette assemblée<sup>902</sup>.

#### **b- Protection pour les anciens actionnaires ordinaires**

**529.** Les risques courus par les anciens actionnaires ordinaires sont que l'émission d'actions de préférence entraîne une dilution de leurs droits pécuniaires et, le cas échéant, politiques. Une telle dilution conduirait à une rupture d'égalité entre les actionnaires ordinaires et préférentiels.

**530.** Ainsi, les actionnaires ordinaires bénéficient d'une protection au travers de plusieurs mesures.

---

<sup>898</sup> Art. L. 225-99 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>899</sup> J.-Y. CADIC, op. cit., p. 348.

<sup>900</sup> Art. L. 225-99 al. 3 et 4 du C. com. F.

<sup>901</sup> Art. L. 228-19 du C. com. F.

<sup>902</sup> Art. R. 228-22 al. 1, 2 et 3 du C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 734.

**531.** En premier lieu, l'attribution de droits particuliers déjà indiqués, pécuniaires ou non, lors de l'émission d'actions de préférence est soumise à vérification. Avant de développer, il est nécessaire d'indiquer que cette émission peut être au profit de tous les actionnaires, en cas de suppression du DPS partielle ou totale, d'un ou plusieurs personnes dénommées (actionnaires ou non) ou de certaines catégories de personnes déterminées (actionnaires ou non)<sup>903</sup>.

Relativement à la vérification sur cette attribution de droits particuliers nous devons l'examiner pour ses deux types de bénéficiaires, les anciens actionnaires et les tiers.

**532.** La vérification au profit des anciens actionnaires.

Lorsque les anciens actionnaires sont les bénéficiaires de l'émission d'actions de préférence, ce contrôle est différent selon les deux hypothèses : l'hypothèse d'émission au profit d'un ou plusieurs actionnaires dénommés et celle d'une catégorie d'actionnaires déterminés.

**533.** Pour l'hypothèse d'émission d'actions de préférence au profit d'un ou plusieurs actionnaires dénommés, d'après l'article L. 228-15 al. 1 du C. com. F., la procédure d'appréciation des avantages particuliers doit être appliquée. En effet, l'obligation d'établir une vérification d'évaluation des droits particuliers attribués aux actions émises est obligatoirement soumise à cette procédure. Un commissaire aux droits particuliers doit être désigné pour la mise en œuvre de cette vérification. Cette désignation s'effectue par le choix de celui-ci parmi les commissaires aux comptes remplissant deux conditions spécifiques prévues par l'article L. 228-15 al. 1 du C. com. F. «(...) est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis 5 ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société». Ce choix est fait à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision sur requête auprès du président du tribunal de commerce<sup>904</sup>.

Le commissaire aux droits particuliers est soumis aux mêmes incompatibilités que celles prévues pour le commissaire aux comptes<sup>905</sup>. Afin d'accomplir sa vérification, il peut se faire assister par un ou plusieurs experts devant être rémunérés par la société<sup>906</sup>.

Cette vérification est faite, sous la responsabilité du commissaire aux droits particuliers, pour évaluer les droits particuliers (pécuniaires ou non) attribués aux actions de préférence émises<sup>907</sup> et doit faire l'objet de la rédaction d'un rapport.

---

<sup>903</sup> Art. L.225-138 I al. 1, L. 228-15 al. 1 et 2, L. 228-29-9 al.1 et R. 228-17 al.1 C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 733 ; F. BOUABDALLAH, L'impératif de protection des actionnaires et les variations du capital social, thèse Jean Moulin Lyon 3 2009, p. 333 et A. JOLY-DESCAMPS, op. cit., p. 359.

<sup>904</sup> Art. L. 228-15 al. 1 sur renvoi à L. 225-147 al. 1 et R. 225-136 al. 2 sur renvoi à R. 225-7 al. 2 du C. com. F.

<sup>905</sup> Art. L. 225-147 al. 1 du C. com. F. Pour comprendre ces incompatibilités, v. supra, n° 181.

<sup>906</sup> Art. R. 225-136 al. 2 sur renvoi à R. 225-7 al. 3 du C. com. F.

<sup>907</sup> Art. L. 225-147 al. 2 du C. com. F.

Ce rapport contient des informations<sup>908</sup> utiles pour les actionnaires car elles leur permettent de comprendre les caractéristiques de chaque droit particulier (pécuniaire ou non). A titre d'exemple, dans le cas où ce droit est un des droits pécuniaires comme un droit au dividende, il faut indiquer s'il est prioritaire ou précipitaire et quelle est sa part du prélèvement sur les bénéfices réalisés pendant l'exercice. Dans la mesure où le droit particulier est un des droits non-pécuniaires comme le droit de vote, il est nécessaire de relever s'il représente une préférence positive ou négative ainsi que son caractère temporaire ou permanent.

Les informations leur permettent également de connaître les modalités d'appréciation de chaque droit particulier (pécuniaire ou non) attribué et, s'il y a lieu, d'estimer l'égalité des critères d'évaluation retenus. Il apparaît que l'obligation d'information sur ces critères est conditionnelle. Cela s'explique par le fait qu'il est difficile de trouver des critères pour évaluer les droits non pécuniaires<sup>909</sup>.

En outre, elles leur permettent d'estimer le juste prix d'émission d'actions de préférence par rapport à la valeur des droits particuliers qui leur sont attribués.

Deux particularités concernent le délai minimal de la consultation du rapport du commissaire aux droits particuliers. La première particularité est que ce délai minimal déroge au délai minimal général pour communiquer les documents sociaux<sup>910</sup> mais il est similaire au délai minimal exigé (huit jours) pour la consultation du rapport du commissaire aux apports<sup>911</sup>. La deuxième particularité est qu'il y a une possibilité de réduire ce délai à condition que le consentement sur cette réduction soit exprimé par tous les actionnaires et qu'il soit effectué d'une manière écrite et avant la désignation du commissaire aux droits particuliers<sup>912</sup>.

Notons que, en matière de responsabilité civile ou pénale, le commissaire aux droits particuliers est soumis à la même responsabilité que celle prévue pour les commissaires aux apports. La vérification des droits particuliers est effectuée, comme nous l'avons déjà indiqué et conformément à la procédure d'appréciation des avantages particuliers, à l'appréciation de ces commissaires.

---

<sup>908</sup> Art. R. 225-136 al. 3 du C. com. F. prévoit :«(...) d'émission d'actions de préférence donnant lieu à l'application de l'article L. 228-15, le rapport décrit et apprécie chacun (...) des droits particuliers attachés aux actions de préférence. S'il y a lieu, il indique, pour ces droits particuliers, quel mode d'évaluation a été retenu et pourquoi il a été retenu, et justifie que la valeur des droits particuliers correspond au moins à la valeur nominale des actions de préférence à émettre augmentée éventuellement de la prime d'émission».

<sup>909</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 733 et F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 336.

<sup>910</sup> V. supra, n° 111.

<sup>911</sup> V. supra, p. 86.

<sup>912</sup> Art. R. 225-136 al. 4 et 5 du C. com. F.

**534.** Pour l'hypothèse d'émission d'actions de préférence au profit d'une catégorie d'actionnaires déterminée<sup>913</sup>, il semble que l'attribution de droits particuliers (pécuniaires ou non) liés à cette émission d'actions de préférence doit être soumis à une vérification autre que celle prévue dans la première hypothèse (par le commissaire aux droits particuliers). Cette vérification<sup>914</sup> est effectuée par les commissaires aux comptes qui doivent établir l'information particulière sur cette attribution<sup>915</sup>.

**535.** La vérification au profit des tiers.

L'article L. 228-15 du C. com. F., imposant la vérification des droit particuliers attachés aux actions de préférence, n'indique pas cette obligation dans le cas où les bénéficiaires sont des tiers. Cependant, cela ne signifie pas que l'émission d'actions de préférence au profit de ceux-ci est dispensée du respect de cette vérification. Car, d'une part, en réfléchissant d'une manière approfondie à cet article, nous observons que le législateur l'impose, dans le but de fournir une protection relative à l'évaluation, pour le premier type des bénéficiaires (les anciens actionnaires) et pourtant ils sont membres de la société et s'occupent de ses intérêts.

D'autre part, le ministre de la justice<sup>916</sup> a précisé que la cohérence du droit concernant les dispositions de vérification des droits particuliers prévues par cet article veut que les mêmes dispositions soit appliquées aux tiers en leur qualité de bénéficiaires d'émissions d'actions de préférence.

Il en résulte que l'obligation de vérification des droits particuliers attachés aux actions de préférence est applicable d'une manière similaire aux anciens actionnaires ou aux tiers et selon les deux hypothèses déjà indiquées<sup>917</sup>.

**536.** En deuxième lieu, une autre protection concernant les anciens actionnaires ordinaires est effectuée par la décision d'émission d'actions de préférence dans une assemblée générale compétente. Cette décision est prise au vu d'un rapport du conseil d'administration<sup>918</sup>, et, selon le cas, d'un rapport particulier des commissaires aux comptes<sup>919</sup> ou d'un rapport du

---

<sup>913</sup> Art. L. 228-15 al. 2 du C. com. F. prévoit : «Par dérogation au premier alinéa [quant à la première hypothèse], lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers [droits particuliers] qui en résultent est faite dans le rapport spécial mentionné à l'article L. 228-12».

<sup>914</sup> Art. L. 228-15 al. 2 la dernière phrase sur renvoi à L. 228-12 al. 1 sur renvoi à R. 228-17 al. 2 du C. com. F.

<sup>915</sup> V. supra, n° 190.

<sup>916</sup> Rép. min. n° 43987, JOAN Q 24 août 2004, cité par M. GERMAIN, op. cit., p. 607.

<sup>917</sup> V. supra, p. 218 à 220.

<sup>918</sup> V. supra, p. 59 et s, p. 62 et 63 ou p. 69 et 70.

<sup>919</sup> V. supra, n° 190.

commissaire aux droits particuliers<sup>920</sup>. Notons que, s'il faut décider l'augmentation de capital, outre un rapport du conseil d'administration, par ce rapport du commissaire aux droits particuliers, les actionnaires réunis dans cette assemblée disposent de la même protection que celle exigée pour donner leur approbation sur l'augmentation de capital par apports en nature<sup>921</sup>.

**537.** En troisième lieu, la protection des actionnaires ordinaires préexistants passe, comme nous avons déjà indiqué<sup>922</sup>, par la limite à un pourcentage pour l'émission des actions de préférence affectées d'une suppression totale de leur droit de vote.

**538.** En quatrième lieu, ces actionnaires ordinaires ont la faculté de suppression des actions de préférences déjà émises par le rachat de celles-ci par la société avec une réduction de son capital<sup>923</sup>.

## **B- Prohibée en droit irakien**

**539.** Contrairement au droit français, il prohibe la faculté d'émission d'actions de préférence<sup>924</sup>. L'article L. 29 al. 1 du C. SIA. prévoit : «*Le capital des SA (...) doit être composé des actions (...) égales par la valeur (...)*». Cette égalité par la valeur amène nécessairement à accorder des droits identiques pour toutes les actions dans le but de protéger le principe d'égalité entre les actionnaires<sup>925</sup>.

**540.** Nous sommes favorables (en partie) aux deux positions adoptées par les droits étudiés. Nous regrettons que, dans le premier droit, malgré l'avantage incitatif de l'émission d'actions de préférence pour maintenir le contrôle de la société, cette émission touche au principe d'égalité en créant deux types d'actionnaires, ordinaires et préférentiels. De plus, cette émission est ouverte à toutes les sociétés, en difficulté ou non et les droits particuliers attachés aux actions de préférence ne sont pas limités.

Dans le deuxième droit, même s'il respecte l'égalité entre actionnaires, la prohibition de cette émission prive la société en difficulté d'un moyen de financement important. Cette société a souvent besoin d'un moyen d'attirer des investisseurs (actionnaires ou non) pour souscrire les actions émises car dans le cas où elle n'arrive pas à obtenir ces fonds, il y a risque de liquidation.

---

<sup>920</sup> V. supra, n° 533.

<sup>921</sup> V. supra, n° 357.

<sup>922</sup> V. supra, n° 523.

<sup>923</sup> Art. L. 228-12 al. 1 du C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 735.

<sup>924</sup> H. CHAOUI, op. cit., p. 316.

<sup>925</sup> L. J. COMANY, op. cit., p. 196.

Nous préférons donc pour le droit irakien une solution intermédiaire en réservant l'émission d'actions de préférence (avec des droits particuliers pécuniaires et/ou non pécuniaires attachés) au cas où la société est en difficulté, tout en maintenant le contrôle de la société, selon certaines modalités du droit français.

En s'appuyant sur le droit français relatif aux droits particuliers, nous notons que plusieurs modes d'émission d'actions de préférence sont possibles pour conserver le contrôle de la société. A titre d'exemple, l'émission d'actions avec suppression du DPS et réservée au profit d'un ou plusieurs actionnaires dénommés ou de certaines catégories d'actionnaires déterminés, celle contenant une quantité d'actions inférieure au nombre des actions nécessaires au contrôle de la société, celle avec droit de vote limité à certaines décisions dans les assemblées générales ou celle avec privation totale du droit de vote.

Les modalités que nous retenons sont les suivantes :

L'émission des actions de préférence s'effectue par l'inscription d'une clause statutaire qui la permet et définit les droits particuliers attachés, répartis en droits pécuniaires ou non-pécuniaires.

La consultation de l'assemblée spéciale de la catégorie des actions de préférence concernée, outre l'assemblée compétente pour la décision d'augmentation du capital est nécessaire. La création des assemblées spéciales n'intervenant qu'après la première émission, cette consultation préalable ne sera pas possible pour cette émission.

L'attribution de droits particuliers, lors de l'émission d'actions de préférence doit être soumise à vérification, qui pourrait être réalisée par un comité d'experts, comme proposé pour le droit irakien lors du développement de l'information sur l'augmentation par apports en nature résultant de l'opération de fusion-absorption.

L'émission doit être décidée par l'assemblée générale compétente.

## **§2 : Emission octroyant le droit de vote double**

**541.** L'émission réservée aux actionnaires leur permet de garder le contrôle de la société et plus particulièrement celle qui donne aux anciens actionnaires un droit de vote double.

**542.** Les deux droits étudiés se différenciant sur la permission de cette émission, nous allons d'abord examiner l'émission octroyant le droit de vote double licite en droit français **(A)** et illicite en droit irakien **(B)**.



## **A- Licite en droit français**

**543.** Le droit français permet<sup>926</sup> l'émission octroyant le droit de vote double par dérogation au principe de proportionnalité du droit de vote «une action, une voix». Son but est de garder stable le contrôle de la société.

Elle est applicable<sup>927</sup> à l'émission résultant de l'augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission. L'article L. 225-123 al. 2 du C. com. F. prescrit : «(...), *en cas d'augmentation du capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, le droit de vote double peut être conféré (...)*». Cette application est possible si cette émission est composée d'actions ordinaires ou de préférence<sup>928</sup>.

**544.** Pourtant, l'octroi du droit de vote double lors de cette émission est soumis à certaines conditions cumulatives<sup>929</sup>. Il faut d'abord que l'attribution de cet octroi soit prévue, soit dans les statuts, soit décidée par l'assemblée générale statuant sur l'augmentation de capital. Ensuite, il est obligatoire que le délai de détention d'actions anciennes résultant de cet octroi au nom du même actionnaire ne soit pas inférieur à deux ans, ce qui le fait considérer «comme une prime de fidélité»<sup>930</sup>. Enfin, il est nécessaire que cet octroi soit réservé aux nouvelles actions nominatives attribuées gratuitement à l'actionnaire au travers de cette augmentation de capital par incorporation.

Par ailleurs, les actionnaires ont la possibilité d'utiliser l'octroi du droit de vote double comme un moyen de conserver le contrôle de la société uniquement par les actionnaires français ou ressortissant d'un État membre de la communauté européenne<sup>931</sup>. Cette limite territoriale vient s'ajouter aux conditions déjà indiquées.

**545.** En conséquence, ce droit de vote double est perdu lorsqu'il y a conversion au porteur ou transfert de propriété (sauf exception) de l'action nominative à laquelle il était attaché<sup>932</sup>. Ceci s'explique par le fait que ces deux actes juridiques conduisent à changer le propriétaire de l'action et du coup introduit un changement sur un facteur qui a été déterminant dans l'octroi initial de ce droit de vote.

---

<sup>926</sup> Art. L. 225-123 du C. com. F.

<sup>927</sup> Notons que le droit de vote double peut être accordé également sans l'existence d'aucune augmentation de capital.

<sup>928</sup> V. supra, n° 520.

<sup>929</sup> Art. L. 225-123 al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>930</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 102.

<sup>931</sup> Art. L. 225-123 al. 3 du C. com. F.

<sup>932</sup> Art. L. 225-124 al. 1 du C. com. F. Il faut comprendre que certains transferts de propriété n'amènent pas à cette perte, c'est prévu par ce même alinéa «Néanmoins, le transfert par suite de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de donation entre vifs au profit d'un conjoint ou d'un parent au degré successible ne fait pas perdre le droit acquis (...)».

## **B- Illicite en droit irakien**

**546.** En application du principe «une action, une voix», le droit irakien ne permet pas, de fait, l'émission donnant le droit de vote double dans l'intention de garantir le principe d'égalité entre les actionnaires<sup>933</sup>, contrairement au droit français. Il en résulte également que les actionnaires n'ont pas le moyen de maintenir le contrôle de la société par cette émission.

A notre avis, le droit irakien est plus avantageux que le droit français pour les actionnaires car il veille à ne pas toucher au principe d'égalité entre les actionnaires.

En droit français, la possibilité de l'émission octroyant le droit de vote double entraîne la rupture d'égalité entre les actionnaires. De plus, qu'il soit possible avec un certain type d'émission semble redondant ici du fait que celle-ci est réservée aux actionnaires préexistants, garantissant donc déjà le maintien de la stabilité du contrôle de la société. En outre, la condition de limites territoriales prévue par le droit français pour l'octroi du droit de vote double en vue de conserver le contrôle de la société, même si cela présente l'avantage de réduire certains risques liés aux investissements internationaux, peut constituer un élément négatif dans les intentions d'investissement dans le pays.

## **§3 : Emission d'actions différée (bons d'offre), une mesure défensive contre l'offre publique d'acquisition (OPA)**

**547.** Les deux droits comparés se différencient sur l'existence de cette émission d'actions différée (bons d'offre) prévue en droit français (A) et pas en droit irakien (B).

### **A- Prévue en droit français**

**548.** Le droit français prévoit l'émission d'actions différée (bons d'offre) en l'autorisant pendant la période d'offre publique d'acquisition (OPA)<sup>934</sup>. Cette OPA permet, d'une manière transparente, la prise de contrôle d'une société cotée<sup>935</sup>. Alexis CONSTANTIN<sup>936</sup> définit l'OPA par la procédure qui «consiste pour une personne physique ou morale (le plus souvent une société) à faire connaître publiquement, aux actionnaires d'une société dont les titres sont

---

<sup>933</sup> Art. L. 97 al. 1 du C.SIA. prévoit : « Dans la SA (...), chaque actionnaire a un nombre de voix égal au nombre de ses actions » V. égal. Talib Hassan Musa, *Manuel des sociétés commerciales*, cité par F. I. JASSIM, *op. cit.*, p. 206 et 207.

<sup>934</sup> Art. L. 233-32 II du C. com. F.

<sup>935</sup> D. CARREAU et H. LETREGUILLY, *Offres publiques d'acquisition : les réformes apportées par le nouveau règlement général du conseil des marchés financiers (CMF)*, *Rev. Sociétés* octobre/décembre 1999, n° 4, p. 690.

<sup>936</sup> A. CONSTANTIN, *op. cit.*, p. 389.

cotés, qu'elle est disposée à leur acheter les titres qu'ils détiennent afin de prendre le contrôle de cette dernière».

**549.** En principe, pendant la période de l'OPA visant une SA cotée, toute mesure<sup>937</sup> prise par les dirigeants de cette société cible (le conseil d'administration, le directeur général ou l'un des directeurs généraux délégués) et son application, susceptibles de faire échouer cette offre, sont interdites<sup>938</sup>. Cette interdiction s'explique par la volonté du législateur de garantir le bon déroulement de l'OPA et d'empêcher toute manœuvre destinée à l'échec de cette OPA sans respect des intérêts des actionnaires<sup>939</sup>.

**550.** Pourtant, cette mesure est permise si l'assemblée générale compétente de cette société cible l'approuve préalablement. Cette assemblée a seulement le pouvoir de prendre certaines mesures dans le but de se défendre contre l'OPA jugée hostile<sup>940</sup>. Cette limite de compétence se justifie par le fait que l'OPA «est adressée aux actionnaires, non à la société, ou à ses dirigeants»<sup>941</sup>.

Parmi ces mesures défensives pendant la période de l'OPA, la décision d'une augmentation de capital qui doit être prise par cette assemblée. Toute augmentation de capital étant considérée comme mesure défensive, nous nous limiterons ici à développer celle prévue particulièrement pour cette défense. Il s'agit de l'augmentation effectuée par l'émission d'actions différée (au travers d'émission d'une des valeurs mobilières donnant accès au capital, les bons d'offre)<sup>942</sup>.

**551.** L'adoption de ces bons d'offre, comme mesure défensive anti-OPA jugée hostile, était refusée longtemps par l'AMF<sup>943</sup>. Mais, depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, cette adoption devient possible par l'article L. 233-32 du C. com. F.. Ces bons d'offre sont désignés par plusieurs noms : bons d'offre, bons Breton, parfois bons patriotes ou anti-OPA<sup>944</sup>. Leur objectif est de faire face à l'OPA jugée hostile en la rendant trop coûteuse (par la multiplication

---

<sup>937</sup> Ainsi de toute délégation accordée et de toute décision du conseil d'administration prise, avant la période de l'OPA et qui n'est pas totalement appliquée, v. art. L. 233-32 III al. 1 et 2 du C. com. F.

<sup>938</sup> Art. L. 233-32 I du C. com. F. V. égal. H. LE NABASQUE, Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, Rev. Sociétés avril/juin 2006, n° 2, p. 250 et 251.

<sup>939</sup> A. VIANDIER, La suspension des délégations d'augmentation de capital en cas d'offre publique, Rev. Sociétés octobre/ décembre 2004, n° 4, p. 783.

<sup>940</sup> Art. L. 233-32 I du C. com. F. V. égal. D. PORACCHIA et D. MARTIN, Regard sur l'intérêt social, Rev. Sociétés septembre 2012, n° 09, p. 482.

<sup>941</sup> H. LE NABASQUE, Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, *ibid*, p. 257.

<sup>942</sup> Art. L. 233-32 II du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 133.

<sup>943</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 954.

<sup>944</sup> H. LE NABASQUE, Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, *ibid*, p. 257 et A. CONSTANTIN, *ibidem*, p. 403.

du nombre des actions objets de celle-ci) ce qui conduit au maintien du contrôle par la société cible<sup>945</sup>.

En vue de réaliser cet objectif en respectant les intérêts des actionnaires, l'émission de ces bons d'offre est astreinte à certaines règles.

D'abord, comme nous avons indiqué ci-dessus, cette émission doit être décidée par l'assemblée compétente de l'augmentation de capital de la société cible. Cette décision déroge à certaines dispositions exigées pour toute prise de décision par cette assemblée. Le délai de transmission de l'avis de convocation de celle-ci est raccourci<sup>946</sup>, conformément à l'article R. 225-69 du C. com. F. «(...) *ce délai est au moins de six jours sur première convocation et de quatre jours sur convocation suivante*»<sup>947</sup>. De plus, le quorum et la majorité requis pour cette assemblée sont réduits à ceux exigés pour une assemblée générale ordinaire, conformément à l'article L. 233-32 II al. 1 du C. com. F. prévoit «(...) *statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article L. 225-98,(...)*». Ainsi ce quorum établit que les actionnaires présents ou représentés doivent posséder, sur première convocation, au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. Cette majorité est celle des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés<sup>948</sup>.

Par ailleurs, la possibilité de délégation de l'émission des bons d'offre au conseil d'administration est, comme pour toute émission, accordée par cette assemblée compétente de l'augmentation de capital de la société cible<sup>949</sup>.

Ensuite, l'émission des bons d'offre doit être faite pendant la période d'OPA qui est de vingt-cinq jours de négociation<sup>950</sup>. Il est nécessaire qu'elle s'adresse à tous les actionnaires de cette société en leur permettant de les acquérir gratuitement<sup>951</sup>. En effet, il n'est pas possible de la réserver à certains actionnaires, ceci représenterait une atteinte à la règle de l'égalité entre les actionnaires<sup>952</sup>.

Quant à la quantité de cette émission, on ne trouve aucune limite sur ce point. Les actionnaires réunis dans l'assemblée compétente ont donc la liberté d'en fixer le nombre. Mais il est

---

<sup>945</sup> P.-H. CONAC, Les bons de souscription d'actions " plavix" et les principes généraux des offres publiques, Rev. Sociétés avril/juin 2005, n° 2, p. 328.

<sup>946</sup> Pour connaître le délai de transmission de l'avis de convocation dans les conditions normales, v. supra, n° 76 à 78.

<sup>947</sup> Notons que ce même délai est également imposé pour la consultation avant cette assemblée générale (art. R. 225-89 al. 2 du C. com. F.).

<sup>948</sup> Art. L. 225-98 al. 2 et 3 du C. com. F.

<sup>949</sup> Art. L. 233-32 II al. 2 et 3 du C. com. F.

<sup>950</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 396.

<sup>951</sup> Art. L. 233-32 II al. 1 du C. com. F.

<sup>952</sup> H. LE NABASQUE, Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, op. cit., p. 261.

conseillé d'émettre une quantité importante de bons d'offre car plus il en existe, plus grande est la chance de faire échouer l'OPA et donc de conserver le contrôle de la société cible<sup>953</sup>.

Enfin, il faut que l'émission donne la faculté de souscription aux actions de cette société. Cette souscription est obligatoirement effectuée à des conditions préférentielles, conditions dont le détail n'est pas prévu par la loi (article L. 233-32 II al. 1 du C. com. F.).

Pourtant, elles sont développées par Hervé LE NABASQUE<sup>954</sup>. D'après lui, à juste titre, elles portent notamment sur le prix d'émission des bons d'offre. Cette émission ne doit pas être fixée à la prime forte (au cours de bourse), elle peut être déterminée à la prime avec une décote importante ou à la valeur nominale. Comme Renaud MORTIER<sup>955</sup> le souligne, plus les bons d'offre sont émis à une valeur attractive pour les actionnaires, à une de ces deux possibilités par d'exemple, plus ils sont défensifs pour le maintien du contrôle de la société cible.

Pour la sanction de la violation des règles de l'émission des bons d'offre déjà évoquées, il peut y avoir annulation (la nullité facultative)<sup>956</sup> et, le cas échéant, mise en cause de la responsabilité civile ou pénale des personnes en infraction<sup>957</sup>.

**552.** Par ailleurs, nous remarquons que l'émission des bons d'offre n'atteint son objectif déjà indiqué<sup>958</sup> que si elle conduit à faire échouer l'OPA. Dans ce cas, l'article L. 233-32 II al. 4 du C. com. F. prévoit : « *Ces bons deviennent caducs de plein droit (...)* ». Cette caducité se justifie par le fait que cette émission est défensive anti-OPA, une fois cet objectif atteint, elle n'a plus de raison d'être, ses conditions préférentielles n'étant plus souhaitables ni pour la société, ni pour sa cotation en bourse<sup>959</sup>.

Dans le cas de la réussite de l'OPA, l'émission des bons d'offre a seulement pour objet d'élever le coût de la prise de contrôle par l'initiateur de cette OPA, sans le conserver.

## **B- Pas prévue en droit irakien**

**553.** A la différence du droit français, il ne prévoit pas l'émission d'actions différée (bons d'offre) car il ne prévoit pas l'OPA. En examinant les lois concernées (C. SIA., C. PMIV et R.

---

<sup>953</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 135.

<sup>954</sup> H. LE NABASQUE, Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, ibid, p. 262 et 263.

<sup>955</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 136.

<sup>956</sup> Art. L. 225-149-3 al. 3 du C. com. F.

<sup>957</sup> V. supra, p. 158 et s. et p. 161 et s.

<sup>958</sup> V. supra, n° 551.

<sup>959</sup> H. LE NABASQUE, ibid, p. 262.

AMIV), nous n'observons aucune disposition relative à l'OPA. Cela se justifie, à notre avis, par le fait que le législateur se contente de permettre de prendre le contrôle d'une SA cotée par l'acquisition simple, faite par une personne physique ou morale agissant seule ou de concert, concernant une participation importante de son capital avec l'obligation d'information sur cette participation<sup>960</sup>. De ce fait, nous pouvons indiquer que l'absence de prévision de ces bons d'offre s'explique par leur non-nécessité.

A notre avis, dans tous les cas, le contrôle de la société peut être pris, soit par cette acquisition simple, soit par l'OPA. Mais, si on analyse la deuxième possibilité prévue seulement par le droit français, on remarque qu'elle présente une garantie indéniable : d'une part, outre les règles protectrices, l'OPA est effectuée d'une manière transparente, sous la surveillance de l'AMF ; D'autre part, elle permet aux actionnaires de la société cible de se défendre d'une OPA jugée hostile par certaines mesures protectrices, dont l'émission des bons d'offre, maintenant le contrôle de la société.

Comme nous ne pouvons pas abandonner la première possibilité car elle permet d'acquérir la participation prenant le contrôle de la société ou non, il serait souhaitable que le droit irakien prévoit l'OPA en plus, en accordant également une mesure défensive (émission des bons d'offre). Celle-ci se passerait comme en droit français et selon les modalités suivantes.

Cette émission doit être décidée par l'assemblée de la société cible et bénéficie de dispositions spécifiques quant au délai de transmission de l'avis de convocation, au quorum et à la majorité requise.

L'émission s'adresse à tous les actionnaires de la société cible en leur permettant de les acquérir gratuitement.

L'émission doit donner la faculté de souscription aux actions à émettre à des conditions préférentielles.

Si les actionnaires ont besoin d'une protection lors de toute émission (maintien du contrôle de la société ou non), la nécessité de cette protection est plus grande au cours des émissions avec suppression du DPS.

C'est ce que nous exposerons dans la prochaine sous-section.

## **S. section 2 : Emissions d'actions avec suppression du DPS**

---

<sup>960</sup> V. supra, p. 139 et s.

**554.** Les deux droits étudiés sont différents sur cette question. Le droit français prescrit plusieurs émissions d'actions avec suppression du DPS et permet des délégations. Le droit irakien prévoit seulement l'émission d'actions avec suppression du DPS et ne permet pas de délégation.

**555.** Au regard de cette différence, nous présenterons séparément la protection des actionnaires lors de ces émissions en commençant d'abord le droit français (**§1**) puis le droit irakien (**§2**).

### **§1 : Protection des actionnaires lors des émissions avec suppression du DPS assorties d'une délégation en droit français**

**556.** Les actionnaires sont doublement exposés au risque par les émissions avec suppression du DPS (**A**) et par les délégations assorties à celle-ci (**B**).

#### **A- Protection relative aux émissions avec suppression du DPS**

**557.** L'émission peut comporter la suppression du DPS des actionnaires préexistants. Cette suppression du DPS se justifie par l'intérêt social<sup>961</sup>, celui-ci n'étant pas défini par la loi. La doctrine se divise donc sur cette définition selon l'adoption de la notion contractuelle ou institutionnelle de la société.

Certains<sup>962</sup> adoptant une notion contractuelle de la société, pensent que l'intérêt social est seulement l'intérêt commun des actionnaires.

D'autres<sup>963</sup>, adoptant une notion institutionnelle de la société, estiment que l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise.

La jurisprudence, quant à elle, suit ces deux mêmes opinions doctrinales<sup>964</sup>.

---

<sup>961</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 650.

<sup>962</sup> D. SCHMIDT, De l'intérêt social, RD bancaire et fin. 1995, p. 130. V. égal. G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome I volume II, 18<sup>e</sup> éd., LGDJ 2002, p. 369.

<sup>963</sup> J.-J. DAIGRE, Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?, Dr. et patr. juillet/août 1996, p. 21 et P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. Sociétés janvier/mars 1999, n° 1, p. 5.

<sup>964</sup> Lamy Sociétés commerciales et I. VEZINET, La position des juges sur l'intérêt social, cité par P. BISSARA, ibid, p. 12.

Actuellement, l'intérêt social devient un critère important d'organisation des liens juridiques dans la société. La juridiction l'adopte pour trancher les conflits d'intérêts pouvant surgir entre organes sociaux<sup>965</sup> et valider certains actes juridiques émis par eux.

**558.** En s'appuyant sur la deuxième opinion de la doctrine, quelquefois l'intérêt social exige des actionnaires le sacrifice de leurs DPS<sup>966</sup> en acceptant la dilution de leurs droits politiques et financiers lors d'une décision collective de l'assemblée générale compétente de supprimer leurs DPS. Cette suppression peut porter sur la totalité de l'émission ou sur une ou plusieurs tranches de celle-ci. L'article L. 225-135 al. 1 du C. com. F. prévoit : «*L'assemblée [générale extraordinaire] qui décide ou autorise une augmentation de capital (...), peut supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation*».

L'intérêt social de cette suppression du DPS est représenté par la possibilité de soustraire la société aux créances, de réaliser l'opération de fusion importante, de faire participer les salariés au capital, de faire entrer de nouveaux investisseurs dans la société ; de procéder à l'émission dans un délai plus rapide ou d'émettre des actions à un prix proche du cours de bourse<sup>967</sup>.

Le danger entraîné par cette suppression du DPS peut être réduit, comme nous avons déjà développé lors de l'occasion de la mise en œuvre de l'augmentation de capital, par le droit de priorité de souscription, par le droit à la prime d'émission ou par l'émission des actions de préférence garantissant le maintien du le contrôle de la société.

**559.** De fait, nous nous limiterons ici à exposer une autre protection concernant cette suppression du DPS. Cette protection peut garantir les intérêts des actionnaires préexistants en cas d'émission avec suppression du DPS sans indication de bénéficiaires **(1)** ou au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées **(2)**.

### **1- Cas d'émission avec suppression du DPS sans indication de bénéficiaires**

**560.** Cette émission peut être faite par offre au public **(a)** ou par placement privé **(b)**.

#### **a- Emission par offre au public**

**561.** Actuellement, la notion d'appel public à l'épargne n'est plus utilisée. L'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 remplace cette notion par celle d'offre au public. Cette offre au

---

<sup>965</sup> D. PORACCHIA et D. MARTIN, op. cit., p. 478.

<sup>966</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), ibid, p. 650.

<sup>967</sup> H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, op. cit., p. 507. V. égal. A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 42.



public (avec suppression du DPS ou non) est définie par l'article L. 411-1 du CMF. « *L'offre au public de titres financiers est constituée par l'une des opérations suivantes : 1. Une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers ; 2. Un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers* ».

**562.** Dans l'hypothèse où l'émission par offre au public (avec suppression du DPS ou non) est effectuée dans un marché réglementé, elle est soumise au contrôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF), notamment lors de la demande du visa du prospectus<sup>968</sup> imposé pour faire cette offre<sup>969</sup>. Conformément à l'article L. 621-1 al. 1 du CMF., cette AMF est l'« (...) , autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international ».

**563.** L'émission par offre au public avec suppression du DPS est réservée aux sociétés faisant offre au public (cotées ou non)<sup>970</sup>. Cette suppression du DPS est prévue par l'article L. 225-136 al. 1 du C. com. F. « *L'émission de titres de capital sans droit préférentiel de souscription par une offre au public* ». Elle est sans indication de bénéficiaires (suppression totale du DPS) et représente une arme à double tranchant. En effet, d'une part, elle présente des avantages, comme la possibilité de faciliter le succès d'opération de l'augmentation de capital<sup>971</sup>, celle de stipuler une prime d'émission importante et celle de faire appel au marché international<sup>972</sup>, mais d'autre part, elle conduit à une dilution importante des droits des actionnaires.

#### **b- Emission par placement privé (augmentation annuelle de capital)**

**564.** Cette émission est possible seulement pour les sociétés faisant offre au public (cotées ou non)<sup>973</sup>. Elle comporte la suppression totale du DPS sans indication de bénéficiaires. L'article

---

<sup>968</sup> Pour comprendre le contenu du prospectus, v. infra, n° 622 à 623.

<sup>969</sup> J.-J. DAIGRE & B. FRANÇOIS, Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne, Rev. Sociétés janvier/mars 2009, n° 1, p. 27 et A. VIANDIER, OPA, OPE garantie de cours, retrait, OPV, 2<sup>e</sup> éd., Litec 1993, p. 176.

<sup>970</sup> Art. L. 225-136 al. 1, 2 (1°) et 4 (2°) du C. com. F.

<sup>971</sup> J.-J. DAIGRE, Les émissions sans droit préférentiel de souscription, op. cit., p. 480.

<sup>972</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 186.

<sup>973</sup> Art. L. 225-136 al. 1, 3, 4 (2°) et 5 (3°) du C. com. F.

L. 225-136 al. 1 du C. com. F. prévoit : «*L'émission de titres de capital sans droit préférentiel de souscription (...) ou par une offre [placement privé] visée au II de l'article L. 411-2 du CMF*».

La différence par rapport à l'émission part offre au public avec suppression du DPS est qu'elle est faite «en dehors d'un marché réglementé et dans un public d'investisseurs de moins de 300 personnes [cas du placement privé destiné aux investisseurs qualifiés]<sup>974</sup> ou de moins de 150 personnes [cas du placement privé destiné à un cercle restreint d'investisseurs]<sup>975</sup>. Ceci entraîne une exonération de visa du prospectus<sup>976</sup>, et une émission dans un délai plus rapide que celle par offre au public.

L'objectif de l'émission par placement privé est de faciliter le financement de la société auprès des investisseurs institutionnels<sup>977</sup>.

**565.** Afin de protéger les anciens actionnaires, ce financement est soumis à deux conditions.

La première relative aux bénéficiaires : l'appel à la souscription aux actions doit être adressé exclusivement aux investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs<sup>978</sup>. Ces bénéficiaires sont définis par l'article L. 411-2, II, 2 al. 2 et 3 du CMF<sup>979</sup> :

Les investisseurs qualifiés sont «*une personne ou une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers*». Ils sont composés de deux catégories : les clients professionnels et les contreparties éligibles<sup>980</sup>.

Le cercle restreint d'investisseurs est «*composé de personnes, autres que des investisseurs qualifiés, dont le nombre est inférieur à un seuil fixé par décret [150 personnes]* ».

La deuxième relative au pourcentage des actions émises par rapport au capital social préexistant : ce pourcentage doit être limité à 20 % de ce capital par an<sup>981</sup>. Cela se justifie, à notre avis, par la volonté du législateur de réduire le risque encouru par les actionnaires lié à ce type de financement.

---

<sup>974</sup> S. PÉRONNE et S. ROBINEAU, La nouvelle notion d'appel public à l'épargne, Rev. Sociétés janvier/mars 1999, n° 1, p. 37.

<sup>975</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 788.

<sup>976</sup> J.-J. DAIGRE & B. FRANÇOIS, op. cit., p. 13.

<sup>977</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 651.

<sup>978</sup> Art. L. 225-136 al. 1 du C. com. F. sur renvoi à l'article L. 411-2 II du CMF.

<sup>979</sup> S. PÉRONNE et S. ROBINEAU, op. cit., p. 38-40 ; M. LOY, L'augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription par placement privé, JCP E 30 juillet 2009, n° 31-34, p. 33 et 34 et P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 787 et 788.

<sup>980</sup> Art. D. 411-1 al. 2 (1°) et 3 (2°) du CMF.

<sup>981</sup> Art. L. 225-136 al. 5 (3°) du C. com. F. V. égal. J.-J. DAIGRE & B. FRANÇOIS, op. cit., p. 31.

**566.** Par ailleurs, dans l'émission par placement privé avec suppression totale du DPS, mais seulement pour les SA cotées, une autre faculté de financement existe. Dans le but de faciliter l'augmentation de capital pour ce type de société, cette faculté est restreinte à une seule condition : le pourcentage des actions émises par rapport au capital social préexistant doit être limité à 10 % par an. Dans cette possibilité, l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital peut donner délégation au conseil d'administration<sup>982</sup>.

## **2- Cas d'émission avec suppression du DPS au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées (émission réservée)**

**567.** L'article L. 225-138 I al. 1 du C. com. F. prévoit : «*L'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut la réserver à une ou plusieurs personnes nommément désignées ou catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées [par elle]. A cette fin, elle peut supprimer le droit préférentiel de souscription*». En vertu de cet article, cette émission comporte la suppression du DPS et est réservée. Elle peut l'être au profit des deux types de bénéficiaires :

- en premier lieu, cette émission réservée est au profit d'une ou plusieurs personnes dénommées. Celles-ci peuvent faire partie des actionnaires anciens (par exemple un ou certains actionnaires, ou titulaire d'un compte courant d'actionnaire dans la société), ou des tiers (par exemple «des investisseurs institutionnels dont l'identité serait d'ores et déjà connue»<sup>983</sup> ou des créanciers non obligataires).

- en deuxième lieu, l'émission réservée est au profit de catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées (émission catégorielle).

La définition de la catégorie est «un ensemble de personnes, non individualisées, ayant des caractères communs»<sup>984</sup>. L'émission réservée «catégorielle»<sup>985</sup> peut être au profit d'un ou plusieurs catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées. En vue de réaliser l'intérêt social par l'émission catégorielle, la détermination de ces caractéristiques est exclusivement faite par l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital<sup>986</sup>.

---

<sup>982</sup> Art. L. 225-136 al. 3 (1°) du C. com. F. V. égal. J.-J. DAIGRE, Les émissions sans droit préférentiel de souscription, op. cit., p. 487.

<sup>983</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 178.

<sup>984</sup> L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, Les émissions réservées, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 3, p. 519.

<sup>985</sup> L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, ibid.

<sup>986</sup> Art. L. 225-138 I al. 2 du C. com. F. prévoit : «Lorsque l'assemblée générale extraordinaire supprime le droit préférentiel de souscription en faveur d'une ou plusieurs catégories de personnes répondant à des caractéristiques qu'elle fixe».

La catégorie des bénéficiaires de cette émission peut être déterminée parmi des catégories d'actionnaires ou de tiers (à titre d'exemple, l'émission en faveur des titulaires d'une catégorie d'actions ou des titulaires d'une catégorie de valeurs mobilières donnant accès au capital ou des membres d'une association<sup>987</sup>, ou des actionnaires d'une société apporteuse dans le cadre d'une opération de restructuration ou des salariés).

**568.** Dans le cas où les actionnaires réunis dans l'assemblée visée ne peuvent pas préciser l'identité exacte des bénéficiaires de l'émission catégorielle, ils ont la possibilité de donner une délégation au conseil d'administration. Celle-ci est toujours limitée à la délégation de compétence. Conformément à l'article L. 225-138 II al. 2 du C. com. F., la délégation accordée porte sur *«le soin d'arrêter la liste des bénéficiaires au sein de cette ou de ces catégories et le nombre de titres à attribuer à chacun d'eux, dans les limites des plafonds prévus au premier alinéa de l'article L. 225-129-2»*.

**569.** L'observation des deux types des bénéficiaires de l'émission réservée nous montre que le risque de réduction des droits (politiques ou financiers) résultant de la suppression du DPS peut toucher certains actionnaires ou tous.

En vue de connaître la protection des actionnaires contre ce risque, lors de la mise en œuvre de l'augmentation de capital, nous développerons des situations d'émission réservée. Pourtant, en raison du fait que certaines d'entre elles ne relèvent pas de réglementations spéciales, nous limiterons ici à développer deux situations. Ce sont l'émission réservée aux titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital **(a)** et aux salariés de la société **(b)**.

#### **a- Emission réservée aux titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital (augmentation différée)**

**570.** L'article L. 228-1 al. 1 du C. com. F. définit les valeurs mobilières *«(...) sont des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, qui confèrent des droits identiques par catégorie»*.

Michel GERMAIN (avec le concours de Véronique MAGNIER)<sup>988</sup> définit également d'une manière plus claire ces valeurs mobilières : *«sont des titres émis par une personne morale publique ou privée pour un montant global et déterminé, qui confèrent des droits identiques à leurs titulaires pour une même émission, éventuellement remboursables à une date unique ou*

---

<sup>987</sup> R. MORTIER, *ibid*, p. 178.

<sup>988</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 559.

par amortissements successifs, à une échéance qui dépasse la durée normale des crédits à court terme». Les valeurs mobilières<sup>989</sup> comprennent les actions, titres en voie d'extinction<sup>990</sup>, titres participatifs, obligations, valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance.

Ce qui nous intéresse ici sont seulement ces valeurs mobilières donnant accès au capital. Avant l'ordonnance du 24 juin 2004, celles-ci relèvent de plusieurs régimes juridiques, après elles sont réglementées par un seul régime simplifié<sup>991</sup> sous l'intitulé « les valeurs mobilières donnant accès au capital ».

Elles se divisent en deux types<sup>992</sup>, les simples [comme par exemple, bons de souscription d'actions (BSA)<sup>993</sup>, obligations convertibles en actions (OCA), obligations échangeables en actions (OEA) et obligations remboursables en actions (ORA)] et les composées [comme, par exemple, obligations avec bon de souscription d'actions OBSA, obligations à bon de souscription d'actions remboursables (OBSAR) et actions avec bon de souscription d'actions (ABSA)]. Les valeurs mobilières composées sont constituées d'un titre primaire et d'un titre secondaire.

**571.** Les sociétés anonymes ont la possibilité d'effectuer l'émission avec suppression du DPS et réservée au profit des titulaires de ces valeurs mobilières donnant accès au capital. Les articles prescrivent : L. 228-91 al. 1 du C. com. F. «*Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital (...)*», L. 225-127 al. 2 du même code «*Il [capital social] peut également être augmenté par l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital (...)*» et L. 225-132 al. 6. du même code «*La décision d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital emporte également renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux titres de capital auxquels les valeurs mobilières émises donnent droit*». Notons que l'augmentation de capital est qualifiée ici de différée car elle ne résulte pas des valeurs mobilières donnant accès au capital par elles-mêmes mais de l'exercice des droits attachés à celles-ci. Ces droits sont représentés par le droit de souscription aux actions émises.

**572.** Le but de l'émission avec suppression du DPS et réservée aux titulaires de ces valeurs mobilières donnant accès au capital est, à notre avis, de permettre la défense contre la prise de

---

<sup>989</sup> V. articles L. 228-7 à L. 228-106 du C. com. F.

<sup>990</sup> Ces titres comportent les certificats d'investissement, les actions de priorité et les actions à dividende prioritaires sans droit de vote (articles L. 228-29-8 à L. 228-35-11 du C. com. F.).

<sup>991</sup> B. GRELON, Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 3, p. 579.

<sup>992</sup> A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. de VENDEUIL (avec la collaboration de S. LE PAVEC), Valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004, JCP E 28 juillet 2005 n° 30, p. 1263 et A. CONSTANTIN, op. cit., p. 196.

<sup>993</sup> Il faut comprendre que ces BSA ne contiennent pas les bons d'offre, déjà développés et relevant d'un régime particulier (v. supra, n° 548 à 552).

contrôle de la société par l'OPA, indirectement l'emprunt facilité par les obligations, la libération des créances obligataires ou l'augmentation de la participation en capital des actionnaires en leur réservant tous les droits de souscription aux actions nouvelles par l'incitation des actionnaires déjà en place

**573.** Dans l'hypothèse où les bénéficiaires de l'émission réservée aux titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont tous les actionnaires préexistants, il n'existe pas de risque de réduction de leurs droits résultant de la suppression du DPS, donc exclut cette émission du champ d'application de ce paragraphe.

Si les bénéficiaires de l'émission avec suppression du DPS et réservée aux titulaires de ces valeurs mobilières donnant accès au capital sont des actionnaires ou des tiers, ce risque est envisagé et touche certains actionnaires ou tous.

Face à cela, plusieurs mesures protégeant les actionnaires sont prévues.

D'abord, en raison de l'existence de certaines particularités concernant cette augmentation différée (deux étapes d'émission : celle pour les valeurs mobilières donnant accès au capital et celle pour les actions en contrepartie), nous revenons rapidement sur certaines garanties offertes aux actionnaires déjà développées dans notre recherche. Elles concernent la décision par l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital ou la délégation de ses pouvoirs ou sa compétence à cet effet<sup>994</sup>. Cette décision ou délégation doit être prononcée au vu du rapport particulier du conseil d'administration et de celui du commissaire aux comptes<sup>995</sup>. De plus, seulement lors de l'étape de l'émission pour les valeurs mobilières donnant accès au capital, les actionnaires doivent disposer, proportionnellement au nombre de leurs actions, d'un DPS à ces valeurs mobilières. En cas de non-respect, cette émission est entachée de nullité obligatoire<sup>996</sup>.

Ensuite, l'exercice du droit de souscription attaché à des valeurs mobilières donnant accès au capital est une faculté «donnant accès au capital» et non une obligation pour leurs titulaires. Indirectement, ceci entraîne éventuellement pour les actionnaires une baisse du pourcentage

---

<sup>994</sup> Art. L. 228-92 al. 1 du C. com. F. V. égal. A. CONSTANTIN, op. cit., p. 198.

<sup>995</sup> Art. L. 228-92 al. 2 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 603. Pour le contenu de ces rapports particuliers du conseil d'administration et des commissaires aux comptes, il est prévu par l'article R. 225-117 al. 1 et 2 du C. com. F. «(...) est régi par les articles R. 225-113 et R. 225-114 ainsi que, selon les cas, par les articles R. 225-115 (...) [pour ces trois articles, v. supra, p. 59-65, 69-70 et 74-78 (mais pour mieux comprendre seulement ce deuxième article dans notre recherche, il faut seulement remplacer le terme « des nouveaux titres de capital » par «des nouvelles valeurs mobilières donnant accès au capital »)].

Sont en outre indiquées les caractéristiques des valeurs mobilières (...) donnant accès au capital, les modalités d'attribution des titres (...) de capital auxquels ces valeurs mobilières donnent droit, ainsi que les dates auxquelles peuvent être exercés les droits d'attribution».

<sup>996</sup> Art. L. 228-91 al. 2 ainsi 3 et L. 228-95 du C. com. F. V. égal. A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. de VENDEUIL (avec la collaboration de S. LE PAVEC), op. cit., p. 1263.

du risque résultant de suppression DPS : non utilisation du droit pour la totalité de la souscription par ses titulaires, quelle qu'en soit la cause.

Enfin, les protections du contrat d'émission liées directement à l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital, au nombre de deux.

D'une part, ce contrat limite la quantité des actions en contrepartie (par exemple, il prévoit que cinq bons permettent d'obtenir deux actions<sup>997</sup>) et, dans la mesure où cette contrepartie peut être d'actions ordinaires ou de préférence<sup>998</sup>, il peut la réserver à ces actions ordinaires.

En effet, l'émission des actions de préférence entraîne une dilution importante des droits des actionnaires et la majorité peut la décider sans prendre en compte sa nécessité par rapport à l'état de la société.

D'autre part, le contrat d'émission exige un délai déterminé pour l'exercice des droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital<sup>999</sup>, après expiration, en cas de non utilisation par son titulaire, le droit n'est plus utilisable.

## **b- Emissions réservées aux salariés de la société (l'actionariat des salariés)**

**574.** Aujourd'hui, les salariés ont, outre la participation aux décisions et aux résultats sociaux, la participation au capital de leur société<sup>1000</sup>. Cette dernière peut effectuer une émission avec suppression du DPS et réservée au profit des salariés. L'objectif de cette émission réservée est de retenir les salariés, considérés comme financiers adhérent déjà à la société<sup>1001</sup> par leur travail, d'inciter les salariés à épargner pour améliorer leur situation financière<sup>1002</sup> ou d'améliorer la gestion et le travail dans la société<sup>1003</sup>.

**575.** L'émission avec suppression du DPS et réservée au profit des salariés comporte trois types qui sont l'émission par la levée des options de souscription d'actions (**b-1**), celle par les attributions gratuites d'actions (**b-2**) ou celle au profit des adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (**b-3**).

### **b-1- Emission par la levée des options de souscription d'actions (augmentation différée)**

---

<sup>997</sup> J.-P. DOM, La protection des titulaires de bons de souscription d'actions admises sur un marché réglementé, note sous Cass. com., 27 février 2001, Rev. Sociétés janvier-mars 2001, n° 1, p. 364.

<sup>998</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 601.

<sup>999</sup> A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. de VENDEUIL (avec la collaboration de S. LE PAVEC), op. cit., p. 1263.

<sup>1000</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 79 et 80.

<sup>1001</sup> R. FOY & P. de FRÉMINET, Loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié du 30 décembre 2006 Rev. Sociétés janvier/mars 2007, n° 1, p. 2.

<sup>1002</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 736.

<sup>1003</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *ibid*, p. 669.

**576.** Il existe les options de souscription ou d'achat d'actions<sup>1004</sup>. Ces options ont été introduites en droit français par la loi du 31 décembre 1970, selon un mécanisme inspiré du système américain des «*stock option plans*».

Nous nous limiterons ici à ces options de souscription d'actions car la levée des «options d'achat d'actions» n'entraîne pas d'augmentation de capital, objet de notre recherche.

**577.** Une option de souscription d'actions est celle qui «constitue un droit individuel permettant à son titulaire – un salarié ou un dirigeant exécutif (...) - de souscrire une action nouvellement émise à cette occasion (...), à un prix qui a été fixé ne varietur (sauf «ajustement» pour certaines opérations financières ultérieures) au moment où l'option a été accordée»<sup>1005</sup>.

**578.** Les sociétés SA peuvent émettre les options de souscription d'actions et ensuite, effectuer une émission des actions nouvelles avec suppression du DPS et réservée au profit des bénéficiaires de ces options. Les articles prévoient : L. 225-177 al. 1 du C. com. F. «(...), *des options donnant droit à la souscription d'actions*»<sup>1006</sup> et L. 225- 178 al. 1 du même code «(...), *au profit des bénéficiaires des options, renonciation expresse des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux actions qui seront émises au fur et à mesure des levées d'options*».

Notons que l'augmentation de capital est entraînée ici par l'exercice du droit de souscription attaché à une option (par la levée de celle-ci) et pour cela qualifiée de différée.

**579.** Les bénéficiaires de l'émission visée avec suppression du DPS et réservée sont, selon les destinataires auxquels sont attribués les options consenties, tout ou partie des salariés de la société<sup>1007</sup> conformément à l'article L. 225-177 al. 1 du C. com. F. «(...) *à consentir, au bénéfice des membres du personnel salarié de la société ou de certains d'entre eux, des options (...)*», mais le choix de ces bénéficiaires est limité à la non-possession par le salarié-actionnaire de plus de 10 % du capital social<sup>1008</sup>.

Le danger résultant de cette émission pour tous les actionnaires ou une partie d'eux est la dilution totale ou partielle des droits politiques et financiers, selon que le salarié bénéficiaire est déjà actionnaire ou non.

**580.** Pour cela, le législateur a créé plusieurs protections.

En premier lieu, au regard de l'existence de certaines particularités relatives à cette augmentation différée (deux étapes d'émission : celle pour les options de souscription d'actions

---

<sup>1004</sup> Art. L. 225-177 du C. com. F.

<sup>1005</sup> R. FOY, Plus-value résultant de stock-options et indemnités de licenciement, note sous Cass. com., 30 mars 2011, Rev. Sociétés janvier 2012, n° 01, p. 31.

<sup>1006</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 669 et R. MORTIER, op. cit., p. 120.

<sup>1007</sup> R. FOY & P. de FRÉMINET, op. cit., p. 7.

<sup>1008</sup> Art. L. 225-182 al. 2 du C. com. F.



et celle pour les actions contreparties), nous développerons rapidement certaines garanties offertes aux actionnaires (car déjà indiquées dans notre recherche).

Lorsqu'il y a une délégation donnée au conseil d'administration pour consentir des options, ces garanties concernent l'exigence d'octroi de cette délégation par l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital<sup>1009</sup>. En outre, cette délégation doit être accordée au vu du rapport particulier du conseil d'administration et du rapport particulier du commissaire aux comptes<sup>1010</sup>. Dans l'hypothèse où le type de délégation accordée est celle de compétence, celle-ci doit être limitée par une résolution spécifique<sup>1011</sup>.

En deuxième lieu, comme pour les titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital, l'exercice des droits de souscription attachés aux options consenties est optionnel. Il est, en effet, possible que tous les bénéficiaires ou certains ne l'exercent pas du fait que, notamment, la plus-value (la différence entre le prix de souscription et la valeur de l'action) potentiellement obtenue n'est pas attirante<sup>1012</sup>. Indirectement, ceci permet de supprimer ou baisser le pourcentage du risque résultant de la suppression DPS pour les actionnaires.

En troisième lieu, le délai d'exercice des droits de souscription attachés aux options consenties représente une protection indirecte. Ce droit doit être utilisé dans un délai fixé. Cette fixation est faite par l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital<sup>1013</sup>. A l'expiration de ce délai, le bénéficiaire ne peut plus l'utiliser.

---

<sup>1009</sup> Art. L. 225-177 al.1 du C. com. F. V. égal. R. VATINET, Les options de souscription ou d'achat d'actions dans la loi sur les nouvelles régulations économiques, Rev. Sociétés juillet/septembre 2001, n° 03, p. 581.

<sup>1010</sup> Art. L. 225-177 al.1 du C. com. F.

Concernant le contenu de ces rapports particuliers du conseil d'administration et des commissaires aux comptes, il est prescrit par l'article R. 225-144 al. 1 et 2 du C. com. F. «Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, indique dans le rapport prévu à l'article L. 225-177 les motifs de l'ouverture des options de souscription (...) d'actions ainsi que les modalités proposées pour la fixation du prix de souscription (...) . Les noms des bénéficiaires éventuels des options et le nombre des titres sur lesquels portent ces options peuvent ne pas être précisés.

Les commissaires aux comptes, dans le rapport prévu au même article, donnent leur avis sur les modalités proposées pour la fixation du prix de souscription (...)».

Notons que la violation liée à l'établissement de ces rapports est soumise à la même sanction de nullité déjà développée et à ses effets directs ou indirects, v. supra, p. 173 et s.

<sup>1011</sup> Art. L. 225-129-2 al. 3 sur renvoi à L. 225-177 du C. com. F.). Pour comprendre ces limites de la délégation, v. infra, p. 245 et s.

<sup>1012</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER) op. cit., p. 668 et 669 et P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 736.

<sup>1013</sup> Art. L. 225-183 al. 1 du C. com. F.

En quatrième lieu, la limite du nombre total d'actions en contrepartie des options, sauf l'hypothèse d'ajustement<sup>1014</sup>, ne doit pas excéder le tiers du capital social<sup>1015</sup>. Cette exigence est intéressante car elle réduit le danger lié à la suppression du DPS des actionnaires.

En dernier lieu, l'obligation faite aux bénéficiaires de conserver les actions obtenues par la levée des options durant un délai imposé, délai déterminé par les actionnaires réunis en assemblée visée et qui n'excède pas trois ans à compter de cette levée<sup>1016</sup>.

La justification de cette obligation de conservation des actions obtenues est, à notre avis, de renforcer les motivations d'investissement des salariés-actionnaires, les amenant à conserver leur actionnariat salarial, et d'éviter, au moins momentanément, les risques d'accès au capital par des investisseurs hors société en raison de l'acquisition de ces actions.

## **b-2- Emission par les attributions gratuites d'actions**

**581.** Il est capital d'indiquer que les AGA (attributions gratuites d'actions) peuvent être faites en faveur des actionnaires (ce qu'on appelle dans notre recherche, l'émission par incorporation) ou des salariés. Seulement la deuxième possibilité de ces AGA nous intéresse ici.

**582.** Ces AGA peuvent porter sur les actions anciennes acquises par la société elle-même (hors objet de notre recherche) ou sur les nouvelles<sup>1017</sup>. Les sociétés SA cotées ou non<sup>1018</sup> peuvent effectuer cette émission nouvelle par les AGA avec suppression du DPS et réservée au profit des salariés selon l'article L. 225-197-1 I al. 1 du C. com. F. «(...), à une attribution gratuite d'actions (...) ou à émettre» et al. 4 du même article «Lorsque l'attribution porte sur des actions à émettre,(...) emporte de plein droit, au profit des bénéficiaires des actions attribuées gratuitement, renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription»<sup>1019</sup>.

Les bénéficiaires de cette émission réservée sont les salariés selon l'article L. 225-197-1 I al. 1 du C. com. F. «(...), au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux». Il apparaît que ces bénéficiaires ne doivent être qu'une ou plusieurs catégories des salariés (seulement émission réservée catégorielle). En outre, aucun des bénéficiaires ne doit pas déjà détenir plus de 10 % du capital social<sup>1020</sup>.

---

<sup>1014</sup> L'ajustement de ce nombre total d'actions est exigé lorsque le prix de souscription est supérieur au cours de bourse (art. R. 225-143 sur renvoi à R. 225-138 du C. com. F.).

<sup>1015</sup> Art. L. 225-182 al. 1 sur renvoi à R. 225-143 du C. com. F.

<sup>1016</sup> Art. L. 225-177 al. 2 du C. com. F.

<sup>1017</sup> A. THEIMER, Émissions d'actions gratuites au profit de salariés et de dirigeants- La problématique de la libération de la souscription, JCP E 19 mai 2005, n° 20, p. 807.

<sup>1018</sup> A. CONSTANTIN, op. cit., p. 81.

<sup>1019</sup> R. FOY & P. de FRÉMINET, op. cit., p. 21 et R. MORTIER, op. cit., p. 71.

<sup>1020</sup> Art. L. 225-197-1 II al. 3 du C. com. F. V. égal. A. THEIMER, op. cit., p. 808.

Cette émission réservée est réalisée par les AGA. Autrement dit, elle est effectuée sans apport par les bénéficiaires<sup>1021</sup>, ceci contrairement à l'émission au profit des salariés résultant de la levée des options de souscription d'actions.

**583.** Il semble qu'elle constitue une exception sur l'émission qui se fait également par les AGA, qualifiée d'émission par incorporation (de bénéfices, réserves ou primes d'émission). Cela s'explique par le fait que, d'une part, comme ci-mentionné ci-dessus, cette émission exceptionnelle est en faveur des salariés et non des actionnaires et, d'autre part, d'après les deux confirmations faites par le Comité juridique de l'ANSA, elle est alimentée seulement par l'incorporation spéciale de réserves<sup>1022</sup>.

L'objectif particulier de cette émission réservée est d'encourager l'amélioration de la gestion et du travail dans la société. Comme le souligne Paul LE CANNU et Bruno DONDERO<sup>1023</sup>, elle devient « un moyen supplémentaire, beaucoup moins coûteux et risqué, d'augmenter la rémunération de ceux qui peuvent les [AGA] accorder, et, accessoirement, de certains salariés ».

**584.** Les risques résultant de cette émission réservée sont doubles, la dilution des droits des actionnaires résultant de toutes les émissions avec suppression DPS et réservées, et celle résultant du prélèvement spécial sur les réserves.

**585.** Afin de réduire ces risques encourus par les actionnaires, certaines règles protectrices sont prévues.

Premièrement, en raison de la particularité relative à la décision de cette émission réservée, on doit revenir rapidement sur ce point déjà exposé. Le conseil d'administration peut disposer d'une délégation, toujours limitée à la délégation de compétence, mais elle doit être accordée exclusivement par l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital, prononcée au vu du rapport du conseil d'administration et du commissaires aux comptes<sup>1024</sup> et limitée par une résolution spécifique<sup>1025</sup>.

Deuxièmement, le pourcentage maximal des actions gratuites pouvant être attribuées ne doit pas excéder 10 % du capital (à la date de la décision de leur attribution par le conseil d'administration<sup>1026</sup>) pour les sociétés non cotées ou 15 % pour celles cotées. La décision sur ce

---

<sup>1021</sup> D. LABARTHETTE, Les plans de stock-options à l'épreuve des attributions gratuites d'actions, JCP E 6 avril 2006, n° 14-15, p. 681.

<sup>1022</sup> 20 janvier 2005, Com. n° 05-005 et 20 décembre 2005, Com. n° 05-069. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 739.

<sup>1023</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, ibid, p. 738 et 739.

<sup>1024</sup> Art. L. 225-129-2 al. 2 sur renvoi à L. 225-197-1 I al. 1 du C. com. F. V. égal. A. THEIMER, ibid, p. 807 et 808 et D. LABARTHETTE, ibid, p. 681.

<sup>1025</sup> Pour comprendre cette résolution spécifique, v. infra, p. 245 et s.

<sup>1026</sup> Art. L. 225-197-1 I al. 2 du C. com. F.

pourcentage doit être prise par les actionnaires réunis en assemblée générale décidant de l'augmentation de capital.

Enfin, les salariés ont l'obligation de conserver les actions attribuées gratuitement pendant un délai, fixé par les actionnaires réunis en assemblée, d'un minimum de deux ans à compter de l'attribution définitive des actions<sup>1027</sup>.

La justification de cette règle est la même que celle déjà mentionnée pour l'obligation de la conservation des actions obtenues par la levée des options de souscription d'actions<sup>1028</sup>.

### **b-3- Emission réservée au profit des adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE)**

**586.** Cette émission réservée est prévue par le droit du travail et réglementée par celui-ci (art. L. 3332-18 à L. 3332-24 du C. trav. F.) ainsi que par celui de commerce (art. L. 225-129-6 et L. 225-138-1 du C. com. F.).

**587.** Elle peut être faite par les sociétés SA cotées ou non, toujours avec suppression du DPS et réservée aux adhérents d'un PEE<sup>1029</sup> selon les articles L.3332-18 du C. trav. F. «*Les sociétés peuvent procéder à des augmentations de capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise*» ; L. 225-138-1 al. 1 du C. com. F. «*Pour l'application de l'article L. 3332-18 du code du travail relatif aux augmentations de capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise,(...) les dispositions des I et II de l'article L. 225-138 s'appliquent*» et, en vertu du renvoi prévu par l'article précédent, L. 225-138 I al. 1 «*A cette fin, elle[assemblée générale extraordinaire] peut supprimer le droit préférentiel de souscription*».

Il apparaît que cette émission réservée est obligatoire et non facultative, conformément à l'article L. 225-129-6 al. 1 du C. com. F. «*(...), 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 aux articles L. 3332-18 à L. 3332-24 du code du travail*» et al. 2 du même article «*(...), une assemblée générale extraordinaire est convoquée pour se prononcer sur un projet (...)*».

L'application de cette obligation est soumise à deux limites<sup>1030</sup> : l'émission réservée ne s'adresse qu'aux sociétés dans lesquelles il y a des salariés et elle est intégrée lors de la

---

<sup>1027</sup> Art. L. 225-197-1 I al. 6 du C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 739.

<sup>1028</sup> V. supra, p. 240.

<sup>1029</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 140.

<sup>1030</sup> Art. L. 225-129-6 al. 1 et 2 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p.645 et 646.

majorité<sup>1031</sup> des décisions d'augmentation du capital par apport en numéraire (et tous les 3 ans à condition que la participation au capital social par le personnel soit de moins de 3 %).

**588.** Le risque résultant de cette émission réservée est similaire à celui résultant de toute émission avec suppression du DPS et réservée à la seule différence qu'il est inévitable en raison du caractère obligatoire de l'émission.

Il représente une dilution importante des droits politiques et pécuniaires des actionnaires mais qui est réduite dans le cas où les bénéficiaires de cette émission (adhérents d'un PEE) ou certains d'entre eux ont déjà la qualité d'actionnaire.

**589.** Envers ce risque, des garanties sont prévues pour les actionnaires.

En premier lieu, au regard de la particularité concernant la décision de cette émission réservée, nous revenons rapidement sur ce point déjà indiqué dans notre recherche. Seulement dans le cas où cette émission réservée est décidée lors de la majorité des décisions d'augmentation du capital par apport en numéraire, une délégation peut être accordée au conseil d'administration. Elle peut être de pouvoir ou de compétence mais dans ce dernier cas la délégation doit être limitée par une résolution spéciale<sup>1032</sup>.

La particularité ici est que, malgré l'octroi de cette délégation de compétence, l'assemblée générale compétente doit se prononcer sur le projet de cette émission réservée<sup>1033</sup>. A défaut, celle-ci est sanctionnée par la nullité obligatoire<sup>1034</sup>.

En deuxième lieu, le pourcentage des actions à émettre au profit des adhérents d'un PEE doit être limité à 10 % du capital social<sup>1035</sup>.

Après avoir présenté la protection des actionnaires lors des émissions avec suppression du DPS, il est temps d'exposer la protection relative aux délégations.

## **B- Protection relative aux délégations pour l'émission des actions**

---

<sup>1031</sup> Cela signifie que dans ce cas il y a une exception : la décision d'augmentation du capital par apport en numéraire qui résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital (art. L. 225-129-6 al. 1 du C. com. F.) .

<sup>1032</sup> Art. L. 225-129-2 al. 2 sur renvoi à L. 225-138-1 du C. com. F. Pour comprendre cette résolution spéciale, v. infra, p. 245 et s.

<sup>1033</sup> Art. L. 225-129-6 al. 1 du C. com. F.

<sup>1034</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 du C. com. F. V. égal. P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 773.

<sup>1035</sup> Art. L. 3332-24 du C. trav.

**590.** La délégation se définit par «l'acte par lequel le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne»<sup>1036</sup>. L'assemblée décidant l'augmentation de capital peut déléguer ses pouvoirs ou sa compétence au conseil d'administration<sup>1037</sup>. Celui-ci, seulement dans les SA cotées, a la faculté d'accorder la subdélégation à certains membres de la direction dans la société<sup>1038</sup>.

Le but de la création de ces délégations pour l'émission des actions est d'apporter un certain assouplissement aux règles concernant cette émission à l'occasion d'une augmentation de capital. Cette délégation amène à réduire le délai nécessaire pour la décision et l'examen de l'ensemble des modalités de cette émission<sup>1039</sup>.

**591.** Les délégations peuvent être accordées au cours d'une émission avec ou non la suppression du DPS des actionnaires. Nous choisissons d'exposer les délégations accordées seulement au cours de l'émission avec la suppression du DPS parce que, outre la similitude des dispositions régissant ces deux délégations, elles sont plus risquées et ont des particularités.

Dans ces délégations, en principe, l'assemblée déjà indiquée a la liberté de choisir le type de délégation (pouvoir ou compétence). Toutefois, en cas d'émission avec suppression du DPS et réservée au profit des apporteurs en nature dans les conditions déterminées, cette liberté de choix est toujours limitée à la délégation de pouvoir<sup>1040</sup>. En cas d'émission avec suppression du DPS et réservée en faveur d'une ou plusieurs catégories de personnes, cette liberté de choix est toujours limitée à cette délégation de compétence<sup>1041</sup>.

**592.** Pour la protection des actionnaires résultant des délégations accordées lors d'une émission avec la suppression du DPS, elle s'effectue selon les règles de celles-ci **(1)** et au vu des rapports complémentaires sur celles-ci **(2)**.

## **1- Règles des délégations**

**593.** Nous développerons ces règles en fonction des deux types de délégation de pouvoir **(a)**, de compétence **(b)**.

### **a- Délégation de pouvoir**

---

<sup>1036</sup> J.-P. MATTOU, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 3, p. 544.

<sup>1037</sup> Art. L.225-129-1, L. 225-129 al. 1 sur renvoi à L. 225-129-2 et L. 225-129 du C. com. F.

<sup>1038</sup> Art. L. 225-129-4 al. 2 du C. com. F. Notons que les membres de la direction bénéficiaire de la subdélégation sont le directeur général ou, en accord avec lui, un ou plusieurs directeurs généraux délégués.

<sup>1039</sup> A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 14 et T. REHAMONJA, op. cit., p. 14.

<sup>1040</sup> Art. L. 225-147 al. 6 du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, op. cit., p. 310 et 311.

<sup>1041</sup> V. supra, n° 568 et 585. V. égal. L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, op. cit., p. 526.

**594.** Cette délégation peut être conférée au conseil d'administration. Cet octroi doit être fait exclusivement par les actionnaires réunis en assemblée générale décidant de l'augmentation de capital d'après les rapports nécessaires<sup>1042</sup> lors de l'augmentation de capital. Il porte sur le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres selon l'article L. 225-129-1 du C. com. F. «*Lorsque l'assemblée générale extraordinaire décide l'augmentation de capital, elle peut déléguer au conseil d'administration (...) le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres*»<sup>1043</sup>. Il apparaît que ce conseil d'administration a la liberté de déterminer ces modalités dans le but déjà indiqué de faciliter l'opération d'augmentation de capital.

En cas de violation des règles de délégation de pouvoir, l'émission est touchée par la nullité obligatoire<sup>1044</sup>.

**595.** Cas particulier de la délégation de pouvoir lors de l'émission résultant des apports en nature : en principe, il n'est pas possible d'accorder une délégation lors de cette émission, néanmoins, cet octroi est autorisé pour les SA cotées mais seulement pour la délégation de pouvoir<sup>1045</sup>.

Dans le cadre de la protection des actionnaires, l'octroi de cette délégation de pouvoir au conseil d'administration afin d'effectuer l'augmentation de capital par apports en nature doit être fait par l'assemblée générale décidant de l'augmentation de capital. L'article L. 225-147 al. 6 du C. com. F. prescrit : «*L'assemblée générale extraordinaire (...) peut déléguer, (...) au conseil d'administration (...) les pouvoirs nécessaires à l'effet de procéder à une augmentation de capital, (...) en vue de rémunérer des apports en nature consentis à la société*».

De plus, cet octroi est soumis à trois conditions<sup>1046</sup>, ces apports en nature sont constitués seulement de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, le nombre total des actions en contrepartie de ces apports en nature est limité à 10 % du capital préexistant et la durée d'utilisation de la délégation ne peut être supérieure à vingt-six mois.

## **b- Délégation de compétence**

**596.** L'article L. 225-129 al. 1 du C. com. F. prescrit : «*Elle [assemblée générale extraordinaire] peut déléguer cette compétence au conseil d'administration (...) dans les conditions fixées à*

---

<sup>1042</sup> Art. L. 225-129 al. 1 et L. 225-135 al. 2 et 3 et L. 225-147 al. 6 du C. com. F.

<sup>1043</sup> V. égal. J.-P. MATTOU, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, op. cit., p. 549 ; M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 647 et R. MORTIER, op. cit., p. 310.

<sup>1044</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 du C. com. F.

<sup>1045</sup> Art. L. 225-147 al. 6 du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, op. cit., p. 310 et 311.

<sup>1046</sup> Art. L. 225-147 al. 6 du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, ibid, p. 311.

*l'article L.225-129-2*». Selon cet article, la délégation de compétence peut être accordée au conseil d'administration par les actionnaires réunis en assemblée au vu des rapports nécessaires<sup>1047</sup> à l'augmentation de capital, conformément aux règles prévues par l'article L.225-129-2 du C. com. F.

En référence à ce dernier article, il apparaît que l'octroi de délégation de compétence porte sur la décision de l'augmentation de capital : l'alinéa 1 de cet article prévoit : «(...) *sa compétence pour décider de l'augmentation de capital*». En conséquence, cette délégation, à la différence de celle de pouvoir, porte atteinte à l'exclusivité de la compétence de décision de l'assemblée visée<sup>1048</sup>.

Notons que l'octroi de délégation de compétence conduit obligatoirement à priver d'effet toute délégation antérieure ayant le même objet<sup>1049</sup> en vue d'éviter tout conflit d'application de la délégation accordée. En cas de non-respect de cette règle, cette délégation de compétence est entachée de nullité obligatoire<sup>1050</sup>.

**597.** En outre, en principe lors de toute émission l'octroi de délégation de compétence est donné par une résolution générale. Dans celle-ci, les actionnaires réunis en assemblée doivent la limiter par la durée maximale d'utilisation de cette délégation qui est de vingt-six mois et par le plafond global des actions à émettre<sup>1051</sup>. A défaut de ces limites, cette délégation de compétence est touchée par la nullité obligatoire<sup>1052</sup>.

**598.** Afin de mieux protéger des actionnaires, dans les émissions avec la suppression du DPS, l'octroi de délégation de compétence doit être émis dans une résolution spéciale<sup>1053</sup>.

Ces émissions<sup>1054</sup> sont au nombre de deux, l'émission avec suppression du DPS sans indication de bénéficiaires (l'émission par l'offre au public ou par placement privé)<sup>1055</sup> et celle réservée au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées (notamment l'émission des actions de préférence<sup>1056</sup> [sauf l'émission aux titulaires des valeurs mobilières

---

<sup>1047</sup> Art. L. 225-129 al. 1, L. 225-135 al. 2 et L. 225-136 al. 3 du C. com. F. V. égal. supra, p. 231, 234, 236-238.

<sup>1048</sup> J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, *ibid*, p. 544.

<sup>1049</sup> Art. L. 225-129-2 al. 2 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *ibid*, p. 647

<sup>1050</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 du C. com. F.

<sup>1051</sup> Art. L. 225-129-2 al. 1 du C. com. F. V. égal. J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, *op. cit.*, p. 545 ; M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 647 et P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 769.

<sup>1052</sup> Art. L. 225-149-3 al. 2 du C. com. F. V. égal. J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, *ibid*, p. 545.

<sup>1053</sup> Art. L. 225-129-2 al. 3 du C. com. F.

<sup>1054</sup> Art. L. 225-129-2 al. 3 du C. com. F. V. égal. J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, *ibid*, p. 546 ; M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *ibidem*, p. 647 et P. LE CANNU et B. DONDERO, *ibid*, p. 769.

<sup>1055</sup> V. supra, p. 230- 233.

<sup>1056</sup> Notons que l'exigence d'octroi de délégation de compétence par une résolution spéciale concerne également cette émission des actions de préférence avec DPS.



donnant accès au capital du fait qu'elle contient un DPS lors d'émettre celles-ci<sup>1057</sup>] et les trois émissions au profit des salariés : celle par la levée des options de souscription d'actions, celle par les AGA ou celle au profit des adhérents d'un PEE)<sup>1058</sup>.

Notons que, dans ce deuxième cas, émission avec suppression du DPS et réservée au profit de catégories de personnes concernées, l'octroi de délégation de compétence<sup>1059</sup> n'est pas possible.

La résolution spéciale pour ces deux cas d'émission avec suppression de DPS comprend notamment, d'abord un vote distinct et, ensuite, seulement lors des certaines émissions, les deux limites propres (concernant la durée maximale d'utilisation de la délégation et le plafond global des actions à émettre)<sup>1060</sup> et la limite concernant, selon le cas, le délai maximal ou minimal de conservation des actions obtenues.

Ces émissions pouvant avoir ces trois limites, seulement les deux limites propres ou seulement la deuxième limite propre (le plafond), sont l'émission par placement privé, celle des actions de préférence et celle au profit des salariés (par la levée des options de souscription d'actions, par les AGA ou réservée au profit des adhérents d'un PEE).

Ces trois limites pour les émissions ayant déjà été mentionnées<sup>1061</sup>, nous nous limiterons ici à indiquer seulement la limite propre relative à la durée et seulement pour deux de ces émissions (par la levée des options de souscription d'actions, par les AGA), limite ne pouvant être supérieure à 38 mois<sup>1062</sup>.

Comme en cas de violation des limites concernant la résolution générale, la violation des deux limites propres entache de nullité obligatoire la délégation accordée.

**599.** En observant les règles de la délégation de compétence, il apparaît que le conseil d'administration dispose d'une grande liberté dans la fixation des conditions de l'émission, prévue précisément par l'article L. 225-129-2 al. 4 du C. com. F. « *Dans la limite de la délégation [de compétence] donnée par l'assemblée générale, le conseil d'administration (...) dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer les conditions d'émission* ». Ceci s'inspire de l'idée de «capital autorisé» existant en droit anglo-saxon<sup>1063</sup>.

---

<sup>1057</sup> F. BOUABDALLAH, op. cit., p. 260.

<sup>1058</sup> V. supra, p. 237-243.

<sup>1059</sup> V. supra, p. 218 et 225. V. égal. L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, op. cit., p. 526.

<sup>1060</sup> J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, ibid, p. 546.

<sup>1061</sup> V. supra, p. 216, 231-233, 237, 239-243.

<sup>1062</sup> Art. L. 225-129-2 al. 3 sur renvoi à L. 225-177 al. 1 et L. 225-129-2 al. 3 sur renvoi à L. 225-197-1 I al. 3 du C. com. F. V. égal. R. VATINET, Les options de souscription ou d'achat d'actions dans la loi sur les nouvelles régulations économiques, op. cit., p. 582 et R. FOY & P. de FRÉMINET, op. cit., p. 5.

<sup>1063</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit., p. 769.

En effet, dans les limites prévues par l'assemblée visée, ce conseil d'administration précise<sup>1064</sup> notamment, selon le type d'émission objet de la délégation, les conditions et les critères de sélection des bénéficiaires, leur liste, le nombre des actions à émettre ainsi que l'attribution à chaque bénéficiaire, le prix d'émission et les conditions de conservation des actions obtenues.

## **2- Rapports complémentaires sur les délégations**

**600.** En règle générale, lorsqu'il est fait usage d'un des deux types de délégation (de pouvoir ou de compétence) accordée lors de l'émission avec maintien du DPS, seul le conseil d'administration doit établir un rapport complémentaire. L'article L. 225-129-5 du C. com. F. prévoit : «*Lorsqu'il est fait usage des délégations prévues aux articles L. 225-129-1 et L. 225-129-2, le conseil d'administration (...) établit un rapport complémentaire*»<sup>1065</sup>.

**601.** Néanmoins, dans le cas qui nous intéresse ici (nous avons déjà indiqué qu'il s'agit des délégations [de pouvoir ou de compétence] données seulement au cours des émissions avec suppression du DPS), l'usage de ces délégations données est soumis à l'obligation de fournir deux rapports complémentaires : le rapport du conseil d'administration et celui du commissaire aux comptes. L'article L. 225-135 al. 4 du C. com. F. mentionnant la possibilité de suppression du DPS, prescrit : «*Lorsqu'il est fait usage d'une délégation de pouvoir ou de compétence, le conseil d'administration (...) ainsi que le commissaire aux comptes établissent chacun un rapport*»<sup>1066</sup>.

**602.** - concernant le rapport complémentaire du conseil d'administration

Lorsqu'il est fait usage d'une délégation, le conseil d'administration doit établir un rapport complémentaire. Ceci s'explique par «L'obligation de rendre compte au délégant, la communauté des actionnaires, en application des règles traditionnelles de la délégation, analogues, à cet égard, de celles du mandat »<sup>1067</sup>.

Ce rapport<sup>1068</sup> est utile aux actionnaires car il les informe, outre les renseignements exigés par l'article R. 225-115 al. 1 du C. com. F.<sup>1069</sup>, sur les conditions définitives de l'opération établies

---

<sup>1064</sup> Art. L. 225-136 al. 3, L. 225-138 I al. 2, L. 225-177 al. 2 et 4, L. 225-197-1 II al. 11 du C. com. F. et art. L. 3332-19 al. 3 du C. trav. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 671 ; A. THEIMER, op. cit., p. 808 et D. LABARTHETTE, op. cit., p. 682.

<sup>1065</sup> V. égal. J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, op. cit., p. 549 et L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, op. cit., p. 528.

<sup>1066</sup> V. égal. P. BISSARA, Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 473.

<sup>1067</sup> J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, op. cit., p. 549.

<sup>1068</sup> Art. R. 225-116 al. 1 du C. com. F. prévoit : «Lorsque l'assemblée générale a délégué ses pouvoirs ou sa compétence dans les conditions prévues aux articles L. 225-129-1, L. 225-129-2, et L. 225-136 ou aux I et II de l'article L. 225-138, le conseil d'administration,(...) établit, au moment où il est fait usage de l'autorisation, un rapport complémentaire décrivant les conditions définitives de l'opération établies conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée. Le rapport comporte, en outre, les informations prévues à l'article R. 225-115».

<sup>1069</sup> V. supra, n° 156.

conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée. Ces conditions<sup>1070</sup> peuvent être représentées par les dates d'ouverture et de clôture des souscriptions, les modalités de collecte des fonds correspondants aux souscriptions et, selon le type d'émission auquel la délégation est assortie et les limites de celle-ci, par les conditions et les critères de sélection des bénéficiaires, leur liste, le nombre des actions à émettre ainsi que l'attribution à chaque bénéficiaire, le prix d'émission et les conditions de conservation des actions obtenues.

Seulement pour la deuxième faculté de financement dans l'émission par placement privé [augmentation de 10 % du capital par an]<sup>1071</sup>, le rapport informe également les actionnaires sur des éléments d'appréciation de l'incidence effective sur la situation de l'actionnaire<sup>1072</sup>.

Notons que dans la mesure où il est fait usage de la subdélégation<sup>1073</sup>, l'obligation d'établissement du rapport déjà indiqué incombe au(x) subdélégué(s)<sup>1074</sup>.

### **603.** - concernant le rapport complémentaire du commissaire aux comptes

Lorsqu'il est fait usage d'une délégation, le commissaire aux comptes est dans l'obligation d'établir un rapport complémentaire afin d'éclairer l'information aux actionnaires.

Cela passe d'une part par la certification du rapport complémentaire effectué par le conseil d'administration. Pour ce faire, d'abord le commissaire aux comptes doit vérifier notamment la conformité des modalités de l'émission au regard de la délégation donnée par l'assemblée et des informations fournies à celle-ci<sup>1075</sup>. Ensuite, il formule cette vérification en une des trois opinions suivantes, soit la certification sans réserve, soit la certification avec une ou plusieurs réserves, soit un refus de certifier<sup>1076</sup>.

D'autre part, cela passe également par l'émission de son avis sur certaines indications dans un rapport complémentaire<sup>1077</sup>. Le commissaire aux comptes doit donner son avis sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et son montant définitif, l'incidence de l'émission sur la situation des titulaires de titres de capital appréciée par rapport aux capital propres et, seulement pour les SA cotées, cette incidence sur la valeur boursière de l'action.

---

<sup>1070</sup> V. supra, p. 243 et 244. V. égal. L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, *ibidem*, p. 530.

<sup>1071</sup> V. supra, n° 566.

<sup>1072</sup> Art. L. 225-136 al. 3 (1°) du C. com. F.

<sup>1073</sup> V. supra, n° 590.

<sup>1074</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p. 181.

<sup>1075</sup> Art. L. 225-136 al. 3 (1°), L. 225-138 I al. 2 et R. 225-116 al. 2 du C. com. F. V. égal. P. BISSARA, *Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions*, *op. cit.*, p. 473 et L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, *op. cit.*, p. 530.

<sup>1076</sup> R. CASTELL et F. PASQUALINI, *op.cit.*, p. 57.

<sup>1077</sup> Art. R. 225-116 al. 2 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 646.

**604.** Par ailleurs, concernant les deux rapports complémentaires indiqués, ces rapports doivent être immédiatement mis à la disposition des actionnaires au siège social, au plus tard dans les quinze jours suivant la réunion du conseil d'administration, et portés à leur connaissance à la plus proche assemblée générale<sup>1078</sup>. A défaut, les dirigeants et les commissaires aux comptes pourront être contraints de les produire sur une injonction de faire<sup>1079</sup>.

En cas d'une violation concernant l'établissement de ces rapports, ils peuvent être sanctionnés civilement ou pénalement, par les mêmes sanctions que celles déjà développées dans notre recherche pour les rapports nécessaires avant la réunion de l'assemblée.

Après avoir vu, en droit français, la protection des actionnaires lors des émissions assorties d'une délégation, il nous reste à savoir quelle protection est offerte, en droit irakien, à ceux-ci au cours des émissions sans délégation.

## **§2 : Protection des actionnaires lors de l'émission avec suppression du DPS sans délégation en droit irakien**

**605.** Nous avons déjà indiqué que, dans le droit irakien, il existe seulement deux émissions avec la suppression du DPS : celle explicite pour les SA bancaires et celle implicite pour toutes les SA (cas d'émission entraînée par l'opération de fusion-absorption). Comme nous avons précédemment exposé cette deuxième émission, notre développement ici est limité seulement à la première (celle avec la suppression du DPS explicite pour les SA bancaires).

**606.** A la différence du droit français, le droit irakien prévoit expressément que la justification de cette émission avec la suppression du DPS est l'intérêt social et que la définition de celui-ci est l'intérêt de la société. L'article L. 56 al. 4-2° du C. SIA. prescrit : «(...) l'émission [avec la suppression du DPS] conforme à la situation des titulaires d'actions ne participant pas à la souscription en vue de l'intérêt social de la société».

Cette émission est une possibilité accordée seulement aux SA bancaires. L'article L. 56 al. 4 du C. SIA. prévoit : «En cas d'augmentation du capital d'une banque par l'émission d'actions nouvelles contre leurs valeurs en numéraire, la société [bancaire] peut émettre des actions sans la souscription au public et sans offre réservée aux anciens actionnaires,(...), à condition de remplir(...)»<sup>1080</sup>. Cet octroi réservé aux SA bancaires s'explique, à notre avis, par leur plus grande nécessité importante de liquidités que les sociétés d'autres secteurs.

---

<sup>1078</sup> Art. L. 225-135 al. 4, L. 225-138 I al. 2 et R. 225-116 al. 3 du C. com. F.

<sup>1079</sup> L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, *ibid*, p. 530.

<sup>1080</sup> V. égal. L. J. COMANY, *op. cit.*, p. 178.

**607.** La question se pose de savoir si cette émission avec la suppression du DPS, en comparaison avec le droit français, doit être qualifiée «sans indication de bénéficiaires» ou «réservée au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées».

**608.** En premier lieu, nous ne pensons pas que l'émission avec la suppression du DPS visée entre dans le premier cas (sans indication de bénéficiaires [par offre au public ou placement privé]). D'abord, elle ne peut pas être qualifiée d'émission avec suppression du DPS par offre au public car l'article déjà indiqué prévoit explicitement : «(...), *la société [bancaire] peut émettre des actions sans la souscription au public*». Notons que le droit irakien donne à toutes les SA bancaires ou non la possibilité d'augmenter leur capital par offre au public mais toujours avec le maintien du DPS<sup>1081</sup>. Si cette offre est faite dans le marché boursier, elle est sous le contrôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF)<sup>1082</sup>.

**609.** Ensuite, l'émission avec la suppression du DPS visée ne peut pas être qualifiée non plus d'émission avec la suppression du DPS par placement privé en raison de la particularité de la prévision de cette émission par le droit français. Celle-ci ne peut être faite que sous certaines conditions spéciales prescrites par ce droit, cela n'est pas le cas dans le texte de l'article L. 56 al. 4 du C. SIA. prévoyant la suppression du DPS par le droit irakien.

A notre avis, sur l'émission avec suppression du DPS sans indication de bénéficiaires (par offre au public ou placement privé), le droit irakien est plus favorable pour les actionnaires que le droit français. En effet l'émission par offre au public avec suppression du DPS amène toujours à émettre un nombre important d'actions avant de réduire largement les droits des actionnaires préexistants. Par ailleurs, les deux facultés de financement relatives à l'émission par placement privé<sup>1083</sup>, malgré leur objectif louable de faciliter l'augmentation de capital, menacent fortement les droits des actionnaires par la surestimation éventuelle de l'importance des motifs de l'augmentation de capital, par une dilution annuelle des droits financiers et politiques des actionnaires et (particulièrement pour la première faculté de financement) par la possibilité de prendre progressivement le contrôle de la société pour des investisseurs institutionnels.

**610.** En deuxième lieu, nous pensons que l'émission avec la suppression du DPS visée entre dans la deuxième cas (l'émission avec suppression du DPS réservée au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées).

**611.** Il apparaît que ces deux types des bénéficiaires de l'émission avec suppression du DPS réservée, à la différence du droit français, ne peuvent pas être parmi les actionnaires préexistants. Cela se justifie par le fait que l'article déjà indiqué prescrit expressément : «(...), *la société [bancaire] peut émettre des actions (...) et sans offre réservée aux anciens actionnaires*».

---

<sup>1081</sup> Art. L. 56 al. 1 du C. SIA.

<sup>1082</sup> V. section 2, art. 6-5° du C. PMIV.

<sup>1083</sup> Pour comprendre les 2 facultés, v. supra, p. 232 et 233.

En outre, dans le droit irakien, il n'y a pas des catégories des actionnaires car toutes les actions sont classées dans une seule catégorie, les actions ordinaires.

En conséquence, cette exclusion des actionnaires préexistants du bénéfice de l'émission avec suppression du DPS réservée indique que cette suppression dans le droit irakien est toujours totale.

**612.** En outre, les deux types de bénéficiaires de l'émission avec suppression du DPS réservée sont donc seulement des tiers<sup>1084</sup>. En raison de la non-précision par l'article déjà indiqué, ces tiers bénéficiaires peuvent être, comme le cas en droit français, un ou des plusieurs personnes dénommés ou une ou des plusieurs catégories de personnes concernées.

**613.** Pourtant, il semble que, à la différence du droit français, d'abord, ces tiers ne comprennent pas les créanciers obligataires (ou les créanciers non obligataires).

Notons que nous indiquons ici seulement les obligations, à la différence du cas prévu par le droit français (celui des valeurs mobilières donnant accès au capital), car le droit irakien ne prévoit que deux types des valeurs mobilières, actions et obligations<sup>1085</sup>.

Cette non-intégration des créanciers obligataires aux tiers est argumentée par le fait que le droit irakien n'autorise pas d'augmentation de capital pouvant résulter des obligations<sup>1086</sup>. En référence aux dispositions concernant les augmentations de capital permises et à celles concernant les obligations<sup>1087</sup>, nous observons que l'augmentation de capital visée ne figure pas parmi ces augmentations permises et n'est indiquée par aucun article. De ce fait, le législateur prévoit implicitement cette non-autorisation de l'augmentation de capital visée.

**614.** Ensuite, les tiers ne comprennent pas non plus les salariés de la société parce que le droit irakien ne permet pas d'effectuer une augmentation de capital au profit des salariés. Ceci parce que cette augmentation de capital n'est pas dans les augmentations de capital permises<sup>1088</sup>.

Il y a un seul article L. 74 al. 1 du C. SIA. qui mentionne qu'un des usages de la réserve obligatoire a pour objet d'améliorer la condition des salariés de la société. Cet article prévoit «*La réserve [obligatoire] utilise (...), en vue d'améliorer les conditions des salariés de la société (...)*». Cependant, en examinant l'article L. 55 al. 2 prévoyant la possibilité d'augmenter le capital social notamment par l'incorporation de la réserve obligatoire majorée en capital, nous remarquons que cet article limite cette possibilité aux actionnaires seulement en prescrivant «*Par l'incorporation de la réserve obligatoire majorée (...) en capital en attribuant les actions en résultant aux actionnaires selon le montant de leurs actions dans le capital préexistant*».

---

<sup>1084</sup> V. égal. L. J. COMANY, op. cit., p. 178.

<sup>1085</sup> V. les articles L. 29 et 77 du C. SIA. V. égal. art. 1-11 des R.MIV.

<sup>1086</sup> N. H. RAOUF NNIS, op. cit., p. 94-95 et F. M. H. AL-GELAOA, *Le régime juridique des obligations émises par la société, mémoire Bagdad, Irak, 2001*, p. 48-49.

<sup>1087</sup> V. les articles L. 55, L. 56 et L. 77 à L. 84 du C. SIA.

<sup>1088</sup> V. les articles L. 55 et L. 56 du C. SIA.

En effet, l'objectif déjà indiqué « d'améliorer la condition des salariés de la société » est hors la participation de ceux-ci au capital. En raison de la non-précision par la loi, nous pensons que cette amélioration peut être représentée, par l'organisation d'investissements à destination des salariés (prêt financier, logement, écoles, hôpitaux ...) comme c'est le cas lors de l'utilisation des dividendes salariaux attribués, des clubs ou des stades etc. ...<sup>1089</sup>.

A notre avis, sur l'émission avec suppression du DPS réservée au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées :

d'abord en ce qui concerne cette émission réservée au profit d'autres que les salariés, malgré l'existence de la suppression seulement totale du DPS dans le droit irakien, ce dernier offre plus de garantie pour les actionnaires que le droit français car il limite cette suppression aux SA travaillant dans le secteur bancaire seulement. De ce fait, les actionnaires des SA travaillant dans un autre secteur ne rencontrent jamais le risque résultant de la suppression du DPS.

Pourtant, nous pensons que cette disposition prévue par le droit irakien offre encore plus de garantie si elle est modifiée en permettant également la suppression partielle du DPS pour les actionnaires préexistants avec priorité pour la souscription de l'action de la société car ils participent de manière active à la vie de la société depuis sa fondation. Il semble préférable de lever des fonds auprès d'actionnaires préexistants dans la mesure où ils sont en capacité de les apporter plutôt que de faire appel à des tiers, d'autant qu'ils représentent un risque, notamment de prise de contrôle si le nombre d'actions à émettre est importante.

Cette disposition voit ses garanties augmenter si elle est élargie, en comportant l'augmentation de capital avec suppression de DPS réservée aux créanciers obligataires ou non qui facilite l'emprunt, libère la société de ses créances, notamment celle qui est en difficulté.

Enfin, en ce qui concerne l'émission avec suppression du DPS réservée au profit des salariés, le droit irakien est plus favorable pour les actionnaires que le droit français en évitant le risque de dilution de leurs droits. En effet, prenant en compte l'intérêt social, le droit irakien accorde des avantages indirects (par exemple par l'organisation d'investissements à destination des salariés -prêt financier, logement, écoles, hôpitaux ...-) à ces salariés mais en dehors de la possibilité d'entrer au capital social, en les limitant au profit de la réserve obligatoire, outre la participation aux résultats sociaux. Par contre, dans ce même but et outre la participation aux résultats sociaux, le droit français leur donne trois accès directs au capital (par conséquent il existe trois sources possibles de dilution des droits des actionnaires). Les deux premiers sont des moyens dont la société dispose (l'émission par la levée des options de souscription

---

<sup>1089</sup> Art. 1 al 2-2°, art. 2 et 3 ainsi que les justifications du code modifié de la distribution des bénéfices dans les sociétés n° 97-1970. V. égal. art. 2 et 14 du code de l'organisation des investissements à destination des salariés n° 44- 1967.

d'actions ou celle par les AGA) et le troisième est une obligation de la société (l'émission au profit des adhérents d'un PEE).

**615.** Par ailleurs, quant à l'octroi d'une délégation lors de l'émission avec suppression du DPS réservée, le droit irakien, contrairement au droit français, ne le permet pas, quel que soit le type d'émission avec ou non la suppression du DPS.

En référence aux dispositions régissant l'augmentation de capital<sup>1090</sup>, nous observons que la décision de celle-ci et la détermination de ses modalités sont réservées à l'assemblée. Ceci constitue un principe intangible pour le législateur.

A notre avis sur ce point, le droit irakien offre plus de garantie pour les actionnaires que le droit français car il ne permet aucune délégation (pouvoir ou compétence) qui peut être une source de risque pour eux. A ce propos, la grande liberté accordée au conseil d'administration pour déterminer les conditions de l'émission, notamment le prix de l'émission, représente un risque, celui qu'il détermine un prix qui ne correspond pas à la situation de la société, aggravant par là le risque de dilution de droits pécuniaires et politiques qui est déjà présent dans l'augmentation de capital avec suppression de DPS. De plus, la délégation de pouvoir au conseil d'administration pour réaliser une augmentation de capital par apports en nature nous paraît présenter de nombreux risques liés à l'évaluation de ces apports en nature malgré son but (faciliter l'augmentation de capital par apports en nature aux conditions ci-dessus).

Par ailleurs, en examinant les dispositions régissant l'assemblée dans le droit irakien (déjà développé), nous remarquons qu'il requiert des quorums et des majorités élevés pour l'assemblée compétente, dans toutes les augmentations de capital. Nous pouvons penser que pour cela et parce que le législateur ne reconnaît pas la représentativité du conseil d'administration par rapport à l'assemblée des actionnaires, il ne souhaite pas lui accorder de délégation.

Même si les actionnaires sont effectivement protégés au cours de l'émission d'actions lors de l'augmentation de capital, ils ont besoin de garanties supplémentaires lors de cette augmentation.

C'est ce que nous développerons dans le prochain chapitre.

---

<sup>1090</sup> V. les articles du L. 54 au L. 56 du C. SIA.



## **Chapitre 2 : Situation de l'actionnaire lors de la souscription publique des actions**

**616.** Une des procédures importantes de l'augmentation de capital est la souscription d'actions nouvelles au sens large qui existe lors des émissions de numéraire ou de nature avec suppression ou non du DPS.

La souscription est «l'acte juridique par lequel une personne s'engage à faire partie d'une société par actions, en apportant une somme ou un bien en nature, d'un montant égal au nominal de ses titres»<sup>1091</sup>.

Elle peut être publique seulement pour les émissions de numéraire avec DPS ou réservée pour celles avec suppression du DPS et celles de nature.

En raison d'une part de l'importance des risques pouvant toucher l'actionnaire au cours de la souscription publique et d'autre part parce que les dangers entraînés par la souscription réservée font partie de ces risques, nous nous limitons dans ce chapitre à la protection de l'actionnaire lors la souscription publique.

Ces risques sont le défaut de l'information préalable à la souscription destinée à l'actionnaire, les vices de consentement ou le non-respect les règles concernant la souscription elle-même.

Les deux droits comparés se différencient sur la protection de l'actionnaire contre ces risques. Cette différence apparaît dans les détails de cette protection et, en raison de la particularité du droit irakien, dans l'exigence des certaines règles.

**617.** Nous exposerons la situation de l'actionnaire lors de la souscription publique des actions, par l'information de celui-ci préalable à cette souscription (**Section 1**) et lors de l'opération de souscription (**Section 2**).

### **Section 1 : Protection par l'information de l'actionnaire préalablement à la souscription publique des actions**

**618.** En raison de l'existence de la particularité en droit français, nous devons présenter séparément cette protection en droit français (**S. section 1**) puis en droit irakien (**S. section 2**).

---

<sup>1091</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 297 et dans le même sens E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, Traité de droit commercial, Volume 2 les sociétés, Paris, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien 1982, p.39. V. égal. dans le même sens B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, op. cit., p. 131 et A. ZIADAT et I. OMOUSH, Le commentaire des droits commerciaux jordaniens, Jordanie, 1<sup>er</sup> éd., 1996, p. 243.

## **S. section 1 : Information de l'actionnaire préalable à la souscription publique des actions en droit français**

**619.** Lorsqu'une émission est faite par offre au public d'actions nouvelles en numéraire avec maintien du DPS, la société doit porter cette émission et ses modalités à la connaissance des investisseurs souhaitant souscrire, dont ses actionnaires<sup>1092</sup>. L'objectif de cette obligation est d'assurer une information complète à ceux-ci sur l'opération d'émission. En cas de non-respect de cette obligation, cela peut donner lieu à une injonction de faire<sup>1093</sup>.

La transmission de cette information est accomplie par le mandataire du conseil d'administration<sup>1094</sup>. Ce peut être le président, le directeur général, un administrateur ou toute autre personne spécialement désignée<sup>1095</sup>.

Cette transmission est faite par l'insertion dans une notice publiée au Bulletin des annonces légales obligatoires et quatorze jours au moins avant la date prévue de clôture de la souscription<sup>1096</sup>. De ce fait, elle représente la déclaration de la volonté de l'offreur qui est une des conditions imposées pour la conclusion du contrat de souscription<sup>1097</sup>.

En cas de non-respect de cette formalité de publicité, le président du conseil d'administration, l'administrateur ou le directeur général est puni de l'amende 1 500 euros. Si, à l'occasion de la cession d'actions à émettre, la société émettrice donne un mandat à un intermédiaire, ce non-respect est puni de la même amende<sup>1098</sup>.

**620.** L'information obligatoire destinée aux investisseurs représente le minimum des renseignements. L'article R. 225-120 al. 1 du C. com. F. prévoit : «*par un avis contenant notamment les indications suivantes*». Elle comprend<sup>1099</sup> les données administratives de la

---

<sup>1092</sup> Art. R. 225-120 al. 1 du C. com. F.

<sup>1093</sup> Art. L. 225-149-3 al. 1 du C. com. F.

<sup>1094</sup> Art. R. 225-127 du C. com. F.

<sup>1095</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 207 et 208.

<sup>1096</sup> Art. R. 225-120 al. 3 du C. com. F.

<sup>1097</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 300.

<sup>1098</sup> Art. R. 247-2 al. 1-1° et 2 du C. com. F. et art. 131-13 al. 5° du C. pén. F.

<sup>1099</sup> Art. R. 225-120 al. 1 du C. com. F. prévoit : « 1° La dénomination sociale, suivie le cas échéant de son sigle ; 2° La forme de la société ; 3° Le montant du capital social ; 4° L'adresse du siège social ; 5° Les mentions prévues aux 1° et 2° de l'article R. 123-237 [numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce] ; 6° Le montant de l'augmentation du capital et, le cas échéant, le montant supplémentaire de l'augmentation de capital sur le fondement de l'article L. 225-135-1 ; 7° Les dates d'ouverture et de clôture de la souscription ; 8° L'existence, au profit des actionnaires, du droit préférentiel de souscription des nouvelles actions (...) ainsi que les conditions d'exercice de ce droit ; 9° La valeur nominale des actions (...) à souscrire en numéraire, que cette valeur figure ou non dans les statuts, et, le cas échéant, le montant de la prime d'émission ; 10° La somme immédiatement exigible par action (...) souscrite ; 11° Le nom ou la dénomination sociale, l'adresse de la résidence ou du siège social du dépositaire ; 13° L'indication que si les actions non souscrites représentent plus de 3 % de l'augmentation de capital, la souscription sera soit ouverte au public, soit limitée au montant des souscriptions reçues ».

société ; le montant de l'augmentation de capital décidée et les modalités d'exercice du DPS ; la valeur nominale des actions à souscrire et, le cas échéant, le montant de la prime d'émission ; le délai de souscription ; la somme exigible par action lors de la souscription ; les modalités de traitement des actions non souscrites et les coordonnées du dépositaire.

Elle comprend<sup>1100</sup> également l'objet social ; la date de fin normale de la société ; les catégories d'actions émises et leurs caractéristiques ; les avantages particuliers stipulés par les statuts au profit de toute personne ; les conditions d'accès aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote ainsi que, s'il existe, la possibilité d'attribution du droit de vote double et les modalités de cette attribution ; le cas échéant, les limites statutaires à la cession des actions ; les modalités de la répartition des bénéfices, la constitution des réserves et la répartition du boni de liquidation ; le cas échéant, le montant des obligations convertibles en actions déjà émises et les modalités de la conversion ; le montant non amorti des autres obligations déjà émises et les garanties dont elles sont assorties ; et le montant des emprunts obligataires garantis par la société ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts.

Le contenu de l'information doit être revêtu de la signature sociale<sup>1101</sup>.

Enfin, sauf si bilan n'est pas encore établi, l'information doit comporter en annexe une copie certifiée du dernier bilan<sup>1102</sup>.

**621.** Par ailleurs, dans le but de l'assouplissement des règles de forme lors de la souscription publique, la société émettrice d'actions nouvelles en numéraire avec maintien du DPS est dispensée de la publication de la notice d'information au Bulletin des annonces légales obligatoires à condition qu'elle établisse le document d'information dénommé prospectus et qu'il soit soumis au visa préalable de l'AMF<sup>1103</sup>.

Ce visa ne peut être apposé par l'AMF que lorsque certaines conditions sont remplies. L'AMF, comme le souligne Agathe JOLY-DESCAMPS<sup>1104</sup> «contribue à rendre plus sûre l'information nécessaire à un investissement fait par appel public à l'épargne». La société émettrice est tenue

---

<sup>1100</sup> Art. R. 225-124 du C. com. F. prévoit : «1° L'objet social, indiqué sommairement ; 2° La date d'expiration normale de la société ; 3° Les catégories d'actions émises et leurs caractéristiques ; 4° Les avantages particuliers stipulés par les statuts au profit de toute personne ; 5° Les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote ainsi que, le cas échéant, les dispositions relatives à l'attribution du droit de vote double ; 6° Le cas échéant, les clauses statutaires restreignant la libre cession des actions ; 7° Les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ; 8° Le cas échéant, le montant des obligations convertibles en actions antérieurement émises, les délais d'exercice de l'option accordée aux porteurs ou l'indication que la conversion peut avoir lieu à tout moment et les bases de la conversion ; 9° Le montant non amorti des autres obligations antérieurement émises et les garanties dont elles sont assorties ; 10° Le montant, lors de l'émission, des emprunts obligataires garantis par la société ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts».

<sup>1101</sup> Art. R. 225-124 al. infime du C. com. F.

<sup>1102</sup> Art. R. 225-125 du C. com. F.

<sup>1103</sup> Art. R. 225-120 al. infime du C. com. F. ; art. L. 412-1 I al. 1 du CMF et art. 212-1 du Règl. gén. de l'AMF. V. égal. R. MORTIER, op. cit., p. 210 et J.-J. DAIGRE & B. FRANÇOIS, Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne, op. cit., p. 14 et 15.

<sup>1104</sup> A. JOLY-DESCAMPS, op. cit., p. 344.

de déposer à l'AMF le projet de prospectus et une documentation nécessaire à l'instruction du dossier. Si celui-ci est incomplet, l'AMF en informe cette société dans les dix jours de négociation qui suivent ce dépôt. Dans le cas contraire, elle lui adresse dans ce même délai un avis de dépôt<sup>1105</sup>. Après avoir reçu le visa, le prospectus (identique à la version originale visée par l'AMF) doit être déposé auprès de l'AMF et mis à la disposition des investisseurs dans le même délai nécessaire que la publicité de la notice d'information<sup>1106</sup>.

**622.** Concernant l'information prévue dans le prospectus, elle est présentée sous une forme facile à analyser et à comprendre<sup>1107</sup>. Elle comprend, outre tous les indications contenues dans la notice déjà indiquée<sup>1108</sup>, un certain nombre de renseignements relatifs à la responsabilité des différents intervenants (émetteur, contrôleurs légaux des comptes et prestataires de services d'investissement)<sup>1109</sup>. Elle peut incorporer des informations par référence à un ou plusieurs documents. Elles doivent être les plus récentes dont dispose l'émetteur et être organisées dans un tableau de correspondance afin de permettre aux investisseurs de retrouver facilement des informations déterminées<sup>1110</sup>.

**623.** Le résumé des informations contenues dans le prospectus doit être écrit dans un langage non technique. Ensuite, il doit exposer les principaux risques présentés par l'émetteur, les garants éventuels et les titres financiers concernés<sup>1111</sup>. Enfin, il doit comporter un avertissement indiquant<sup>1112</sup> que le résumé est comme une introduction au prospectus,

---

<sup>1105</sup> R. MORTIER, *ibid*, p. 213 et 216.

<sup>1106</sup> Art. R. 225-120 al. in fine du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, *ibid*, p. 217.

<sup>1107</sup> Art. 212-7 du Règl. gén. de l'AMF.

<sup>1108</sup> R. MORTIER, *ibid*, p. 210.

<sup>1109</sup> Art. 212-14 du Règl. gén. de l'AMF prévoit : «Le prospectus identifie clairement les personnes responsables par leur nom et fonction, ou, dans le cas des personnes morales, par leur dénomination et leur siège statutaire.

La signature des personnes physiques ou morales qui assument la responsabilité du prospectus ou du document de référence, de leurs actualisations ou de leurs rectifications est précédée d'une attestation précisant que, à leur connaissance, les données de celui-ci sont conformes à la réalité et ne comportent pas d'omission de nature à en altérer la portée.

Cette attestation indique également que l'émetteur a obtenu de ses contrôleurs légaux des comptes une lettre de fin de travaux, dans laquelle ils indiquent qu'ils ont mis en œuvre leur norme professionnelle relative à la vérification des prospectus, comportant une lecture d'ensemble du document. Le cas échéant, l'émetteur mentionne les observations significatives des contrôleurs légaux».

<sup>1110</sup> Art. 212-11 du Règl. gén. de l'AMF.

<sup>1111</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p. 215.

<sup>1112</sup> Art. 212-8 III al. 1, 2 et 4 du Règl. gén. de l'AMF prévoit : «III - Le résumé comporte également un avertissement mentionnant :

1° Qu'il doit être lu comme une introduction au prospectus ;

2° Que toute décision d'investir dans les titres financiers qui font l'objet de l'offre au public ou dont l'admission aux négociations sur un marché réglementé est demandée doit être fondée sur un examen exhaustif du prospectus ;

4° Que les personnes qui ont présenté le résumé,(...), n'engagent leur responsabilité civile que si le contenu du résumé est trompeur, inexact ou contradictoire par rapport aux autres parties du prospectus, ou s'il ne fournit pas, lu en combinaison avec les autres parties du prospectus, les informations essentielles permettant d'aider les investisseurs lorsqu'ils envisagent d'investir dans ces titres financiers».

l'importance d'un examen exhaustif de celui-ci et les cas dans lesquels la responsabilité civile des personnes présentées dans le résumé est engagée.

**624.** Dans l'hypothèse où il existe un fait nouveau significatif, une erreur ou une inexactitude concernant les informations contenues dans le prospectus, intervenu entre la date de l'obtention du visa du prospectus et la clôture de la souscription, qui pourrait avoir une influence significative sur l'évaluation des actions à émettre, la société émettrice est tenue d'établir une note complémentaire de mise à jour, soumise au visa de l'AMF dans les mêmes conditions que le prospectus initial<sup>1113</sup>.

De plus, l'obligation de mise à jour du document d'information dénommé note complémentaire du prospectus est également applicable au résumé du contenu du prospectus si cela s'avère nécessaire pour tenir compte des nouvelles informations figurant dans ce document.

La note complémentaire du prospectus doit être publiée et diffusée selon les mêmes modalités que le prospectus initial<sup>1114</sup>.

En vue de protéger les investisseurs, dont les actionnaires, ayant déjà accepté d'y souscrire avant que cette note complémentaire du prospectus ne soit publiée, ils ont le droit de retirer leur acceptation pendant au moins deux jours de négociation après la publication de la note complémentaire au prospectus<sup>1115</sup>.

**625.** Par ailleurs, les prospectus et documents doivent contenir la signature de la personne ou du représentant de la société émettrice et préciser si les actions à émettre sont admises ou non à la négociation sur un marché réglementé. Pour non-respect de cette obligation, le président du conseil d'administration, l'administrateur ou le directeur général est puni d'une amende de 1 500 euros. Si, à l'occasion de la cession d'actions à émettre, la société émettrice la donne en mandat à un intermédiaire, ce non-respect est puni de la même amende<sup>1116</sup>.

## **S. section 2 : Information de l'actionnaire préalable à la souscription publique des actions en droit irakien**

**626.** Dans le droit irakien, il n'existe pas la possibilité de choix d'un des deux documents d'informations (notice ou prospectus) car il prévoit seulement la note de souscription.

Dans la mesure où la société émettrice souhaite offrir à la souscription publique des actions nouvelles en numéraire avec maintien du DPS, elle est obligée d'informer les investisseurs, dont

---

<sup>1113</sup> Art. 212-25 I du Règl. gén. de l'AMF.

<sup>1114</sup> Art. 212-25 I du Règl. gén. de l'AMF.

<sup>1115</sup> Art. 212-25 II du Règl. gén. de l'AMF.

<sup>1116</sup> Art. R. 247-2 al. 1-4° et 2 du C. com. F.

les actionnaires, sur cette opération par la note de souscription, avant l'ouverture de l'opération de souscription<sup>1117</sup>.

**627.** Assimilable, par la procédure, au prospectus prévu par le droit français, cette note de souscription doit être soumise au visa préalable de l'autorité compétente, le greffier. Il n'accorde son visa qu'après examen de la sincérité des informations contenues. S'il observe une inexactitude concernant ces informations, il ne l'accorde pas.

Après avoir obtenu le visa du greffier, la société émettrice doit diffuser cette note de souscription. Dans le droit irakien, elle est effectuée par l'insertion dans le Bulletin des sociétés émanant du département du greffier et dans deux quotidiens du département du siège social<sup>1118</sup>. Cela représente la manifestation de la volonté de l'offreur qui est une des conditions exigées pour la conclusion du contrat de souscription<sup>1119</sup>.

Quant au non-respect de cette formalité d'information, en référence à l'article L. 45 du C. SIA., le droit irakien se contente d'imposer les sanctions civiles, dont la nullité de la souscription. De ce fait, nous remarquons qu'il présente moins de garantie pour les actionnaires que le droit français qui exige une sanction pénale (amende de 1 500 euros), outre les sanctions civiles. Une sanction plus dissuasive dans le droit irakien pourrait permettre d'éviter le renouvellement de l'opération de souscription et les frais et délai de réalisation de l'augmentation du capital. Pour cela, il serait souhaitable que le droit irakien, outre les sanctions civiles, prévoie dans l'article L. 45 du C. SIA. la sanction pénale (amende) et en fixe le montant, à l'instar du droit français.

**628.** L'information contenue dans la note de souscription est prévue par les articles L. 39 al. 3 et L. 56 al. 3 du C. SIA.<sup>1120</sup>, en raison de l'obligation d'appliquer, de manière correspondante, les dispositions de souscription applicables lors de la fondation de la société à l'occasion de la souscription lors de l'augmentation de capital.<sup>1121</sup>

D'abord, cette information obligatoire représente, comme c'est le cas en droit français, le minimum, selon l'article L. 39 al. 3-7° du C. SIA. «*Toutes autres informations*»<sup>1122</sup>.

Ensuite, elle porte à la connaissance des investisseurs des informations sur : le contrat de la société et ses statuts ; le nombre des actions à émettre, leur valeur nominale et le cas échéant, le montant de la prime d'émission et les modalités de leur libération ; les modalités d'attribution du DPS ; le lieu de souscription ; le délai, notamment celui déterminant l'exercice du DPS ; et les coûts de l'opération de l'augmentation de capital.

---

<sup>1117</sup> Art. L. 56 al. 1 et L. 39 al. 3 du C. SIA. V. égal. A. M. F. AL-OBEIDI, *La souscription au capital social de la société anonyme, étude juridique, Bagdad, Irak, éd., Librairie de culture 1998, p. 90 et 92.*

<sup>1118</sup> Art. L. 39 al. 3 du C. SIA. V. égal. L. J. COMANY, *op. cit.*, p. 154 et K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 128.

<sup>1119</sup> A. M. F. AL-OBEIDI, *ibid*, p. 144 et S. MOUBARAK, T. MOLLAH HUWAISH et S. A. AL-FATLAWI, *Les contrats spéciaux (vente, location, entrepreneuriat), Bagdad, Irak, éd., Librairie juridique, p. 27.*

<sup>1120</sup> V. égal. A. I. AL-BASSAM, *op. cit.*, p. 108 et A. M. F. AL-OBEIDI, *ibid*, p. 97.

<sup>1121</sup> Art. L. 56 al. 1 du C. SIA.

<sup>1122</sup> V. égal. section II-II (dispositions de la souscription, p. 13) des R. DISI. MC. GS.

La comparaison des informations contenues dans la note de souscription avec celles prévues par le droit français, fait apparaître qu'il impose six indications qui ne sont pas prévues en droit irakien. Ce sont les modalités du traitement des actions non souscrites ; les catégories d'actions émises et leurs caractéristiques ; les avantages particuliers stipulés par les statuts au profit de toute personne ; le cas échéant, le montant des obligations convertibles en actions déjà émises, les modalités de la conversion ; le montant non amorti des autres obligations déjà émises et les garanties dont elles sont assorties ; et le montant des emprunts obligataires garantis par la société ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts.

Quant aux quatre premières de ces indications, il n'est pas possible de les considérer utiles pour les actionnaires dans les sociétés irakiennes car le droit irakien, d'une part, ne prescrit aucun minimum pour le succès de la souscription des actions de l'augmentation de capital<sup>1123</sup> et de fait, le cas du traitement des actions non souscrites ne se pose pas. D'autre part, il ne prévoit pas les catégories d'actions, les avantages particuliers et les obligations convertibles en actions<sup>1124</sup>.

Quant à la cinquième et sixième des indications, nous observons sur ce point que le droit français offre plus de garantie que le droit irakien pour les actionnaires désirant la souscription. L'absence de prévision de ces indications par celui-ci ne leur permet pas de connaître la situation des dettes obligataires pesant sur leur société et d'apprécier sa capacité financière pour décider ou non d'augmenter leur participation dans le capital. Il serait préférable que le droit irakien prévoie dans la note de souscription ces deux indications (le montant non amorti des autres obligations déjà émises et les garanties dont elles sont assorties et le montant des emprunts obligataires garantis par la société ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts).

Comme c'est le cas en droit français, l'information prévue dans la note de souscription doit être revêtu de la signature sociale<sup>1125</sup>.

**629.** Par ailleurs, à la différence du droit français, le droit irakien reste muet sur l'obligation faite à la société émettrice d'établir une note complémentaire de l'information déjà indiquée, mais en examinant le C. SIA., nous observons qu'il n'y a aucune disposition prévue qui empêche cette société d'établir cette note complémentaire. Nous regrettons que cette liberté soit laissée à la société émettrice car, d'une part, cela amène à créer une opportunité pour elle d'échapper à la mise à jour de l'information contenue dans la note de la souscription, notamment celle ayant une influence significative sur l'attrait de la souscription des actions. D'autre part, l'absence de cette note fait perdre du temps de l'actionnaire souscripteur qui aurait peut-être

---

<sup>1123</sup> Pour comprendre cela, v. infra, p. 276 -278.

<sup>1124</sup> V. supra, n° 539 à 540 et 613.

<sup>1125</sup> Art. L. 202 du C. SIA.

retiré son acceptation s'il avait été renseigné par cette mise à jour ou décidé de saisir une autre opportunité d'investissement.

Pour ces raisons, il serait souhaitable que le droit irakien prévoie l'obligation d'établir une note complémentaire comme c'est le cas en droit français et selon les modalités suivantes.

La note complémentaire est soumise au visa du greffier dans les mêmes conditions que la note de souscription. Elle doit être publiée et diffusée selon les mêmes modalités que la note initiale. Les investisseurs, dont les actionnaires ayant déjà souscrit, disposent du droit de retirer leur acceptation pendant au moins deux jours de négociation après la publication de la note complémentaire.

S'il faut protéger l'actionnaire lors de l'information préalable de souscription publique des actions, cette protection est également exigée lors de l'opération de cette souscription publique.

## **Section 2 : Protection lors de l'opération de souscription publique des actions**

**630.** Au cours de l'opération de souscription publique des actions nouvelles en numéraire avec maintien du DPS, l'actionnaire souhaitant souscrire peut courir certains risques, pouvant venir de la manifestation du consentement ou du non-respect des règles concernant la souscription elle-même.

Pour cela, les deux droits étudiés imposent une protection de l'actionnaire mais, concernant la souscription elle-même, certaines règles du droit français n'ont pas de pendant en droit irakien.

**631.** Nous présenterons la protection de l'actionnaire lors de l'opération de souscription publique des actions au travers de son consentement (**S. section 1**) et de la souscription publique elle-même (**S. section 2**).

### **S. section 1 : Protection concernant le consentement du souscripteur (l'actionnaire)**

**632.** Le consentement du souscripteur doit être exempt de vice (**§1**), et formalisé par un bulletin de souscription (**§2**).

#### **§1- Vices du consentement**

**633.** La souscription des actions est un contrat. Le contrat conformément à l'article 1101 du C. civ. F. «est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou



plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » et à l'article 73 du C. civ. I. «est l'association l'offre exprimée par un des contractants à l'acceptation de l'autre en apparaissant clairement dans l'objet du contrat ».

Une des conditions imposées de la conclusion du contrat de souscription des actions est le consentement du souscripteur à la souscription.

Les deux droits étudiés exigent que ce consentement du souscripteur soit exempt de vice. S'il est vicié, ce souscripteur peut demander l'annulation de sa souscription, ce qui peut conduire à la nullité de l'augmentation de capital elle-même<sup>1126</sup>.

**634.** Les vices du consentement<sup>1127</sup> donnant la possibilité de demander cette annulation de la souscription sont, violence, erreur ou dol.

Le vice de violence existe lorsque «une contrainte absolue a(it) été exercée sur le souscripteur»<sup>1128</sup>. Il est théorique<sup>1129</sup> car il est difficile d'imaginer qu'une société menace ses actionnaires pour la souscription d'actions émises, notamment car cette émission, effectuée par offre au public (avec le maintien du DPS), a de grandes chances d'être couronnée de succès et de parvenir à la réalisation de l'augmentation de capital.

Le vice de l'erreur sur la substance se présente «lorsque qu'elle [erreur] porte sur les qualités substantielles des actions»<sup>1130</sup>.

D'après Renaud MORTIER, ce vice est rare. Dans un arrêt daté du 26 février 1991, la Cour de cassation française l'a reconnu. Pour cela, elle a approuvé la cour d'appel d'avoir prononcé la nullité d'une souscription aux motifs que «le consentement des souscripteurs n'avait été obtenu que par la communication de bilans et comptes d'exploitation qui présentaient une situation inexacte de la société»<sup>1131</sup>.

Le vice du dol est caractérisé lorsqu'une «manœuvre destinée à induire une personne [ici souscripteur] en erreur afin qu'elle contracte »<sup>1132</sup>. Il est fréquent<sup>1133</sup>. De nombreuses décisions de la jurisprudence française ont prononcées la nullité de souscription pour cause de dol, par exemple :

---

<sup>1126</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 218 et J. ABRAS, op. cit., p. 36. V. égal. K. A. H. AL-BALDAWI, op. cit., p. 127 et A. M. F. AL-OBEIDI, *La souscription au capital social de la société anonyme*, op. cit., p. 156.

<sup>1127</sup> Art. 1109 à 1117 du C. civ. F. V. égal. art. 112 à 124 du C. civ. I.

<sup>1128</sup> J. ABRAS, ibidem, p. 36. V. dans le même sens A. A. AL-HAKIM, *Le commentaire du droit civil irakien, Volume 1 Sources de l'obligation*, op. cit., p. 125.

<sup>1129</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 299.

<sup>1130</sup> J. ABRAS, ibidem, p. 36. V. dans le même sens A. A. AL-HAKIM, *ibid*, p. 149.

<sup>1131</sup> R. MORTIER, ibidem, p. 219.

<sup>1132</sup> J. ABRAS, ibidem, p. 36. V. dans le même sens A. A. AL-HAKIM, *ibid*, p. 165.

<sup>1133</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 299.

Dans un arrêt daté du 3 décembre 1968, la cour de cassation<sup>1134</sup> a prononcé la nullité de souscription d'une augmentation de capital d'un actionnaire au motif que son consentement était entaché du vice du dol, caractérisé par des informations fausses sur les résultats de la société émettrice et des énonciations mensongères dans la notice publiée au Bulletin des Annonces Légales obligatoires.

Dans un jugement daté du 11 juillet 2000, cette même cour<sup>1135</sup> a approuvé la cour d'appel de Dijon d'avoir condamné administrateurs et actionnaires majoritaires pour réticence dolosive à l'occasion d'une augmentation de capital en n'informant pas les souscripteurs, dont les actionnaires minoritaires, de l'existence d'un procès en cours.

Dans un autre arrêt daté du 27 novembre 1972, la cour de cassation<sup>1136</sup>, après avoir rejeté le pourvoi, a confirmé le jugement de la cour d'appel : prononciation de la nullité de souscription du souscripteur et indemnisation pour cause de dol car le président directeur général et un administrateur de la société émettrice avaient amené cette personne à souscrire alors que la société était en difficulté.

## **§2- Formalisation du consentement par le bulletin de souscription**

**635.** Les deux droits étudiés se différencient sur cette formalisation notamment sur un point essentiel concernant l'obligation d'expression du consentement du souscripteur par le bulletin de souscription. Le droit français prévoit cette obligation, mais elle contient une exception qui la dispense de cette obligation.

Le droit irakien la prévoit sans aucune exception.

**636.** Pour cela, nous développerons séparément cette formalisation du consentement par le bulletin de souscription en droit français **(A)** et en droit irakien **(B)**.

### **A- Formalisation du consentement par le bulletin de souscription en droit français**

**637.** Le bulletin de souscription est défini comme «le moyen par lequel le souscripteur marque sa volonté de souscription des actions par une déclaration écrite»<sup>1137</sup>.

Le but du bulletin de souscription est de protéger les souscripteurs contre les erreurs et tromperies<sup>1138</sup>.

---

<sup>1134</sup> Cass. com., 3 décembre 1968, Bull. civ. IV, n° 342, p. 55.

<sup>1135</sup> Cass. com., 11 juillet 2000, n° pourvoi 96-13668, Bull. 2000, IV, n° 144, p. 130.

<sup>1136</sup> Cass. com., 27 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973, n° 01, p. 259.

<sup>1137</sup> F. M. SAMI, La souscription d'actions dans la société anonyme, thèse Genève 1968, p. 88.

<sup>1138</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 221.

Ce bulletin de souscription est exigé lors de la souscription publique d'actions de numéraire<sup>1139</sup>. En cas de non établissement, cela peut donner lieu à une injonction de faire<sup>1140</sup>.

**638.** Il formalise le consentement du souscripteur à souscrire de ces actions et doit être émis par le souscripteur ou son mandataire, rempli (avec l'obligation d'écrire en toutes lettres le nombre d'actions souscrites), daté et signé<sup>1141</sup>.

**639.** Outre l'information préalable de la souscription d'actions, l'information du souscripteur relative à cette souscription est effectuée par la communication des indications contenues dans le bulletin de souscription. Celles-ci<sup>1142</sup> comprennent les données administratives de la société ; le montant des actions de l'augmentation du capital et ses modalités; les coordonnées de la personne auprès de laquelle le règlement de la somme exigible par action souscrite doit être effectué ; les nom, prénom usuel et son domicile et le nombre des actions souscrites ; et le droit de recevoir une copie du bulletin de souscription.

**640.** Le consentement du souscripteur doit être réel et non fictif, c'est-à-dire qu'il «ne correspondrait à aucun engagement réel»<sup>1143</sup>. Afin d'atteindre une certaine limite (pourcentage imposé) déterminant le succès de la souscription des actions de l'augmentation de capital, certains consentements des souscripteurs peuvent être fictifs. La jurisprudence voit dans la fictivité une question de fait. Elle retient comme éléments de preuve l'insolvabilité notoire du souscripteur, ses relations personnelles avec les dirigeants et le versement de fonds par un tiers accompagné éventuellement d'une promesse de cession en blanc<sup>1144</sup>. Si le consentement du souscripteur est fictif, sa souscription est nulle.

**641.** Concernant le consentement à la souscription d'actions par prête-nom, nous pensons, sauf hypothèse de la souscription par prête-nom au cours de la fondation de la société, qu'il est difficile d'imaginer le consentement d'un actionnaire souscripteur à l'occasion d'une

---

<sup>1139</sup> Art. L. 225-143 al. 1 du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 299.

<sup>1140</sup> Art. L. 225-149-3 al. 1 du C. com. F.

<sup>1141</sup> Art. R. 225-128 al. 1 du C. com. F.

<sup>1142</sup> Art. R. 225-128 al. 2 à 12 du C. com. F. prévoit : «Le bulletin de souscription comporte :

1° La dénomination sociale, suivie le cas échéant de son sigle ;

2° La forme de la société ;

3° Le montant du capital social ;

4° L'adresse du siège social ;

5° Les mentions prévues aux 1° et 2° de l'article R. 123-237 [numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce];

6° Le montant et les modalités de l'augmentation du capital ;

7° (...) le montant à souscrire en actions de numéraire (...);

8° Le nom ou la désignation sociale et l'adresse de la personne qui reçoit les fonds ;

9° Les nom, prénom usuel et domicile du souscripteur et le nombre des titres souscrits par lui ;

10° La mention de la remise au souscripteur d'une copie du bulletin de souscription».

<sup>1143</sup> E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, op. cit., p. 42.

<sup>1144</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 304 et E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, ibid, p. 43.

souscription publique, car la souscription par cet actionnaire résulte de l'exercice de ses DPS qui n'existe que s'il justifie de la qualité d'actionnaire dans la société émettrice.

**642.** De plus, le consentement du souscripteur doit être pur et simple et non subordonné à une condition, par exemple, si le souscripteur le donne à condition d'être nommé administrateur dans le conseil d'administration de la société<sup>1145</sup>. Ou dans la mesure où, le souscripteur étant un administrateur dans la société émettrice l'accorde s'il est exonéré constamment de toute responsabilité éventuellement résultant d'exercice de sa mission dans le conseil d'administration. Cela n'est pas valable d'après l'article 1170 du C. civ. F. prévu sous l'influence de la nouvelle ordonnance modifiant le droit des obligations n° 131 du 10 février 2016 car cette condition exonératoire prive de sa substance l'obligation essentielle de cet administrateur-souscripteur<sup>1146</sup>.

Dans le cas où le consentement du souscripteur serait subordonné à une condition, celle-ci devrait être réputée non écrite et ce consentement serait valable<sup>1147</sup>.

**643.** Après avoir rempli le bulletin de souscription, le souscripteur doit le remettre à la personne recevant les souscriptions au nom de la société et payer la somme exigible (un quart au moins de valeur nominale des actions souscrites et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission. La libération du surplus doit être effectuée dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive<sup>1148</sup>).

Cette remise rend le consentement définitif, le souscripteur ne pouvant plus se rétracter<sup>1149</sup>.

Par ailleurs, la société émettrice donnant mandat à un établissement de crédit ou un prestataire de services pour recueillir les souscriptions est dispensée de l'obligation d'expression du consentement du souscripteur par le bulletin de souscription<sup>1150</sup>.

La société émettrice, n'ayant pas toujours les informations suffisantes sur l'évolution du marché financier, peut se faire assister par un établissement de crédit ou un prestataire de services pour obtenir un conseil financier sur les conditions de l'émission, notamment le choix du montant de la prime d'émission et la date de l'émission<sup>1151</sup>.

De plus, elle peut lui accorder un mandat pour recueillir les souscriptions car il a «une organisation matérielle qui permet(tre) d'atteindre le public»<sup>1152</sup>. Ce mandataire est intermédiaire entre la société émettrice et les souscripteurs. Il assure toutes les opérations

---

<sup>1145</sup> E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, *ibidem*, p. 40. V. égal. Cass. com., 25 juin 2013, n° 1217583, Gaz. Pal. Rec. Bim. 24 et 25 juillet 2013, n° spécial 4, 205 à 206, p. 2618.

<sup>1146</sup> M. MEKKI, *op. cit.*, p. 565.

<sup>1147</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *ibid*, p. 303.

<sup>1148</sup> Art. L. 225-144 al. 1 du C. com. F.

<sup>1149</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *ibid*, p. 300 et E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, *ibid*, p. 40.

<sup>1150</sup> Art. L. 225-143 al. 2 du C. com. F. V. égal. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 222.

<sup>1151</sup> F. FLICOTEAUX, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1152</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 296.

administratives et rassemble les fonds provenant des souscriptions<sup>1153</sup>. Quelquefois, en vue d'accomplir ces missions, il crée un syndicat de placement dont il est le gérant. Dans tous les cas, il reçoit des rémunérations en contrepartie de ces missions<sup>1154</sup>.

### **B- Formalisation du consentement par le bulletin de souscription en droit irakien**

**644.** Dans le droit irakien, la société émettrice n'a pas le choix de donner mandat ou non pour recueillir les souscriptions. Elle a obligation de le donner, et exclusivement à une banque<sup>1155</sup>. En effet, elle n'a pas pouvoir de recueillir les souscriptions directement.

La banque est une entité juridique autorisée par la banque centrale irakienne pour effectuer les opérations et services bancaires<sup>1156</sup>. La raison de réserver le recueil des souscriptions à une banque est la capacité matérielle importante de la banque pour diriger une opération de souscription publique assortie de la garantie de sécurité des fonds versés et la protection du consentement des souscripteurs, dont les actionnaires, contre la fraude<sup>1157</sup>.

De plus, pour fournir à ceux-ci plus de garantie, à la différence du droit français, le droit irakien prévoit que la banque ayant mandat pour recueillir les souscriptions doit être nationale<sup>1158</sup>. Au cas où la souscription est effectuée par un organisme autre que la banque ou par une banque étrangère, cette souscription est entachée de nullité<sup>1159</sup>.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, nous pensons le droit irakien, donnant mandat à la banque pour recueillir les souscriptions, plus favorable pour les actionnaires souscripteurs que le droit français.

**645.** En vertu du mandat donné à la banque, celle-ci est intermédiaire contre rémunération entre la société émettrice et les souscripteurs. Elle est soumise à toutes les procédures requises pour l'opération de souscription, dont la remise à chaque souscripteur d'un bulletin de souscription<sup>1160</sup>.

A la différence du droit français, dans le droit irakien, ce bulletin de souscription est toujours exigé lors de la souscription publique d'actions de numéraire<sup>1161</sup>. L'objectif de cette exigence

---

<sup>1153</sup> F. FLICOTEAUX, *ibid*, p. 18.

<sup>1154</sup> A. COURET et J.-L. MEDUS, *op. cit.*, p. 32.

<sup>1155</sup> Art. L. 41 al. 1 du C. SIA. prévoit : «La souscription est effectuée par une des banques (...) autorisées d'exercice leurs activité en Irak (...)». V. égal. H. CHAOUI, *op. cit.*, p. 234 et A. I. AL-BASSAM, *op. cit.*, p. 108.

<sup>1156</sup> A. F. I. MOUSSAWI, *Le régime juridique de la gestion du portefeuille des valeurs mobilières, Bagdad, Irak, éd., Renaissance arabe 2008*, p. 198.

<sup>1157</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 134 et L. J. COMANY, *op. cit.*, p. 156.

<sup>1158</sup> Art. L. 41 al. 1 du C. SIA. prévoit : «La souscription est effectuée par une des banques irakiennes (...)».

<sup>1159</sup> Art. L. 45 al. 1 du C. SIA.

<sup>1160</sup> Art. L. 41 al. 1 et 44 al. 1 du C. SIA. V. égal. B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 135.

<sup>1161</sup> Art. L. 41 al. 1 du C. SIA. prévoit : «La souscription est effectuée par une des banques irakiennes (...) conformément au bulletin de souscription imprimé (...)». V. égal. A. M. F. AL-OBEIDI, *La souscription au capital social de la société anonyme, op. cit.*, p. 107 et 108.

est de protéger le souscripteur en attirant son attention sur l'importance de l'acte qu'il désire réaliser, la souscription<sup>1162</sup>. A défaut d'établissement de ce bulletin de souscription, le contrat de souscription est entaché de nullité<sup>1163</sup>.

Nous pensons que, sur ce point, le droit irakien est plus favorable pour les actionnaires que le droit français car il impose constamment au souscripteur la protection au travers du bulletin de souscription. Le droit français, comme nous avons déjà vu, la lui impose également mais il contient une exception (le cas de l'octroi d'un mandat à un établissement de crédit ou un prestataire de services pour recueillir les souscriptions) à cause de laquelle ce souscripteur est privé de cette protection.

**646.** Pour la conclusion du contrat de souscription, le consentement du souscripteur à l'offre<sup>1164</sup>, émis par le souscripteur ou son mandataire, est formalisé par le bulletin de souscription rempli, daté et signé<sup>1165</sup>, comme c'est le cas en droit français.

Cependant le droit irakien ne prévoit pas l'obligation d'écrire en toutes lettres le nombre d'actions souscrites alors qu'elle est importante pour éviter le conflit sur le nombre de ces actions (erreur de lecture ou de distribution par exemple).

Il serait souhaitable que le droit irakien prévienne d'ajouter dans l'article L. 41 al. 2 du C. SIA. l'obligation d'écrire en toutes lettres le nombre d'actions souscrites

**647.** Outre l'information préalable de la souscription d'actions, l'information de l'actionnaire relative à cette souscription est effectuée par la communication des indications contenues dans le bulletin de souscription. Celles-ci<sup>1166</sup> comprennent la dénomination sociale de la société ; le nombre d'actions souscrites par l'actionnaire ; la formulation de son acceptation du contrat de la société écrite expressément ; ses nom, prénom usuel, adresse, profession et nationalité ; et toutes autres indications jugées utiles par la société.

En comparant ces indications avec celles prévues par le droit français, il ressort que ce dernier prévoit trois indications qui ne sont pas exigées dans le bulletin de souscription en droit irakien, le montant des actions de l'augmentation du capital et ses modalités, le droit de recevoir une

---

<sup>1162</sup> A. I. AL-BASSAM, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1163</sup> A. M. F. AL-OBEIDI, *La souscription au capital social de la société anonyme*, *ibid*, p. 102.

<sup>1164</sup> A. I. AL-BASSAM, *ibid*, p. 111.

<sup>1165</sup> Art. L. 41 al. 2 du C. SIA. V. égal. K. A. H. AL-BALDAWI, *op. cit.*, p. 129 et A. IAMLKI, *op. cit.*, p. 152.

<sup>1166</sup> Art. L. 41 al. 1 et 1° à 4° du C. SIA. prévoit : «(...)conformément au bulletin de souscription imprimé portant la dénomination sociale et contenant :

1° Une demande de souscription à un nombre limité d'actions ;

2° L'acceptation du contrat de la société par le souscripteur ;

3° Les nom, prénom usuel et adresse du souscripteur et sa profession et sa nationalité ;

4° Toutes autres indications nécessaires.».

copie du bulletin de souscription et les coordonnées de la personne auprès de laquelle le règlement de la somme exigible par action souscrite doit être effectué.

Concernant cette première indication, nous remarquons que le droit français offre plus de garantie pour l'actionnaire souscripteur que le droit irakien. En effet, il attire à nouveau l'attention de cet actionnaire sur le montant des actions de l'augmentation du capital et ses modalités, lui permettant de vérifier avant la manifestation de son acceptation de souscription, notamment si le nombre des DPS attribués est juste ou non.

Il serait souhaitable que le droit irakien exige cette indication dans le bulletin de souscription.

Concernant la deuxième indication, nous observons que le droit français offre plus de garantie pour l'actionnaire souscripteur que le droit irakien car il l'informe sur le droit de recevoir une copie du bulletin de souscription après avoir accompli sa souscription. Si cette copie ne lui est pas remise, cet actionnaire souscripteur peut la demander. Elle est importante, notamment pour éviter le conflit sur le consentement de l'actionnaire souscripteur.

Il serait préférable que le droit irakien exige cette indication dans le bulletin de souscription.

Concernant la troisième indication, nous pensons qu'elle est utile pour le souscripteur en droit français mais pas en droit irakien car ce dernier impose toujours, comme nous avons déjà vu, le recueil des souscriptions exclusivement par une banque. Pour cela, la personne à laquelle la somme exigible par action souscrite doit être payée est logiquement le personnel de cette banque elle-même.

**648.** A la différence du droit français, nous remarquons que, dans le droit irakien, la possibilité d'un consentement fictif du souscripteur lors de la souscription d'actions est très rare car le droit irakien n'impose, comme nous verrons, d'atteindre aucun minimum pour le succès de la souscription des actions de l'augmentation de capital<sup>1167</sup>.

Comme en droit français, le consentement du souscripteur dans le droit irakien doit être pur et simple et non subordonné à une condition. Si ce consentement est subordonné à une condition, celle-ci est nulle et le consentement est valable<sup>1168</sup>.

**649.** Enfin, comme c'est le cas en droit français, le souscripteur doit remettre le bulletin de souscription au personnel de la banque ayant mandat pour recevoir les souscriptions et verser la somme exigible<sup>1169</sup>. Après cela, le consentement émis par ce souscripteur devient définitif, celui-ci ne pouvant plus se rétracter<sup>1170</sup>.

---

<sup>1167</sup> Art. L. 56 al. 1 du C. SIA.

<sup>1168</sup> B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, *op. cit.*, p. 135 et H. CHAOUI, *op. cit.*, p.252.

<sup>1169</sup> Art. L. 41 al. 2 du C. SIA.

<sup>1170</sup> A. I. AL-BASSAM, *op. cit.*, p. 113 et H. CHAOUI, *op. cit.*, p.260.

A la différence du droit français, cette somme exigible est de la totalité de valeur nominale des actions souscrites et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission<sup>1171</sup>. L'obligation de cette libération totale notamment la valeur nominale des actions souscrites se justifie, comme nous avons déjà vu, par le fait que le législateur irakien impose de fixer dans les statuts la valeur nominale plancher de l'action à 1 (un) dinar irakien (pour information une bouteille d'eau coûte 250 (deux cent cinquante) dinars. Donc même si l'obligation de cette libération totale de la valeur nominale des actions souscrites peut, à première vue paraître constituer un obstacle, dans la réalité, cela n'a aucune influence négative sur la souscription des actions.

Après avoir exposé la protection concernant le consentement du souscripteur, il nous reste à analyser celle concernant la souscription publique elle-même.

### **S. section 2 : Protection concernant la souscription publique elle-même**

**650.** Après la clôture de la souscription publique, la société émettrice constate soit le montant total de l'augmentation de capital décidée est atteint, soit il ne l'est pas.

Les deux droits étudiés se différencient sur ce point. Le droit français prévoit les deux cas alors que le droit irakien, en raison de sa particularité, prévoit seulement le premier cas.

**651.** Nous présenterons la protection concernant la souscription publique elle-même par les règles concernant le cas des souscriptions publiques couvrant totalement le montant de l'augmentation de capital décidée (**§1**) et celles ne couvrant pas totalement ce montant (**§2**).

#### **§1- Règles concernant le cas des souscriptions publiques couvrant totalement le montant de l'augmentation de capital décidée : surabondance**

**652.** Après la clôture de la souscription publique, la société émettrice peut constater que les souscriptions de ses actions couvrent totalement le montant de l'augmentation de capital décidée. Si le montant de ces souscriptions est égal au montant de l'augmentation de capital décidée, les actionnaires souscripteurs ne rencontrent pas de risque.

Pourtant, s'il y a la surabondance de ces souscriptions, un risque peut toucher les actionnaires souscripteurs lors de la réduction de celles-ci ou de l'extension de l'augmentation de capital initiale.

---

<sup>1171</sup> Art. L. 48 al. 1 du C. SIA.



Les deux droits étudiés se différencient sur ces deux possibilités pour traiter la surabondance des souscriptions, prévues en droit français alors que le droit irakien prévoit seulement la première.

**653.** Nous concentrons notre analyse seulement sur ces deux possibilités, réduction des souscriptions **(A)** et extension de l'augmentation de capital initiale **(B)**.

### **A- Réduction des souscriptions**

**654.** En raison de l'adoption de la souscription publique comme mode d'augmentation de capital, de l'empêchement de la clôture par anticipation par le droit irakien et de la crainte de l'existence de certains consentements viciés, la surabondance des souscriptions est possible.

En cas de surabondance de souscriptions reçues, les deux droits étudiés exigent la réduction de celles à titre réductible jusqu'au montant de l'augmentation de capital décidée. La souscription à titre réductible est celle «qui n'étant pas exercée en vertu des DPS, ne peut être satisfaite que subsidiairement aux souscriptions à titre irréductible, et dans la mesure du possible, en proportion des DPS détenus par chaque souscripteur»<sup>1172</sup>.

Afin de protéger les droits des souscripteurs à titre réductible, dont les actionnaires, cette réduction doit, en principe, être proportionnelle au nombre souscrit mais cette proportionnalité n'est pas applicable sur les souscriptions unitaires car cela conduirait à les rejeter ce qui rendrait la souscription irrégulière<sup>1173</sup>. De plus, la réduction due à la surabondance des souscriptions reçues entraîne l'obligation de restituer aux intéressés les fonds excédentaires versés dès que les sommes correspondant à l'augmentation de capital peuvent être débloquées<sup>1174</sup>.

### **B- Extension de l'augmentation de capital initiale**

**655.** Les deux droits étudiés se différencient sur ce point. Pour cela nous commencerons par le droit français.

**656.** Lui seul prévoit la possibilité d'extension de l'augmentation de capital initiale. En prévision du succès de l'émission initiale, la société émettrice peut accroître le nombre d'actions

---

<sup>1172</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p. 224.

<sup>1173</sup> M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), *op. cit.*, p. 304. V. égal. H. CHAOUI, *op. cit.*, p. 249 et L. J. COMANY, *op. cit.*, p. 160.

<sup>1174</sup> R. MORTIER, *ibid.*, p. 228. V. égal. L. J. COMANY, *op. cit.*, p. 160.

émises<sup>1175</sup>, conformément à l'article L. 225-135-1 du C. com. F. «*En cas d'augmentation de capital avec (...) droit préférentiel de souscription, l'assemblée peut prévoir que le nombre de titres [actions] pourra être augmenté (...)*».

Pour « éviter que le conseil d'admiration ne soit emporté par l'ivresse d'une souscription réussie »<sup>1176</sup>, cette possibilité est limitée par certaines conditions : elle doit être prévue par les actionnaires réunis en assemblée lors de leur décision de l'émission initiale. L'émission de l'extension doit être effectuée dans les trente jours de la clôture de la souscription initiale. Le nombre de ses actions ne doit excéder 15 % de l'émission initiale. Le prix de l'action de l'émission complémentaire doit être identique à celui retenu pour l'émission initiale<sup>1177</sup>. L'attribution d'actions de l'émission complémentaire est faite à tous les actionnaires ayant usé de leur droit de souscription à titre réductible<sup>1178</sup>.

**657.** Le droit irakien ne prévoit pas cette possibilité d'extension de l'augmentation de capital initiale. En examinant les dispositions régissant l'augmentation de capital, nous ne remarquons aucune indication sur ce sujet mais comme l'augmentation de capital ne doit être faite qu'au travers de plusieurs procédures, il nous semble que cette possibilité n'est pas autorisée dans l'état actuel des dispositions.

A notre avis, sur ce point, le droit français est plus favorable que le droit irakien.

En effet, en raison de la difficulté à imaginer la réalisation de la souscription, la société trouve au travers de l'extension de l'augmentation de capital initiale un moyen d'obtenir des fonds nécessaires complémentaires non sollicités dans un premier temps. A cause de la lourdeur administrative et financière (moins de frais et de délai) des procédures à mettre en place pour une augmentation de capital, il semble opportun de profiter de l'augmentation initiale pour faire une extension de l'augmentation de capital, notamment si la société a des projets en attente et que l'augmentation initiale s'est passée avec succès.

Par ailleurs, les actionnaires souscripteurs en demande ont l'opportunité d'augmenter le nombre de leurs souscriptions en vue d'obtenir plus de pouvoir au sein de la société et de meilleurs revenus.

Il serait souhaitable que le droit irakien prévienne l'extension de l'augmentation de capital initiale par ajout dans les dispositions régissant l'augmentation de capital initiale selon les modalités prévues en droit français. Elle doit être prévue par les actionnaires réunis en assemblée lors de leur décision de l'émission initiale. L'émission de l'extension doit être effectuée dans les trente jours de la clôture de la souscription initiale. Le nombre de ses actions ne doit excéder 15 % de

---

<sup>1175</sup> B. LE BARS, Le volume des augmentations de capital, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 535.

<sup>1176</sup> B. LE BARS, *ibid*, p. 536.

<sup>1177</sup> Art. R. 225-118 du C. com. F. V. égal. H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, *op. cit.*, p. 512.

<sup>1178</sup> B. LE BARS, *ibid*, p. 536.

l'émission initiale. Le prix de l'action de l'émission complémentaire doit être identique à celui retenu pour l'émission initiale.

## **§2- Règles concernant le cas des souscriptions publiques ne couvrant pas totalement le montant de l'augmentation de capital décidée**

**658.** La clôture de la souscription publique effective, la société émettrice peut constater que les souscriptions de ses actions (à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible) ne couvrent pas totalement le montant de l'augmentation de capital décidée, il reste des actions non souscrites. Dans ce cas, elle a certaines solutions permises par la loi. Si l'application de celles-ci ne réussissent pas, la société émettrice constate l'échec de la souscription.

Les deux droits comparés se différencient sur ce point, le droit français prévoyant ces solutions et le cas de l'échec de souscription, le droit irakien, en raison de sa particularité, ne les prévoyant pas.

**659.** Pour cela, nous exposerons séparément les règles concernant le cas des souscriptions publiques ne couvrant pas totalement le montant de l'augmentation de capital décidée en droit français **(A)** puis en droit irakien **(B)**.

### **A- Prévu en droit français**

**660.** Nous présenterons les solutions de remédiation possibles **(1)** et l'échec de la souscription publique **(2)**

#### **1- Solutions de remédiation possibles**

**661.** Les solutions possibles au recouvrement partiel du montant de l'augmentation de capital décidée sont soit le recours à la garantie de bonne fin **(a)** soit d'autres solutions **(b)**.

##### **a- Garantie de bonne fin**

**662.** Nous avons déjà indiqué que la société émettrice peut donner mandat à un établissement de crédit ou un prestataire de services pour recueillir les souscriptions. Celui-ci (un

établissement de crédit ou un prestataire de services) est intermédiaire entre la société émettrice et les souscripteurs, en vertu du contrat du mandat.

En raison de la possibilité du non exercice des DPS par tous les actionnaires et de l'échec de l'obtention des seuils de limitation de réduction minima des souscriptions reçues à titre réductible la société émettrice, a la possibilité, par anticipation, d'accorder à un prestataire de services la garantie de bonne fin<sup>1179</sup>. Afin de partager les risques liés à cette garantie et d'utiliser une organisation commerciale plus large, cette personne peut créer un syndicat de placement dont il est le gérant<sup>1180</sup>.

**663.** Cette garantie de bonne fin<sup>1181</sup> est un contrat conclu entre la société émettrice et « un ou plusieurs prestataires de services d'investissement agréés par lequel ce ou ces derniers s'engagent à souscrire toutes les actions qui n'auraient pas trouvé preneur au terme de la procédure de souscription »<sup>1182</sup> de manière irrévocable.

De cette définition, il nous paraît que la garantie de bonne fin ne porte pas atteinte au droit de souscription des actionnaires car elle n'est applicable qu'après l'exercice du droit à titre irréductible de ceux-ci, le cas échéant, à titre réductible, et seulement s'il reste des actions non souscrites. De plus, elle renforce la protection présentée aux actionnaires en couvrant, par anticipation, totalement le montant de l'augmentation de capital décidée et en garantissant le succès de la souscription.

## **b- Autres solutions**

**664.** Si la société émettrice ne contracte pas, par anticipation, la garantie de bonne fin pour résoudre la difficulté des actions non souscrites, le conseil d'administration peut recourir à 3 solutions<sup>1183</sup>, qu'il peut utiliser à son choix<sup>1184</sup>.

Ce sont la réduction du montant de l'augmentation de capital décidée, la répartition libre des actions non souscrites ou le renouvellement de l'offre à la souscription publique.

**665.** Concernant la première solution (la réduction du montant de l'augmentation de capital décidée), le conseil d'administration peut réduire le montant de l'augmentation de capital décidée au montant effectif des souscriptions reçues. Cette réduction peut aller jusqu'à 75 %

---

<sup>1179</sup> R. MORTIER, op. cit., p. 251 et 252.

<sup>1180</sup> J.-Y. CADIC, op. cit., p. 106 et H. JANTON, op. cit., p. 161.

<sup>1181</sup> Art. L. 225-145 du C. com. F.

<sup>1182</sup> R. MORTIER, ibid, p. 251 et 252 et A. COURET et J.-L. MEDUS, op. cit., p. 32.

<sup>1183</sup> Art. L. 225-134 I du C. com. F. V. égal. M. GERMAIN (avec le concours de V. MAGNIER), op. cit., p. 303.

<sup>1184</sup> Art. L. 225-134 II du C. com. F.

du montant de cette augmentation<sup>1185</sup>. Ce seuil de limitation est applicable à l'augmentation initiale et, le cas échéant, à l'extension de l'augmentation, conformément à l'article L. 225-135-1 du C. com. F. «*La limite [75 % de l'augmentation de capital décidée] prévue au 1° du I de l'article L. 225-134 est alors augmentée dans les mêmes proportions*».

L'objectif de l'existence de la faculté de réduction est de faciliter l'opération d'augmentation de capital. Il est difficile de prévoir, pour une souscription publique, le nombre des souscriptions qui seront effectuées par les actionnaires et, le cas échéant, par les tiers<sup>1186</sup>.

Cependant, la liberté d'utiliser cette faculté par le conseil d'administration est limitée par le silence de l'assemblée sur la question des actions non souscrites<sup>1187</sup>. L'article L. 225-134 I al. 1° du C. com. F. prescrit : «*(...) sauf décision contraire de l'assemblée générale*».

Par ailleurs, un deuxième seuil de limitation de réduction à 97 % du montant de l'augmentation de capital décidée peut être utilisé librement par le conseil d'administration à la différence du premier seuil de limitation de 75 %, l'assemblée générale ne pouvant pas l'interdire, selon l'article L.225-134 III du C. com. F. «*Toutefois, le conseil d'administration (...) peut, d'office et dans tous les cas, limiter l'augmentation de capital au montant atteint lorsque les actions non souscrites représentent moins de 3 % de l'augmentation de capital. Toute délibération contraire est réputée non écrite*».

La raison de l'octroi de cette faculté de réduction à 97 % de l'augmentation de capital décidée est de faciliter l'augmentation de capital. Le législateur craint éventuellement le blocage par l'assemblée lorsque le conseil d'administration utilise la première limitation de réduction de 75 % du montant de l'augmentation de capital décidée<sup>1188</sup>.

**666.** Concernant la deuxième solution (la répartition libre des actions non souscrites), le conseil d'administration peut l'utiliser sauf interdiction par l'assemblée générale, conformément à l'article L. 225-134 I al. 2° du C. com. F. «*Les actions non souscrites peuvent être librement réparties totalement ou partiellement, à moins que l'assemblée en ait décidé autrement* ». Cette répartition des actions non souscrites est à destination des tiers<sup>1189</sup>.

**667.** Concernant la troisième solution (le renouvellement de l'offre à la souscription publique des actions non souscrites), le conseil d'administration peut proposer à nouveau les actions non souscrites à la souscription publique (en totalité ou en partie) à condition d'obtenir préalablement l'accord exprès de l'assemblée générale, conformément à l'article L. 225-134 I

---

<sup>1185</sup> Art. L. 225-134 I al. 1° du C. com. F. V. égal. B. LE BARS, op. cit., p. 534 et R. MORTIER, op. cit., p. 228 et 230.

<sup>1186</sup> H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, op. cit., p. 510.

<sup>1187</sup> H. LE NABASQUE, ibid, p. 510 et 511.

<sup>1188</sup> R. MORTIER, ibid, p. 230 et 231.

<sup>1189</sup> B. LE BARS, op. cit., p. 534.

al. 3° «*Les actions non souscrites peuvent être offertes au public totalement ou partiellement lorsque l'assemblée a expressément admis cette possibilité*».

## **2- Echec de la souscription publique**

**668.** Dans la mesure où la société émettrice ne contracte pas par anticipation la garantie de bonne fin de souscription ou a utilisé les trois solutions indiquées ci-dessus mais que le montant des souscriptions reçues n'atteint pas la totalité de l'augmentation de capital ou les 75 % de celle-ci, l'opération de souscription de ses actions émises a échoué<sup>1190</sup>. Dans ce cas et passé le délai de six mois à compter de l'ouverture de cette opération, tout souscripteur peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs. Les frais de répartition sont déduits de ces fonds<sup>1191</sup>.

### **B- Non prévu en droit irakien**

**669.** Il ne prévoit pas de règles concernant le cas des souscriptions publiques ne couvrant pas totalement le montant de l'augmentation de capital décidée, tant pour les solutions possibles de remédiation que pour l'échec. C'est une particularité du droit irakien : pour considérer la souscription publique réussie, le législateur n'impose de couvrir aucun minimum du montant de l'augmentation de capital décidée, conformément à l'article L. 56 al. 1 du C. SIA. qui prévoit : «*L'augmentation de capital est réalisée quel que soit le nombre des actions souscrites et libérées lors de la clôture de souscription*»<sup>1192</sup>.

**670.** Dans le cas où la société émettrice veut recouvrer le montant total de l'augmentation de capital décidée, son conseil d'administration a la solution d'émettre les actions non souscrites sur le marché réglementé des valeurs mobilières<sup>1193</sup>.

**671.** Notons que cette position du droit irakien est différente de celle concernant la souscription publique à l'occasion de la fondation de la société. Lors de celle-ci, il prescrit dans les statuts certaines règles, notamment la limitation de réduction à 75 % du capital social prévu et les dispositions liées à l'échec de la souscription<sup>1194</sup>.

**672.** Sur les règles concernant le cas des souscriptions publiques ne couvrant pas totalement le montant de l'augmentation de capital décidée, il est vrai que, dans le droit irakien, il n'a y pas le

<sup>1190</sup> Art. L. 225-134 II al. 1° du C. com. F.

<sup>1191</sup> Art. L. 225-144 al. 3 et L. 225-11 al. 2 du C. com. F.

<sup>1192</sup> V. égal. A. M. F. AL-OBEIDI, *La souscription au capital social de la société anonyme, op. cit., p. 62.*

<sup>1193</sup> Art. L. 56 al. 3 du C. SIA.

<sup>1194</sup> Art. L. 43 al. 1 et 3 du C. SIA.

cas de l'échec de la souscription publique et que ceci facilite la réalisation de l'augmentation de capital plus facilement qu'en droit français. Mais nous remarquons qu'il peut en résulter que le montant de l'augmentation réalisée ne répond pas aux besoins de financement de la société estimés selon les projets à réaliser. Pour mieux comprendre cela, nous prenons un exemple :

Une SA a décidé d'augmenter son capital par la souscription publique d'un montant de 20 000 € pour renouveler tous les anciens outils d'une de ses usines. Après la clôture de cette souscription publique, elle constate que le montant des souscriptions reçues (5 000 € ou 10 000 €) est loin du montant de l'augmentation prévue. Le projet de renouvellement total n'est donc pas possible.

Cette société a comme possibilité de renoncer à la moitié ou aux trois quarts de la réalisation de ce projet, de renouveler certains outils à hauteur du montant des souscriptions reçues et de garder certains anciens outils. Mais cette hypothèse peut, par exemple, rencontrer des contraintes techniques de compatibilité entre les outils comme la différence du mode du travail de ces deux types des outils (technologies mécanique et électronique).

Cette société a également comme option d'emprunter en vue de compléter le montant des souscriptions reçues. Mais cela peut se heurter, d'une part, à l'absence d'un créancier acceptant cet emprunt et, d'autre part, au refus de l'emprunt par les actionnaires, notamment car il pèse financièrement (intérêt) sur la société, à la différence de l'augmentation de capital.

En fin de processus, il restera à la société deux choix :

Soit elle réalise une partie des investissements du projet, quitte, le cas échéant, à avoir par exemple du matériel stocké car pas utilisable dans la chaîne de travail, à moins qu'elle n'arrive à fonctionner avec les deux même si la solution n'est pas optimale.

soit, malgré la considération de souscription réussie de l'augmentation de capital, elle applique les dispositions d'échec de cette souscription : les fonds sont restitués aux souscripteurs et le projet laissé en attente.

Pour tous ces motifs, nous pensons que, sur ce point, le droit français est plus favorable aux actionnaires que le droit irakien car il fixe deux seuils de limitation de réduction permettant de considérer la souscription réussie si le montant total prévu n'est pas totalement atteint avant de déclarer son échec. Il existe aussi la possibilité de court-circuiter ces processus par la garantie de bonne fin dans lequel les prestataires de services d'investissement s'engagent à souscrire toutes les actions qui n'auraient pas trouvé preneur. Cette garantie renforce la protection des actionnaires en couvrant, par défaut, le montant de l'augmentation de capital décidée, garantissant ainsi le succès de la souscription sans toucher à leur droit de souscription. Il serait préférable que le droit irakien modifie l'article L. 56 al. 1 du C. SIA. en prévoyant les solutions de remédiation (garantie de bonne fin, dispositions liées aux seuils de limitation de réduction) et les dispositions concernant l'échec de la souscription.

Le premier seuil de limitation de réduction est de 97 % du montant de l'augmentation de capital décidée. Cette possibilité de réduction peut être utilisée librement par le conseil d'administration sans que l'assemblée puisse l'interdire.

Le deuxième seuil de limitation de réduction de 75 % du montant de l'augmentation de capital décidée ainsi que la procédure d'échec sont des processus existant dans le droit irakien mais lors de la fondation de la société.

**673.** Une fois l'opération de souscription réalisée, en droit irakien, ou réussie, en droit français, il convient dans les deux cas d'assurer le contrôle de l'opération de l'augmentation de capital par l'obligation du dépôt au greffe des statuts de la société modifiés et de certains documents<sup>1195</sup>.

---

<sup>1195</sup> R. MORTIER, *op. cit.*, p.253 et 254. V. égal. A. M. F. AL-OBEIDI, *La souscription au capital social de la société anonyme, op. cit.*, p. 113 et N. H. RAOUF NNIS, *op. cit.*, p. 112 et 113.



## Conclusion générale

**674.** Notre étude porte sur la protection des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes dans le cadre d'une comparaison des droits français et irakien en vue d'une amélioration de ce dernier. Elle se focalise sur les risques pouvant toucher les droits pécuniaires, les droits politiques et les droits patrimoniaux des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital et sur leurs traitements.

Au terme de cette étude comparative, nous remarquons que la protection en droit français paraît plus avantageuse pour les actionnaires qu'en droit irakien.

Nous démontrons que, même si cette protection des actionnaires dans le droit irakien comprend des points forts, elle n'est pas suffisante afin de garantir leur égalité de traitement.

**675.** Ce travail nous a permis de faire ressortir les remarques (1) et propositions suivantes (2) concernant le droit irakien.

### **- 1 - Remarques**

#### **676. A-** Augmentation de capital

Elle se fait, soit sans apport (par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission), soit par apports en numéraire ou en nature (mais en droit irakien, celle-ci est permise à titre d'exception et seulement lors de l'opération de fusion-absorption).

#### **677. B-** Droit de l'actionnaire à l'information préalable de l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.

Ce droit est exercé de trois façons : par la convocation, par les droits liés à celle-ci et par le(s) rapport(s) relatifs à l'augmentation de capital.

Sur l'information par la convocation, la possibilité des actionnaires de convoquer l'assemblée est règlementée mais sans tenir compte du conflit de pouvoir potentiel avec le principal organe compétent de la convocation et l'abus de pouvoir de celui-ci.

Ni la faculté de transmission de la convocation à l'actionnaire par l'avis de réunion, ni la faculté de publication de l'avis de convocation par lettre simple ou recommandée à chaque actionnaire porteur des actions nominatives, ni la faculté de transmission de la convocation de l'assemblée par le mode moderne (électronique) ne sont prévues.

Sur l'information par les droits liés à la convocation, ce sont le droit de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution et celui de communication des documents sociaux.

Ni la possibilité de l'actionnaire de choisir un mandataire ou un expert pour communiquer les documents sociaux, ni la celle de demander à la société de lui envoyer des documents sociaux, ni celle d'obtenir des informations par la voie électronique ne sont prescrites.

Sur l'information par le(s) rapport(s) relatifs à l'augmentation de capital, lors d'une augmentation de capital, un rapport doit être présenté par le conseil d'administration et, seulement en cas de suppression du DPS, par le contrôleur externe (le censeur du secteur bancaire).

Pour l'augmentation de capital résultant d'une fusion-absorption, même si cette augmentation est permise à titre d'exception, un rapport doit être présenté seulement par le conseil d'administration.

**678. C-** Droit d'accès de l'actionnaire à l'assemblée

Il comporte deux facultés, la participation à l'assemblée (en personne ou par représentation) et à ses délibérations.

**679. D-** Droit de vote de l'actionnaire sur la résolution d'augmentation de capital

Ce droit est proportionnel à la quotité de capital détenue et chaque action donne une voix.

L'actionnaire peut exercer le droit de vote à l'assemblée en personne ou par représentation.

**680. E-** Droit de l'actionnaire de recours en nullité contre la décision d'augmentation de capital

Il peut être exercé devant l'autorité administrative compétente (le greffier).

Ce recours en nullité peut donner lieu à une sanction d'indemnisation ou à une sanction pénale.

Certaines violations font seulement l'objet de sanctions civiles.

La protection inadéquate résultant du recours en nullité, l'abus de minorité, n'est pas prévue.

**681. F-** Droits spécifiques de l'actionnaire accordés à l'occasion d'émission d'actions de l'augmentation de capital

Ce sont : le DPS et le droit à la prime d'émission qui sont accordés à l'actionnaire pour compenser le risque de dilution de ses droits pécuniaires et/ou politiques.

Sur le DPS, c'est un des droits obligatoires de l'actionnaire, accordé seulement lors de l'augmentation de capital par l'émission publique des actions nouvelles de numéraire. Il est proportionnel au nombre de ses actions en capital.

Les DPS peuvent être transférés individuellement par la vente ou par la renonciation.

L'assemblée peut décider la suppression des DPS pour l'intérêt social.

Sur le droit à la prime d'émission, c'est un droit facultatif de l'actionnaire décidé par l'assemblée.

La stipulation d'une prime de fusion autre que cette prime d'émission n'est pas autorisée.

**682. G-** Droit du maintien du contrôle de l'actionnaire de sa société

A l'occasion de l'augmentation de capital, les actionnaires ne peuvent maintenir le contrôle de leur société que par l'émission des actions réservée seulement à leur profit.

**683. H-** Protection de l'actionnaire lors des émissions avec suppression du DPS

Il n'y a que l'assemblée générale extraordinaire qui peut décider d'émettre les actions avec suppression de leurs DPS pour l'intérêt social.

Seules les émissions avec suppression du DPS (réservées au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées) et uniquement au profit des tiers, hors des créanciers obligataires ou non et des salariés de la société, sont prévues.

La suppression du DPS est toujours totale, sauf hypothèse de l'existence d'un actionnaire ayant cette qualité dans les deux sociétés effectuant l'opération de fusion-absorption.

**684. I-** Protection de l'actionnaire lors d'octroi des délégations d'émission avec suppression du DPS

Aucune délégation de pouvoir ou de compétence d'émission ne peut être accordée au conseil d'administration.

**685. J-** Faculté d'utiliser ses DPS pour l'actionnaire de la souscription publique d'actions

La possibilité d'extension de l'augmentation de capital initiale n'est pas prévue.

Le cas de la souscription ne couvrant pas le montant de l'augmentation de capital décidée ne se pose pas.

**- 2 - Propositions**

**686. A-** Droit de l'actionnaire à l'information préalable de l'assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital

Afin de permettre aux actionnaires d'utiliser la possibilité de convoquer l'assemblée en tenant compte du conflit de pouvoir potentiel avec le principal organe compétent de la convocation et l'abus de pouvoir de celui-ci, il serait souhaitable que le législateur prévienne dans l'article L. 87 al. 2 du C. SIA. la limitation de cette possibilité à la carence de cet organe, à l'exemple du droit français.

En vue de faciliter l'utilisation de cette possibilité par les actionnaires, il serait préférable que le législateur modifie l'article L. 87 al. 2 du C. SIA. en réduisant le pourcentage imposé de 10 % à 5 % du capital, à l'instar du droit français.

Dans un but de protection des actionnaires des SA cotées, dont la plupart ont de nombreux petits actionnaires, il serait important que le législateur prévoie la faculté de créer des associations d'actionnaires en leur donnant notamment le pouvoir de demander la convocation de l'assemblée générale, comme c'est le cas en droit français.

Dans l'objectif d'éviter la possibilité d'abus de pouvoir du principal organe compétent pour accepter ou non la demande de convocation de l'assemblée présentée par les actionnaires, il serait judicieux que le législateur modifie l'article L. 87 al. 2 du C. SIA. en leur permettant de présenter cette demande auprès d'un organe autre qui pourrait être le greffier, à l'instar du droit français.

Compte tenu que le droit irakien ne prévoit que les actions nominatives et l'importance représentée par la faculté d'assurer la transmission de l'information contenue dans la convocation de l'assemblée par lettre simple ou recommandée à chaque actionnaire porteur des actions nominatives, il serait utile que le législateur, comme c'est le cas en droit français, l'intègre à l'article L. 88 al. 1 du C. SIA .

Pour améliorer le contenu de l'information transmise à l'actionnaire par l'avis de convocation de l'assemblée, il serait souhaitable que législateur ajoute à l'article L. 88 al. 1 du C. SIA les trois indications suivantes : le numéro unique d'identification de l'entreprise, la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée et la nature de l'assemblée, comme c'est le cas en droit français.

En vue d'améliorer le contenu de l'information sur l'augmentation de capital résultant de la fusion-absorption, transmise à l'actionnaire par l'avis de convocation, il serait préférable que le législateur impose dans l'article L. 150 du C. SIA. que le projet de fusion-absorption comprenne les informations suivantes : la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission à la société absorbante est prévue ; les modalités de remise des actions et la date à partir de laquelle ces actions donnent droit aux bénéficiaires, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ; les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes de la société intéressée utilisés pour établir les conditions de l'opération ; le rapport d'échange des

droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ; et le montant prévu de la prime de fusion, à l'exemple du droit français.

Afin de profiter des avantages importants de la transmission électronique de la convocation de l'assemblée générale à l'actionnaire, il serait souhaitable que le législateur la prévoie tout en évitant l'écueil de l'incertitude de cette transmission, comme en droit français.

En vue d'accorder le temps suffisant aux actionnaires de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour et communiquer aux actionnaires ces projets de résolution, il serait souhaitable que le législateur prévoie, d'abord, d'imposer à toutes les SA (faisant ou non offre au public) la diffusion de l'avis de réunion et de modifier l'article L. 89 du C. SIA. en permettant aux actionnaires, de présenter leur demande avant la réunion de l'assemblée, comme c'est le cas en droit français.

Dans le but de faciliter l'utilisation par les actionnaires de la possibilité de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour, il serait souhaitable que le législateur modifie l'article L. 89 du C. SIA. en réduisant le pourcentage imposé pour cette utilisation de 10 % à 5 % du capital, à l'exemple du droit français.

Pour fournir aux actionnaires l'information de manière claire et précise, il serait préférable que le législateur impose dans l'article L. 89 du C. SIA. de présenter par écrit la demande d'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour, comme c'est le cas en droit français.

Dans l'intérêt des actionnaires, afin qu'ils aient le temps suffisant pour la communication des documents sociaux avant l'assemblée, il serait utile que le législateur modifie l'article L. 132 al. 2 du C. SIA. en portant la durée de cette communication de dix à vingt-cinq jours minimum à compter de la convocation de cette assemblée.

Afin de faciliter la communication des documents sociaux, mettre en cohérence les dispositions concernant l'exercice du droit de communication avec celles concernant la représentation à l'assemblée et permettre une information approfondie, il serait judicieux que le législateur prévoie, à l'exemple du droit français, de donner à l'actionnaire la possibilité d'exercer son droit de communication par un mandataire et se faire assister d'un expert agréé auprès des cours, tribunaux et greffes.

Dans le but de profiter des avantages liés à l'obtention électronique des informations (par la communication électronique des documents sociaux et par la réception électronique de

certain documents déterminés), il serait préférable que le législateur accorde cette faculté à l'actionnaire, comme c'est le cas en droit français.

Pour éviter que l'actionnaire se trouve empêché d'exercer son droit de communication non seulement sur le registre des actionnaires mais aussi sur tous les registres et documents sociaux mis à disposition avant l'assemblée, il serait souhaitable que le législateur modifie l'article L. 132 al. 1 du C. SIA. en étendant le champ d'application de la faculté donnée à l'actionnaire d'enjoindre sous astreinte, au travers du greffier, les administrateurs et dirigeants à lui communiquer tous ceux-ci, comme c'est le cas en droit français.

Dans le but de garantir aux actionnaires la communication plus complète à l'occasion de l'augmentation de capital résultant de la fusion-absorption, il serait préférable que le législateur prévoie précisément la liste des documents consultables à cette occasion.

Pour faciliter l'obtention de l'information par l'actionnaire sur la(les) résolution(s) proposée(s) notamment s'il lui est difficile ou impossible d'aller au siège social, il serait intéressant que le législateur prévoie la possibilité que cet actionnaire demande à la société de lui envoyer des documents sociaux, comme c'est le cas en droit français.

En vue d'éviter tout doute sur l'obligation de présentation aux actionnaires du rapport du conseil d'administration commun pour toutes les augmentations de capital par le conseil d'administration, il serait important que le législateur la prévoie dans l'article L. 54 du C. SIA. cette obligation de façon globale pour toutes, comme c'était le cas dans le code des sociétés irakiennes antérieur.

Afin d'améliorer les informations contenues dans le rapport commun établi par conseil d'administration en donnant à l'actionnaire les plus récentes, il serait préférable que le législateur prévoie l'obligation de mention des informations sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours, à l'instar du droit français.

Dans le but de garantir une présentation de l'information spécifique et complète par le conseil d'administration aux actionnaires des SA bancaires lors de l'augmentation de capital avec suppression du DPS, il serait souhaitable que le législateur prévoie expressément dans l'article L. 56 al. 4 du C. SIA. l'obligation du conseil d'administration de présenter cette information spécifique et son contenu. Celui-ci pourrait être créé en s'inspirant du rapport commun prévu par le droit irakien et de l'information exigée par le droit français pour ce type de suppression du DPS (l'information commune et l'information propre aux bénéficiaires dénommés non concernés par la fusion ou la scission).

En vue de fournir aux actionnaires de la société absorbante une information plus complète sur l'augmentation de capital résultant de fusion-absorption avec suppression du DPS, il serait préférable que le législateur impose dans l'article L. 150 al. 1 du C. SIA. au conseil d'administration la présentation, outre l'information propre, l'information commune sur cette augmentation, comme c'est le cas en droit français.

Dans le but d'accorder aux actionnaires de la société absorbante des informations précises sur les conditions de l'augmentation de capital résultant de fusion-absorption avec suppression DPS, il serait utile que, à l'exemple du droit français, le législateur détaille dans l'article L. 150 al. 1 du C. SIA. l'information propre concernant ces conditions.

Pour simplifier l'utilisation par les SA bancaires de l'augmentation de capital avec suppression du DPS et garantir le droit d'information des actionnaires sur l'acceptation renseignée émise par le censeur du secteur bancaire (la banque centrale irakienne), il serait préférable que le législateur prévoie expressément dans l'article L. 56 al. 4-2° du C. SIA. que l'obtention de l'information contenue dans cette acceptation renseignée doit être situé avant l'assemblée.

Afin d'éviter la participation par l'actionnaire au vote de l'augmentation de capital résultant de la fusion-absorption sans qu'il ait connaissance des éclaircissements indiqués sur l'information présentée par le conseil d'administration et des charges doubles exigées de la prise d'une décision dans l'assemblée si le greffier ne la valide pas en raison de la non exactitude de l'information établie par ce conseil, il serait souhaitable que le législateur prévoit l'obligation de présenter ces éclaircissements à l'actionnaire, comme c'est le cas en droit français. Cette obligation passe, d'une part, par la désignation d'un comité d'experts similaire à celui désigné lors de la constitution de la société à qui il incombera d'évaluer l'apport en nature et, d'autre part, par la détermination du contenu de ces éclaircissements.

Pour ces deux mesures protectrices proposées, et en particulier pour la nécessité de l'apport en nature qui n'est pas limitée à une étape déterminée de la vie de la société, nous pensons qu'il serait souhaitable également que le législateur prévoie dans l'article L. 55 al. 1 du C. SIA. de permettre l'augmentation de capital par apports en nature hors opération de fusion-absorption.

#### **687. B-** Droit d'accès de l'actionnaire à l'assemblée

Pour ne pas augmenter les frais à la charge de l'actionnaire (le mandant) et ne pas doubler les procédures organisées par la direction de la société pour l'assemblée, il serait souhaitable que

le droit irakien prévoit dans le C. SIA. de ne pas permettre la possibilité à l'actionnaire de se faire représenter à l'assemblée par plusieurs mandataires.

En raison de la non possibilité de l'entrée de nouveaux actionnaires lors de l'augmentation par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission et cette augmentation présentant des modalités de libération spécifiques, il serait souhaitable que le législateur prévoit de dispenser de cette augmentation de capital par l'obligation de libération intégrale du capital déjà souscrit, dans l'article 54 al.1 du C. SIA.

Afin d'obliger les actionnaires à libérer les fractions exigibles du montant de leurs actions, il serait souhaitable que le législateur prévoit dans l'article L. 48 al. 3 du C. SIA. de sanctionner l'actionnaire défaillant, outre la suspension du droit aux dividendes, par la privation de participation à l'assemblée, comme c'est le cas en droit français.

Pour permettre seulement aux actionnaires détenteurs actuels des actions de participer à l'assemblée, il serait préférable que le législateur dans l'article L. 94 al. 1 du C. SIA. prévoit de déterminer le délai pendant lequel l'actionnaire doit faire la demande de l'attestation justifiant de sa qualité avant la réunion de cette assemblée, à l'instar du droit français. Ce pourrait être le troisième jour ouvré précédant l'assemblée (SA cotées) ou le jour de celle-ci (SA non cotées).

En vue d'éviter, le jour de la réunion dans les SA cotées, un travail important pour le bureau de l'assemblée, car dans la plupart des cas, ses actionnaires sont nombreux (ceci venant s'ajouter aux procédures préliminaires à l'assemblée) et un éventuel retard de démarrage de la réunion, il serait préférable que le législateur modifie l'article L. 94 al.1 et 3 du C. SIA. en prévoyant, comme c'est le cas en droit français, une date de délivrance de la carte d'admission à l'actionnaire différente de celle du jour de l'assemblée. Ce pourrait être le troisième jour ouvré précédant l'assemblée.

Dans le but d'accorder à l'actionnaire la possibilité de revenir sur le mode de participation à l'assemblée (seulement la procuration) en cas de circonstances exceptionnelles, il serait souhaitable que le législateur prévoit cette possibilité dans l'article L. 91 al. 3-2° du C. SIA ainsi que l'extension de son délai d'application jusqu'au jour de l'assemblée.

Afin de maintenir à l'actionnaire la faculté de se faire représenter par un tiers en vue de faciliter l'obtention du quorum et de la majorité requis pour l'assemblée et de ne pas obliger toutes les SA à adopter cette faculté, qui amène à communiquer leurs informations à un tiers, alors que la procédure de réunion de l'assemblée ne le requiert pas, il serait souhaitable que le



législateur, comme c'est le cas en droit français, modifie l'article L. 91 al. 1 du C. SIA. en limitant cette faculté seulement aux SA cotées, et si leurs statuts le prévoient.

Mais pour que, dans les SA non cotées et celles cotées ne prévoyant pas dans leurs statuts la faculté de se faire représenter par un tiers, cette limite n'amène pas à réduire notablement les options proposées à l'actionnaire de se faire représenter, il serait préférable que le législateur ajoute à cet article la faculté accordée à l'actionnaire de se faire représenter par son conjoint.

En vue de la visibilité de l'existence du conflit d'intérêts entre l'actionnaire (le mandant) et son mandataire dans les SA cotées ayant une importance marquée par le marché financier et surtout par le nombre des actionnaires, il serait utile que le législateur impose au mandataire (autre actionnaire ou tiers) d'informer l'actionnaire du conflit d'intérêts dans l'article L. 91 du C. SIA, comme en droit français et selon les mêmes modalités et sanctions.

Dans le but de simplifier l'envoi du formulaire du mandat et, par conséquent, de faciliter l'obtention du quorum requis pour l'assemblée, il serait préférable que le législateur prévienne dans l'article L. 91 al. 3-2° du C. SIA. celui par voie électronique outre l'envoi par voie traditionnelle, à l'exemple du droit français.

Pour éviter de potentiels litiges à propos de la révocation du mandat accordé pour représenter l'actionnaire à l'assemblée, il serait souhaitable que le législateur prévienne dans le C. SIA. la forme de cette révocation du mandat en la limitant à celle écrite, comme c'est le cas en droit français.

En vue de combler la lacune législative et d'accorder la faculté d'effectuer les formalités préliminaires des délibérations de l'assemblée alors même que le président du conseil d'administration est absent, il serait préférable que le législateur prévienne de permettre au vice-président de ce conseil d'administration de présider l'assemblée antérieure des délibérations ou, à défaut, à un membre de celui-ci, comme c'est le cas pour la réunion du conseil d'administration.

Dans le but de préserver l'importance de l'ordre du jour et d'encadrer l'autorisation de délibérer sur des questions dont les actionnaires n'ont pas été informés au préalable en la limitant seulement à un seul cas, il serait préférable que le législateur prévienne de cette limite dans l'article L. 89 du C. SIA.

Pour protéger les actionnaires contre toute information tronquée qui peut être inscrite à l'ordre du jour, il serait souhaitable que le législateur prévienne dans l'article L. 89 du C. SIA. les mêmes conditions d'inscription que celles prévues par le droit français. Celles-ci doivent être

libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans faire appel à d'autres documents.

#### **688. C- Droit de l'actionnaire de vote sur la résolution de l'augmentation de capital**

En vue de faciliter certaines procédures de l'assemblée et de réduire l'impact des actionnaires majoritaires sur la minorité, il serait préférable que le législateur prévoie dans l'article L. 97 al. 1 du C. SIA. les clauses de plafonnement de droit de vote, à l'instar du droit français.

Pour éviter aux actionnaires des risques éventuels liés à leur absence à l'assemblée, il serait souhaitable que le législateur modifie, dans l'article L. 91 al. 1 du C. SIA., la nature juridique de l'exercice du droit de vote en le rendant obligatoire, comme c'est le cas en droit français.

Afin de faciliter le règlement des litiges concernant les mandats et procurations accordés à l'intermédiaire financier habilité pour représenter les actionnaires non-résidents, il serait important que le législateur prévoie dans l'article R. 8 des R. PNMIV, de déterminer le délai de conservation de ces mandats et procurations en le fixant à trois ans, comme c'est le cas en droit français.

Dans le but de fournir aux actionnaires une protection plus performante contre les risques de prise de contrôle d'une manière rampante, il serait souhaitable que le législateur modifie l'article L. 2 al. 1° et 2° du C. PMIV en portant à quatre le nombre de seuils faisant l'objet de l'obligation d'information sur le franchissement de seuils, en prévoyant la notification des intentions éventuelles de modification de participation au capital en accordant une durée de six mois pour la période de réflexion sur ces intentions, ainsi que la notification de modifications éventuelles des informations fournies, comme c'est le cas en droit français.

Pour augmenter la garantie donnée par la sanction de privation de vote en cas de la violation d'obligation d'information sur le franchissement de seuils, il serait souhaitable que le législateur prévoit expressément dans l'article L. 3 du C. PMIV la sanction de privation du droit de vote et pour une durée de deux ans après la régularisation de la notification, à l'exemple du droit français.

En vue de donner aux actionnaires un procès-verbal offrant un contenu détaillé d'informations, permettant éventuellement de contester la décision d'augmentation de capital, il serait souhaitable que le législateur revoie ce contenu en précisant toutes les indications devant figurer dans le procès-verbal conformément aux articles R. 225-106 al. 1 et L. 225-114 al. 2 du C. com. F.

#### **689. D-** Droit de l'actionnaire de recours contre la décision d'augmentation de capital

Afin d'arriver à une plus grande participation des actionnaires, nous pensons qu'il serait souhaitable que le droit irakien instaure l'utilisation du droit de recours en lien avec la présence obligatoire à l'assemblée, à l'exemple de la jurisprudence française.

Pour que les actionnaires aient le temps d'exercer un contrôle efficace sur les actes ou délibérations de l'assemblée, il serait préférable que le législateur modifie l'article L. 96 al. 3 du C. SIA. en étendant le délai de prescription à 3 mois, comme prévu par l'article L. 225-149-3 du C. com. F.

Pour la prescription de la demande de cette indemnisation, il conviendrait, d'une part, que ce soit le C. SIA. qui fixe la règle sur ce point et, d'autre part, que ce délai parte du jour où la régularisation a été effectuée et soit ramené à trois ans, comme en droit français.

Pour une sanction plus dissuasive du délit commis par les dirigeants de donner ou confirmer des informations inexactes, il serait souhaitable que le droit irakien modifie les sanctions encourues pour ce délit en fixant le montant d'une amende et en portant le minimum de la peine d'emprisonnement à trois ans, comme c'est le cas en droit français.

Pour imposer une sanction plus lourde du délit d'avoir empêché un actionnaire de participer à la réunion de l'assemblée, il serait souhaitable que le droit irakien instaure dans le C. SIA. une amende, fixe son montant ainsi qu'une peine d'emprisonnement de deux ans, comme c'est le cas en droit français.

Pour contrer pénalement le délit de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages ou d'accorder, garantir ou promettre des avantages le tout en vue d'exercer frauduleusement le droit de vote, il serait judicieux et important que le droit irakien prévoit dans le C. SIA. de reconnaître ce délit et de le sanctionner pénalement, en instaurant une amende et en fixant une peine d'emprisonnement de deux ans, à l'exemple du droit français.

Comme recours contre l'abus de minorité lors de l'adoption de la résolution de l'augmentation de capital lorsque la société est frappée d'une perte financière avec laquelle ses capitaux propres sont devenus inférieurs au minimum et, ensuite, pour empêcher la mise en dissolution de cette société, il serait préférable que le droit irakien prévoie la mesure adoptée par le droit français contre l'abus de minorité. Sous réserve que les deux critères soient présents (l'existence de l'attitude par la minorité empêchant l'adoption d'une décision essentielle pour

la société et le fait que cette attitude est contraire à l'intérêt général de la société), le recours contre l'abus de minorité pourrait être fait auprès du greffier qui aurait le pouvoir d'apprécier l'existence de cet abus et le pouvoir de désigner un mandataire ad hoc pour voter à la place de la minorité dans le sens de l'intérêt général de la société.

#### **690. E- Droits spécifiques de l'actionnaire accordés à l'occasion d'émission d'actions de l'augmentation de capital**

Afin que le délai d'exercice du DPS ne conduise pas à une dévalorisation des actions émises par rapport à leur prix d'émission, il serait préférable que le droit irakien modifie dans l'article L. 56 al. 3 du C. SIA. le délai d'exercice du DPS en le fixant à cinq jours de bourse minimum à partir de la convocation des actionnaires à la souscription, à l'exemple du droit français.

En vue de gagner du temps, il serait souhaitable que le droit irakien prévoie dans l'article L. 56 al. 3 du C. SIA. la disposition de fin par anticipation du délai du DPS si tous les actionnaires ont exercé leur droit et par extension la clôture de la souscription, dès lors que toutes les actions émises ont été souscrites, comme c'est le cas en droit français.

En vue de protéger les actionnaires contre les violations pouvant toucher au DPS., il serait judicieux que le droit irakien prévoie explicitement de sanctionner les infractions pouvant toucher au DPS par l'annulation avec régularisation.

Dans le but d'éviter le conflit sur la faculté de vente des DPS par l'actionnaire, il serait important que le législateur prévoie expressément cette faculté de vente du DPS.

Afin que la procédure de vente des DPS soit clairement établie pour faciliter l'application, nous souhaitons que le droit irakien prévoie dans le C. SIA. la vente du DPS selon la même procédure qu'en droit français : si les actions ayant produit le DPS sont négociables, celui-ci est négociable également, si les actions donnant le DPS ne sont pas négociables, celui-ci est cessible dans les mêmes limites que ces actions.

En vue d'éviter l'émission à la valeur nominale plancher très dérisoire, il serait préférable que, le législateur modifie dans l'article L. 30 du C. SIA. le montant de cette valeur nominale en la fixant à un multiple de 250 dinars irakiens.

Pour offrir plus de garanties pour les actionnaires par la sanction des responsables de la violation concernant la libération entière de la prime d'émission, il serait souhaitable que le

droit irakien prévoit et fixe le montant d'une amende pour ce cas de violation, outre les sanctions civiles, à l'instar du droit français.

Afin de permettre la stipulation d'une prime de fusion pour contrer les risques générés par l'émission résultant d'une fusion-absorption, il serait préférable que le droit irakien autorise cette stipulation dans l'article L. 30 du C. SIA. , comme en droit français.

#### **691. F- Droit de l'actionnaire du maintien du contrôle de la société émettrice**

Afin de ne pas trop toucher au principe d'égalité entre les actionnaires et de ne pas priver la société d'un moyen de financement important tout en conservant le contrôle, il serait souhaitable que le législateur modifie l'article L. 29 al. 1 du C. SIA. en autorisant l'émission d'actions de préférence (avec des droits particuliers pécuniaires et/ou non pécuniaires attachés) en la réservant au cas où la société est en difficulté, selon les modalités du droit français suivantes.

L'émission des actions de préférence s'effectue par l'inscription d'une clause statutaire qui la permet et définit les droits particuliers attachés, répartis en droits pécuniaires ou non pécuniaires.

La création des assemblées spéciales.

La consultation de l'assemblée spéciale de la catégorie des actions de préférence concernée, outre l'assemblée compétente pour la décision d'augmentation du capital est nécessaire.

L'attribution de droits particuliers, lors de l'émission d'actions de préférence doit être soumise à vérification, qui pourrait être réalisée par un comité d'experts.

L'émission doit être décidée par l'assemblée générale compétente.

En vue de rendre plus transparente la prise du contrôle et d'accorder aux actionnaires de la société cible la faculté de se défendre de l'OPA jugée hostile par l'émission des bons d'offre tout en maintenant le contrôle de la société, il serait souhaitable que le droit irakien prévoit l'OPA en plus, en accordant également une mesure défensive (émission des bons d'offre). Celle-ci se passerait comme en droit français et selon les modalités suivantes.

Cette émission doit être décidée par l'assemblée de la société cible et bénéficie de dispositions spécifiques quant au délai de transmission de l'avis de convocation, au quorum et à la majorité requise.

L'émission s'adresse à tous les actionnaires de la société cible en leur permettant de les acquérir gratuitement.

L'émission doit donner la faculté de souscription aux actions à émettre à des conditions préférentielles.

### **692. G-** Protection de l'actionnaire lors des émissions avec suppression du DPS

Afin de réduire les risques résultant de l'émission d'actions avec suppression du DPS autorisée seulement pour les SA bancaires et de l'utiliser, outre le financement, comme moyen de se libérer de leurs créances, il serait souhaitable que le législateur modifie l'article L. 56 al. 4 du C. SIA. en permettant la suppression partielle du DPS pour les actionnaires préexistants avec priorité pour la souscription de l'action de la société et en étendant son champ d'application en comprenant l'augmentation de capital avec suppression de DPS réservée aux créanciers obligataires ou non, à l'exemple du droit français.

### **693. H-** Droit de l'actionnaire à la souscription d'actions, résultant de l'utilisation du DPS

Afin de mieux garantir le respect de la diffusion de la note de souscription, il serait souhaitable que le droit irakien, outre les sanctions civiles, prévoie dans l'article L. 45 du C. SIA. la sanction pénale (amende) et en fixe le montant, à l'instar du droit français.

Dans le but d'améliorer l'information contenue dans la note de souscription, il serait souhaitable que le législateur ajoute à l'article L. 39 al. 3 les deux indications suivantes : le montant non amorti des autres obligations déjà émises et les garanties dont elles sont assorties et le montant des emprunts obligataires garantis par la société ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts, comme c'est le cas en droit français.

Pour ne pas laisser au choix de la société émettrice d'établir ou non la note complémentaire de souscription et pour donner à l'actionnaire la possibilité de disposer d'une information à jour, il serait souhaitable que le droit irakien prévoie, si certaines informations ayant une influence significative sur l'émission d'action apparaissent après publication de la note de souscription, l'obligation d'établir une note complémentaire comme c'est le cas en droit français et selon les modalités suivantes.

La note complémentaire est soumise au visa du greffier dans les mêmes conditions que la note de souscription. Elle doit être publiée et diffusée selon les mêmes modalités que la note initiale. Les investisseurs, dont les actionnaires ayant déjà souscrit, disposent du droit de retirer leur acceptation pendant au moins deux jours de négociation après la publication de la note complémentaire.

En vue de renforcer la protection de l'actionnaire résultant du bulletin de souscription, il serait souhaitable que le législateur ajoute à l'article L. 41 al. 1 du C. SIA. les deux indications

suivantes : le montant des actions de l'augmentation du capital et ses modalités, et le droit de recevoir une copie du bulletin de souscription, comme c'est le cas en droit français.

Pour éviter le conflit relatif au nombre d'actions souscrites, il serait important que le législateur prévoie d'ajouter dans l'article L. 41 al. 2 du C. SIA. l'obligation pour le souscripteur (actionnaire ou non) d'écrire en toutes lettres le nombre d'actions souscrites.

Pour compléter une augmentation de capital sous-évaluée dans un premier temps et en profiter pour répondre au désir latent des actionnaires d'augmenter le nombre de leurs souscriptions, il serait souhaitable que le droit irakien prévoie l'extension de l'augmentation de capital initiale par ajout dans les dispositions régissant l'augmentation de capital initiale selon les modalités prévues en droit français.

Elle doit être prévue par les actionnaires réunis en assemblée lors de leur décision de l'émission initiale. L'émission de l'extension doit être effectuée dans les trente jours de la clôture de la souscription initiale. Le nombre de ses actions ne doit excéder 15 % de l'émission initiale. Le prix de l'émission complémentaire doit être identique à celui retenu pour l'émission initiale.

Afin de réaliser au mieux l'augmentation de capital, il serait préférable que le droit irakien modifie l'article L. 56 al. 1 du C. SIA. en prévoyant les solutions de remédiation (garantie de bonne fin et dispositions liées aux seuils de limitation de réduction) et les dispositions concernant l'échec de la souscription.

Le premier seuil de limitation de réduction est de 97 % du montant de l'augmentation de capital décidée. Cette possibilité de réduction peut être utilisée librement par le conseil d'administration sans que l'assemblée puisse l'interdire.

Le deuxième seuil de limitation de réduction de 75 % du montant de l'augmentation de capital décidée.

# **Bibliographie**

## **Première partie : bibliographie française**

### **I- Ouvrages Généraux, Manuels et Traités**

M. BANDRAC et J.-P. DOM, Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés, éd., JOLY. 2002.

\*\*\*\*\*

A. CONSTANTIN, Droit des sociétés, 6<sup>e</sup> éd., DALLOZ 2014.

M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2016.

\*\*\*\*\*

M. GERMAIN ( avec le concours de V. MAGNIER), Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, tome. 1, Volume. 2, 21<sup>e</sup> éd., L.G.D.J 2014.

M. GONTHIER et H. COURT, La vie des sociétés problèmes comptables, tome . I et II, éd., Foucher 1996.

\*\*\*\*\*

J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, t. 1, 2<sup>e</sup>.

J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 2, éd., Dalloz 1974.

\*\*\*\*\*

P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ 2014.

\*\*\*\*\*

J.-M. MOULIN, Droit des sociétés et des groupes, Mémento LMD, Gualino, 10<sup>e</sup> éd., Lextenso 2016.

\*\*\*\*\*

C. PENHOAT, Droit des sociétés et des autres groupements, Gualino, 6<sup>e</sup> éd., 2004.

E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, Traité de droit commercial, Volume 2 les sociétés, Paris, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien 1982.

\*\*\*\*\*

G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome I volume II, 18<sup>e</sup> éd., LGDJ 2002.

\*\*\*\*\*



D. VIDAL, Droit des sociétés, 7<sup>e</sup> éd., Lextenso 2010.

## **II- Ouvrages spécialisés**

R. CASTELL et F. PASQUALINI, Le commissaire aux comptes, éd., Économica, 1995.

A. COURET et J.-L. MEDUS, Les augmentations de capital, éd., Économica, 1994.

\*\*\*\*\*

S. DANA-DÉMARET, Le capital social, éd., Litec, 1989.

\*\*\*\*\*

R. MORTIER, les opérations sur capital social- les aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., Litec 2016.

\*\*\*\*\*

G. NAFFAH, La prime d'émission, éd., Économica 1987.

\*\*\*\*\*

A. VIANDIER, OPA, OPE garantie de cours, retrait, OPV, 2<sup>e</sup> éd., Litec 1993.

\*\*\*\*\*

A. WAHL, Étude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, Paris, éd., Arthur Rousseau 1894.

## **III- Monographies**

S. CHABIR, Droit préférentiel de souscription dans la société anonyme, mémoire Perpignan 1998- 1999.

\*\*\*\*\*

F. FLICOTEAUX, L'augmentation de capital : principes et conséquences pour une société anonyme, mémoire Paris I 1997.

F. FRICAUDET, Le vote des actionnaires étrangers, mémoire Paris II 2006- 2007.

\*\*\*\*\*

V. MARCHAUD, L'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles, mémoire Paris I 1992.

\*\*\*\*\*

T. REHAMONJA, L'augmentation du capital dans les sociétés anonymes, mémoire Réunion.

## **IV-Thèses**

H. BLAISE, L'apport en société, thèse Rennes 1953.

F. BOUABDALLAH, L'impératif de protection des actionnaires et les variations du capital social, thèse Jean Moulin Lyon 3 2009.

\*\*\*\*\*

J.-Y. CADIC, L'aménagement du droit préférentiel de souscription en matière d'augmentation de capital par apports en numéraire réalisées par les sociétés cotées en bourse, En économie et administration des entreprises, thèse Rennes 1977.

F. CHEVALIER, Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions, thèse Paris 1926.

\*\*\*\*\*

H. JANTON, L'augmentation de capital dans les sociétés anonymes-étude financière et juridique, thèse Paris 1931.

A. JOLY-DESCAMPS, La protection des actionnaires dans les sociétés cotées, thèse, volume I et II, Paris I, 2008.

\*\*\*\*\*

P. LEMAITRE, L'augmentation de capital par apports nouveaux, thèse Clermont-Ferrand I 1998.

\*\*\*\*\*

M.-D. POISSON, La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux- en droit français et en droit anglais comparés, thèse Clermont I, 1984.

\*\*\*\*\*

P.-A. RECORDON, La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés- en droit suisse et en droit français, thèse Genève 1974.

G. ROBERT, Du droit de préférence de l'actionnaire à la souscription d'actions nouvelles en cas d'augmentation de capital, thèse Paris 1939.

\*\*\*\*\*

F. M. SAMI, La souscription d'actions dans la société anonyme, thèse Genève 1968.

A. SECQ, L'augmentation de capital d'une société commerciale par transformation en actions des éléments du passif social, thèse Lille 1979.

\*\*\*\*\*

F. VALENCIA, La protection des intérêts de l'actionnaire dans la société anonyme en droit français et espagnol, thèse Nancy 2, 2004.

M.-J. VANDAMME, De la prime imposée aux souscripteurs d'actions, thèse Paris 1928.

## **V- Articles de Doctrine et Etudes**

J. ABRAS, Augmentation de capital par apports en numéraire dans les sociétés par actions non cotées, JCP E 26 mars 2009, n° 13, p. 33.

\*\*\*\*\*

N. BINCTIN, La classification juridique des apports en nature, Rev. Sociétés Juillet / Septembre 2009, n° 03, p.517.

P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. Sociétés janvier/mars 1999, n° 01, p. 5.

P. BISSARA, Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 461.

M. BOIZARD, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers le marché, Rev. Sociétés octobre/décembre 2003, n° 04, p. 795.

B. BOULOC, Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes, Rev. Sociétés octobre/décembre 2003, n° 04, P.807.

\*\*\*\*\*

D. CARREAU et H. LETREGUILLY, Offres publiques d'acquisition : les réformes apportées par le nouveau règlement général du conseil des marchés financiers (CMF), Rev. Sociétés octobre/décembre 1999, n° 04, p. 687.

C. CATHIARD, L'utilisation des moyens de télécommunication pour la préparation et la tenue des conseils et assemblées des sociétés anonymes, JCP E 17 Mai 2007, n° 20-21, p. 32.

D. COHEN, La prime d'émission entre liberté et contrôle, JCP E 3 janvier 2002, n° 01, p. 20.

P.-H. CONAC, Le nouveau régime des franchissements de seuils issu de l'ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 et du règlement général de l'AMF, Rev. Sociétés juillet/septembre 2009, n° 03, p. 477.

P.-H. CONAC, Les bons de souscription d'actions " plavix" et les principes généraux des offres publiques, Rev. Sociétés avril/juin 2005, n° 02, p. 321.

\*\*\*\*\*

J.-J. DAIGRE & B. FRANÇOIS, Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne, Rev. Sociétés janvier/mars 2009, n° 01, p. 3.

J.-J. DAIGRE, Les émissions sans droit préférentiel de souscription, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 479.

J.-J. DAIGRE, Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?, Dr. et patr. juillet/août 1996, p. 21.

C. DANGLEHANT, Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité, Rev. Sociétés avril/juin 1996, n° 02, p. 217.

D. DEMEYERE, Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux, Gaz. Pal. 5 et 6 avril 2013, n° spécial 95 à 96, p. 13.

B. DONDERO, L'ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence, Rev. Sociétés octobre/décembre 2008, n° 04, p. 715.

B. DONDERO, La capacité et représentation des sociétés, Bull. Joly Sociétés septembre 2016, n° 09, p. 510, (lu l'article sur Lextenso. fr).

\*\*\*\*\*

L. FAUGÉROLAS & S.SABATIER, Les émissions réservées, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 515.

R. FOY & P. de FRÉMINET, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié du 30 décembre 2006 Rev. Sociétés janvier/mars 2007, n° 01, p. 1.

\*\*\*\*\*

M. GERMAIN, Les actions de préférence, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 597.

G. GIULIANI, De l'augmentation de capital par apport en nature sous condition suspensive dans les sociétés par actions, JCP E 3 août 2006, n° 31-34, p.1381.

L. GODON, L'apport en jouissance d'actions, Rev. Sociétés octobre/décembre 1999, n° 04, p.795.

T. GRANIER, Le rôle des commissaires aux comptes, Rev. Sociétés juillet / septembre 2004, n° 03, p. 557.

B. GRELON, Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 579.

A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. de VENDEUIL (avec la collaboration de S. LE PAVEC), Valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004, JCP E 28 juillet 2005 n° 30, p. 1262.

Y. GUYON, Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires, Rev. Sociétés juillet/septembre 2002, n° 03, p.421.

\*\*\*\*\*

D. LABARTHETTE, Les plans de stock-options à l'épreuve des attributions gratuites d'actions, JCP E 6 avril 2006, n° 14-15, p.679.

B. LE BARS, Le volume des augmentations de capital, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 530.

P. LE CANNU, L'acquisition de la qualité d'actionnaire, Rev. Sociétés juillet/septembre 1999, n° 3, p. 519.

H. LE NABASQUE, Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 491.

H. LE NABASQUE, Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, Rev. Sociétés avril/juin 2006, n° 02, p. 237.

M. LOY, L'augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription par placement privé, JCP E 30 juillet 2009, n° 31-34, p. 32.

\*\*\*\*\*

V. MAGNIER, Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées, Rev. Sociétés mai 2011, n° 05, p.267.

C. MAISON-BLANCHE et A. de ROCHEBRUNE, Des nouvelles dispositions relatives aux assemblées générales des actionnaires, Bull. Joly Sociétés mars 2011, n° 03, p. 192.

H. MATSOPOULOU, Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes, Rev. Sociétés octobre/décembre2003, n° 04, p. 813.

J.-P. MATTOUT, Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction, Rev. Sociétés juillet/septembre 2004, n° 03, p. 543.

M. MEKKI, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Rev. Sociétés octobre 2016, n° 10, p. 563.

L. MOSSER, La confiance en droit des sociétés : l'information des associés minoritaires, gage de leur confiance, Gaz. Pal. Rec. Bim. 1<sup>er</sup> janvier 2013, n° spécial 365 à 1, p.670.

\*\*\*\*\*

G. NOTTÉ, Les opérations d'apports ou de fusion: mission du commissaire aux apports, JCP E 25 Août 2011, n° 34, p. 10.

\*\*\*\*\*

S. PÉRONNE et S. ROBINEAU, La nouvelle notion d'appel public à l'épargne, Rev. Sociétés janvier/mars 1999, n° 01, p.33.

D. PORACCHIA et D. MARTIN, Regard sur l'intérêt social, Rev. Sociétés septembre 2012, n° 09, p. 475.

\*\*\*\*\*

D. SCHMIDT, De l'intérêt social, RD bancaire et fin. 1995, p. 130.

N. STOLOWY, La responsabilité pénale du commissaire aux comptes, Réflexions à propos des délits de confirmation d'informations mensongères et de non-révélation des faits délictueux, Rev. Sociétés juillet/septembre 1998, n° 03, p. 521.

\*\*\*\*\*

A. THEIMER, Émissions d'actions gratuites au profit de salariés et de dirigeants- La problématique de la libération de la souscription, JCP E 19 mai 2005, n° 20, p. 807.

\*\*\*\*\*

J.-P. VALUET, Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives à l'identification et au vote des actionnaires non-résidents des sociétés cotées, Rev. Sociétés juillet/septembre 2002, n° 03, p. 446.

R. VATINET, Les options de souscription ou d'achat d'actions dans la loi sur les nouvelles régulations économiques, Rev. Sociétés juillet-septembre 2001, n° 03, p. 581.

A. VIANDIER, La suspension des délégations d'augmentation de capital en cas d'offre publique, Rev. Sociétés octobre/ décembre 2004, n° 04, p. 783.

## **VI- Commentaires des arrêts**

L. AMIEL-COSME, Apport partiel d'actif et contrat de franchise : quand les exigences de preuve contrarient la transmission universelle du patrimoine, note sous Cass. com., 19 mars 2013, Rev. Sociétés novembre 2013, n° 11, p. 618.

\*\*\*\*\*

H. BARBIER, Point de départ de l'action en nullité pour défaut de convocation des associés, note sous CA Paris, p.5, ch.8, 16 novembre 2010 , Bull. Joly Sociétés avril 2011, n° 04, p. 300.

J.-F. BARBIÈRI, Contrôle légal face à une présomption d'irrégularité : refus justifié de certifier, note sous Cass. com., 18 février 2014, Bull. Joly Sociétés avril 2014, n° 04, p. 255.

M. BOIZARD, Regard sur l'abus de minorité, note sous Cass. com., 5 mai 1998, Rev. Sociétés avril/juin 1999, n° 02, p. 344.

\*\*\*\*\*

A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, Refus de voter une augmentation de capital et abus de minorité, note sous Cass. com., 20 mars 2007, Rev. Sociétés octobre/ décembre 2007, n° 04, p. 806.

\*\*\*\*\*

J.-P. DOM, La protection des titulaires de bons de souscription d'actions admises sur un marché réglementé, note sous Cass. com., 27 février 2001, Rev. Sociétés janvier-mars 2001, n° 01, p. 361.

J.-P. DOM, Régularisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés, note sous T. com. Versailles (3° ch.), 30 avril 2004, Rev. Sociétés janvier/ février 2005, n° 01, p. 183.

B. DONDERO, La responsabilité du commissaire aux apports dans les fusions simplifiées, note sous Cass. com., 7 janvier 2014, Bull. Joly Sociétés Avril 2014, n° 04, p. 258.

B. DONDERO, Les incidences du défaut de signature du procès-verbal d'assemblée, note sous CA Bordeaux, 14 mai 2013, Gaz. Pal. Rec. Bim. 17 et 19 novembre 2013, n° spécial 6, 321 à 323, p. 3847.

B. DONDERO, Rappel de l'importance de l'ordre du jour, note sous Cass. com., 25 septembre 2012, Gaz. Pal. Rec. Bim. 25 et 26 janvier 2013, n° spécial 1, 25 à 26, p. 431.

\*\*\*\*\*

R. FOY, Plus-value résultant de stock-options et indemnités de licenciement, note sous Cass. com., 30 mars 2011, Rev. Sociétés janvier 2012, n° 01, p. 29.

\*\*\*\*\*

T. GRANIER, Défaut d'information et responsabilité du commissaire aux comptes à l'occasion d'une augmentation de capital, note sous Cass. com., 18 mai 2010, Rev. Sociétés décembre 2010, n° 10, p. 590.

T. GRANIER, Détermination de la responsabilité civile du commissaire aux comptes, note sous Cass. com., 24 septembre 2003, Rev. Sociétés avril/juin 2004, n° 02, p. 379.

T. GRANIER, Le manquement à son obligation d'indépendance justifie le relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, Rev. Sociétés janvier / mars 2008, n° 01, p. 146.

T. GRANIER, Les limites de l'obligation de conseil de l'expert-comptable, note sous Cass. com., 26 février 2013, Rev. Sociétés septembre 2013, n° 09, p. 510.

Y. GUYON, Caractère facultatif de la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires pour irrégularité de la convocation, note sous Cass. com., 9 juillet 2002, Rev. Sociétés octobre/décembre 2002, n° 04, p. 716.

\*\*\*\*\*

P. LE CANNU, Déclaration de franchissement de seuil : contenu et sanctions, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. A, 18 novembre 2003, Rev. Sociétés janvier/mars 2004, n° 01, p. 120.

P. LE CANNU, Droit de vote de l'usufruitier : le retour de l'arrêt de Gaste, note sous Cass. com., 22 février 2005, Rev. Sociétés avril/juin 2005, n° 02, p. 353.

\*\*\*\*\*

R. MARSIN-ROSE, L'associé qui a choisi de ne pas participer à une assemblée peut-il en demander l'annulation ?, note sous Cass. com., 21 juin 2011, JCP E 20 octobre 2011, n° 42., p. 18.

T. MASSART, Le devoir de loyauté face à l'obligation de confidentialité, note sous Cass. com., 12 mars 2013, Rev. Sociétés décembre 2013, n° 12, p. 689

J.-P. MATTOU, Les limites du droit à l'information de l'actionnaire, note sous Cass.com., 23 juin 2009, Rve. Sociétés octobre / décembre 2009, n° 04 p.817.

M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, Convocation d'une assemblée générale à la demande d'actionnaires minoritaires, note sous T. com. Paris, 3 décembre 2003, Rev. Sociétés octobre / décembre 2005, n° 04, p. 847.

M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, Un actionnaire minoritaire mal informé, avant de voter une augmentation du capital, ne peut pas se voir opposer un abus de minorité, note Cass. com., 20 mars 2007, JCP E 29 mai 2008, n° 22., p. 29.

J. MOURY, Qualification du pacte d'actionnaires stipulant qu'il s'appliquera aussi longtemps que les parties demeureront ensemble actionnaires, note sous Cass. com., 6 novembre 2007, Rev. Sociétés janvier/mars 2008, n° 01, p. 89.

\*\*\*\*\*

Y. PACLOT, Confirmation de l'incompétence du bureau de l'assemblée en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil résultant d'une action de concert contestée, note sous Cass. com., 15 mai 2012, Rev. Sociétés septembre 2012, n° 09, p. 514.

Y. PACLOT, Les pouvoirs du bureau de l'assemblée en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil par action de concert, note sous T. com. Nanterre, 6 mai 2008, Rev. Sociétés octobre/décembre 2008, n° 04, p. 842.

Y. PACLOT, Retour sur les pouvoirs du bureau de l'assemblée générale en matière de privation des droits de vote en cas de franchissement de seuil, note sous T. Versailles, 12<sup>e</sup> ch, sect. 2, 10 juin 2010, Rev. Sociétés février 2011, n° 02, p.106.

\*\*\*\*\*

A. RABREAU, L'exercice abusif du droit de vote par l'usufruitier de droits sociaux, note sous Cass. com., 2 décembre 2008, JCP E 30 avril 2009, n° 18, p. 38.

\*\*\*\*\*

B. SAINTOURENS, L'annulation, à la demande d'un associé, d'une décision d'assemblée emportant augmentation des engagements des associés votée à l'unanimité, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, Rev. Sociétés janvier/mars 2004, n° 01, p. 97.

D. SCHMIDT, Annulation des délibérations d'une assemblée en conséquence d'une décision illicite prise par son bureau, note sous CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., sect. 2, 28 octobre 2010, Bull. Joly Sociétés mars 2011, n° 03, p. 197.

D. SCHMIDT, Le pouvoir du juge de sanctionner un abus de minorité, note sous Cass. com., 4 février 2014, Bull. Joly Sociétés 2014, n° 05, p. 302.

\*\*\*\*\*

I. URBAIN-PARLÉANI, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 6 juillet 2005, Rev. Sociétés octobre/décembre 2005, n° 04, p. 918.

\*\*\*\*\*

A. VIANDIER, Abus de minorité, note sous Cass. com., 4 décembre 2012, Rev. Sociétés mars 2013, n° 03, p. 150.

A. VIANDIER, Conditions d'une opposition d'un minoritaire à une augmentation de capital pour perte de la moitié des capitaux propres, note sous Cass. com., 20 mars 2007, JCP E 14 juin 2007, n° 24, p. 20.

## **VII- Rapports**

Rapport ANSA, L'identification des actionnaires des sociétés cotées, Rev. Sociétés octobre/décembre 1996, n° 04, p.707.

6<sup>e</sup> Rapp. Annuel, COB,1973, p. 228.

## **VIII - Table chronologique de Jurisprudence**

Cass. civ., 21 novembre 1907, Journ. Sociétés 1908, p. 345.

Cass. Req., 3 mars 1930, D. 1930. 1.29.

Cass.com., 9 juillet 1952, JCP 1953, II, 7742.



Cass.com., 17 mai 1965, n° 63-12347, Bull. n° 320.

Cass. com., 3 décembre 1968, Bull. civ. IV, n° 342, p. 55.

Cass. com., 22 novembre 1971, n° pourvoi 69-11935, Bull. n° 282, p.264.

Cass. com., 27 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973, n° 01, p. 259.

Cass.crim., 12 avril 1976, n° pourvoi 75-91627, Bull. crim. n° 115, p.282.

Cass. crim., 18 octobre 1983 , n° pourvoi 82-94298, Bull. n°254.

Cass. com, 29 novembre 1994, n° pourvoi 93-11375, Bull. 1994, IV, n° 359, p.296.

Cass. com., 27 mai 1997, n° pourvoi 95-15690, Bull. 1997, IV , n° 159, p.143.

Cass. com., 11 juillet 2000 , n° pourvoi 96-13668, Bull. 2000 , IV, n° 144, p. 130.

CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. A, 21 février 2003, JCP E juin 2003, n° 23, p. 932.

Cass.com., 12 mai 2004, n° pourvoi 00-15618, Bull.2004, IV, n° 94, p.97.

Cass. crim., 10 juillet 2007 , n° pourvoi 06-13423, Bull. 2007, IV, n° 190.

Cass. civ. com., 26 février 2008, n° 0715. 269, Bull. 2008,IV, n°45.

\*\*\*\*\*

Cass. com., 18 décembre 2012, n° pourvoi 11-24305, Bull.2012, IV, n° 233.

\*\*\*\*\*

Cass. com., 25 juin 2013, n° 1217583, Gaz. Pal. Rec. Bim. 24 et 25 juillet 2013, n° spécial 4, 205 à 206, p. 2618.

\*\*\*\*\*

Cass. com., 7 janvier 2014, n° 12-23.640, RJDA mai 2014, 5/14, n° 430, p. 409.

Cass. com., 4 février 2014, n° 12-29.348, RJDA mai 2014, 5/14, n° 438, p. 408.

CA Paris, 11 février 2014, n° 12/21679, ch. 5-8, RJDA juin 2014, 6/14, n° 529, p. 486.

## **IX- Colloques et Divers**

Exercice des droits des actionnaires des sociétés cotées, JCP E 13 Janvier 2011, n° 1-2, p.12.

Les conflits d'intérêts en droit des affaires, Colloque du 5 octobre 2011, Gaz. Pal. 7 et 8 décembre 2011, n° spécial 341 à 342, p. 2.

Les interventions du commissaire aux comptes consécutives à des opérations concernant le capital social, éd., CNCC, 1992, p. 52, Coll. Notes d'information n° 19.

Protection des minoritaires, Sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne, Éditions Francis LEFEBVRE 2001.

## Deuxième partie : bibliographie irakienne

### I- Ouvrages Généraux, Manuels et Traités

M. F. AL-ARINI, Les sociétés commerciales, Egypte, Imprimerie universitaire, éd., 2002.

K. A. H. AL-BALDAWI, Les sociétés commerciales en droit irakien, Bagdad, Irak, année d'édition inconnue.

A. I. AL-BASSAM, Les sociétés commerciales en droit irakien, Bagdad, Irak, 2<sup>e</sup> éd., Al- Ani. 1967.

A. A. AL-HAKIM, Le commentaire du droit civil irakien, Volume 1 Sources de l'obligation, Bagdad, Irak, éd., Librairie juridique 1977.

A. A. AL-HAKIM, Le commentaire du droit civil irakien, Volume 2, Effets de l'obligation, Bagdad, Irak, 6<sup>e</sup> éd., Librairie juridique 2009.

\*\*\*\*\*

A. BAROUDI et M. AL-SID AL-FAKI, Le droit commercial, Egypte, 1999.

\*\*\*\*\*

H. CHAOUI, Le commentaire du droit des sociétés commerciales irakien, étude comparée, Bagdad, Irak, 1<sup>er</sup> éd., Librairie du peuple 1968.

O. A. CHATAT, Les sociétés anonymes et commerciales, Egypte, éd., Chtat de livres juridiques 2005.

L. J. COMANY, Les sociétés commerciales- étude juridique comparée, Bagdad, Irak, éd., Mustansiriya 2006.

\*\*\*\*\*

A. IAMLKI, Le commentaire du droit commercial irakien, Volume 2 les sociétés commerciales, Bagdad, Irak, éd., Société privée de l'impression et de la publication 1967-1968.

\*\*\*\*\*

S. MOUBARAK, T. MOLLAH HUWAISH et S. A. AL-FATLAWI, Les contrats spéciaux (vente, location, entrepreneuriat), Bagdad, Irak, éd., Librairie juridique, année d'édition inconnue.

\*\*\*\*\*

S. QELIOBI, Les sociétés commerciales, volume 2, Egypte, 3<sup>e</sup> éd., Renaissance arabe.1993.

\*\*\*\*\*

B. M. SALEH et A. A. ELI AL-AZZAWI, Le droit commercial irakien, Les sociétés commerciales, Bagdad, Irak, éd., Sagesse 1989.

S. H. SHOUKRY et M. MICHALLA, Traité – Formulaire des sociétés de personnes et de capitaux en droit égyptien, Egypte, éd., PROCACCIA 1952.

\*\*\*\*\*

A. ZIADAT et I. OMOUSH, Le commentaire des droits commerciaux jordaniens, Jordanie , 1<sup>er</sup> éd., 1996.

## **II- Ouvrages spécialisés**

A. M. F. AL-OBEIDI, La souscription au capital social de la société anonyme, étude juridique, Bagdad, Irak, éd., Librairie de culture 1998.

A.- R. AL-SID QURMAN, La responsabilité des administrateurs et dirigeants sur les créances de la société en faillite, étude comparée du droit égyptien et du droit français, Egypte, éd., Renaissance arabe 2001.

\*\*\*\*\*

W. S. HATOUM, Le rôle de l'intérêt social à la protection des sociétés commerciales- étude comparée du droit français et du droit libanais, Liban, 1<sup>er</sup> éd., AL. Halabi juridique 2007.

\*\*\*\*\*

F. I. JASSIM, Les droits des actionnaires aux SA, Bagdad, Irak, éd., AL- HALABI 2008.

M. A.-R. A.-A. JWAIHAN, Le régime juridique de la réduction du capital social dans les sociétés de capitaux privées, étude comparée, Bagdad, Irak, 1<sup>er</sup> éd., Al- Hamed 2008.

\*\*\*\*\*

A. F. I. MOUSSAWI, Le régime juridique de la gestion du portefeuille des valeurs mobilières, Bagdad, Irak, éd., Renaissance arabe 2008.

\*\*\*\*\*

Y. Y. SARKHOU, Les actions et leurs cessions dans les SA au droit koweïtien-étude comparée avec des droits arabes, du droit français et du droit anglais, Koweït, éd., Renaissance arabe 1982.

## **III- Monographies**

A. T. ABDUL GHANI, L'entrée et le retrait de l'associé, dans les sociétés commerciales, étude comparée, mémoire Al-Nahrain, Irak, 2007.

A.Y. A.-R. AL-DABBAGH, Le conseil d'administration des SA privées -étude comparée, mémoire, Mossoul, Irak, 2003.

F. M. H. AL-GELAOA, Le régime juridique des obligations émises par la société, mémoire Bagdad, Irak, 2001.

\*\*\*\*\*

N. T. HAILF, Les statuts du commissaire aux comptes dans les sociétés privées, étude comparée, mémoire Bagdad, Irak, 2006.

\*\*\*\*\*

N. H. RAOUF NNIS, Le régime juridique de l'augmentation de capital dans la société anonyme-étude comparée, mémoire Mossoul , Irak, 2000.

#### **IV- Thèses**

F. H. AL-AMIRI, Le contrôle du greffier sur les sociétés privées irakiennes, étude juridique pratiquée, thèse Bagdad, Irak, 2000.

## Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

### - A -

#### Abus :

- de majorité : 367
- de minorité :
  - protection inadéquate : 414
  - définition : 415 à 416
  - mandataire ad hoc : 417

#### Action :

- action sociale *ut singuli, ut universi* : 382

#### Actionnaires :

- actionnaires : 11
- pouvoir de demander la convocation de l'assemblée : 40 à 57
- actionnaires résidents : 231 et 234
- actionnaires non-résidents : 233 et 234
- actionnaires préférentiels : 525

Actionnariat des salariés : 474 à 589 et 614

Actions à dividendes prioritaires sans droit de vote : 515

Actions au porteur : 232

#### Actions de préférence :

- information : 171 à 173, 190
- droits particuliers : 518 à 523
- pécuniaires : 520
- non-pécuniaires : 521 à 523
- sans droit de vote : 437 à 439 et 441

Actions de priorité : 515

Actions gratuites : 520 et 581 à 585

Actions grevées d'un gage : 326

Actions grevées d'un usufruit : 74 à 75, 325 et 442

Actions indivises : 74 à 75 et 275

Actions non-libérées : 436

Actions propres de la société : 350 à 352, et 440 à 441

Apport en nature : 198

Apport en numéraire : 187

Apport partiel d'actif : 210

#### Assemblée générale extraordinaire :

- accès à l'assemblée: 223 à 306
- modes de participation : 238 à 239

- feuille de présence : 240 à 241
- choix d'un mandataire : 244 à 251
- délibérations : 284 à 306
- bureau de l'assemblée : 289 à 296

Assemblées spéciales : 527 à 528

Associations d'actionnaires : 52 à 53

Augmentation de capital : 9

Augmentation de capital par élévation de valeur nominale : 357 et 362

Augmentation de capital par rapport en nature : 198, 201 à 217

Augmentation de capital par rapport en numéraire : 187,

Augmentations de capital différés : 356, 570 à 573 et 613, 576 à 580 et 614

Augmentations de capital immédiates : 356 et 359

Autorité des marchés financiers (AMF) : 340, 497, 498, 562 et 621

## - B -

Boni de liquidation : 520

Bons d'offre : 550 à 553

Bulletin de souscription : 637 à 649

- définition : 637
- informations : 639 et 667
- conditions du consentement du souscripteur : 640 à 642 et 648

## - C -

Capital social :

- définition : 1 à 3
- fonctions : 4
- Intangibilité : 8

Catégories : 518 et 567

Censeur du secteur bancaire (banque centrale) en droit irakien :

- définition : 192
- établissement de rapports : 194 à 197

Certifications d'investissement : 515

Certificats de droit de vote : 515

Comité d'entreprise : 226

Commissaire à la fusion : 213

Commissaire aux apports :

- désignation : 201
- évaluation de l'apport : 203 à 206 et 214
- fraude : 205
- rapport : 206

Commissaire aux comptes :

- définition : 179
- indépendance : 180 à 180
- désignation : 180
- incompatibilité : 181
- établissement du rapport : 184 à 190

Commissaire aux droits particuliers : 533

- établissement du rapport : 533

Commission des Opérations de Bourse (COB) : 497

Conflit d'intérêts : 249 à 251 et 348 à 349

Conseil d'administration :

- pouvoir de convocation de l'assemblée : 34 à 39
- Carence 43 à 45
- rapports 149 à 173

Contrat : 633

Convention d'apport en nature : 203

Convention de vote : 338

Convocation de l'assemblée générale extraordinaire : 32 à 93

- avis de réunion : 63 à 68
- avis de convocation : 69 à 83

Convocation électronique : 84 à 93

## - D -

Délégation : 590

Délégation de compétence : 596 à 599 et 616

Délégation de pouvoirs : 594 à 595 et 616

Dirigeants : 382

Droit de communication : 108 à 139

Droit de participation à l'assemblée générale extraordinaire : 223

Droit de priorité de souscription :

- champ d'application : 460 et 463
- conditions : 462
- proportionnalité : 463
- délai : 464
- vente : 465

Droit de vote double : 522 et 541 à 446

- conditions : 544
- perte : 545

Droit irakien des sociétés :

- évolution historique : 6

Droit préférentiel de souscription (DPS) :

- définition : 427
- champ d'application : 431
- proportionnalité : 433
- délai : 443 à 445

- suspension et privation : 434 à 441
- sanction : 449
- vente : 451 à 453
- valeur financière : 454
- renonciation individuelle : 455 à 459
- renonciation collective (suppression par l'assemblée) :

Droits pécuniaires, politiques et patrimoniaux : 11 à 12

**- E -**

Egalité entre les actionnaires : 11 à 12 et 539

Emissions d'actions avec suppression du DPS : 554 à 589 et 605 à 614

**- F -**

Franchissement de seuils : 336 à 341

Fusion-absorption : 208

Fusion-scission : 209

**- G -**

Garantie de bonne fin : 662 à 663 et

Gouvernance d'entreprise : 49

Greffier en droit irakien : 24, 36, 395, 495, 498 et 627

**- I -**

Indemnisation : 380 à 384 et 403 à 408

Information des actionnaires : 28 à 217

Intérêt social : 54 à 57, 557 à 558 et 606

Investisseurs qualifiés : 565

**- L -**

Libération intégrale du capital déjà souscrit : 278 à 283

Libération de l'augmentation de capital en numéraire : 643 et 649

Loi de la majorité : 353

**- M -**



Maintien du contrôle de la société : 512 à 553

**- N -**

Notice d'information : 619 à 621

Note de souscription : 626 à 628

**- O -**

Objet social : 145

Obligations : 570

Obligation de loyauté : 146 à 147

Offre au public : 561, 608 et 493

Offre publique d'acquisition (OPA) : 548

Options de souscription : 282, 493, 283, 576 à 580 et 614

- définition : 577

Ordre du jour : 302 à 305

**- P -**

Pactes d'actionnaires : 338

Parité d'échange : 213

Perte financière : 37

Placement privé : 493, 564 à 566 et 609

Plan d'épargne d'entreprise (PEE) : 282 et 283, 493 et 586 à 589

Prime d'apport : 505

Prime d'émission :

- notion : 478 à 480

- nature juridique : 483 à 485

- fixation de son montant : 487 à 498

- libération : 499 à 500

Prime de fusion : 506 et 508

Prime de scission : 507

Procuration : 255 à 275

- pouvoir en blanc : 271 à 273

Prospectus :

- visa préalable : 621

- contenu : 622

- résumé : 623

- note complémentaire : 624 et 629

Procès-verbal : 365 à 365

Publication : 70 à 71

**- Q -**

Quorum : 297 à 301

**- R -**

Rachat par la société de ses propres actions : 351 et 538

Rapports relatifs à l'augmentation de capital : 140 à 217

Rapports complémentaires : 600 à 604

Recours en nullité : 367 à 418

- sur des actes ou délibérations irrégulièrement pris : 371 à 376 et 392 à 397
- causes : 373 et 394
- nullité obligatoire ou facultative : 374 et 395
- prescription : 376 et 397

Régularisation (action en -) : 374 et 401

Requérir l'inscription de points ou de projets de résolution : 96 à 107

Responsabilité (action en -) : 380 à 390 et 403 à 412

Risques : 12 à 22

Rétroactivité : 378 et 400

**- S -**

Salariés : 474 à 589 et 614

Sanctions disciplinaires : 388 à 389

Sanctions pénales : 385 à 390, 409 à 412 et 449

Seuils : 337 et 339

Société anonyme (SA) : 5 et 7

Souscription (V. celle publique à l'augmentation de capital par rapport en numéraire) :

- définition : 616
- clôture par anticipation : 446 à 448
- réduction proportionnelle : 654
- extension de la souscription initiale : 655 à 657
- échec : 668 à 669

Subdélégations : 590

**- V -**

Valeur nominale :

- définition : 470
- prévision dans les statuts et fixation de son montant : 471 à 474
- émission au-dessous de la valeur nominale : 475 à 476

Valeurs mobilières : 570

Valeurs mobilières donnant accès au capital : 570 à 573 et 613

Vices du consentement du souscripteur (l'actionnaire) : 633 à 634

Vote :

- définition : 321 à 314
- proportionnalité : 216 à 218
- clauses de plafonnement de vote : 317
- par correspondance : 329 et 331
- électronique : 330 à 331
- privation : 332 à 352 et 523
- majorité : 353 à 364

## Table des matières

<b>LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES A L'OCCASION DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL DES SOCIÉTÉS ANONYMES –ÉTUDE COMPARÉE DES DROITS FRANÇAIS ET IRAKIEN EN VUE D'UNE AMÉLIORATION DU DROIT IRAKIEN.....</b>	<b>1</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>7</b>
<b>Première partie : Protection des actionnaires à l'occasion de la mise en place de l'augmentation de capital.....</b>	<b>17</b>
<b>Chapitre 1 : Situation de l'actionnaire lors de l'information préalable à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.....</b>	<b>18</b>
<b>Section 1 : Information des actionnaires par la convocation.....</b>	<b>19</b>
S. section 1 : Information par la convocation elle-même.....	19
§1 : Pouvoir de convocation de l'assemblée.....	19
A- Pouvoir du principal organe compétent pour la convocation.....	19
B- Pouvoir des actionnaires de demander la convocation.....	21
1- Carence du principal organe compétent.....	22
2- Détention d'un pourcentage déterminé du capital.....	23
3- Respect de l'intérêt social.....	25
§2 : Modes de transmission de la convocation de l'assemblée.....	26
A- Convocation des actionnaires selon le mode traditionnel.....	27
1- Information par l'avis de réunion.....	27
2- Information par l'avis de convocation.....	29
a- Moyens de publication de l'avis de convocation.....	30
b- Délai de transmission de l'avis de convocation.....	32
c- Informations de l'avis de convocation.....	33
B- Convocation des actionnaires selon le mode moderne.....	35

1- Mode prévu en droit français.....	35
a- Existence d'une clause statutaire prévoyant la possibilité de transmission de la convocation par voie électronique.....	36
b- Existence d'une proposition d'utiliser la convocation par voie électronique adressée aux actionnaires inscrits au nominatif.....	37
c- Expression écrite de l'accord de l'actionnaire inscrit au nominatif.....	37
2- Mode non prévu en droit irakien.....	39
S. section 2 : Information par les droits liés à la convocation.....	39
§1 : Droit de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution.....	40
A- Demande d'inscription de points ou de projets de résolution, moyen d'information avant la réunion de l'assemblée en droit français.....	40
B- Demande d'inscription de projets de résolution, moyen d'information lors de la réunion de l'assemblée en droit irakien.....	42
§2 : Droit de communication des documents sociaux.....	44
A- Modalités d'obtention de l'information par l'actionnaire.....	44
1 - Mode, lieu, délai.....	45
2- Communication de documents sociaux à un tiers agissant dans l'intérêt de l'actionnaire.....	46
3- Droit de copie et demande d'envoi de documents.....	47
4- Hypothèse d'empêchement de communication des documents par la direction de la société .....	49
B- Documents sociaux portés à la connaissance de l'actionnaire.....	50
1- Documents sociaux mis à la disposition de l'actionnaire.....	50
2- Documents sociaux envoyés à l'actionnaire.....	54

<b>Section 2 : Information accordée aux actionnaires par le(s) rapport(s) relatifs à l'augmentation de capital.....</b>	<b>56</b>
S. section 1 : Information accordée à l'issue du rapport d'une augmentation de capital présenté par le conseil d'administration.....	56
§1 : Rapport commun.....	59
§2- Rapport spécifique lors d'une suppression du DPS.....	61
A- Information exigée en droit français.....	61
1- Information commune.....	61
2- Information propre.....	63
a- Possibilité de suppression du DPS sans indication de bénéficiaires.....	63
b- Possibilité de suppression du DPS au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées.....	63
B- Information prévue en droit irakien.....	65
1- Situation explicite de suppression du DPS pour les SA bancaires.....	65
2- Situation implicite de suppression du DPS pour toutes les SA..	67
§3- Rapport particulier en cas d'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence.....	69
S. section 2 : Information accordée à l'issue du rapport d'une augmentation de capital présenté par les autres organes contrôleurs.....	70
§1 : Information accordée à l'issue du rapport présenté par le contrôleur externe.....	70
A- Rapport présenté par le commissaire aux comptes en droit français..	71
1- Indépendance du(des) commissaire(s) aux comptes, garantie de présentation de l'information fiable.....	71

2-	Informations présentées par le(s) commissaire(s) aux comptes.....	74
a-	Certification.....	75
b-	Emission de l'avis.....	76
b-1-	Information commune.....	77
b-2-	Information particulière en cas d'émission d'actions de préférence.....	78
B-	Rapport présenté par le censeur du secteur bancaire en droit irakien.....	78
1-	Certification.....	80
2-	Emission de l'avis.....	81
§2 :	Information accordée à l'issue du rapport présenté par le contrôleur particulier.....	82
A-	Prévision d'un commissaire en droit français.....	83
1-	Information présentée par le commissaire aux apports hors opérations de restructuration.....	83
2-	Information présentée par un commissaire résultant des opérations de restructuration.....	86
a-	Information présentée à l'occasion d'une opération de fusion-absorption.....	87
B-	Absence de prévision de commissaire en droit irakien (règles et exception).....	89
<b>Chapitre 2 :</b>	<b>Situation de l'actionnaire face à une assemblée générale devant statuer sur l'augmentation de capital.....</b>	<b>92</b>
<b>Section 1 :</b>	<b>Situation de l'actionnaire avant la prise de décision par l'assemblée.....</b>	<b>93</b>
S. section 1 :	Protection de l'actionnaire par l'accès à l'assemblée.....	93
§1 :	Droit de participation à l'assemblée.....	93

A- Présence.....	93
B - Exceptions sur le droit de participation.....	94
C - Justification de la qualité d'actionnaire.....	95
D - Modes de participation et la faculté de revenir sur les modes.....	98
E - Feuille de présence.....	100
§2 : Droit de représentation à l'assemblée.....	101
A- Choix d'un mandataire.....	101
B- Obligation du mandataire de renseigner sur tout conflit d'intérêts...	103
C- Sollicitation active de mandats par toute personne.....	105
D- Conditions de forme du mandat.....	106
1- Condition d'écriture du mandat.....	107
2- Condition d'envoi à la société.....	108
E- Possibilité de représenter par plusieurs mandataires.....	110
F- Délai de validité, révocation, types, exclusions.....	110
S. section 2 : Protection de l'actionnaire au cours des délibérations de l'assemblée.....	113
§1 : Principe protecteur préalable des délibérations par l'obligation de libération intégrale du capital déjà souscrit.....	114
§2 : Droit de l'actionnaire de participer aux délibérations de l'assemblée.....	117
A- Jour, heure et lieu de la réunion.....	117
B- Obligation de constitution du bureau de l'assemblée.....	118
1- Quant au président du bureau de l'assemblée.....	119
2- Quant aux membres du bureau de l'assemblée.....	121
C- Quorum requis.....	122



D- Ordre du jour.....	125
E- Modalités du débat.....	127
<b>Section 2 : Situation de l'actionnaire pendant et après la prise de décision par l'assemblée.....</b>	<b>129</b>
S. section 1 : Protection de l'actionnaire par le droit de vote.....	129
§1 : Faculté de vote de l'actionnaire sur cette résolution.....	130
A- Définition du droit de vote.....	130
B- Modalités du droit de vote.....	131
1- Principe de proportionnalité du vote.....	131
2- Caractère obligatoire ou non de l'exercice de vote.....	132
3- Possibilité de l'exercice du vote par représentation.....	133
4- Possibilité de l'exercice du vote attaché aux actions grevées d'un usufruit et d'un gage.....	134
5- Possibilité de l'exercice du droit de vote à distance.....	135
a- Prévu en droit français.....	135
b- Non prévu en droit irakien.....	137
§2 : Privation de la faculté de vote de l'actionnaire.....	138
A- Cas de privation résultant de la violation des limites imposées par la loi et les statuts.....	138
1- Privation résultant de la violation d'obligation d'information sur le franchissement de seuils.....	139
2- Privation résultant de la violation d'obligation d'information par l'intermédiaire inscrit.....	144
B- Cas de privation résultant d'autres facteurs.....	145

1- Privation concernant l'actionnaire bénéficiaire de la résolution lors des augmentations de capital avec suppression DPS.....	145
2- Privation concernant les actions propres de la société.....	146
§3 : Majorité requise lors de la prise de décision.....	147
S. section 2 : Protection de l'actionnaire par le droit de recours contre la décision d'augmentation de capital.....	153
§1 : Situation de la protection adéquate résultant du recours.....	154
A- Protection judiciaire résultant du recours en droit français.....	154
1- Modalités de recours.....	154
2- Effets de la nullité.....	158
a- Effet direct.....	158
b- Effets indirects.....	158
b-1- Sanction d'indemnisation.....	159
b-2- Sanctions pénales.....	161
B- Protection administrative résultant du recours en droit irakien.....	163
1- Modalités du recours.....	164
2- Effets de l'annulation.....	168
a- Effets directs.....	168
a-1- Rétroactivité.....	168
a-1- Régularisation.....	168
b- Effets indirects.....	169
b-1- Sanction d'indemnisation.....	169
b-2- Sanctions pénales.....	170
§2 : Situation de la protection inadéquate résultant du recours : abus de minorité.....	173

A- Prévues en droit français.....	173
B- Non prévues en droit irakien.....	175
<b>Deuxième partie : Protection des actionnaires à l'occasion de la mise en œuvre de l'augmentation de capital.....</b>	<b>177</b>
<b>Chapitre 1 : Situation de l'actionnaire au cours de l'émission d'actions .....</b>	<b>178</b>
<b>Section 1 : Protection de l'actionnaire par les droits spécifiques accordés à l'occasion de cette émission.....</b>	<b>179</b>
S. section 1 : Droits spécifiques concernant la souscription.....	179
§1: DPS.....	179
A- Définition du DPS.....	179
B- Modalités d'exercice de ce droit.....	180
1- Champ d'application du DPS et proportionnalité.....	180
2- Suspension et privation des DPS attachés aux actions.....	181
3- Exercice des DPS attaché aux actions grevés d'usufruit.....	184
4- Délai imposé pour exercer le DPS.....	184
5- Sanction encourue en cas de violation des règles du DPS.....	186
C- Faculté de transfert individuel du DPS de l'actionnaire.....	186
1- Vente du DPS.....	187
2- Renonciation individuelle au DPS.....	189
a- En droit français.....	190
b- En droit irakien.....	191
§2 : Droit de priorité de souscription.....	191
A- Prévues en droit français.....	192
B- Non prévues en droit irakien.....	194
S. section 2 : Droit à la prime d'émission.....	194

§1 : Principe de la valeur nominale de l'action.....	194
§2 : Faculté d'obtention de la prime d'émission.....	198
A- Notion de prime d'émission.....	198
B- Modalités de fixation du montant de la prime d'émission.....	201
1- Liberté de la fixation du montant de la prime d'émission.....	201
2- Limites de la liberté de fixation.....	203
a- Limites du choix de détermination d'une prime d'émission faible.....	204
b- Limites au choix de la détermination d'une prime d'émission forte.....	206
3- Libération de la prime d'émission.....	207
C- Stipulation d'une prime assimilée à celle-ci d'émission.....	208
1- Autorisée en droit français.....	209
2- Non autorisée en droit irakien.....	209
<b>Section 2 : Protection de l'actionnaire à l'occasion de l'émission de nouvelles actions.....</b>	<b>211</b>
S. section 1 : Emissions d'actions garantissant le maintien du contrôle de la société émettrice.....	211
§1 : Emission d'actions de préférence.....	211
A- Autorisée en droit français.....	212
1- Faculté d'émission des actions de préférence.....	212
2- Droits particuliers attachés aux actions de préférence.....	213
3- Protection fournie aux actionnaires lors d'émission d'actions de préférence garantissant le maintien du contrôle.....	216
a- Protection pour les anciens actionnaires préférentiels.....	216
b- Protection pour les anciens actionnaires ordinaires...	217

B- Prohibée en droit irakien.....	221
§2 : Emission octroyant le droit de vote double.....	222
A- Licite en droit français.....	223
B- Illicite en droit irakien.....	224
§3 : Emission d'actions différée (bons d'offre), une mesure défensive contre l'offre publique d'acquisition (OPA).....	224
A- Prévues en droit français.....	224
B- Pas prévues en droit irakien.....	227
S. section 2 : Emissions d'actions avec suppression du DPS .....	228
§1 : Protection des actionnaires lors des émissions avec suppression DPS assorties d'une délégation en droit français.....	229
A- Protection relative aux émissions avec suppression DPS.....	229
1- Cas d'émission avec suppression du DPS sans indication de bénéficiaires.....	230
a- Emission par offre au public.....	230
b- Emission par placement privé.....	231
2- Cas d'émission avec suppression du DPS au profit de bénéficiaires dénommés ou de catégories de personnes concernées.....	233
a- Emission réservée aux titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital.....	234
b- Emissions réservées aux salariés de la société.....	237
b-1- Emission par la levée des options de souscription d'actions.....	237
b-2- Emission par les attributions gratuites d'actions.....	240

b-3- Emission réservée au profit des adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE).....	242
B- Protection relative aux délégations pour l'émission des actions.....	243
1- Règles des délégations.....	244
a- Délégation de pouvoir.....	244
b- Délégation de compétence.....	245
2- Rapports complémentaires sur les délégations.....	248
§2 : Protection des actionnaires lors de l'émission avec suppression du DPS sans délégation en droit irakien.....	250
<b>Chapitre 2 : Situation de l'actionnaire lors de la souscription publique des actions.....</b>	<b>255</b>
<b>Section 1 : Protection par l'information de l'actionnaire préalablement à la souscription publique des actions.....</b>	<b>255</b>
S. section 1 : Information de l'actionnaire préalable à la souscription publique des actions en droit français.....	256
S. section 2 : Information de l'actionnaire préalable à la souscription publique des actions en droit irakien.....	259
<b>Section 2 : Protection lors de l'opération de souscription publique des actions.....</b>	<b>262</b>
S. section 1 : Protection concernant le consentement du souscripteur (l'actionnaire).....	262
§1- Vices du consentement.....	262
§2- Formalisation du consentement par le bulletin de souscription.....	264
A- Formalisation du consentement par le bulletin de souscription en droit français.....	264
B- Formalisation du consentement par le bulletin de souscription en droit irakien.....	267
S. section 2 : Protection concernant la souscription publique elle-même.....	270

§1- Règles concernant le cas des souscriptions publiques couvrant totalement le montant de l'augmentation de capital décidée : surabondance.....	270
A- Réduction des souscriptions.....	271
B- Extension de l'augmentation de capital initiale.....	271
§2- Règles concernant le cas des souscriptions publiques ne couvrant pas totalement le montant de l'augmentation de capital décidée.....	273
A- Prévu en droit français.....	273
1- Solutions de remédiation possibles.....	273
a- Garantie de bonne fin.....	273
b- Autres solutions.....	274
2- Echec de la souscription publique.....	276
B- Non prévu en droit irakien.....	276
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>279</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>294</b>
<b>Index alphabétique.....</b>	<b>307</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>314</b>

## **Abstract**

### **En français :**

Notre étude porte sur la protection des actionnaires à l'occasion de l'augmentation de capital des sociétés anonymes -étude comparée des droits français et irakien en vue d'une amélioration du droit irakien. Elle se focalise sur les risques pouvant toucher les droits pécuniaires, les droits politiques et les droits patrimoniaux des actionnaires et sur leurs traitements.

Nous remarquons que la protection en droit français paraît plus avantageuse pour les actionnaires qu'en droit irakien.

Nous démontrons que, même si cette protection des actionnaires dans le droit irakien comprend des points forts, elle n'est pas suffisante afin de garantir leur égalité de traitement.

Cette protection peut être améliorée par le législateur irakien en s'inspirant des propositions auxquelles nous arrivons dans la conclusion générale de notre recherche.

### **Mots clés de la thèse**

Protection, actionnaires, augmentation, capital, sociétés anonymes, comparée.

### **En anglais :**

Our study focuses on the protect shareholders during the capital increase of the joint stock companys - comparative study French and Iraqi law in order to improve Iraqi law. It focuses on the risks that may affect financial rights, political rights and the property rights of shareholders and their treatments.

We note that the protect under French law seems more beneficial to shareholders that Iraqi law.

We demonstrate that, although the protect of shareholders in Iraqi law includes strengths, it is not sufficient to guarantee their equal treatment.

This protect can be improved by the Iraqi legislature on the basis of proposals which we reach the general conclusion of our research.

### **Mots clés de la thèse**

Protect, shareholders, increase, capital, joint stock companys, comparative.